

PROBLEMA

ANUARIO DE FILOSOFÍA
Y TEORÍA DEL DERECHO

16

Enero-Diciembre de 2022



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director

Dr. Pedro Salazar Ugarte

Secretaría académica

Dra. María Marván Laborde

Secretario técnico

Lic. Raúl Márquez Romero

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, año 16, núm. 16 (enero-diciembre de 2022) es una publicación anual, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, C. P. 04510, Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C. P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico *problema@unam.mx*. Editor responsable: Sandra Gómez Juárez. Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2013-081611074100-102, ISSN: 2007-4387. Número de certificado de licitud de título y contenido 15499, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente el punto de vista de los árbitros ni del editor. Se autoriza la reproducción de los artículos (no así de las imágenes) con la condición de citar la fuente y se respeten los derechos de autor.

De las opiniones sustentadas en los trabajos responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta revista, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, se solidarice con su contenido.

Cuidado de la edición: Miguel López Ruiz

Formación en computadora: Javier Mendoza Villegas

PROBLEMA
Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho

Dra. Sandra Gómora Juárez
Director/Editor

Asistente de la revista:
Lucía Michelle Corzas Corona

Coordinación editorial:

Lic. Raúl Márquez Romero

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho es una revista arbitrada fundada en 2007 por iniciativa del área de investigación de Filosofía y Teoría del Derecho y bajo el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Problema tiene como propósito publicar colaboraciones, en español e inglés, y está dirigida a profesores, estudiantes y profesionales interesados en diversos temas contemporáneos de filosofía política, jurídica y moral. Este anuario se compone de tres secciones: *Discusión*, *Artículos* y *Reseñas*. A través de la organización de distintos seminarios de discusión sobre un tema previamente definido, *Problema* propicia el intercambio crítico de ideas entre teóricos nacionales y extranjeros cuyos resultados se preparan y recogen en la sección de *Discusión*. La sección de *Artículos* recibe colaboraciones originales sobre distintos temas, tradiciones, y corrientes filosóficas. La sección de *Reseñas* contiene comentarios sobre libros publicados que son de interés para los temas de discusión de la revista. De manera excepcional se publican dos secciones adicionales: *entrevistas* a filósofos destacados, y una sección de *comentarios* que se refiere a textos breves pero importantes que pueden servir para futuras discusiones.

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho is a peer-reviewed journal founded in 2007 by initiative of the Philosophy of Law and Legal Theory Department of the Legal Research Institute, National Autonomous University of Mexico (UNAM).

The main purpose of *Problema* is to publish contributions in English or Spanish relating to Political, Legal and Moral Philosophy and is directed to

scholars, students and professionals interested in general and philosophical discussions relevant to legal matters. The yearbook is composed of three sections: *Discussion Topics*, *Articles* and *Review Essays*. Through the discussion topics section, *Problema* promotes critical exchanges of ideas amongst the international jurisprudence community. The essays contained in this section are usually a product of discussion seminars organized by our Philosophy of Law and Legal Theory Department. Contributions for the *Articles* section, is not limited to one specific topic and welcomes original contributions from different traditions and diverse jurisprudential topics and backgrounds. Finally, the *Review Essays* section contains comments on published books considered relevant to the journals subject matter.

Email: problema@unam.mx

Twitter: [@problemaiiij](https://twitter.com/problemaiiij)

Facebook: [@revista.problemaiiij](https://www.facebook.com/revista.problemaiiij)

Website: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho>

<http://www.unam.mx/>

<http://www.juridicas.unam.mx/>

Problema pertenece a los siguiente sistemas de información:

Problema belongs to the following Journal Indexes:

Bibliografía Latinoamericana en Revistas de Investigación Científica y Social (Biblat).

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (Clase).

Portal de Revistas Académicas y Arbitradas de la UNAM.

Scientific Electronic Library Online (SciELO)/ SciELO Citation Index.

SCOPUS: Scimago Journal & Country Rank: Q4.

Sistema de Clasificación de Revistas Mexicanas de Ciencia y Tecnología (Conacyt).

Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (Latindex).

Matriz de Información para el Análisis de Revistas (MIAR).

Enrique Cáceres Nieto / Imer B. Flores / Juan Vega Gómez
Fundadores

CONSEJO EDITORIAL
EDITORIAL ADVISORY PANEL

Jorge Adame Goddard (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Enrique Cáceres Nieto (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Jaime Cárdenas (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Imer B. Flores (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Carla Huerta Ochoa (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Javier Saldaña Serrano (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Juan Vega Gómez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México).

COMITÉ EDITORIAL
EDITORIAL BOARD

Zenon Bankowski (Edinburgh Law School, Scotland); Samantha Besson (University of Fribourg, Switzerland); Brian Bix (University of Minnesota, United States of America); Brian Burge-Hendrix (Quest University, Canada); Tom Campbell (Charles Sturt University, Australia); Jules L. Coleman (Yale Law School, United States of America); Keith Culver (University of New Brunswick, Canada); Julie Dickson (Oxford University, England); Paulette Dieterlen (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Ronald Dworkin (†) (New York University, United States of America/University College London, England); Timothy Endicott (Oxford University, England); John Gardner (Oxford University, England); Michael Giudice (York University, Canada); Mark Greenberg (University of California, United States of America); Sandra Gómora Juárez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Olga E. Hansberg (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Kenneth Einar Himma (University of Washington, United States of America); Iwao Hirose (McGill University, Canada); Guillermo Hurtado (Instituto de Investigaciones Filosóficas, México); Duncan Kennedy (Harvard Law School, United States of America); Matthew H. Kramer (Cambridge University, England);

Dimitrios Kyritsis (University of Sheffield, England); Gerald Lang (Leeds University, England); Larry Laudan (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Brian Leiter (University of Chicago, United States of America); Neil MacCormick (†) (University of Edinburgh, Scotland); Guillermo J. Mañón Garibay (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Andrei Marmor (Cornell Law School, United States of America); Carlos Montemayor (San Francisco State University, United States of America); Joseph Raz (Columbia University, United States of America/Oxford University, England); Adrian Rentería Díaz (Facultad de Derecho, UNAM, México); María Elodia Robles (Facultad de Derecho, UNAM, México); Verónica Rodríguez-Blanco (University of Surrey, United Kingdom); Burkhard Schafer (University of Edinburgh, Scotland); Frederick Schauer (University of Virginia, United States of America); Scott J. Shapiro (Yale Law School, United States of America); Nicos Stavropoulos (Oxford University, England); Natalie Stoljar (McGill University, Canada); Rolando Tamayo y Salmorán (Facultad de Derecho, UNAM, México); Ambrosio Velasco Gómez (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México); Enrique Villanueva (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México); Jeremy Waldron (New York University, United States of America/Oxford University, England); Wil Waluchow (McMaster University, Canada); Benjamin Zipursky (Fordham Law School, United States of America).

Número de reserva al título en Derechos de Autor:

04-2013-081611074100-102.

Número de certificado de licitud de título: 15499.

Número de licitud de contenido: 15499.

ISSN 2007-4387

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional
Autónoma de México

Primera edición: 21 de junio de 2022

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho por Universidad Nacional
Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo
una Licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Derivados 4.0
Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

PROBLEMA 16

Editores Invitados

Guest Editors

Álvaro Núñez Vaquero

Marina Gascón Abellán

CONTENIDO

TABLE OF CONTENTS

DISCUSIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DEL PRECEDENTE EN EL *CIVIL*
LAW. DEBATES, CONCEPTOS Y DESAFÍOS

DISCUSSION: THE CONSTRUCTION OF PRECEDENT IN CIVIL
LAW. DEBATES, CONCEPTS AND CHALLENGES

Nota editorial	3
Editorial note	
Sandra GÓMORA-JUÁREZ	
Variaciones sobre el precedente judicial. Una mirada desde el sistema jurídico chileno	9
<i>Variations on Judicial Precedent. An Approach from the Chi- lean Legal System</i>	
Flavia CARBONELL BELLOLIO	

CONTENIDO

La <i>ratio decidendi</i> a través de ojos mexicanos	39
Ratio decidendi <i>from a mexican perspective</i> Rodrigo CAMARENA GONZÁLEZ	
Precedente y <i>civil law</i> : Un camino por recorrer. Reflexiones sobre el precedente a partir de los trabajos de Flavia Car- bonell y Rodrigo Camarena	69
<i>Precedent and Civil Law. The Road Ahead. Reflections on Pre- cedent Based on the Works of Flavia Carbonell and Rodrigo Camarena</i> Marina GASCÓN ABELLÁN	
Argumentos jurídicos y precedentes jurisprudenciales. Un experimento de sociología judicial entre la práctica y la teoría	85
<i>Legal Arguments and Case Law Precedents. A Judicial-Socio- logical Experiment Between Theory and Practice</i> Silvia ZORZETTO	
¿Es necesaria la regla del precedente?	129
<i>Are Rules Governing the Use of Precedent Necessary?</i> Fabio Enrique PULIDO ORTIZ	
Sobre la regla y el uso de los precedentes. Comentarios al margen de los trabajos de Fabio Pulido Ortiz y Silvia Zorzetto	155
<i>On Rules and the Use of Precedents. Side Comments on the Works of Fabio Pulido Ortiz and Silvia Zorzetto</i> Álvaro NÚÑEZ VAQUERO	

ARTÍCULOS
ARTICLES

<i>The Mexican Supreme Court and its Contributions to Demo- cratic Transition. An Approach from Legal Philosophy</i>	193
--	-----

TABLE OF CONTENTS

La Suprema Corte y sus contribuciones a la transición democrática. Una aproximación desde la filosofía del derecho Carlos PATIÑO GUTIÉRREZ	
Crítica al fideísmo de los derechos humanos de Norberto Bobbio. <i>A Critique of Norberto Bobbio's Fideism regarding Human Rights</i> Carlos ISLER SOTO	229
<i>Open Labor Market Regulations from a Moral Scope. The Possible Harm of not Looking Beyond the Domestic Threshold of Justice</i>	257
La regulación del mercado laboral abierto desde el ámbito moral. El posible daño de no ver más allá del umbral doméstico de la justicia Jorge SÁNCHEZ PÉREZ	
Moral, derecho y sociedad. Reflexiones interdisciplinarias sobre la crisis moral en el caso latinoamericano..... <i>Moral, Law and Society. Interdisciplinary Considerations on the Moral Crisis in Contemporary Latin American Society</i> Andrés BOTERO BERNAL	283

COMENTARIOS
COMMENTS

Perspectiva neurocientífica de la agencia: ¿es problemática para el derecho?	327
<i>Neuroscientific Perspective of Agency: Is it Problematic for the Law?</i> María Isabel CORNEJO PLAZA	
El derecho y el origen de la palabra. La filosofía jurídico-analítica de Rolando Tamayo y Salmorán	355

CONTENIDO

Law and the Origin of the Word. The Legal-Analytical Philosophy of Rolando Tamayo y Salmorán

Piero MATTEI-GENTILI

RESEÑAS

REVIEWS ESSAYS

HART, H. L. A. <i>El concepto del derecho</i> (capítulos III y V). Una aproximación a la propuesta de reglas primarias y secundarias de H. L. A. Hart	389
Yanara SUENAGA OLMEDA	

DISCUSIÓN: LA CONSTRUCCIÓN
DEL PRECEDENTE EN EL *CIVIL LAW*.
DEBATES, CONCEPTOS Y DESAFÍOS

*DISCUSSION: THE CONSTRUCTION
OF PRECEDENT IN CIVIL LAW.
DEBATES, CONCEPTS
AND CHALLENGES*

NOTA EDITORIAL

En las últimas dos décadas, el precedente y la jurisprudencia se han colocado como un tema cada vez más central en la discusión jurídica de los sistemas jurídicos de derecho civil. El uso del precedente más allá de los confines de los sistemas jurídicos del *Common Law* ha supuesto su incorporación e implementación de muy diversas formas, así como su análisis desde la academia.

La sección de discusión de este año es el resultado del esfuerzo realizado por diversas personas que contribuyeron con sus trabajos e hicieron posible el Seminario de *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, intitulado “La construcción del precedente en el Civil Law. Debates, conceptos y desafíos”.

El propósito del seminario fue identificar los problemas, preguntas y debates que es preciso abordar para delinear y profundizar nuestra comprensión en torno al precedente. La discusión tuvo como punto de partida los problemas recogidos en el libro *La construcción del precedente en el Civil Law*, de 2020, pero no solamente.

Cada uno de los artículos de este número plantean una serie de preguntas desafiantes. Por ejemplo, Flavia Carbonell reflexiona en torno a la toma de decisión judicial en el contexto de un sistema jurídico como el chileno, donde no existe una obligación formal de seguir precedentes, y cuestiona si esa toma de decisión de balance de razones caso por caso es superior a un sistema de sujeción al precedente. Explora también los problemas que la ausencia de una regla de precedente genera y arroja luz sobre las diversas consecuencias de una y otro enfoque.

Por su parte, Rodrigo Camarena sugiere cuatro modelos teóricos diversos para entender la *ratio decidendi*, en el marco de la incorporación del precedente en el contexto mexicano con la reforma de 2021. En ese sentido, cada una de los modelos privilegia uno u otro aspecto en la comprensión y uso del precedente, pero implica también una forma de aplicar precedentes, que abre la puerta a reflexionar si acaso su aplicación puede convertirse en una práctica que se

NOTA EDITORIAL

va delineando de manera local, alimentada de los contextos en los que se aplique.

Silvia Zorzetto nos presenta una detallada reflexión sobre los usos del precedente, generando una tipología de su uso como argumentos. Luego de emplificar los usos en casos concretos, se hace evidente que hay una variedad de usos argumentativos del precedente y que no todos ellos son consistentes con la concepción central, según la cual se les usa para aplicarlos a una determinada solución interpretativa. En ese sentido, hay un verdadero precedente con su aplicación y muchos usos más. El artículo arroja luz acerca de la complejidad en la aplicación del precedente y las diversas formas que ésta puede tomar, así como la dificultad para distinguir o incluso “discriminar” entre los verdaderos usos del precedente y del resto de los usos de éste. Finalmente, se reflexiona acerca de los desafíos que se encuentran para estructurar un sistema de precedentes bien ordenado.

El artículo de Fabio Pulido se pregunta acerca de la necesidad de contar con una “regla de precedente” en los sistemas jurídicos, es decir, acerca de la necesidad de tener una regla que configure el funcionamiento de los precedentes y de si, en todo caso, se trata de una norma necesaria o contingente de los sistemas jurídicos. Sugiere distintas formas que la regla puede adoptar en los sistemas jurídicos, así como las diversas relaciones que existen entre el carácter de esta regla y las consecuencias que se siguen de ello.

Finalmente, para continuar y enriquecer el diálogo, cada una de estas contribuciones es analizada y discutida por Marina Gascón Abellán y Álvaro Núñez Vaquero en una réplica que retoma los problemas planteados en los artículos referidos para revisarlos, cuestionarlos y ampliar la reflexión. El propósito final busca ser un punto más en la articulación de las reflexiones en torno al precedente que permitan continuar su estudio, comprensión y difusión en los sistemas jurídicos de derecho civil.

A cada una de las personas que acogieron la propuesta y participaron en este ejercicio, envío mi más sincero agradecimiento y reconocimiento.

El seminario de *Problema*, así como la sección de Discusión de este número de la revista, se enmarcan en y fue realizada gracias

NOTA EDITORIAL

al Programa UNAM-PAPIIT clave: IN302422. Proyecto: La autoridad del precedente judicial. Debates teóricos y problemas prácticos.

Sandra GÓMORA-JUÁREZ
Editora

EDITORIAL NOTE

In the last twenty years, precedent and case law have become an increasingly prominent topic in the legal discussion of Civil Law legal systems. The use of precedent beyond the confines of Common Law legal systems has meant its incorporation and implementation in many different ways, as well as its study in academia.

This year's discussion section is the result of the effort of several people who submitted papers and made it possible to hold the *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* seminar, entitled "The Construction of Precedent in Civil Law: Debates, Concepts and Challenges".

The purpose of the seminar was to identify the problems, questions and discussions that must be addressed to outline and deepen our understanding of precedent. The starting point for the discussion was the problems set out in the 2020 book *La construcción del precedente en el Civil Law* [The Construction of Precedent in Civil Law], and it grew from there.

Each of the articles in this issue pose a series of challenging questions. For instance, Flavia Carbonell ponders judicial decision-making in the context of a legal system like Chile's where there is no formal obligation to follow precedents. She raises the question of whether such a case-by-case balancing of reasons way of decision-making is better than a system bound by precedent. She also explores the problems caused by an absence of a rule of precedent and shed light on the varied consequences of each approach.

NOTA EDITORIAL

Rodrigo Camarena proposes four different theoretical models to understand *ratio decidendi*, given the incorporation of precedent in the Mexican context as part of the 2021 reform. In this sense, each model prioritizes one aspect or another in the understanding and use of precedent, while suggesting a way of applying precedent that opens the door as to whether its application might become a practice that is shaped locally, influenced by the contexts in which it is applied.

Silvia Zorzetto presents a detailed consideration on the uses of precedent, generating a typology of its use as arguments. By illustrating such uses in specific cases, it soon becomes apparent that there are a variety of argumentative uses of precedent and that not all of them are consistent with the main notion, according to which it is used to be applied to a given interpretative solution. In this sense, there is a true precedent with its application and many other uses. The article sheds light on the complexity of applying precedent and the different forms it can take, as well as the difficulty in differentiating or even “discriminating” between real and other uses of precedent. Lastly, she reflects on the challenges faced in structuring a well-ordered system of precedent.

Fabio Pulido’s article raises the question on the need for having “rules governing the use of precedent in legal system, i.e., the need to have rules that govern the use of precedent and whether, if at all, it is a necessary or incidental rule in legal systems. He suggests different ways such a rule can take in legal systems, as well as the different relationships between the nature of this rule and the ensuing consequences.

Lastly, to continue and enrich the discussion, each contribution is analyzed and discussed by Marina Gascón Abellán and Álvaro Núñez Vaquero in a reply that revisits the problems raised in the articles to reassess and question them as well as to enrich the debate. The overall purpose is to provide one more element in structuring the ideas on precedent that will enable its further study, understanding and dissemination in civil law legal systems.

I would like to express my sincere thanks and appreciation to each and every one of the people who welcomed and participated in this activity.

NOTA EDITORIAL

The *Problema* seminar, as well as the Discussion section of this issue of the journal is part of and was made possible by UNAM-PAPIIT clave: IN302422. Proyecto: *La autoridad del precedente judicial. Debates teóricos y problemas prácticos.*

Sandra GÓMORA-JUÁREZ
Editor-in-Chief

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA JURÍDICO CHILENO*

VARIATIONS ON JUDICIAL PRECEDENT. AN APPROACH FROM THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

Flavia CARBONELL BELLOLIO**

Resumen:

El presente trabajo es el resultado de mi participación en el evento de discusión de la revista *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, que llevó por nombre “La construcción del precedente en el *Civil Law*: debates, conceptos y desafíos”, en el cual participaron varios colegas con un amplio conocimiento en el tema del precedente judicial; de igual forma, ahonda en los temas de mayor debate dentro de lo referente al precedente judicial, enfocado al caso chileno. Todo ello, con la finalidad de proponer algunas soluciones al respecto, así como dilucidar ciertos aspectos importantes dentro del precedente.

Partiendo de conceptos tan trascendentes como la prescriptibilidad, la racionalidad y el uso argumentativo, se logra llegar a ciertas problemáticas provocadas por el mal uso de los conceptos previamente mencionados, que a su vez nos conduce al *stare decisis*, término que mal utilizado puede resultar en un acto contrario a la independencia interna de la cual gozan los jueces.

* Artículo recibido el 30 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 12 de diciembre de 2021.

Agradezco los valiosos comentarios recibidos en el seminario que da origen a este texto, celebrado el 30 de septiembre de 2021 y, de manera especial, a Marina Gascón Abellán, por sus agudas y generosas observaciones, y que espero, al menos en parte, haber logrado incorporar.

** Doctora en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid; profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, correo: fcarbonell@derecho.uchile.cl, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6834-043X>.

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

Palabras clave:

Precedente judicial, prescriptibilidad, autprecedente, racionalidad, *stare decisis*.

Abstract:

This paper is the result of my participation in a discussion event of Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho entitled "The Construction of Precedent in Civil Law: Debates, Concepts and Challenges". Several colleagues with a vast knowledge on the subject of judicial precedent participated in this seminar, which also delved into the widely debated aspects of judicial precedent focused on the case of Chile. The entire discussion aimed at proposing solutions, as well as shedding some light on some of its important aspects.

*Starting from such transcendental concepts as, rationality and argumentative use, it is possible to find certain problems arising from the improper use of the above concepts, which in turn leads us to *stare decisis*, a term that if used incorrectly may result in an act against the internal independence of judges.*

Keywords:

Judicial Precedent, Statute of Limitations, Self-Precedent, Reasonableness, Stare Decisis.

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción civil nacida de delitos de lesa humanidad*. III. *Autoprecedente y racionalidad en la aplicación del derecho*. IV. *Precedente vinculante e igualdad*. V. *Uso argumentativo del precedente*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Comúnmente, se sostiene que la *summa divisio* entre sistemas de *civil law* (“derecho legislado”) y sistemas de *common law* (“derecho consuetudinario”) se funda, de modo importante, mas no exclusivamente, en que estos últimos son “sistemas de precedente”, y aquéllos no lo son. En Chile, suele afirmarse que el artículo 3o., inciso 2o. del Código Civil, impediría asignarle “valor de precedente” a la decisión judicial, o excluiría de las “fuentes formales del derecho” a la “jurisprudencia”, en tanto esa disposición prescribe que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Dicho algo coloquialmente, este inciso sería, en el ordenamiento jurídico chileno, un escudo protector frente a las tentaciones que podrían existir para introducir una norma de “precedente vinculante”.¹

Siguiendo con algunos ejemplos del ordenamiento jurídico chileno, se puede constatar que en él: a) no existen textos normativos a nivel constitucional que consagren reglas que faculden a ciertos tribunales (Tribunal Constitucional o Corte Suprema, en adelante, TC y CS, respectivamente) para dictar “precedentes” ni reglas que establezcan la obligación de determinados tribunales, jueces o juezas distintos del TC y CS² de seguir el “precedente” de aquéllos, ni

¹ Esta disposición también ha sido utilizada para respaldar la tesis según la cual incorporar una norma explícita, o construir una norma implícita que establezca la obligación de seguir el precedente, especialmente de los tribunales jerárquicamente superiores en el caso chileno, sería contraria a la independencia interna de la que debieran gozar jueces y juezas como estructura necesaria para hacer posible el ejercicio de la función jurisdiccional.

² Aquí uso las expresiones “tribunales” o “cortes” para referirme a jueces y juezas que cumplen la función de forma colegiada, y reservo las palabras “juez” o “jueza” para quienes cumplen la función de manera individual.

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

tampoco las hay a nivel legal,³ b) existen textos normativos dentro del Código de Procedimiento Civil chileno (en adelante, CPC) que se refieren a los “efectos de las sentencias” en procesos distintos de aquellos en los cuales éstas se dictan (artículos 178, 179 y 180, CPC) y otra disposición que se refiere a la facultad que tienen las partes de solicitar que un recurso de casación en el fondo sea “conocido y resuelto por el pleno del tribunal” (la regla general es su conocimiento por una sala de la CS), fundándose “en el hecho de que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso” (artículo 780, CPC); c) existe un recurso denominado “de unificación de jurisprudencia” para los procesos laborales;⁴ d) la ley procesal penal hace competente a la Corte Suprema para conocer del recurso de nulidad de la sentencia “que hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo” cuando “respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, corresponderá pronunciarse a la Corte Suprema” (artículos 373, letra b) y 376, inc. 3, del Código Procesal Penal); e) hay propuestas de disposiciones normativas en un proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil en el sentido de introducir modificaciones relevantes en el recurso de casación que favorece un modelo de CS “unificadora de jurisprudencia”.⁵

³ La ley que fija la organización y atribuciones de los tribunales es el Código Orgánico de Tribunales de 1943; aquella que regula la organización y atribuciones del TC es la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 1981, que tiene texto refundido del 2010, tras sendas modificaciones en 2005.

⁴ La Ley 20.260, de marzo de 2008, introduce sendas modificaciones en el Código del Trabajo, y en lo que aquí interesa, establece un nuevo procedimiento laboral, en el que se contempla el recurso de unificación de jurisprudencia en los artículos 483 al 483-C de dicho Código. Este recurso tiene por objetivo unificar interpretaciones de normas laborales en el caso de que existan interpretaciones contradictorias en una determinada materia, para lo cual la Cuarta Sala de la Corte Suprema opta por respaldar una u otra. Véase Correa 2020.

⁵ Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 (Boletín 8197-07); con un cambio en 2014 y con últimas indicaciones del Ejecutivo de mayo de 2021. Véase también

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

Como se advertirá, las expresiones entrecomilladas en los párrafos anteriores localizan algunos de los focos de problemas conceptuales que resultan más relevantes cuando de hablar del precedente se trata. La práctica de explicitar los presupuestos teórico-conceptuales ha estado, salvo excepciones, más bien ausente del debate dogmático chileno sobre el precedente. Tampoco ha habido claridad conceptual en sede jurisdiccional, donde la CS, que posee algunas facultades “unificadoras”, no ha llegado a ejercerlas coherentemente, y donde parte del discurso gremial de jueces y juezas parece resistirse a “seguir la jurisprudencia” de tribunales superiores, aduciendo que restringe su independencia.⁶

Muy valiosos trabajos colectivos y monográficos de los últimos años han venido a hacerse cargo, precisamente, de estas cuestiones conceptuales, con mucha profundidad.⁷ Aprovechándome de esas contribuciones, quisiera reflexionar sobre el autoprecedente, el precedente vinculante y el uso argumentativo del precedente, conceptos que, me parece, debieran permanecer distinguibles, aunque interrelacionadas. Lo haré, fundamentalmente, de la mano de un conjunto de casos chilenos sobre una misma materia, a cuya descripción me dedico a continuación, y que permite visualizar ciertos retos y carencias de la normativa chilena y de la práctica judicial.

II. PRESCRIPTIBILIDAD O IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN CIVIL NACIDA DE DELITOS DE LESA HUMANIDAD

En Chile, durante muchos años las acciones civiles indemnizatorias por violaciones a los derechos humanos cometidas en dictadura lle-

Romero 2021. La discusión sobre las funciones que debiera cumplir la Corte Suprema, o qué modelo de Corte Suprema favorecer, es una que también está teniendo lugar en Chile dentro y fuera de la Convención Constitucional, proceso en curso en el momento en que este texto fue escrito.

⁶ Este punto ha sido abordado por Núñez 2021a, quien desarticula este malentendido.

⁷ Me concentraré en la producción científica, especialmente latinoamericana y española, que es donde, a mi juicio, más publicaciones recientes y novedosas existen: Núñez, Arriagada y Hunter 2021, Gascón y Núñez 2020, Gómora 2019, Pulido 2018, Núñez 2016, Núñez 2018.

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

garon a la CS por dos vías: por un lado, a través de un recurso de casación en el fondo penal (previsto en los artículos 546 y siguientes del antiguo Código de Procedimiento Penal), cuando la acción civil era ejercida dentro del proceso penal, y, por otro lado, a través de un recurso de casación en el fondo civil en contra de sentencias de cortes de apelaciones que se pronunciaban sobre la acción indemnizatoria, interpuesta directamente en un proceso civil. De la acción civil interpuesta en el proceso penal conocía la Segunda Sala de la CS; de las causas civiles de indemnización de perjuicios conocía, hasta 2014, la Tercera Sala de la CS.⁸

En este lapso coexistieron dos tesis acerca de la acción civil: por una parte, la Segunda Sala rechazaba la tesis de la prescriptibilidad de la acción civil nacida de estos delitos de lesa humanidad (cuya acción penal es imprescriptible de conformidad con tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, *e. g.*, artículo 7o. del Estatuto de la Corte Penal Internacional) cometidos durante la dictadura; por otra parte, la Tercera Sala acogía la tesis de la prescriptibilidad de la acción civil fijando como *dies a quo* de esa prescripción el arribo de la democracia al país. Esta desigualdad en las decisiones era especialmente relevante, ya que reflejaba “un grave atentado contra los mecanismos de justicia transicional y contra los derechos de los afectados”: si se ejercía la acción civil de indemnización de perjuicios anexa a un juicio penal, se obtenían importantes sumas de dinero por concepto de indemnización de perjuicios. Si se ejercía aquella acción civil de manera independiente al proceso penal, no se obtenía indemnización alguna (Letelier, 2011: 164).⁹

⁸ La segunda sala es la sala penal; la tercera sala es la sala constitucional y contencioso-administrativa. El artículo 767 del CPC regula el recurso de casación en el fondo civil, estableciendo el tipo de sentencias contra las que procede y la causal misma, que consiste en “que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”. A esta disposición se remite el citado artículo 546, inciso final, del antiguo Código de Procedimiento Penal, sustituido luego por el Código Procesal Penal de 2000, cuando el recurso de casación se dirija contra la decisión civil de la sentencia.

⁹ Por ello, según algunos, debían privilegiarse las políticas de reparación patrimonial igualitaria a través del establecimiento de políticas públicas generales (leyes, reglamentos). O más claramente aún, el hecho de dar lugar a nuevas deman-

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

Fácticamente, los casos eran similares: se trataba de familiares de detenidos desaparecidos o de personas torturadas por agentes del Estado durante la dictadura militar que demandaban indemnización del daño moral padecido. Jurídicamente, la disputa consistía, principalmente, en cuáles eran las normas aplicables. A favor de la prescriptibilidad, se aducía que correspondía aplicar las normas de derecho positivo interno, específicamente aquellas sobre prescripción de la acción civil que nace de un delito (artículo 2332 del Código Civil, que establece un plazo de prescripción de cuatro años desde la perpetración del acto, y artículo 2497, que dispone que “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”).¹⁰ A favor de la imprescriptibilidad, se argumentaba que era deber de los tribunales aplicar las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos¹¹ (por mandato del artículo 5o., inciso 2, de la Constitución Política de la República) que consagrarían un derecho fundamental a la reparación integral, que no se limitaría, por tanto, al ejercicio de la acción penal. Como contrapartida a este derecho fundamental¹² se encontraría la obligación del Estado de responder por

das de indemnización de perjuicios producía un acceso desigual a aquellas reparaciones y debilitaba los programas de justicia transicional. Lira 2006.

¹⁰ Había, claro está, otros argumentos, entre ellos, que la imprescriptibilidad requiere de norma expresa, dado el valor de seguridad jurídica que estaría tras la institución de la prescripción. Otra alegación importante es que el Estado había implementado leyes de reparación administrativa que tenían por objeto reparar el daño patrimonial y moral de los familiares directos de las víctimas (principalmente, leyes 19.123, 19.980 y 19.992). Una exposición completa de los argumentos puede verse en la tesis de pregrado de Diego de la Peña 2019.

¹¹ Por mandato del artículo 5o., inciso 2, de la Constitución Política de la República de Chile aún vigente: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

¹² En terminología de Hohfeld, se trataría de las posiciones jurídicas correlativas “derecho” y “deber”: “Decir que X tiene frente a Y el derecho a que Y realice Z es equivalente a decir que Y tiene frente a X el deber de realizar Z porque la posición de derecho es pasiva y la posición de deber es activa. La posición de derecho es pasiva porque no se define por referencia a una conducta de su titular sino por referencia a una conducta del titular del deber correlativo”. Arriagada 2018.

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

crímenes de lesa humanidad, siendo las acciones para hacerla efectiva imprescriptibles.¹³

Estas tesis podrían, además, reconstruirse como una antinomia —cuya constatación, no obstante, requeriría ulterior especificación y justificación—, toda vez que dos conjuntos de normas regularían un mismo supuesto de hecho o unas mismas condiciones fácticas (acción civil que nace de un delito de lesa humanidad) imputándole efectos jurídicos incompatibles (prescripción de cuatro años y carácter imprescriptible, respectivamente).

Sin embargo, desde el punto de vista del sistema de aplicación judicial del derecho, de los usuarios del sistema de administración de justicia y/o de un jurista que analiza estas decisiones, adoptadas por parte de un “mismo” tribunal que ocupa la cúspide de la organización judicial, el juicio de valor sería más drástico. Desde el punto de vista del sistema, bien podría entenderse que una de las decisiones es errónea, aunque definitiva (ya que en este caso no hay posibilidad de impugnarla por ser dictadas por la CS); bien podría entenderse que ambas tesis son soluciones posibles y plausibles dentro del ordenamiento jurídico chileno y admitirse su coexistencia. Los usuarios de la administración de justicia observarían, simplemente, una injusticia inexplicable, una desigualdad de trato infundada por parte de la CS, considerada como un único y mismo tribunal. La dogmática probablemente describiría este caso como uno de esquizofrenia judicial o los explicaría trayendo a la superficie las tendencias políticas y/o las ideologías sobre la aplicación judicial del derecho (Wróblewski, 1989: 67-84) que las decisiones en uno u otro sentido envuelven.

Este escenario problemático se agudiza con el caso *González Galeno con Fisco de Chile*. En esta causa, se solicita que el recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁴ sea conocido por el pleno de la CS. La sentencia impugnada, junto con confirmar la sentencia penal condenatoria,

¹³ Artículo 131 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949; artículo 10. de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

¹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (Sexta Sala), Rol núm. 682-2.010, 19 de agosto de 2011.

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

“acogió la demanda de indemnización de perjuicios, condenando al demandado Fisco de Chile a pagar a la actora por concepto de daño moral la suma de \$50.000.000”. La petición se fundó “en el hecho [de] que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso” (ar-tículo 780, CPC); en el caso en cuestión, en haber sostenido distintas interpretaciones sobre la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción civil que nace de un crimen de lesa humanidad. El pleno de la CS, en fallo dividido (nueve votos contra siete), haciendo suyos los argumentos de la Tercera Sala, resuelve que la acción civil es prescriptible. Por ello, la sentencia de la Corte de Apelaciones incurrió en infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y se procede a su anulación. El considerando 3 reconoce que “la doctrina y la jurisprudencia discrepan respecto de la posibilidad de extender el estatus de imprescriptibilidad que se predica de la acción penal tratándose de delitos de lesa humanidad, a las acciones dirigidas a obtener reparaciones de naturaleza civil por los mismos hechos”. Para fundar su decisión, se argumenta que 1) los instrumentos internacionales se refieren exclusivamente a la imprescriptibilidad de la acción penal que nace de los delitos de lesa humanidad, y nada dice respecto de la acción civil; 2) “la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones” (considerando 5).

El fallo que invalida la sentencia recurrida consta de setenta páginas, 57 de las cuales corresponden al voto disidente o minoritario. La disidencia cita sentencias del Tribunal Constitucional (por ejemplo, sobre la “existencia de principios generales del derecho”, sentencia del 21 de diciembre de 1987, Rol núm. 46, considerando 21, y sobre la vigencia de los tratados internacionales de derechos humanos), y explica que encontraría apoyo en la “jurisprudencia reiterada de esta Corte” sobre la interrupción de la acción civil (que en realidad corresponde a la “jurisprudencia sostenida por la Segunda Sala Penal de la esta Corte en sentencias de fecha 27 de septiembre de 2000, dictada en los autos Rol núm. 4.367-1999 y de fecha 27 de

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

septiembre de 2001, dispuesta en los autos Rol núm. 3.574-2000, entre otras”). También se indica que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia comparada irían en apoyo del voto de minoría, y se consignan vagas menciones a la “evolución jurisprudencial” y a la “jurisprudencia consolidada”. En la sentencia de la Corte de Apelaciones que fue objeto de impugnación, también se hace referencia a “numerosa jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana... cuyos fallos han aceptado las peticiones indemnizatorias, considerándolas integrantes o propias de la obligación de reparación que cabe al Estado en casos de violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos” (considerando 13), sin ulteriores especificaciones.

Antes de cumplirse seis meses desde la fecha de la sentencia del pleno, la Segunda Sala de la CS dictó otra, en un caso igual a los anteriores, que declaraba la imprescriptibilidad de la acción civil y concedía indemnización por daño moral a los familiares de una víctima desaparecida en dictadura.¹⁵ Sin embargo, esta sentencia no hace mención alguna a la sentencia del pleno que habría “unificado la jurisprudencia”, ni tampoco a las decisiones anteriores de la Segunda Sala ni a jurisprudencia ninguna. Aunque la sentencia es contraria a la del pleno, conviene señalar que los integrantes de la segunda mantienen un comportamiento coherente con la tesis en favor de la imprescriptibilidad que venían sosteniendo en la sala y que sostuvieron en el voto de minoría de la decisión del pleno.

Los siguientes casos que llegaron a la Segunda Sala se resolvieron en igual sentido, contra la decisión del pleno, y aquellos que llegaron a la Tercera Sala, a favor de la decisión del pleno, perviviendo la dispersión jurisprudencial por dos años más. Finalmente, el asunto se resolvió mediante una decisión administrativa del pleno de la CS que redistribuyó las materias de las que debía conocer cada sala. Así, el Acta 233-2014, promulgada el 26 de diciembre de ese año y publicada el 16 de enero de 2015, radicó administrativamente en la Segunda Sala o Sala Penal, tanto en funcionamiento ordinario como extraordinario, el conocimiento “1o.- De los recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materia

¹⁵ Sentencia CS rol 519-2013, del 18 de julio de 2013.

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

penal, tributaria y civil relacionada a una *causa vigente del antiguo sistema procesal penal*".¹⁶ Con esta Acta y con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Órdenes Guerra y otros versus Chile* (sentencia del 29 de noviembre de 2018), se consolidó el criterio de la imprescriptibilidad de la acción civil. No obstante, se trata de una consolidación frágil e inestable, ya que podría perfectamente variar si se dictara, por ejemplo, un acta que radicara el conocimiento de estos asuntos en otra sala de la CS o si cambiara completamente la integración de la Segunda Sala.

Sirva este conjunto de casos como antesala para, en primer lugar, adoptar definiciones sobre qué es el autoprecedente, qué es el precedente vinculante y qué es el uso argumentativo del precedente, como tres nociones distintas, pero conexas; en segundo lugar, para dar cuenta de los fundamentos de cada una de ellas; en tercer lugar, para evaluar, a partir de estas nociones, el comportamiento de la CS en las causas antes descritas, y, en cuarto lugar, para plantear la pregunta sobre posibles vías de racionalización de la práctica de aplicación judicial del derecho.¹⁷ Abordaré estas cuestiones en cada uno de los epígrafes que vienen a continuación.

III. AUTOPRECEDENTE Y RACIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Marina Gascón define al autoprecedente como aquel "que procede de las decisiones previas adoptadas por el mismo juez o tribunal que ahora tiene que decidir", y conceptualiza la regla de autoprecedente judicial como aquella que "vincula a los órganos judiciales a sus propios precedentes". Por *precedente* en esta última definición se entiende "el *criterio, principio o razón jurídica* en el que se funda una decisión previa usada como fuente para la adopción de futuras decisiones" (*i. e.* precedente en sentido estricto, *ratio decidendi*

¹⁶ El destacado es añadido. El acta fue adoptada durante la presidencia del ministro Sergio Muñoz, disidente en las decisiones de la Tercera Sala y favorable a la tesis de la imprescriptibilidad de la acción civil.

¹⁷ Agradezco a María Beatriz Arriagada su comentario acerca de la importancia de mantener claramente distinguidas estas dimensiones en el texto.

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

o fundamento de la decisión) (Gascón, 2011: 134, cursiva en el original). En síntesis, y siguiendo las precisiones conceptuales de esta autora, el autoprecedente es una regla que obliga al tribunal o juez que dictó una decisión previa a incorporar en la decisión de un caso similar futuro las mismas razones jurídicas allí utilizadas.

La pregunta, entonces, es cuál es el fundamento de una tal regla y de qué tipo de regla se trataría. La respuesta que da Gascón es que el autoprecedente es “una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia de la justicia formal que es el requisito de la universalización” (Gascón, 1993a: 38). Esta exigencia de universalización opera especialmente cuando el juez se ve llamado a elegir entre distintas opciones, promueve la racionalidad en la aplicación del derecho y constituye una “garantía contra la arbitrariedad” (Gascón, 2011: 136).¹⁸

¹⁸ En otra formulación de la autora, el precedente es entendido como instrumento de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de cambio irreflexivo o arbitrario. Gascón 1993b: 225.

La noción de racionalidad como opuesta a la arbitrariedad se emplea igualmente por las teorías de la argumentación. No obstante, como sostiene García Amado, no existe un único criterio de racionalidad argumentativa, sino varios, que generalmente se combinan en propuestas teóricas o normativas concretas: *a)* racionalidad como justificación; *b)* racionalidad como explicitación de valoraciones (y que ello permita su control); *c)* racionalidad como corrección lógica de la argumentación; *d)* racionalidad como prelación entre argumentos y como ponderación de consecuencias; *e)* consenso como criterio de racionalidad (*e. g.* apelaciones a valores intersubjetivamente compartidos o que serían aceptables en un determinado grupo); *f)* racionalidad sistemática; *g)* racionalidad procesal (como resultado de un procedimiento). García Amado 1986: 167 y ss.

En este sentido, por ejemplo, se entrelazan algunos de estos criterios de racionalidad en un modelo analítico de motivación correcta como el de Chiassoni, “[u]na *sentencia judicial* está motivada correctamente si, y sólo si, cada una de las decisiones judiciales (disposiciones individuales, juicios jurídicos, normas individuales judiciales) que esta contiene es *racional* o está justificada *racionalmente*” y se entiende que es racional o que está racionalmente justificada si satisface las condiciones de la justificación interna y externa. La justificación interna o lógico-deductiva es una condición de *racionalidad formal* que refleja el principio de no contradicción; la justificación externa puede ser normativa o probatoria según el tipo de premisas a las que se refiera, y es condición de *racionalidad sustantiva* que refleja el principio de razón suficiente. Racionalidad, en este modelo, es sinónimo de justificación interna y externa. Chiassoni 2011: 18 y ss.; 56.

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

En la misma senda seguida por MacCormick, Gascón argumenta que la universalización o universabilidad kantiana tiene un rol relevante en la aplicación judicial del derecho. Esta máxima kantiana podría formularse así: “adopten aquella decisión que, por considerarla correcta, estén dispuestos a suscribir en futuros casos sustancialmente idénticos”. Especial relevancia tiene esta mirada hacia el futuro, que, sin embargo, no impide abandonar el precedente, es decir, no petrifica la decisión, sino que simplemente sitúa la carga de la argumentación en quien quiera apartarse de aquél. Este abandono del autoprecedente u *overruling* puede fundarse bien en la incorrección de la decisión anterior, bien en su inadecuación sobreviniente (Gascón, 2011: 136-139).¹⁹

MacCormick se refirió a la universalización al tratar la exigencia de justicia formal como una idea estrechamente relacionada con la de justificación (MacCormick, 1978: 73-99), y más específicamente, con la justificación deductiva, superando el “conservadurismo” perelmaniano dado por el principio de inercia que favorecería el *statu quo*.²⁰

¹⁹ Como regla de la argumentación, Alexy la configura así: “[J.14] Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación”. Alexy 1989: 287.

²⁰ Según Perelman, la relación entre la regla de justicia y el principio de inercia es a la vez conceptual y empírica, inclinándose más bien la balanza hacia esta última. La inercia es un concepto que viene de la física, que quiere expresar la tendencia de los cuerpos a permanecer en el estado en que se encuentran (movimiento a velocidad constante, reposo, etcétera), si no existen fuerzas externas que actúen sobre él. Trasladado al campo argumentativo, el principio de inercia consiste en la tendencia a que los seres, casos o situaciones semejantes sigan siendo tratados en la misma forma en que vienen siendo tratados si no existen buenas razones que justifiquen un cambio en el tratamiento. En palabras de Perelman, se trata de una “tendencia, natural a la mente humana, a considerar como normal y racional, y como tal no requiriendo justificación suplementaria, un curso de comportamiento en conformidad con el precedente”. Y continúa diciendo “*Per contra* toda desviación, todo cambio, tendrá que ser justificado. Esta situación, que resulta de la aplicación del principio de inercia en la vida de la mente, explica el rol que juega la tradición. Es la tradición la que es tomada como punto de partida, es la tradición la que es criticada y es la tradición la que es mantenida mientras no se vea ninguna razón para apartarse de ella”. Perelman 1977: 86. El principio de inercia implica estabilidad, característica que es perseguida por los sistemas sociales, particularmente por el jurídico. En palabras de Alexy, “una opinión o una praxis que haya sido aceptada una vez no puede abandonarse sin un motivo para ello”. Alexy, 1989: 191.

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

La exigencia de justicia formal implica que se está dispuesto a sostener las mismas razones sobre las cuales se funda el fallo en casos similares futuros o situaciones semejantes en sus aspectos relevantes que se den en el futuro, de la misma forma como la decisión del caso presente toma en cuenta precedentes anteriores. Se trata de un requisito que mira hacia el pasado —*backward-looking*— y hacia el futuro —*forward-looking*—, y cuyo cumplimiento constituye un requisito mínimo de racionalidad tanto en la tarea de administrar justicia como en la noción de justicia de acuerdo con el derecho (*justice according to law*). Esta mirada hacia el futuro, *i. e.* el hecho de estar dispuesto a sostener en la resolución de casos futuros similares las mismas razones en apoyo de la decisión, vincula con mayor fuerza al juez, toda vez que tratándose de la mirada hacia el pasado la vinculación tiende a ser más débil, ya que es posible que exista conflicto entre el precedente y la “justicia material” del caso en cuestión (MacCormick, 1978: 74 y ss.; MacCormick, 1976: 109). Así, entonces, uno de los requisitos para que una decisión se encuentre justificada, un requisito lógico, según MacCormick, es, precisamente, que aquélla debe basarse en una norma universalizable.²¹ En este sentido, la justificación de una decisión es cuestión de universales, y no de particulares (MacCormick, 1976: 103 y 104).

Desde el punto de vista argumentativo, el autoprecedente es una regla de racionalidad que obligara a universalizar razones para concretar el ideal de la justicia formal. Desde el punto de vista jurídico, el autoprecedente se configura como una regla cuyo fundamento es la obligación de los jueces de motivar las decisiones judiciales y la obligación de cumplir con el principio de igualdad y no discriminación arbitraria en el ejercicio de la función jurisdiccional.

²¹ El autor explica la diferencia entre ‘universal’, en tanto requisito lógico —atribuible, por tanto, a la premisa mayor de un silogismo—, y ‘general’, que es un término que se refiere a diferencias de grado (más o menos general). Pueden existir, por ejemplo, reglas más o menos generales (dependiendo de la extensión de individuos o situaciones que comprenden), pero en ambos casos se trata de reglas universales, esto es, aplicables a todos aquellos individuos o situaciones. Los términos ‘genérico’ y ‘universal’ son usados por MacCormick indistintamente para hacer referencia a este requisito de tipo lógico, distinguiéndolos, de acuerdo con lo dicho, del término ‘general’. MacCormick, 1978: 78-79.

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

Si volvemos al conjunto de casos descritos, la primera pregunta que se plantea es cómo explicar el hecho de que en el seno de un mismo tribunal, distintas salas mantienen doctrinas diferentes, criterios interpretativos contrapuestos, sobre un mismo problema jurídico. Y las explicaciones pueden ser dos. Por una parte, podemos considerar que cada una de las salas es un órgano o tribunal autónomo, y, siendo esto así, la mantención del fundamento de la decisión en favor de la prescriptibilidad (Tercera Sala) y de la imprescriptibilidad (Segunda Sala) revela que cada Sala se ha comprometido a universalizar la *ratio decidendi* hacia los casos futuros similares, cumpliendo con la mirada hacia el futuro de la racionalidad. Esta postura, sin embargo, va en detrimento de la garantía ciudadana de igualdad en la aplicación de la ley, lo que es especialmente significativo tratándose de salas que pertenecen al tribunal jerárquicamente superior de la organización judicial chilena. Por otra parte, podemos considerar que cada sala no es sino una instancia de un mismo tribunal, y que la subsistencia en el tiempo de decisiones contradictorias, como las descritas en los casos referidos, es una falla de la racionalidad y una manifiesta arbitrariedad respecto de los administrados de justicia.

Frente a este riesgo de decisiones contradictorias dictadas por distintas salas de un único órgano judicial, es el propio legislador quien ha establecido un mecanismo de unificación de jurisprudencia, pese a que la cultura jurídica interna chilena no lo considera tal. En efecto, el artículo 780 del CPC permite el conocimiento de una causa por el pleno cuando existan sentencias contradictorias de las salas de la CS. ¿Cuál sería el fundamento de esta norma, sino otorgar competencia al pleno para fijar la interpretación institucionalmente correcta, eliminando la contradicción en el caso concreto y uniformando las decisiones hacia el futuro?

Sin embargo, la actitud díscola de la Sala Penal que se aparta de la decisión del pleno revela que, por una parte, la sala se autocomprende como un órgano autónomo y, por otra parte, que no reconoce vinculatoriedad a aquella decisión del pleno. ¿Obedece ello a que falta una regla expresa del *stare decisis*? ¿No debiera acaso el artículo 780 considerarse, precisamente, como una regla expresa de *stare decisis*? Para que ello fuera así, haría falta, como se verá en el epígrafe siguiente, la segunda norma para que se pueda afirmar la

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

existencia de una regla de precedente vinculante, cual es aquella que califica su seguimiento y no seguimiento del precedente, atribuyéndole alguna consecuencia jurídica.

La evaluación de estos casos también requiere reflexionar acerca de qué diseño institucional es más apto para facilitar el respeto al autprecedente y, consiguientemente, producir la racionalización de la aplicación del derecho perseguida por aquella regla. Siendo imposible abordar aquí esta compleja cuestión, me limitaré a mencionar dos puntos. Un modelo de CS que funciona en salas especializadas y en pleno debiera, por un lado, distribuir claramente las competencias entre las salas y, por otro lado, ocuparse de articular las relaciones entre decisiones de aquéllas y de éste. Por ejemplo, establecer una división más fina de los asuntos de relevancia jurídica que deba conocer una u otra sala, pese a que ello no pueda evitar *a priori* casos dudosos en que la competencia corresponda a dos salas. Un modelo de CS que funciona sólo en pleno parece más propenso a cumplir con la regla del autprecedente. El segundo punto se refiere a los fundamentos y razones en favor de la adopción de decisiones judiciales colectivas, así como a la forma en que aquéllas se toman al interior de órganos colegiados. Tratándose de una CS que funcione en sala y en pleno, cabría preguntarse si el respeto a las decisiones del pleno puede vincularse, en algún sentido, con el respeto a las decisiones de la mayoría.

IV. PRECEDENTE VINCULANTE E IGUALDAD

La regla del precedente o regla del *stare decisis*, consiste en una o más normas que establecen que determinadas decisiones jurisdiccionales cuentan como precedentes (Núñez, 2021).²² Tal como argumenta Arriagada, la existencia de precedentes vinculantes, depende

²² “La regla que vincula a los órganos juzgadores al precedente vertical se conoce como *stare decisis et quia non movere*, e indica que los precedentes tienen autoridad y deben ser seguidos”. Gascón, 2011: 134. En otro lugar describe los sistemas de *stare decisis*, como aquellos “cuyo fundamento reposa en la exigencia de justicia uniforme; es decir, en el ideal de juez único que preside todo sistema jurisdiccional que quiera garantizar la seguridad, igualdad y unidad del Derecho” (Gascón, 1993b: 212).

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

de la existencia de dos normas jurídicas: una norma que establece la vinculación al precedente, y otra norma que califica el seguimiento y el no seguimiento de los precedentes. Estas dos normas constituyen un conjunto de relaciones jurídicas entre tres intervinientes: 1) los tribunales cuyos precedentes tienen que ser seguidos; 2) los tribunales que tienen que seguirlos; 3) los individuos cuyas situaciones jurídicas resultan modificadas por el seguimiento y el no seguimiento de aquellos precedentes (Arriagada, 2021).

Dada la equivocidad, heterogeneidad y uso dispar de la expresión “precedente” en contextos jurídicos, —de la que ya he dado cuenta—, esta autora define estipulativamente a los “precedentes” como “normas empleadas en las sentencias judiciales para la solución de casos específicos que tienen *alguna relevancia* para la solución de casos específicos similares” (Arriagada, 2021: 368). Esta definición está en la misma dirección que la que proponen Gascón antes transcrita, y Núñez (2021): en todos los casos, se hace referencia a la norma que constituye el fundamento, la decisión, *i. e.* su *ratio decidendi*. Por “precedentes vinculantes”, Arriagada entiende “aquellos que, de acuerdo con el derecho positivo vigente, *tienen que ser seguidos* por determinados tribunales a la hora de decidir casos específicos similares al caso específico que fue solucionado por la sentencia que contiene el precedente” (Arriagada, 2021: 369).

A diferencia de Núñez, y en una noción más restringida, Arriagada circunscribe su análisis “a los precedentes normativa, formal o institucionalmente vinculante, es decir, aquellos cuya vinculatoriedad es constituida y regulada por normas de derecho positivo vigente” (Arriagada, 2021: 369). De forma más categórica, si no hay consecuencia jurídica para el no seguimiento del precedente, sostiene la autora, no puede hablarse de precedente vinculante. Esta afirmación, a la que subyace la idea de que hacerse cargo del precedente vinculante es prioritario desde el punto de vista conceptual a los otros sentidos o usos de la expresión “precedente”, me parece correcta, y evita posibles confusiones respecto a la configuración y efectos jurídicos del precedente.²³

²³ Como diré luego, podría simplemente usarse “precedente” para referirse a precedente vinculante, desechando el uso de “precedente persuasivo” y reemplazándolo por uso de sentencias o jurisprudencia como argumento.

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

La tesis de Arriagada acerca de la fisonomía del precedente vinculante se construye empleando una idea notable y original de Núñez, cual es que la existencia de un sistema de precedentes al interior de un ordenamiento jurídico determinado requiere de la existencia de normas constitutivas, y no, como generalmente se ha sostenido, de la existencia de normas regulativas (Núñez, 2018).²⁴ En este sentido, la existencia de los precedentes vinculantes depende

...necesariamente de la existencia de dos normas jurídicas diferentes: (i) una norma que, al establecer una relación jurídica de competencia-sujeción entre un tribunal X [el que produce el precedente] y un tribunal Y [el que está vinculado por el precedente], constituye como precedentes para el tribunal Y a las normas producidas por el tribunal X y (ii) una norma que califica el seguimiento y el no seguimiento de tales precedentes por el tribunal Y (Arriagada, 2021: 382).

Así, como ya había adelantado, la primera es una norma de vinculación al precedente, mientras que la segunda es la norma que califica el seguimiento y el no seguimiento de los precedentes.

Si miramos estas normas más de cerca, veremos que la primera norma, la norma de vinculación al precedente, es una norma de competencia (de aquellas que confieren competencia a determinados sujetos) que establece una *relación de competencia-sujeción* entre los tribunales X e Y. La sujeción o vinculación al precedente significa que el tribunal Y tiene que seguir los precedentes del tribunal X, o, desde la otra cara de la moneda, el tribunal X modifica la situación jurídica del tribunal Y cada vez que ejerza la competencia para dictar precedentes que le ha sido otorgada.²⁵

²⁴ En un texto reciente, Núñez desarticula la tesis según la cual la regla del precedente es una regla prescriptiva, mostrando que no es ni una norma de obligación ni una norma permisiva, sino normas constitutivas (específicamente, normas de competencia) que, de manera conceptualmente necesaria o contingente, instituyen un sistema de precedente. Núñez, 2021.

²⁵ Una competencia es “un poder de producir normas jurídicas válidas o participar en su producción, constituido o determinado por normas jurídicas que comúnmente se denominan normas de competencia o sobre la producción jurídica” (Arriagada, 2021: 380).

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

La segunda norma, aquella que califica el seguimiento y el no seguimiento de los precedentes, puede ser de dos tipos: *a)* una norma regulativa que obliga al tribunal Y a seguir el precedente del tribunal X (o que prohíbe al tribunal Y no seguir los precedentes del tribunal X), y que establece como sanción al incumplimiento de aquella obligación (omisión del comportamiento) una sanción al juez o jueces que pronuncian la sentencia que no sigue el precedente;²⁶ *b)* una norma de competencia de aquellas que limitan el contenido de las decisiones (normas individuales) que el tribunal Y es competente para dictar en la solución de casos específicos. Y lo limitan en el sentido que lo convierten en “*incompetente* para solucionar aquellos casos que son similares a los que han sido solucionados por los precedentes del tribunal X mediante normas de contenido distinto al que ha sido predeterminado por tales precedentes”. Esta incompetencia implica, a su vez, “una *inmunidad* (no sujeción) de los individuos que son partes en un proceso judicial” frente a decisiones que tengan un contenido distinto al predeterminado por tales precedentes. Tales decisiones, en efecto, son *inválidas*, ya que han sido dictadas fuera de la competencia del tribunal Y (Arriagada, 2021: 393 y 394).

Con esta estructura teóricamente fina e impecable, Arriagada visibiliza las caras de las normas que configuran el precedente vinculante: las dos caras de la primera norma de sujeción al precedente (la competencia del tribunal X y la sujeción del tribunal Y) y las dos caras de la norma que califica no seguimiento (sanción al tribunal Y, invalidez de la decisión del tribunal Y), junto con las relaciones jurídicas a las que ellas dan lugar.

El fundamento de la igualdad en la aplicación del derecho de la regla del precedente vinculante es bastante conocido. Ya el concepto de jurisdicción presupone que la solución de controversias de relevancia jurídica, mediante la aplicación de la ley abstracta y general al caso concreto y particular,²⁷ no genere desigualdad de trato. Igualdad en la aplicación de la ley por parte de esta potestad

²⁶ La obligación puede ser absoluta o indirecta (sin derecho correlativo) o relacional o directa (con un derecho correlativo que permita a su titula accionar judicialmente frente a su incumplimiento).

²⁷ Esta es la manera en que Atria entiende la jurisdicción (Atria, 2016: 216).

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

pública²⁸ que, en modelos procesales en que la decisión de un juez o tribunal es susceptible de ser impugnada y revisada por tribunales superiores, puede ser de más difícil consecución.

La regla del precedente, entonces, comparte con la regla del auto-precedente el fundamento de la igualdad, aunque la primera adopta el punto de vista del sistema de administración de justicia (cómo resuelven agregadamente controversias jurídicas similares todos los jueces y tribunales), mientras que la segunda se focaliza en las decisiones de un juez, de una sala o de un tribunal.

Otros valores que justifican la existencia de una regla de precedente vinculante, como ampliamente sostiene la literatura, son la *seguridad jurídica* y la *estabilidad del derecho* que aquélla promueve. Ello “significa que los ciudadanos pueden prever o anticipar la respuesta que probablemente recibirá su caso; es decir, que pueden tomar decisiones confiando en que las reglas jurídicas usadas por los jueces con anterioridad les serán aplicadas también a ellos”. Además, al igual que el autoprecedente, promueve la igualdad *formal*, es decir, tratamiento igual a los iguales y desigual a los desiguales; descarga de ulterior justificación, con el consiguiente ahorro de tiempo (Gascón, 2011: 134 y 135).

Ahora bien, frente a la no uniformidad de la respuesta de tribunales a problemas jurídicos similares, la ciudadanía lega en derecho se pregunta, razonablemente, cómo puede suceder que una regla jurídica, que pretende ser guía de actuación, pueda dar lugar, frente a una misma situación de hecho, a dos respuestas o a dos interpre-

²⁸ Como sostiene Iturralde, para saber si existe o no igualdad en la aplicación judicial de la ley se requiere de un término de comparación, o de un análisis (diacrónico) de una o más decisiones en el tiempo. Iturralde describe de la siguiente manera los dos elementos que componen el principio de igualdad en la aplicación del derecho: “Un elemento material, que ofrece la condición justificatoria, esto es, el criterio de justicia en favor de un determinado trato para una categoría de sujetos (por ejemplo, el mérito, la necesidad, o una norma jurídica). En el caso del derecho, dicho criterio viene dado, en un primer momento, por el legislador al establecer cuáles son las diferencias relevantes (entre mayores y menores de edad, entre diferentes tipos de trabajadores, entre ciudadanos y parlamentarios, etcétera); y en un segundo momento, por los jueces al decidir los casos de una determinada manera dentro del margen de discrecionalidad. El elemento formal supone generalizar las condiciones del elemento material a los casos posteriores” (Iturralde, 2019: 140).

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

taciones distintas por parte de tribunales de justicia, o ¿cómo se puede explicar que dos jueces con la misma formación o con formación equivalente arriben a conclusiones distintas sobre la base del “mismo derecho”?²⁹ La respuesta, desde cierto concepto de derecho y desde una teoría de la interpretación que rechaza la tesis de la única respuesta correcta,³⁰ sería que es imposible “que el ordenamiento jurídico esté siempre en condiciones de ofrecer al intérprete una y sólo una respuesta correcta para resolver un conflicto jurídico” (Gascón, 1993b: 213). En otros términos, dado el carácter al menos parcialmente indeterminado del derecho,³¹ cierto margen de dispersión jurisprudencial es inevitable o, lo que es lo mismo, la coexistencia de interpretaciones diversas dentro de aquellas lingüísticamente posibles y jurídicamente plausibles en distintos tribunales resulta ineludible. Esta dispersión puede generar una desigualdad de trato del sistema de administración de justicia difícil de justificar (como la que se produce entre personas que reciben y otras que no reciben una indemnización patrimonial por crímenes cometidos en dictadura).

Para evitar esta desigualdad de trato, los sistemas procesales incorporan mecanismos de unificación en algún punto de los procesos judiciales, cuya decisión se encomienda generalmente a algún tribunal vértice del sistema.³² Aunque es discutido en Chile cuál es el efecto de una sentencia dictada por el pleno en ejercicio de las

²⁹ Estas son las preguntas que Herman Pritchett, un politólogo norteamericano, se hiciera en 1941 al describir el aumento de la práctica de disensos al interior de la Corte Suprema norteamericana (Pritchett, 1941).

³⁰ Dworkin emplea la expresión “respuesta correcta” para designar una decisión judicial que consiste en la interpretación que mejor reconstruye la práctica jurídica y la moralidad política de la comunidad. Existen, sin embargo, varias versiones de esta tesis, que no es del caso analizar aquí. Véase Dworkin, 1963, 1967, 1978.

³¹ Sobre la distinción entre indeterminación del ordenamiento jurídico en sede de interpretación abstracta (equivocidad de textos) e indeterminación de la norma en sede de interpretación concreta, véase (Guastini, 2011: 39 y ss.).

³² (Gascón, 2011). La expresión “vértice” es la del famoso libro (Taruffo, 2006). Como indica (Taruffo, 2016: 34), la “uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho se persigue con diversas técnicas”.

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

facultades del artículo 780, CPC, su fundamento es la necesidad de uniformar la interpretación del derecho, pese a que no exista la otra cara de la norma del precedente vinculante que regula los efectos de su seguimiento o no seguimiento por parte de otras salas CS o de otros tribunales jerárquicamente inferiores. En el caso de las decisiones dictadas en materias que son competencia sólo de una sala, la respuesta, a partir de los conceptos antes asumidos, es que no existe una regla de precedente vinculante de las salas, pues faltan las dos normas que son requisitos de existencia: una norma de vinculación al precedente y una norma que califique el seguimiento y no seguimiento.

Parece, en cualquier caso, que una manera de racionalizar la práctica judicial que promueva los valores de igualdad y seguridad jurídica sería incorporar, positivamente, una regla de precedente vinculante a cargo del tribunal vértice, bien en su competencia en sala, bien en pleno. A más de su incorporación, habría que velar por que los tribunales pudieran comunicar con claridad y precisión la *ratio decidendi* de la decisión, lo que precisa de cambios en la cultura jurídica interna. En fin, otro de los peligros que describe la literatura consiste en que una regla de precedente vinculante pueda transformar a la CS en un órgano legislativo o cuasi legislativo.

V. USO ARGUMENTATIVO DEL PRECEDENTE

La cita, uso o mención³³ de decisiones judiciales pasadas es frecuente en la litigación y en las decisiones judiciales. En este último caso, el uso argumentativo supone que no existe una regla de precedente vinculante, pues en tal caso el tribunal vinculado por el precedente producido por aquel competente para producirlo debe, simplemente, decidir en conformidad a la *ratio decidendi* aplicable al caso.

En tanto razón o argumento, estas citas o menciones a decisiones judiciales pasadas se emplean para respaldar o justificar la atribución

³³ Vio 2021 explica que el uso de una sentencia pasada consiste en la mención de su contenido, e identifica distintas maneras de hacer aquellas menciones.

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

ción de significado a textos normativos. Como tipo de argumento interpretativo, puede decirse que forma parte de reglas o de costumbres interpretativas seguidas (usadas y aceptadas) por una cultura jurídica determinada.³⁴

Generalmente, y para destacar este uso argumentativo cuya relevancia puede variar de sistema en sistema,³⁵ se le llama “precedente persuasivo”:³⁶ el juez no está obligado a respetar la *ratio decidendi* de una decisión pasada, pero lo hace por “la autoridad de quien lo emitió, en el sentido de su prestigio o reconocimiento”, prestigio que puede ser fundado, presupuesto e incluso atribuido de manera estratégica (García Amado, 2016: 120).³⁷ Como explica García Amado, sin embargo, la eficacia o éxito del argumento dependerá, especialmente, de que aquel que debe resultar persuadido y adoptar la decisión en el presente en conformidad con aquel argumento reconozca la experticia o autoridad, entendida como aquella especial “cualificación, capacidad o conocimiento” de quien adoptó esa decisión pasada.

Dentro del catálogo de argumentos interpretativos, este uso argumentativo del precedente se ubica dentro del argumento autoritativo o *ab exemplo*, definido por Tarello como

...aquel por el cual a un enunciado normativo se atribuye el significado que le fue ya atribuido por alguien, y por este solo hecho. Se trata del argumento que invita a atenerse a precedentes aplicaciones-producto o interpretaciones-producto, esto es, a la práctica aplicativa consistente en el resultado de la interpretación oficial o judicial, o bien a la interpretación de la doctrina (Tarello, 2018: 334).

³⁴ Sobre el concepto de “argumentos interpretativos”, puede verse (Tarello, 2018: 309 y ss.); (Ezquiaga, 1994).

³⁵ Veán las distinciones entre relevancia argumentativa muy débil, débil y fuerte que distingue (Chiassoni, 2011).

³⁶ Como dice Gascón, los precedentes persuasivos son los que “no tienen que ser seguidos, pero hay buenas razones para que sí lo sean” (Gascón, 2011:134).

³⁷ En igual sentido, Accatino señala que en la argumentación judicial “la referencia a la jurisprudencia asume predominantemente la forma de un argumento de autoridad —un argumento cuya fuerza justificatoria se basa sólo en el estatus o prestigio de su emisor—” (Accatino, 2002: 574).

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

El argumento autoritativo, en palabras de Atienza, es uno de los argumentos más tradicionales de la retórica (que se encuentra ya en la *Retórica* de Aristóteles, y que es también estudiado por Perelman), y en el ámbito jurídico se emplea cuando el precedente no es fuente del derecho en sentido formal. Atienza muestra, además, cómo el argumento *ad hominem* en sentido estricto y el argumento de autoridad pertenecen al mismo género, aunque son tácticas argumentativas opuestas, en tanto que ambos “toma[n] la opinión de individuos particulares como fuente confiable de conocimiento (o de guía de la acción)”: “en un caso, [se emplea el] *argumento ad hominem*, para destruir o minar la credibilidad de una persona; en otro, [se emplea el] argumento de autoridad, para apoyar una tesis basándose en la opinión de una autoridad o de un experto en la materia” (Atienza, 2013: 420, 417).

Siguiendo la distinción de Summers, Atienza incluye los argumentos de autoridad dentro de las razones formales o autoritativas, y da cuenta de su importancia tanto para la configuración de la premisa normativa (donde se recurre a la interpretación que de los enunciados normativos hayan realizado las autoridades prácticas como aquellas que deciden sobre cursos de acción) como para la configuración de la premisa fáctica (donde se recurre a autoridades teóricas o conocimiento experto) (Atienza, 2015: 1443).

Con una mirada un tanto diversa, Coloma describe en los siguientes términos el argumento de autoridad: “si ante un auditorio cualquiera la fuerza argumental de un planteamiento P resulta distinta según si este ha sido formulado por un sujeto X o por uno Y, estaremos en presencia de un AA [argumento de autoridad]” (Coloma, 2021: 213).³⁸ El AA, sostiene Coloma, “hace posible operar con un nivel mayor de inercia argumental que el que se da cuando se interactúa con sujetos que no son reconocidos como altamente creíbles, agudos o sabios... permite la división del trabajo, ya que nos evita tener que investigar y analizarlo todo, si de lo que se trata es de construir o modificar creencias” (Coloma, 2012: 214).³⁹ Y a con-

³⁸ Coloma se refiere a este argumento al analizar el tránsito de un sistema de valoración de la prueba legal o tasada (en que se apela a lo que establezca la autoridad legislativa) a un sistema de sana crítica.

³⁹ En sentido similar, Atienza 2015.

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

tinuación previene sobre los peligros que pueden derivarse de su uso, entre los cuales se encuentra bien la renuncia anticipada del ejercicio deliberativo que permite modificar creencias o decisiones, bien, agregaría yo, abdicar de tomarse en serio el ejercicio de justificación de las premisas de la decisión judicial. Dicho de otra manera, un mal uso argumentativo del precedente en tanto argumento de autoridad puede entrar en “tensión con las aspiraciones de control de racionalidad”.⁴⁰

Un análisis del conjunto de casos estudiados muestra que el uso argumentativo del precedente es dispar, vago y poco fundado. Por ejemplo, los jueces de la Segunda Sala de la CS hacen pasar como jurisprudencia asentada de la Corte sus propias decisiones anteriores sobre una materia, aunque seis meses después ignoran todo valor a la decisión del pleno, sin siquiera mencionar que se apartan de ella. En la misma decisión, mencionan la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, teniéndolo como “autoridad”, cuando la gran mayoría de las decisiones de las salas de la CS simplemente desconocen toda autoridad a este tribunal.⁴¹ Claramente, el denunciado uso argumentativo *cherry picking* u oportunista (por parte de los litigantes y por parte de los tribunales) también se presenta en este grupo de casos, al igual que vagas referencias a “jurisprudencia asentada”, que no indican con precisión los considerandos donde es-

⁴⁰ Dice Coloma: “En ocasiones, incluso, podrá operar como un planteamiento ad hoc que permite al sujeto a quien se le reconoce el estatus de autoridad ir adaptándose a sus intuiciones o preferencias, según sea el caso al que está enfrentando. Eso no es lo que esperamos de los jueces. El problema será entonces, cuándo los argumentos que descansan en la experticia de quienes los formulan son razonables y cuándo, falaces”. Ello puede contribuir a potenciar la atribución de “valor a cualquier argumento que potencie la creencia de que la subjetividad del juzgador no influye en que un cierto litigio se haya resuelto en un sentido u otro (ojalá que “los hechos hablen por sí solos”) (Coloma, 2012: 214).

⁴¹ Un caso paradigmático reciente, del que no me puedo encargar aquí, es uno de la Tercera Sala de la CS que, aunque rechaza el recurso de protección intentado en contra de una sentencia que declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dos disposiciones del Código del Trabajo, indica que tiene competencias para controlar las actuaciones ilegales del TC (actuaciones ilegales cometidas a través de sus sentencias, aunque no lo acoge en el caso concreto). SCS Rol 21.027-2019, dictándose sentencia el 7 de octubre de 2019.

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

taría la razón que ahora emplean para decidir. No es difícil advertir que se trata de usos no saludables para un sistema de administración de justicia que aspira a cierta racionalidad.

VI. CONCLUSIONES

A partir de un caso chileno, en este texto he querido ilustrar algunos defectos de racionalidad que se producen por una serie de factores: *a)* la concurrencia de competencias en dos salas de la CS; *b)* la falta de una regla completa de *stare decisis*; *c)* una práctica que hace mal uso del argumento basado en el precedente; *d)* jueces, juezas y tribunales que no se sienten vinculados por sus propias decisiones en casos futuros similares (y menos por las de tribunales superiores) o que no están dispuestos a seguir el fundamento de una decisión que se dicta al activar un mecanismo cuya finalidad es evitar interpretaciones contradictorias por parte de la CS. Las propuestas de solución de la mayoría de estos problemas requieren preguntarse, en primer lugar, por la deseabilidad de los valores que el autprecedente y el precedente promueven, y, en segundo lugar, por los cambios normativos que debieran hacerse para lograrlo, considerando las eventuales resistencias que podría haber de parte de la cultura jurídica chilena. Dentro de eventuales cambios normativos, me parece fundamental la redefinición de las principales funciones de la CS,⁴² la incorporación de normas que establezca el precedente vinculante y la creación de algún mecanismo para que la propia Corte identifique su autprecedente.

Conceptualmente, y siguiendo desarrollos teóricos de los últimos años, me parece relevante mantener separados el autprecedente, el precedente vinculante y el argumento del precedente, dado que cada cual cumple una función distinta en un sistema de administración de justicia. El respeto al autprecedente, como compromiso de

⁴² Actualmente, conoce de un número de casos al año inabordable seriamente, a más de todas las funciones no jurisdiccionales que cumple. Tal redefinición dependerá de la futura Constitución, cuya elaboración fue encomendada a una convención constitucional, y de una reforma al proceso civil que lleva desde 2012 disutiéndose en el Congreso.

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

universalizar la decisión a casos futuros similares, sirve, como dice Gascón, de garantía contra la arbitrariedad, a la vez que permite evaluar la racionalidad diacrónica del juez o tribunal al aplicar el derecho. La existencia de una regla del precedente vinculante permitiría introducir mayor racionalidad en el sistema procesal y en el ejercicio de la jurisdicción, brindar mayor seguridad jurídica y velar por la igualdad formal en la aplicación judicial del derecho. En ausencia de una regla de *stare decisis*, debiera hacerse un mejor uso del argumento del precedente —especialmente por parte de jueces y tribunales— que individualice adecuadamente la decisión anterior y que justifique por qué debe aplicarse en este caso la *ratio decidendi* de aquélla, evitando que este uso signifique una elusión o disminución de la exigencia del deber de motivación.

VII. REFERENCIAS

- ACCATINO, Daniela (2002), “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 20.
- ALEXY, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [1978], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ARRIAGADA, María Beatriz (2018), “Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad”, *Revus*, vol. 35, online: <http://journals.openedition.org/revus/4095>.
- ARRIAGADA, María Beatriz (2021), “Las dos caras del precedente vinculante”, en NÚÑEZ, A., ARRIAGADA, M. B. y HUNTER, I. (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ATIENZA, Manuel (2013), *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.
- ATIENZA, Manuel (2015), “Razonamiento jurídico”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM-III, vol. 2, capítulo 39.
- ATRIA, Fernando (2016), *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons.

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

- COLOMA, Rodrigo (2012), “La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la sana crítica”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 25, núm. 2.
- CORREA, Rodrigo (2020), “Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia”, *Revista de Derecho*, vol. 33, núm. 2.
- CHIASSONI, Pierluigi (2011), “¿Los precedentes son vinculantes?”, en *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- CHIASSONI, Pierluigi (2011), *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons.
- DWORKIN, Ronald (1963), “Judicial Discretion”, *The Journal of Philosophy*, vol. 60, núm. 21.
- DWORKIN, Ronald (1967), “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35.
- DWORKIN, Ronald (1978), “No Right Answer?”, *New York University Law Review*, vol. 53, núm. 1.
- EZQUIAGA, Francisco Javier (1994), “Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional”, *Isonomía*, núm. 1.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2012), “Sobre el precedente judicial como argumento y como norma”, en BONORINO, P. (ed.), *Modelos argumentativos en la aplicación judicial del derecho*, Madrid, Bubok Publishing.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1986), “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. III.
- GASCÓN, Marina (1993a), *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos.
- GASCÓN, Marina (1993b), “Igualdad y respeto al precedente”, *Derechos y Libertades*, vol. I, núm. 2.
- GASCÓN, Marina (2011), “Racionalidad y (auto)precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 10.

VARIACIONES SOBRE EL PRECEDENTE JUDICIAL. UNA MIRADA...

- GASCÓN, Marina (2020), “Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia su función?”, en GASCÓN, M. y NÚÑEZ, A. (eds.), *La práctica del precedente en el civil law*, Barcelona, Atelier.
- GÓMORA, Sandra (2019), *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM, IJ.
- GUASTINI, Riccardo (2011), *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè.
- ITURRALDE, Victoria (2019), “La igualdad en la aplicación de la ley: análisis de algunas objeciones iusfilosóficas”, *Doxa*, núm. 42.
- LETELIER, Raúl (2011), “El Instituto Nacional de Derechos Humanos y la gestión de su *auctoritas*”, *Anuario de Derecho Público 2011*, Universidad Diego Portales.
- LIRA, Elizabeth (2006), “The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile”, en GREIFF, P. de (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil (1976), “Formal Justice and the form of Legal Arguments”, en PERELMAN, Ch. (ed.), *Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant.
- MACCORMICK, Neil (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon.
- NÚÑEZ, Álvaro (2016), “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*”, *Doxa*, núm. 39.
- NÚÑEZ, Álvaro (2018), “Precedente en materia de hechos”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXI, núm. 1.
- NÚÑEZ, Álvaro (2020a), “¿Violan los precedentes la independencia judicial?”, *Revista de Derecho PUCP*, núm. 84.
- NÚÑEZ, Álvaro (2021), “¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)”, en NÚÑEZ, A., ARRIAGADA, M. B. y HUNTER, I. (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PEÑA, Diego de la (2019), “Comportamiento judicial de la Corte Suprema sobre delitos de lesa humanidad cometidos durante

FLAVIA CARBONELL BELLOLIO

el periodo de la dictadura militar (1973-1990): el giro interpretativo con la radicación exclusiva de la Segunda Sala penal”, disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/177997/Comportamiento-judicial-de-la-Corte-Suprema-sobre-delitos-de-lesa-humanidad-cometidos-durante-el-periodo-de-la-dictadura-militar-1973-1990.pdf?sequence=1>.

PERELMAN, Chaïm (1964), *De la justicia*, México, UNAM.

PERELMAN, Chaïm (1977), “The Rule of Justice”, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, London, Routledge & Kegan Paul.

PRITCHETT, C. Herman (1941), “Divisions of Opinion among Justices of the U.S. Supreme Court”, *American Political Science Review*, vol. 35, núm. 5.

PULIDO, Fabio (2018), *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*, Bogotá, Universidad de La Sabana.

ROMERO, Alejandro (2020), “El recurso de casación en el proyecto de Código Procesal Civil y los desafíos para la práctica del precedente”, en NÚÑEZ, A. *et al.* (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.

TARELLO, Giovanni (2018), *La interpretación de la ley [1980]*, Lima, Palestra.

TARUFFO, Michele (2006), *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Lima, Palestra.

TARUFFO, Michele (2016), “Consideraciones sobre el precedente”, *Ius et veritas*, núm. 53.

VIO, Juan (2020), “La práctica de citar sentencias pasadas como modelo de precedentes en Chile”, en NÚÑEZ, A. *et al.* (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS*

RATIO DECIDENDI FROM A MEXICAN PERSPECTIVE

Rodrigo CAMARENA GONZÁLEZ**

Resumen:

En marzo de 2021 se reformó la Constitución mexicana para transitar a un sistema de precedentes. Esta enmienda establece que las “razones” de las sentencias de la Suprema Corte serán obligatorias para los tribunales inferiores. Sin embargo, la reforma se enmarca en una arraigada práctica de tesis jurisprudenciales, *i. e.*, enunciados abstractos identificados por la misma Corte al resolver un caso. Además, no hay consenso sobre qué son estas razones y por qué deberían ser vinculantes. El objetivo de este artículo es identificar las posibles concepciones de razones para revelar los distintos roles de la Corte en la creación del derecho judicial. Se utilizan nociones de la *ratio decidendi* del *common law* como herramientas de introspección para identificar cuatro modelos de creación del derecho en la práctica mexicana, a saber: legislación judicial, reglas implícitas, justificaciones político-morales, y categorías sociales. Aunque la primera concepción parece ser la dominante, las alternativas amplían el abanico para entender cómo es que la Corte crea derecho dependiendo del contexto interpretativo en que opere.

* Artículo recibido el 30 de agosto de 2021 y aceptado para su publicación el 15 de octubre de 2021.

** Profesor de tiempo completo del Departamento de Derecho del ITAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo electrónico: rodrigo.camarena@itam.mx, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6661-0176>. Agradezco a Sandra Gómora la excelente organización del seminario “La construcción del precedente en el *civil law*: debates, conceptos y desafíos”, así como por sus estimulantes preguntas. Estoy muy honrado por la generosa réplica y enriquecedoras sugerencias de Marina Gascón. Gracias a Azul Valdivieso por su asistencia de investigación, y a Imer Flores por sus observaciones.

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

Palabras Clave:

Precedente, tesis jurisprudenciales, *ratio decidendi*, reglas, razones, categorías.

Abstract:

In March 2021, the Mexican Constitution was amended to transition to a system of precedents. This amendment mandates that the “reasons” of Supreme Court rulings will be binding on the lower courts. However, the reform is rooted in a long-standing practice of case law doctrine, e.g., abstract statements the Court itself makes when deciding a case. Moreover, there is no consensus as to what these reasons are and why they should be binding. The objective of this article is to identify the possible notions of reasons to explore the Court’s different roles in shaping judicial law. Concepts of the common law ratio decidendi are used as an insight to identify four models of law making in Mexican practice, namely: judicial legislation, implicit rules, moral-political justifications and social categories. Although the first model seems to prevail, the others offer a broad understanding of how the Court creates law depending on the interpretative context in which it operates.

Keywords:

Precedent, Jurisprudential Theses, Ratio Decidendi, Rules, Reasons, Categories.

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

SUMARIO: I. *Introducción: las “razones” del precedente.* II. *La ratio como legislación judicial.* III. *La ratio como regla implícita.* IV. *La ratio como justificación político-moral.* V. *La ratio como categoría social.* VI. *Conclusión: la ratio entre fronteras epistémicas e ideológicas.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN: LAS “RAZONES” DEL PRECEDENTE

En marzo de 2021 se reformó la Constitución mexicana para establecer que las “razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas...” por la Suprema Corte “serán *obligatorias* para todas las autoridades jurisdiccionales” (CPEUM, artículo 94). Además, con el objetivo de fortalecer a la Corte como tribunal constitucional, se estableció que una sola decisión supermayoritaria de ocho de once ministros en Pleno o cuatro de cinco en Salas se convierte en precedente obligatorio. Así, la Corte parece transitar hacia un sistema de precedentes de inspiración anglosajona, donde las sentencias singulares del órgano cúspide generan un criterio obligatorio para los tribunales inferiores, en contraposición al criterio de reiteración de la jurisprudencia típica del *civil law*.¹

Sin embargo, no hay un acuerdo sobre la naturaleza de estas “razones” (Cossío, 2008, pp. 716-718; Vargas Cordero, 2010, pp. 170-174). En el *common law* se le llama *ratio decidendi* a la razón necesaria o suficiente para resolver un juicio que obliga a tribunales posteriores, en contraposición a enunciados no vinculantes conocidos como *obiter dicta*.² Pero no hay consenso sobre su significado. De hecho, Goodhart alguna vez afirmó que el término *ratio decidendi* es la segunda expresión “más confusa del derecho inglés” (1930, pp. 161 y 162).

¹ Se suele distinguir el término “precedente” como decisión singular y como institución “propia” del *common law*, en contraposición a la “jurisprudencia” como conjunto de decisiones reiteradas características del *civil law*. La práctica judicial mexicana mezcla ambas, pero parece transitar hacia el primero, al menos en casos resueltos por la Corte.

² Los conceptos de *ratio* y *dicta* se remontan al menos al caso de *Bole v Horton* (1673) (Reino Unido), donde se sostuvo que las afirmaciones innecesarias para resolver un juicio eran *gratis dictum*.

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

¿Las razones son reglas canónicas?, ¿o son reglas inferibles a partir de la sentencia?, ¿son enunciados indistinguibles de la justificación moral que funda una decisión? Algunos autores sugieren que si las *rationes* fueran reglas deberían “constreñir como grilletes” (Hart, 1994, p. 139), mientras que otros las conciben como “ejemplos” flexibles que guían el actuar humano (Levenbook, 2000). Quizá la *ratio* se reduce a la antigua broma de jueces británicos, quienes ironizaban que “si estás de acuerdo con el otro tipo, dices que es la *ratio*; si no, dices que es «obiter dictum», con la implicación de que el otro tipo es un idiota congénito” (Asquith, 1950, p. 359).

Además de la falta de consenso sobre la naturaleza de las razones en las teorías del precedente, la reforma se sitúa en un contexto precedencial predominantemente formalista. Por décadas se ha generado una cultura judicial de “tesis”, enunciados abstractos elaborados por la misma Corte para identificar los criterios relevantes de una sentencia. No obstante, también hay quienes insisten en la importancia de los hechos al resolver casos por encima de las reglas (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, pp. 48-50, 2010). Al mismo tiempo, hay ministros que asumen que los juicios constitucionales van mucho más allá del caso concreto, pues la Corte “plasma su política judicial para proyectar sus facultades de interpretación de la Constitución, a fin de lograr la supremacía de dicha norma en la vida jurídica del país” (SCJN, Primera Sala, ADR 5833/2014, párr. 33, 2015). Finalmente, hay quienes sospechan que la prevalencia de “razonamientos” (Alterio, 2021, p. 133) de tribunales como fuente jurídica no es otra cosa que supremacía judicial.

Dado este contexto, ¿qué se puede entender por “razones obligatorias” en México? El objetivo de este texto es identificar distintas concepciones de las razones para mapear los correspondientes roles que la Corte puede desempeñar en la creación del derecho. Para lograr este objetivo, se utilizan las nociones de *ratio decidendi* del *common law* como “espejos” (Michelman, 2003, p. 1737). Es decir, se utilizan fuentes extranjeras no necesariamente como modelos a seguir, sino como herramientas de introspección para el análisis del derecho mexicano. En ese orden de ideas, este artículo sostiene que hay cuatro entendimientos de la *ratio*: legislación judicial, reglas implícitas, justificaciones político-morales, y categorías sociales. Estas

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

concepciones compiten y a veces convergen dentro de la Corte e influyen en su autoconcepción de cómo ésta genera precedentes y así desarrolla el derecho constitucional.

II. LA *RATIO* COMO LEGISLACIÓN JUDICIAL

The rule will operate like a statute and will, like a statute, have a canonical formulation.

(ALEXANDER, 1989, pp. 17 y 18)

Un reto para las cortes y las teorías del precedente es entender o sugerir cómo es que las decisiones de ayer constriñen a los tribunales de hoy. Si los tribunales posteriores pueden distinguir el precedente y crear excepciones, entonces no están realmente constreñidos. Para materializar un sistema de derecho judicial que realmente constriña, Alexander sugirió que las reglas deben ser claras y canónicas en cuanto a su formulación, pero opacas o autónomas en cuanto a su razonamiento subyacente (Alexander, 1989, p. 19).

Décadas antes de que lo sugiriera Alexander, México parece haber optado por un modelo de legislación judicial. Entre 1919 y 1957, debido al desfase entre la decisión de un asunto y la difusión de criterios, así como a la sobreproducción de sentencias, la Corte apostó por un modelo de tesis (Saavedra, 2018, 311 y 312). Con las tesis, la Corte ha buscado monopolizar la identificación de los criterios judiciales vinculantes y darles publicidad sin tener que difundir la sentencia. Hasta 2019, las tesis eran “la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto” (SCJN, AG 20/2013, artículo 2.A.).

El exceso de precedentes y la lentitud en su difusión se enmarcó además en el marco epistémico generalista supuestamente típico del *civil law*. Es decir, la propensión del “derecho romano de abstraer el aspecto típico y repetible de cada relación humana” (Schivone, 2005, p. 176). Luego, se generó un proceso cuasi legislativo para producir tesis votadas por supermayorías de jueces. Algunos minis-

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

tros entendieron incluso que las tesis tenían “un grado de autonomía respecto a consideraciones de una resolución” (SCJN, Pleno, Cossío, sesión del 20 de abril del 2006 p. 29). En los casos más extremos, la Corte sostuvo que los tribunales inferiores estaban “imposibilitados para cuestionar el carácter, contenido y proceso de integración de una jurisprudencia” (SCJN, Segunda Sala, CT 40/2000, 2002). En un caso de fraude al precedente, algunos ministros publicaron una tesis que protegía la vida del feto, aunque la sentencia confirmó la constitucionalidad de la permisión del aborto por alteraciones congénitas (SCJN, Pleno, Tesis 187817, 2002).

El modelo de legislación judicial, al menos hasta hace poco, no se limitaba a la *ratio*. Algunos ministros cuestionaron la aplicabilidad de estos conceptos propios del derecho angloamericano (SCJN, Guadío, sesión del 20 de abril de 2006, p. 21). La Corte podría extraer la tesis tanto del “núcleo decisorio” (Cossío, sesión del 20 de abril de 2006, p. 31) como de “razones a mayor abundamiento”. El entonces ministro presidente afirmó que algunos jueces ven cómo resuelven asuntos “diciendo lo menos que se pueda decir”. En cambio, otros introducen “un tema mucho más importante que el que se estaba planteando” (SCJN, Azuela, sesión del 20 de abril de 2006, pp. 36 y 37). Más recientemente, la Corte ha sostenido que los *dicta* pueden generar jurisprudencia obligatoria siempre y cuando se utilicen en la “cadena argumentativa” (SCJN, Primera Sala, Solicitud de modificación de jurisprudencia 19/2010, 2011).

Algunas sentencias son ricas en tesis, independientemente de si son *ratio*, si juegan con distintos grados de generalidad, o si son enunciados más pedagógicos o simbólicos que prescriptivos. Por ejemplo, en el A.D. 6/2008, una persona *trans* demandó al registro civil para obtener una nueva acta de nacimiento por readscripción de género. La Corte identificó diez tesis (SCJN, Pleno, AD 6/2008, 2009). Una tesis afirma que la dignidad humana es la base de todos los derechos fundamentales (SCJN, Tesis 165813, 2009), otra anuncia que el derecho a la salud no se limita al aspecto físico (SCJN, Tesis 165826, 2009), y otra informa que la anotación marginal indicando el cambio de sexo en un acta de nacimiento es un acto discriminatorio (SCJN, Tesis 165695, 2009). Así, la Corte ha aceptado la legisla-

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

ción judicial como paradigma y ha adoptado una visión maximalista de las tesis.

Más recientemente, la Corte ha adoptado una visión renovada del modelo de legislación judicial que sí distingue entre *ratio* y *obiter*. Por regulación interna de la Corte, a partir de 2019, cualquier tesis debe contar con la estructura de regla: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (SCJN, AG 17/2019, artículo 39). De manera similar, el artículo 218 de la nueva Ley de Amparo establece que las cuestiones que “no sean necesarias para justificar la decisión, en ningún caso deberán incluirse en la tesis”. Sin embargo, la regulación de la Corte establece que las tesis deben ser redactadas con tal claridad que no sea necesario “recurrir a la resolución”, en términos abstractos, y en caso de que se considere “necesario ejemplificar con aspectos particulares del caso concreto, deberá expresarse, en primer término, la fórmula genérica, y, en segundo lugar, la ejemplificación” (AG 17/209 artículo 41 III y VII). Aunque esta visión renovada del modelo busca impedir la publicación de tesis que sean *obiter*, se sigue apostando por la generalidad de las reglas sobre las particularidades del caso.

Además, al menos en algunos casos, la Corte ha parecido sugerir que los tribunales inferiores no pueden desafiar el precedente vertical mediante la técnica de la distinción en sentido estricto. Una *ratio* distingue en sentido amplio cuando los hechos del caso a resolver son esencialmente distintos a los del precedente, y por lo tanto la regla simplemente no cubre el caso. En cambio, una distinción en sentido estricto opera cuando el tribunal posterior, en vista de las diferencias entre hechos relevantes, crea una excepción a la regla reduciendo así el ámbito de aplicación de la regla original (Raz, 1979, p. 185). La Corte ha tenido una concepción muy ambigua de “inaplicable”, lo que ocurre cuando “tiene que ver con un derecho humano distinto que el que está referido en la jurisprudencia”. Pero en todos los demás escenarios, los tribunales inferiores “carecen de atribuciones para reinterpretar su contenido” (SCJN, Pleno, CT 299/2013, 2014).

El modelo de la legislación judicial de la Corte coincide, pero también difiere, del modelo de Alexander. Por un lado, la prohibición de distinguir casos en sentido estricto concuerda con el sueño de

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

Alexander. Él afirma que “cualquier práctica de vinculación al precedente que distingue entre revocar un precedente y restringir/modificar un precedente no es una práctica de un modelo de reglas del precedente” (Alexander, p. 20). Según el modelo de legislación judicial de la Corte y el de Alexander, los tribunales posteriores se deben limitar a aplicar o invalidar reglas. Por otro lado, aun con la visión renovada, las tesis no necesariamente tienen la estructura de una regla. Algunas tesis no aportan información sobre el campo de aplicación fáctica o sobre la consecuencia jurídica en términos de permisiones, prohibiciones u obligaciones. Es paradójico que en un país del *civil law*, en el que supuestamente los “jueces deben ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley” (Montesquieu, 1748, libro XI, cap. VI), sea precisamente el lenguaje legislativo el vehículo que hace evidente la creación judicial del derecho.

¿Por qué surgió este modelo? Quizá los ministros aceptan que la distinción *ratio/obiter* es ilusoria (Stone, 1985, p. 33), que no hay método universal para identificarla, y que puede haber sentencias con muchas *rationes*. Tal vez los ministros buscan trascender las categorías del *common law* (Komárek, 2013). Después de todo, ¿por qué usar conceptos “ajenos” para entender lo propio? La Corte acepta sin tapujos que hace mucho más que resolver un caso particular y crea normas. En este modelo, las tesis son una suerte de disposiciones cuasi legislativas. Con enunciados canónicos, abstraídos de los hechos y del proceso jurisdiccional, se pretende plasmar lo que la Corte tuvo en mente, de manera equivalente a la disociación entre el texto de una ley y su proceso legislativo. Así, se busca impedir que los tribunales subsecuentes reinterpreten el criterio o lo modifiquen, y se limiten a aplicarlo.

Este modelo combina elementos formalistas y realistas. Se adopta una postura formalista en cuanto la creación del precedente a partir de formulaciones canónicas abstractas, pero se admite implícitamente un realismo interpretativo del derecho legislado. Se reconoce la indeterminación de las fuentes, se concede que hay una pluralidad de métodos interpretativos, y se acepta que el alcance de las normas legislativas puede reducirse por interpretación restrictiva o ampliarse por analogía. Sin embargo, de vuelta al formalismo —pero ahora prescriptivo—, se ordena que los tribunales inferiores

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

adopten una exégesis estricta de las tesis, pues “carecen de atribuciones para reinterpretar su contenido”. La orden interpretativa es que se siga el significado más “literal” e inmediato que se le pueda asignar a las tesis, independientemente de lo injusto que sea para el tribunal inferior.

La legislación judicial es un paradigma que se ha forjado por un siglo, y al que se enfrentan las concepciones alternativas de *ratio*. Las leyes que implementan la reforma de 2021 no destierran el modelo, sino que lo actualizan. La visión renovada de las tesis como *rationes* expresas, pero limitadas a los hechos, puede cumplir un fin práctico. Asumiendo que se elija un grado adecuado de generalidad, las tesis pueden comunicar claramente la regla tanto a los tribunales posteriores como a los litigantes y a la ciudadanía. Además, hacen las razones menos manipulables que si su identificación quedara en las manos de futuros intérpretes. Sin embargo, aun aceptando la creatividad judicial interpretativa, la asimilación entre derecho judicial y legislación es cuestionable. En un modelo equilibrado de separación de poderes, el derecho judicial debe surgir a partir de una metodología distinta que impida que la Corte simplemente establezca reglas que les parecen adecuadas. Debe distinguirse la construcción casuística y progresiva del precedente en contraposición al potencial radical del derecho legislado. Más profunda que la disposición legislativa que ordena la creación de tesis con énfasis en los hechos es la tendencia interpretativa a preferir las abstracciones.

III. LA *RATIO* COMO REGLA IMPLÍCITA

It is by his choice of the material facts
that the judge creates law.

(Arthur L. GOODHART, 1930, p. 169)

Aunque la cultura precedencial mexicana es predominantemente formalista, la reforma parece incentivar una concepción más casuística del derecho judicial. La nueva Ley de Amparo alude a los hechos

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

relevantes como elemento de cualquier tesis. La referencia a los hechos recuerda la famosa fórmula de Goodhart, según la cual la *ratio* se infiere a partir de los sucesos tratados como jurídicamente relevantes y su resolución, no en la regla explícita que formuló el tribunal ni en su razonamiento (Goodhart, 1930, pp. 161 y 182). La regla canónica puede ser defectuosa, poco fiel al caso, o no reflejar la decisión de mayoría. Asimismo, la argumentación del tribunal puede ser falaz, políticamente indeseable o moralmente escandalosa; pero el tribunal posterior debe seguir el precedente como si fuera una regla. Lo que realmente vincula al tribunal posterior es la selección de hechos relevantes.

El modelo ideal de las reglas implícitas intenta recalibrar la relación generalidad-particularidad a favor de los hechos. La *ratio* tiene una función descriptiva: distinguir la creación judicial del derecho a través de decisiones particulares limitadas por los hechos concretos y los argumentos de las partes, en contraposición al derecho legislado de proposiciones generales. Pero también tiene una función normativa: por deferencia a cierta concepción de separación de poderes, se recorta el alcance de sus precedentes a escenarios fácticos precisos probados por las partes en un proceso adversarial. Además, se abstiene de elegir un determinado grado de generalidad de la norma, y así alejarse de los hechos. Así, se adopta una postura minimalista de la Corte en el desarrollo del derecho y una postura semiformalista para los tribunales inferiores. Aunque la Corte no crea automáticamente la regla, ésta sí es determinable por el tribunal posterior, aunque su nivel de generalidad pueda ser controversial.

Este énfasis en los hechos choca con el razonamiento generalista supuestamente típico del *civil law* (Zweigert y Kötz, 1998, pp. 69 y 70; Legrand, 1996, pp. 64-67; *cfr.* Spamann *et al.*, 2021), pero encuadra con la práctica casuística del derecho procesal y probatorio. Los juzgados, sobre todo los de primera instancia, reconstruyen y valoran los sucesos a partir tanto de las narrativas y pretensiones de las partes como de las pruebas y de los hechos notorios, controvertidos e institucionales (Taruffo, 2011, pp. 96-104). Este modelo entraña además un entendimiento de las tesis como meros instrumentos de difusión y no como reglas autónomas, como el modelo

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

de legislación judicial presupone.³ Sin necesidad de una regla oficial que encapsule la decisión en una fórmula canónica, ni siquiera con una metodología universalmente aceptada para inferir la *ratio*, en la mayoría de los casos se podrá inferir una. De hecho, quizá hasta intuitivamente, las litigantes infieren la *ratio* cuando impugnan una sentencia en segunda o ulteriores instancias (SCJN, Primera Sala, AR 898/2006, 2006).

Además, este modelo explica, al menos preliminarmente, la práctica de la distinción de precedentes. Una vez que se reconstruye el antecedente de una *ratio*, es posible que tribunales posteriores creen excepciones justificadas a la luz de hechos novedosos relevantes. Para algunos teóricos, esta práctica es un elemento constitutivo que toda doctrina del precedente debe contener (Alexy, 1989, pp. 278 y 279; Rigoni 2014, p. 133). La misma Corte ha confirmado la legitimidad de esta técnica y la ha entendido como “no aplicar la regla derivada de un precedente... cuando el tribunal posterior identifica en el nuevo caso un elemento fáctico ausente en el precedente” (SCJN, ADR 5601/2014, 2015).⁴

Aunque este modelo parece prometedor, en la práctica se suelen descuidar los hechos, incluso en casos de control de constitucionalidad concreto. Por ejemplo, en el ADR 4865/2018 se analizó si era procedente indemnizar por daño moral a una persona que fue orillada a renunciar en una empresa con directivos judíos por portar un tatuaje de una suástica nazi. La Corte negó el amparo, por considerarlo discurso de odio. Sin embargo, de la sentencia no se puede inferir cuándo, cómo o por qué la persona se hizo el tatuaje. Bien pudo haber sido un tatuaje que se hizo siendo menor, o sin conocer o atribuir un significado antisemita. Esta información no aparece en el cuerpo del texto, sino en dos notas al pie (SCJN, 2019, notas 64 y 83). Tampoco es claro por qué su renuncia no tenía fecha cierta ni cuál fue el hecho que justificó propiciar la renuncia. La negligencia de los hechos relevantes del caso obstaculiza la tarea de inferir

³ La Corte ha sostenido que el criterio obligatorio se genera a partir de la decisión jurisdiccional plasmada en las sentencias, no en las tesis (SCJN, Tesis 198709, 2016).

⁴ Énfasis en original. Cita a (Sartori, 1996, pp. 261 y 262).

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

el antecedente para el futuro intérprete, y puede generar una regla descontextualizada y sobreincluyente.

Por otro lado, los “hechos” que analiza la Suprema Corte son muy diferentes a los que analiza un juzgado inferior. En casos de control constitucional difuso, los hechos originales se van difuminando en la medida en que se asciende por la jerarquía judicial. En los litigios estratégicos, las mismas partes buscan fijar un precedente que transforme el sistema jurídico, no solo ganar el caso. En control abstracto, ni siquiera hay hechos en el sentido tradicional; la Corte analiza preceptos sin referencia alguna a personas de carne y hueso. En las altas cortes, incluso del *civil law*, como dice Mitidiero, “el caso concreto [es] apenas un pretexto [para] formar precedentes” (Mitidiero, 2016, pp. 261 y 262). Las circunstancias concretas de qué, quién, cómo, cuándo, dónde, o por qué se realizó cierto acto pasan a segundo plano, y lo que le interesa a la Corte es emitir un juicio normativo, no probatorio.

La jurisprudencia del matrimonio igualitario ilustra cómo la Corte aborda los hechos en algunos casos de control concreto. El AR 704/2014 fue el caso con el que se consolidó jurisprudencia, y se estableció que

[L]a ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional (SCJN, Primera Sala, Tesis 2009407, 2015).

La sentencia sólo narra que la quejosa se considera homosexual y vive en el estado de Colima (SCJN, AR 704/2014, 2015). Se desconoce si tenía intención de casarse; tampoco hay datos sobre su edad ni sobre su género. Toda vez que reclamó la función expresiva de las disposiciones, tampoco hay necesidad de datos concretos sobre daños causados por un oficial de registro civil público homofóbico.

Después de todo, el modelo de legislación judicial parece ser más fiel a la manera en cómo la Corte crea derecho. La Corte se abstrae de las particularidades del caso y engloba a millones de habitantes que forman parte de la comunidad LGBTQI. Incluso si se abandonaran por completo las tesis, la Corte puede intentar retomar el mo-

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

nopolio de las reglas judiciales sintetizando decenas de argumentos traslapados en una regla canónica en su sentencia.

Quizá el modelo de las reglas implícitas se puede repensar con una concepción de “hechos” distintos. La Corte no analiza hechos litigiosos particulares, sino que éstos se potencializan a la luz de miles de escenarios similares que trascienden a las partes. La Corte utiliza un cuadro fáctico completo⁵ —quizá formado por cientos de precedentes— para formar un antecedente típico y repetible. Por ejemplo, en un amparo sobre discriminación del derecho a la seguridad social a trabajadores del hogar, la Corte utilizó estadísticas nacionales de millones de personas para argumentar que una regla aparentemente neutral en cuanto el género en realidad tenía un efecto desproporcionado en mujeres (SCJN, AD 9/2018, 2018). Pero quizá, para que este modelo no se confunda con el de legislación judicial, los procesos para producir afirmaciones empíricas sustentadas deberían surgir de una competencia adversarial entre las partes, en vez de ser introducidos independientemente por las juezas. Queda un debate pendiente sobre la deferencia que debe prestar a los juzgados inferiores en la apreciación de los hechos en control concreto, así como el peso que se les debe dar a los *amici curiae*, periciales científicas o diligencias para mejor proveer, que aportan evidencia empírica en la que se sustenta la *ratio*.

Sin embargo, incluso un repensado modelo de reglas implícitas seguiría obviando un aspecto fundamental de la argumentación con base en precedentes: la justificación. Los hechos de un caso son *relevantes* siempre a la luz de una meta, principio, propósito o valor que justifica agrupar ciertas características de un evento bajo una misma categoría (Stevens, 2018, p. 239). Además, si se acepta que las reglas de los precedentes no sólo se aplican y se invalidan, sino que también se pueden ampliar en casos no anticipados, pero análogos, o reducir en casos excepcionales, es necesario aportar razones que den cuenta de las similitudes o diferencias entre el precedente y el caso a resolver. Entonces, además de un antecedente y una consecuencia jurídica, es necesario considerar las justificaciones político-morales que le subyacen a las reglas.

⁵ Le debo a Marina Gascón esta frase, así como la invitación para repensar los hechos en este modelo.

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

IV. LA *RATIO* COMO JUSTIFICACIÓN POLÍTICO-MORAL

We can take rationes for what they are—rulings on law stated as necessary parts of justifications of decisions relatively to the cases and the arguments put by given parties.

(Neil MacCORMICK, 2005, p. 154)

La Ley de Amparo identifica la *justificación* como un tercer elemento de las tesis, además de hechos y consecuencias. Toda sentencia debe responder por qué se trata el caso de manera similar o no al precedente. Este modelo encuadra con una postura anti o postpositivista, que incluye a los principios como la justificación de cualquier regla. Después de todo, muchos han reconocido el papel que juega la moralidad en la interpretación del precedente (Brewer, 1996, pp. 959-961; Bustamante, 2012, pp. 66 y 67). MacCormick, por ejemplo, sostiene que la teoría del precedente está necesariamente vinculada a la justificación, y esta práctica, a su vez, consiste en dar razones que encuadren con principios morales (2005, pp. 100 y 145).

No obstante que la reforma haga referencia a “justificaciones”, puede ser un caballo de Troya para la voluntad del constituyente. La Corte no se limita a tutelar la Constitución mediante la especificación de reglas, sino que incorpora su ideología al derecho constitucional. Una cosa es, por ejemplo, acatar una *regla* que simplemente prohíbe las definiciones heterosexuales del matrimonio, y otra muy distinta es seguir la *justificación* de la Corte estadounidense, que afirmó que “[n]inguna unión es más profunda que el matrimonio, ya que encarna los más altos ideales de amor, fidelidad, devoción, sacrificio y familia” (*Obergefell v. Hodges*, 2015) o el de la Corte mexicana, que argumentó que las definiciones heterosexuales de matrimonio “promocionan y ayudan a construir un significado social de exclusión o degradación” (SCJN, Primera Sala, AR 704/2014, párr. 75, 2014). Así, al concebir la justificación como un elemento constitutivo de las razones, se corre el peligro de un gobierno de jueces.

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

Ante esta objeción, los antipositivistas podrían decir que el seguimiento al precedente se justifica por los principios formales. Según Alexy, los principios formales “exigen que se maximice la autoridad de normas debidamente emitidas y socialmente eficaces” (Alexy, 2014, p. 516). Estos principios incluyen, entre otros, los de igualdad, competencia y seguridad jurídica (Portocarrero, 2016, p. 29). Así, las “justificaciones” serían argumentos especialmente protegidos, que impiden que casos análogos se traten de manera diferente, que un tribunal inferior desobedezca al superior, o que se modifique el derecho preexistente, salvo que se cumpla con una carga de argumentación. De esta manera, los principios formales cumplen la función equivalente a regla de los positivistas, pero transparentando el aspecto argumentativo del precedente (Camarena, 2021). Si la Corte no identifica diferencias relevantes entre el precedente y el caso por resolver, si no justifica que tiene competencia para revocar el precedente, o aun con competencia para invalidar precedentes no demuestra que se debe afectar a la certeza jurídica, entonces las justificaciones operarán como si fueran reglas absolutas.

Además, los antipositivistas suelen sostener que la coherencia constriñe toda interpretación judicial. Las cortes no deben imponer sus convicciones sin demostrar que lo que argumentan se ajusta con decisiones del pasado (Dworkin, 1996, pp. 10 y 83). Las *rationes* son abiertas e incompletas (MacCormick, 2005, 147, 154 y 155), se interpretan como parte de un conjunto de decisiones entrelazadas por principios. Así, aun cuando puede haber revisiones a los precedentes mediante la distinción o la revocación, toda revisión deberá ir constreñida por la coherencia.

En algunos precedentes la Corte parece comprender su deber interpretativo en términos coherentistas. En la SCJN, Pleno, CT 21/2011, p. 54, 2012, la Corte admitió la “aceptabilidad de distintos sentidos interpretativos” y sugirió un criterio para jerarquizar interpretaciones según el “mayor grado de coherencia interpretativa posible”. En ocasiones, la Corte interpreta sus precedentes en clave no de reglas textuales aisladas, sino como categorías preliminares que forman parte de una línea jurisprudencial que surge, zigzaguea,

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

se consolida o se derrumba a través del tiempo.⁶ De hecho, en otro caso, un ministro afirmó que

[L]a consistencia demanda de que los precedentes de un tribunal embonen lógicamente y coherentemente en una línea particular de decisiones, de tal modo que los precedentes forjados en determinado problema resulten análogos entre ellos, empleando razonamientos similares (SCJN, Primera Sala, ADR, 3166/2015, voto particular, Zaldívar p. 5, 2016).⁷

En este entendimiento, la coherencia es un deber práctico de la Corte para demostrar que sus justificaciones se ajustan a las del pasado (Moral Soriano, 2003, p. 296). Así, por ejemplo, una vez que la Corte reconoce el derecho a personas *trans* de obtener una nueva acta con base en el libre desarrollo de la personalidad, luego puede expandir el precedente para incluir el derecho al divorcio sin causa o a consumir marihuana; pero también puede distinguir para excluir el consumo de cocaína por el daño diferenciado que puede causar. En los casos indistinguibles, la Corte puede revocar sus propias decisiones siempre y cuando el cambio restablezca la coherencia en su doctrina.

De nueva cuenta, se puede cuestionar que la coherencia implica un maximalismo ya no de reglas, sino de juicios de valor. Aun si se entiende la coherencia como la consecuencia práctica de la argumentación intersubjetiva entre intérpretes, en la que el argumento que gana es el más coherente con el derecho preexistente, hay una amenaza de supremacía judicial. Constitucionalistas populares podrían preguntar por qué la Corte determinaría lo que es la Constitución (Alterio, 2021, pp. 137-141). Algunos ministros incluso han llegado a cuestionar el poder excesivo que podrían tener sus precedentes, como si ellos gozaran de una “superioridad epistémica” (SCJN, Pleno, Cossío, voto particular CT 299/2013, 2013), para determinar el contenido de la Constitución. A final de cuentas, si bien la coherencia puede reducir discreción al obligar a demostrar que

⁶ Por ejemplo, el Amparo en Revisión 1359/2015 (Suprema Corte de Justicia, Primera Sala. Amparo en Revisión 1359/2015, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 15 de noviembre de 2017, pp. 24-34).

⁷ Cita a (Gerhardt, 2008, p. 88).

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

el caso es o no análogo a los precedentes, también favorece la introducción de nuevos contenidos sustantivos.

Una corte antipositivista puede argumentar que su creación del derecho es más democrática que los modelos de reglas. Es cierto que este modelo es menos práctico que el de la legislación judicial para identificar una regla en segundos. Pero la práctica judicial no se reduce a identificar reglas y aplicarlas, sino que debe dar cuenta del rol creativo de la interpretación. Por otro lado, aunque la Corte se abstrae de los hechos del caso, es más transparente en su deber de motivar. A final de cuentas su labor es hacer juicios interpretativos, no de valoración probatoria ni de causalidad empírica. Al mismo tiempo, la justificación de hoy tiene que encuadrar no sólo con un precedente, sino con un conjunto de decisiones interconectadas, una restricción argumentativa que los modelos de reglas ignoran. En todo caso, la competencia de la Corte para que sus razonamientos sean obligatorios se deriva de una concepción sustantiva de la democracia ordenada por el Poder Revisor. A través del control de la constitucionalidad, la Constitución remueve ciertos temas de la discusión política ordinaria, y las razones judiciales enriquecen el debate y equilibran las fuentes jurídicas a favor de las minorías.

Aunque es incierto cómo podría funcionar un sistema judicial sin un compromiso mínimo con el precedente, los constitucionalistas populares cuestionarían que la voluntad popular se reduzca a lo que la Corte argumente. Si bien la Constitución mexicana ha sido reformada casi ochocientas veces, algunas de ellas como revocación a precedentes, esto no resuelve el problema de que lo que opinen ocho juristas, a quienes nadie eligió, tengan mayor peso que las posturas de millones de personas supuestamente representadas por el voto popular. ¿Será que los únicos controles a la Corte son la reforma constitucional o el nombramiento de nuevas ministras?

V. LA *RATIO* COMO CATEGORÍA SOCIAL

[T]he meaning of a precedent is socially set and socially salient.

(Barbara LEVENBOOK, 2000, p. 186)

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

Una concepción complementaria de las razones anteriores, que puede apaciguar la sospecha de supremacía judicial, es la de las categorías sociales.⁸ La Corte, consciente o inconscientemente, organiza y clasifica los estímulos sensoriales del mundo a partir de ciertas propiedades según sus creencias compartidas, educación, ideología, intereses, sesgos, valores, vivencias, etcétera. Podrá haber, como dice Schauer, categorías estrictamente jurídicas, como “contrato”, o prejurídicas, como “ferrocarril”, pero muchas serán categorías que se toman prestadas del mundo social (Schauer, 2005, pp. 307-320 y 312). Al ser constructos sociales, el significado y vigencia no le corresponde exclusivamente al Poder Judicial, sino que se crea de manera compartida por toda la comunidad.

Levenbook propone entender los precedentes como *ejemplos* cuyo significado es controlado por la sociedad (véase también Hart, 1994, pp. 124-126). El modelo de los ejemplos es similar al de la regla implícita por su desconfianza en las formulaciones lingüísticas, pero acepta que la “relevancia” no es sólo jurídica ni moral, sino social. Según Levenbook, los hechos son filtrados por el lenguaje natural y las percepciones de los individuos, quienes en conjunto le otorgan una “fuerza ejemplar” (Levenbook, 2000, p. 190) al precedente. Esta fuerza es relativamente independiente de la justificación moral, y se entiende en términos de saliencia social.

En vez de aludir a ejemplos, es preferible referirse a este modelo como el de las categorías sociales para enfatizar el papel clasificatorio. La postura jurídica se complementa con un marco más amplio, que reconoce que el ejercicio de categorización interactúa con dimensiones culturales, sociales e históricas en constante fluidez. En este modelo, los precedentes obligan, no por la coherencia jurídica, sino por el respaldo social que hay detrás de las categorías que utiliza el precedente. Debe haber presión social para que las receptoras del precedente se sientan obligadas a seguirlo, incluso avergonzadas de no hacerlo. El punto central de este modelo es dar un paso atrás en la categorización de los hechos jurídicamente relevantes para primero analizar cómo es que se asumen instintivamente o se

⁸ Gracias a Marina y a Sandra Gómora por sus críticas a la autonomía de este modelo en relación con los tres anteriores.

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

eligen conscientemente esos filtros sociales y se construyen categorías.

Un ejemplo ilustra la construcción social de las categorías en los precedentes. En control abstracto, la Corte confirmó la constitucionalidad de la revocación de mandato a funcionarios municipales por una “incapacidad permanente física o mental” (SCJN, AI 3/2010, p. 19, 2012). En la discusión, los ministros utilizaron categorías del modelo médico de las discapacidades, el cual las concibe como “padecimientos” (SCJN, sesión del 17 de enero de 2012, p. 20), como enfermedades que hay que curar. Un ministro llegó a afirmar que un “manco” (p. 25) no podría tocar el piano en una sinfónica, o que las conferencias de Stephen Hawking eran de una “lentitud pavorosa” (p. 17), por lo que no debería ser un funcionario municipal. Así, con sólo un voto disidente, aunque con desacuerdo en los razonamientos, se validó la disposición.

Muchas personas con discapacidad se negaron a ser catalogadas como “incapaces”. A la luz del modelo social que vea las discapacidades no como deficiencias individuales, sino como barreras impuestas por la sociedad (Kayess y Philip, 2008), criticaron la ignorancia e insensibilidad de la discusión y la sentencia (Ríos, 2012), y se reunieron con ministros para exponer su desacuerdo (SCJN, comunicado de prensa 033/2012). En consecuencia, la Corte cambió el paradigma hacia el modelo social de la discapacidad en casos siguientes y elaboró un protocolo sobre el tema. Quizá lo más sorprendente, y más relevante para este texto, es que la Corte no publicó ninguna tesis, quizá, como sugieren Smith y Stein (2018, p. 333), como una disculpa tácita de su error. Gracias a la presión social, las categorías anacrónicas del precedente se convirtieron en letra muerta.

El modelo de las categorías sociales complementa la taxonomía con una visión menos jurídica y más sociopolítica. En lugar de tomar una postura en el debate de la separación de poderes, lo trasciende. El modelo de legislación judicial es exageradamente legalista; no toma en cuenta el contexto social ni las guerras culturales en las que ocurre. Aun si la Corte legisla, lo hace constreñida por fuerzas sociales, además de jurídicas. Por su parte, el modelo de las reglas implícitas asume los hechos seleccionados por la jueza o la corte como ciertos; pero no analiza críticamente los lentes a través de los que

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

se percibieron esos hechos. Los hechos brutos del mundo real se perciben de manera dispar por distintas personas. El modelo de las justificaciones, por sí solo, no da cuenta de cómo los juicios normativos se vuelven más fuertes en la medida en que las actitudes sociales cambian.

Pensemos, por ejemplo, en cómo han cambiado las posturas tanto de la sociedad como, por reflejo, de la Corte sobre aborto, homosexualidad o derechos de las personas con discapacidad en las últimas décadas. En 1942, la Corte entendía la discapacidad intelectual como una “anormalidad mental” (SCJN, Primera Sala, Tesis 307739, 1943) típica de un “imbécil”. Esta postura empezó a debilitarse en los setenta, cuando ya se hacía referencia a la “incapacidad mental” como “una alteración en la salud que impid[e] el normal funcionamiento de la facultad pensante” (SCJN, Tesis 240729, 1981). Después, el modelo social que los activistas gestaron desde los sesenta entró al derecho mexicano por la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Finalmente, el modelo social, al menos en discurso, se convirtió en el dominante en la Corte. Las categorías sociales a través de las cuales la Corte ve las controversias son moldeadas por sociedades heterogéneas, conflictivas y cambiantes. Las categorías que alguna vez fueron hegemónicas se debilitaron hasta abandonarse, cambiando la percepción de los hechos. Los juicios de valor de la Corte no son herméticos a los cambios sociales, sino que los evidencian. Las categorías no derivan sólo de la elite judicial o de juristas, sino de cambios generalizados de actitudes sociales. En breve, la Corte no es una transformadora por sí sola, sino una coconstructora social también influenciada por cambios sociales.

Hay una relación dialógica entre las creencias de la Corte y las de otros actores políticos y sociales (Post, 2003, pp. 4, 7 y 8). Como dice Levenbook, esta relación puede ser producto de la “sabiduría popular no articulada” (p. 225), que limita a la Corte inconscientemente. Pero también puede ser parte de una estrategia más amplia para realizar cambios sociales. Los colectivos, movimientos y figuras públicas coconstruyen las categorías sociales. Aunque el grado de autonomía relativa de los precedentes en relación con las fuerzas sociales varía, no se puede asumir que la Corte decide casos de manera solipsista. Si intenta establecer un precedente con categorías

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

que los sectores no judiciales rechazan de manera casi unánime, la *ratio* no enraizará. Si, en cambio, utiliza categorías sociales fuertemente internalizadas o latentes, el precedente tiene más posibilidades de consolidarse y de obligar a sus destinatarias.

A la luz del ejemplo, se podría sostener que las categorías sociales tienen que entrar al mundo jurídico por un canal institucional distinto a las percepciones de la Corte. La Convención que introdujo el modelo social ya existía en el mundo jurídico desde que México la ratificó y le dio estatus constitucional. Entonces, el precedente puede ser cuestionado sin apelar a cuestiones sociales; la decisión de la Corte fue simple y llanamente un error judicial, un precedente *per incuriam*. Sin embargo, el hecho de que la Corte haya ignorado una disposición jurídica robustece el argumento de la interdependencia entre categorías jurídicas y sociales. Por más que el modelo social de discapacidad fuera vigente, la Corte no había internalizado las nuevas categorías. La clave estratégica para una corte que adopta este modelo es identificar las categorías vibrantes o consolidadas, y sembrar la semilla de una nueva o fulminar a la categoría moribunda en el momento oportuno.

Sin duda, la autonomía relativa de las categorías es controversial. Por un lado, al mezclar nociones sociales y jurídicas se podría objetar que la Corte renuncia a su papel contramayoritario. Al pronosticar el significado social que se le asignará a una decisión y modificar posturas antes de emitir el precedente, se les da un poder tiránico a las mayorías. A final de cuentas, el precedente dependerá del pedigrí social de las categorías. Desde esta crítica, lo mismo sería que redacten sus precedentes con base en encuestas. Sin embargo, la Corte puede tener un papel contramayoritario, entendiendo a las mayorías como las legislaturas y ejecutivos ordinarios, pero mayoritario a la par de fuerzas sociales no institucionales. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la legislatura no ha actualizado sus prácticas a las categorías utilizadas en fuentes constitucionales, incluidos los precedentes. Esta interacción entre lo social y lo jurídico es inevitable. La Corte ya crea precedentes dentro de una realidad sociopolítica consciente de que sus precedentes pueden ir en contra de ciertos sectores, pero siempre debe haber un respaldo social suficiente (Friedman, 2005, pp. 322 y 323; Klarman, 1996, pp. 6-9, 16 y 17).

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

Sin este contexto social, por más dividido que sea, la disputa jurídica no sólo no sería susceptible de litigio entre dos posturas antagónicas, sino que sería incomprensible, a menos que un sector considerable de la sociedad adopte la misma postura que la Corte.

A pesar de que este modelo complementario de las razones puede parecer atractivo por dar cuenta de la autonomía relativa del derecho, si la Corte lo adoptara se podría transformar en populismo o sumisión judicial. Una cosa es aceptar que las categorías sociales influyen en cómo se percibe la realidad, y otra es suscribir la premisa normativa de que la Corte debe emitir sus precedentes pretendiendo reflejar el sentir social del momento. La Corte siempre puede equivocarse en su lectura de lo que demanda el “pueblo”, o puede escuchar o desoír a ciertos sectores según convenga a su agenda política, de manera similar al populismo tradicional. Así, la Corte se asume como una iluminada capaz de conocer lo que los sectores sociales buscan a través de categorías emergentes que son anticipadas e institucionalizadas en los precedentes. La postura tradicional del papel del precedente constitucional es que debe ser la mejor expresión posible del derecho vigente, independientemente de lo que otros poderes o sectores sociales sostengan, y sin hacer cálculos políticos de cómo se recibiría una sentencia, bajo la pena de convertirse en mera política.

VI. CONCLUSIÓN: LA *RATIO* ENTRE FRONTERAS EPISTÉMICAS E IDEOLÓGICAS

Este artículo analizó qué se puede entender en México por “razones obligatorias”. La enmienda y las normas que la implementan parecen incentivar los modelos de reglas implícitas y justificaciones como complementos o alternativas al modelo de legislación judicial, quizá con miras a eliminar las tesis. En vez de proponer una superconcepción de la *ratio* que tome las ventajas de cada una y supere sus desventajas, probablemente es mejor entenderlas como concepciones móviles y a veces sobrepuestas, según el contexto interpretativo en que la Corte sienta el precedente.

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

En algunos escenarios, incluso si se abandonaran las tesis, puede haber buenas razones para emitir reglas según el modelo de legislación judicial. Quizá la Corte ya cuenta con información y conocimiento adecuado, solidez precedencial, y un respaldo político suficiente como para “inferir el aspecto típico” de una determinada relación humana y traducirlo al lenguaje de reglas. La Corte encapsula su decisión en una regla canónica difícil de manipular por tribunales posteriores y por otros intérpretes. Con todo, la practicidad de las reglas judiciales se adquiere pagando el costo de aceptar el lenguaje de legislación judicial que no encuadra con muchas concepciones de separación de poderes.

En otros casos, una vez que se les ha dado el lugar adecuado a los hechos del juicio en una sentencia, un escenario incierto puede aconsejar dar las pistas fácticas para que el tribunal posterior infiera la categoría, pero dejar la regla implícita. La Corte carece de información suficiente para formular una regla a manera de disposición expresa dentro de un debate vibrante al interior de ella, del Poder Judicial, y la sociedad en general. La Corte empieza a experimentar con distintas aproximaciones, y los matices de los hechos desaconsejan formular una regla con determinado grado de abstracción. Además, esta postura es útil cuando hay un consenso en la Corte en cuanto a los resolutivos, pero divergencia en las justificaciones, como sucede cuando abundan votos concurrentes. Así, los tribunales inferiores reinterpretan, desarrollan y aclaran el precedente de la Corte.

El modelo de las justificaciones político-morales quizá esté presente en cualquier juicio de analogía o distinción, pero es particularmente visible cuando la Corte revoca un precedente. Ni una tesis, ni siquiera un buen análisis de hechos, son suficientes para generar derecho judicial. La Corte brinda razones sustantivas de por qué la nueva categoría jurídica es mejor que la anterior. Acepta que el caso no es distinguible, pero demuestra que tiene competencia para invalidarlo. Además, la afectación a la certeza jurídica no es tan grave, pues el cambio se fue trazando en una línea paralela de precedentes. Para culminar, la revocación se justifica en términos de coherencia; existía un precedente anómalo que debe invalidarse para restablecer un estado de apoyo mutuo entre sentencias. Esta justificación al interior del Poder Judicial se debe armonizar con el principio de

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

separación de poderes para que se demuestre la coordinación o prevalencia de la Corte con el Ejecutivo y el Legislativo.

Finalmente, el modelo de las categorías sociales puede dar luz a los modelos anteriores, sobre todo cuando hay un desfase entre los conceptos jurídicos y los conceptos sociales. El lenguaje jurídico ha quedado atrás de los cambios culturales, políticos o tecnológicos. En todo caso, la Corte que busca maximizar las voces de minorías abandonadas en los procesos políticos ordinarios debe anticipar que para transformar la realidad, sus precedentes deben tener anclaje social.

Este artículo ha intentado contribuir a la discusión de la *ratio decidendi* en el contexto del derecho mexicano y del *civil law*, pero informado por el *common law*.

Al asumir una perspectiva de la Corte como un agente colectivo e institucional, se dejan muchas preguntas para futuras investigaciones; por ejemplo ¿cómo se deben repensar los hechos relevantes a la luz de la función de un tribunal constitucional como “Corte de precedente?”, ¿hasta qué punto la Corte es un agente colectivo y no una mera suma de individuos al sentar un precedente?, ¿qué poder y responsabilidad tiene una ministra ponente para fijar una postura colectiva en la sentencia? Concentrarse en las cortes supremas en vez de en tribunales inferiores ¿distorsiona el entendimiento de la creación y seguimiento del precedente? Quedan muchas discusiones pendientes en este esfuerzo colectivo para entender el precedente desde una postura situada, al mismo tiempo que se trascienden fronteras nacionales y de tradiciones jurídicas.

VII. REFERENCIAS

- ALEXANDER, Larry (1989), “Constrained by Precedent”, *Southern California Law Review*, vol. 63, núm. 1.
- ALEXY, Robert (2014), “Formal Principles: Some Replies to Critics”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 3.
- ALEXY, Robert (1989), *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Clarendon.
- ALTERIO, Ana M. (2021), *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.

LA RATIO DECIDENDI A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

- ASQUITH, Lord J. (1959), "Some Aspects of the Work of the Court of Appeal", *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, vol. 1, núm. 5.
- BREWER, Scott (1996), "Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy", *Harvard Law Review*, vol. 109, núm. 5.
- BUSTAMANTE, Thomas (2010), "Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies between Cases", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, núm. 119.
- CAMARENA GONZÁLEZ, R., "Janus-faced Coherentism and the Forgotten Role of Formal Principles", *Ratio Juris*, en prensa, vol. 34, núm. 3.
- Cossío, José R. (2008), *La controversia constitucional*, México, Porrúa. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo Directo 160/2010, México, 13 de mayo de 2010.
- DWORKIN, Ronald M. (1996) *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford University Press, Oxford.
- FRIEDMAN, Barry (2005), "The Politics of Judicial Review", *Texas Law Review*, vol. 84.
- GERHARDT, Michael J. (2008) *The Power of Precedent*, Oxford, Oxford University Press.
- GOODHART, Arthur L. (1930), "Determining the *ratio decidendi* of a case", *Yale Law Journal*, vol. XL, núm. 2.
- HART, H. L. A. (1994), *The Concept of Law*. 2a. ed., Oxford, Clarendon Press.
- KAYESS, Rosemary y FRENCH, Phillip (2008), "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm. 1.
- KLARMAN, Michael J. (1996), "Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions." *Virginia Law Review*, vol. 82, núm. 1.
- KOMÁREK, Jiri. (2013), "Reasoning with Previous Decisions: beyond the Doctrine of Precedent", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 61, núm. 1.

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

- LEGRAND, Pierre (1996), "European Legal Systems Are Not Converging", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, núm. 1.
- LEVENBOOK, Barbara B. (2006), "The Meaning of a Precedent", *Legal Theory*, vol. 6, núm. 2.
- MACCORMICK, Neil (2005), *Reasoning, Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal*, Oxford, Oxford University Press.
- MICHELMAN, Frank I. (2003), "Reflection", *Texas Law Review*, vol. 82.
- MITIDIERO, Daniel (2016), "Dos modelos de cortes de vértice-cortes superiores y cortes supremas", en TARUFFO, Michele, MARI-
NONI, Luiz G. y MITIDERO, Daniel. (coords.), *La misión de los tribunales supremos*, Madrid, Marcial Pons.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de S. (1748), *De l'esprit des lois*.
- MORAL SORIANO, Leonor (2003), "A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice", *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 3.
- Obergefell v. Hodges*, 576 US. 644 (2015), disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.
- PORTOCARRERO QUISPE, Jorge A. (2016), *La ponderación y la autoridad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- POST, Robert C. (2003), "Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law", *Harvard Law Review*, vol. 117.
- RAZ, Joseph (1979), *The authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press.
- RIGONI, Adam (2014), "Common-Law Judicial Reasoning and Analogy", *Legal Theory*, vol. 20, núm. 2.
- RÍOS ESPINOSA, Carlos (2012), *Reflexiones sobre el fallo de la SCJN en torno a los derechos políticos de las personas con discapacidad*. Comisión Mexicana en Defensa y Promoción de los Derechos Humanos. Disponible en: <http://cmdpdh.org/2012/02/reflexiones-sobre-el-fallo-de-la-scn-en-torno-a-los-derechos-politicos-de-las-personas-con-discapacidad/>.
- SAAVEDRA HERRERA, Camilo E. (2018), "El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del pre-

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

- cedente judicial en México” en BERNAL, Carlos, CAMARENA, Rodrigo, y MARTÍNEZ, Alejandra (coords.), *El Precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Centro de Estudios Constitucionales SJCN.
- SCHAUER, Frederick (2005), “La categorización, en el Derecho y en el mundo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 28.
- SCHIAVONE, Aldo (2005), *Ius: L'invenzione del diritto in occidente*, Turín, Einaudi.
- SMITH, Hezzy y STEIN, Michael A. (2018), “Mexico”, en WADDINGTON, Lisa y LAWSON, Anna (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, Oxford, Oxford University Press.
- SPAMANN, Holger *et al.* (2021), “Judges in the Lab: No Precedent Effects, No Common/Civil Law Differences”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 13, núm. 1.
- STEVENS, Katharina (2018), “Reasoning by Precedent-Between Rules and Analogies”, *Legal Theory*, vol. 24, núm. 3.
- STONE, Julius (1985), *Precedent and Law: Dynamics of Common law Growth*, Oxford, Butterworths.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno *Tesis aislada LXIV/1997*, SJF. Tomo V, mayo de 1997, p. 166, Registro digital: 198709.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, *P/J. 14/2002*, SJF, tomo XV, febrero de 2002, p. 588, Registro digital: 187817.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. *Acción de Inconstitucionalidad 3/2010*, José Fernando Franco González Salas, 19 de enero de 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. *Amparo Directo 6/2008*, Sergio A. Valls Hernández, 6 de enero de 2009.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. *Contradicción de Tesis 21/2011*, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 9 de septiembre de 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. *Contradicción de Tesis 299/2013*, Jorge Mario Pardo Rebolledo, 22 de enero de 2014.

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. *Tesis Aislada LXV/2009*. SJF, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 8, Registro digital: 165813.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. *Tesis Aislada LXVIII/2009*. SJF, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 6. Registro digital: 165826.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. *Tesis de Reiteración 1a./J. 43/2015 (10a.)*. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2009.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, SJF, Tomo LXXV, 1943, p. 2877, Registro digital: 307739.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. *1a./J. 43/2015 (10a.)* Gaceta del SJF, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, p. 536, Registro digital: 2009407.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. *Amparo Directo en Revisión 5833/2014*, Semanario Judicial de la Federación, 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. *Amparo Directo en Revisión 3166/2015*. José Ramón Cossío Díaz, 18 de mayo de 2016, Voto particular de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. *Amparo en Revisión 898/2006*, José Ramón Cossío Díaz, 7 de junio de 2006.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. *Amparo en Revisión 1359/2015*, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 15 de noviembre de 2017.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. *Amparo en Revisión 704/2014*, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 18 de marzo de 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. *Amparo en Revisión 4865/2018*, Norma Lucía Piña Hernández, 30 de octubre de 2019.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. *Solicitud de modificación de jurisprudencia 19/2010*, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 24 de agosto de 2011.

LA *RATIO DECIDENDI* A TRAVÉS DE OJOS MEXICANOS

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, *Contradicción de Tesis* 40/2000, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, 23 de agosto de 2002.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala. Amparo Directo 9/2018, Alberto Pérez Dayán, 5 de diciembre 2018.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala. *Solicitud De Ejercicio De La Facultad De Atracción* 454/2015, Alberto Pérez Dayán, 17 de febrero de 2016.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tercera Sala, Tesis 249729, SJF vol. 145-150, Cuarta parte, 1981, p. 260.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Acuerdo General* 17/2019, México, 2019.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Acuerdo General* 20/2013. México, 2013.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Comunicado no. 033/2012, México, 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Tesis Aislada P. LXIV/2009*, SJF, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 18, Registro digital: 165695.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Versión Taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 20 de abril de 2006.*
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 17 de enero de 2012.*
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 19 de enero de 2012*, México, 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala. *Amparo Directo en Revisión* 5601/2014, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 17 de junio de 2015.
- TARUFFO, Michele (2011) *La prueba de los hechos*. Madrid, Trotta.

RODRIGO CAMARENA GONZÁLEZ

- TIERSMA, Peter M. (2006), “The Textualization of Precedent”, *Notre Dame Law Review*, vol. 82, núm. 3.
- VARGAS CORDERO, José R. (2010), *La jurisprudencia por razones, diferencias con la jurisprudencia tradicional y comparación con el sistema de precedentes*, Tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, UNAM.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, H. (1998), *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press.

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE EL PRECEDENTE A PARTIR DE LOS TRABAJOS DE FLAVIA CARBONELL Y RODRIGO CAMARENA*

*PRECEDENT AND CIVIL LAW: A ROAD AHEAD. REFLECTIONS
ON THE WORKS OF FLAVIA CARBONELL AND RODRIGO CAMARENA*

Marina GASCÓN ABELLÁN**

Resumen:

El presente trabajo es producto del análisis y discusión que se llevaron a cabo en el seminario de la revista *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* intitulado: “La construcción del precedente en el *civil law*. Debates, conceptos y desafíos”. En dicho encuentro, Flavia Carbonell y Rodrigo Camarena intervinieron con una exposición concisa respecto al precedente en cada uno de sus respectivos países (Chile y México), que a la vez abordan problemas de tipo normativo, práctico, teórico y conceptual. Con gran interés fui testigo de los argumentos de ambos, y motivada por sus ponencias, presento mis puntos de vista respecto a los rubros más importantes y relevantes en torno a sus contribuciones.

Palabras clave:

Precedente judicial, Chile, México, proyecto precedente, *common law*

Abstract:

This paper is the result of the analysis and discussion that took place at the Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho seminar entitled “The

* Artículo recibido el 30 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 12 de diciembre de 2021.

** Investigadora adscrita a la Universidad de Castilla-La Mancha, correo: marina.gascon@uclm.es. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3984-1806>.

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

Construction of Precedent in Civil Law: Debates, Concepts and Challenges". At this event, Flavia Carbonell and Rodrigo Camarena delivered a concise presentation on precedent in their respective countries (Chile and Mexico), addressing issues of a regulatory, practical, theoretical and conceptual nature. Having witnessed both their arguments with keen interest and inspired by their presentations, I offer my points of comments on the most important and prominent aspects of their contributions.

Keywords:

Judicial Precedent, Chile, Mexico, Project Precedent, Common Law.

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

SUMARIO: I. *La relevancia de los estudios sobre el precedente.*
II. *Chile y México, por ejemplo. Lo que nos muestran sobre la relevancia de un “proyecto precedente” los trabajos de Flavia Carbonell y Rodrigo Camarena.*
III. *Referencias.*

I. LA RELEVANCIA DE LOS ESTUDIOS SOBRE EL PRECEDENTE

El seguimiento de precedentes (o de jurisprudencia, no distinguiré aquí)¹ ha sido clásicamente visto como uno de los rasgos de distinción entre los sistemas de *common law* y los de *civil law*. Mientras en los primeros —se dice— los jueces están vinculados por el precedente (actúan conforme al principio de *stare decisis*), en los sistemas de *civil law* los jueces actúan vinculados a la ley, y la jurisprudencia tiene en ellos un papel residual, un valor meramente “complementador” del ordenamiento, por usar las palabras del Código Civil español (la jurisprudencia —se insiste— “no es fuente” del derecho).

¹ Naturalmente, no se me oculta que es muy habitual distinguir entre precedente y jurisprudencia. Este es, significativamente, el caso de Taruffo, aunque por supuesto no es sólo él (Taruffo, 2007, 87 ss.). Sin embargo, me parece que lo que este autor refleja al insistir en esa distinción es una crítica del *modus operandi* de la jurisprudencia en los sistemas de *civil law*, un *modus operandi* que hace de ella una caótica red de interpretaciones abstractas y parciales de la ley, que dificulta que ésta cumpla su papel uniformador del derecho, o sea que realice un auténtico sistema de precedentes. No puedo estar más de acuerdo con él en esta crítica. Pero en mi opinión eso no es razón para no usar como equivalentes (al menos en el plano conceptual) ambos conceptos. Entenderé aquí por precedente o jurisprudencia la doctrina contenida en una o varias sentencias que concreta el alcance o interpretación de la ley en las circunstancias específicas que conforman el caso; es decir, la que expresa la *razón jurídica* conforme a la cual se ha resuelto el caso, y que por consiguiente constituye una guía para resolver casos futuros: la *ley del caso*.

Esto último es lo importante. Lo que llamamos “precedente” o “jurisprudencia” forma parte de las razones jurídicas de una decisión, y lo relevante es que esas razones se presentan siempre como un criterio o regla con *potencial generalizable o universalizable*, sobre todo cuando la decisión proviene de un alto tribunal: se decide como se decide porque en un caso sustancialmente igual habría que decidir lo mismo, y por tanto con la intención de proyectar esa regla decisión hacia el futuro. En el mismo sentido se expresa (Gómora Juárez, 2018: 229).

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

Las cosas, sin embargo, no son exactamente así. Esta distinción tan estricta entre las dos culturas jurídicas en relación con el valor del precedente no es adecuada, si es que alguna vez lo fue. En los sistemas de *common law* la ley escrita tiene un espacio muy importante, y cada vez más áreas del derecho están codificadas,² y en los sistemas de *civil law* no cabe decir que la jurisprudencia (o el precedente) carezca de valor.

Este último aspecto es el relevante para nosotros. Se le considere o no fuente del derecho, en nuestros sistemas jurídicos los jueces recurren constantemente a la jurisprudencia (o al precedente), sobre todo a la del Tribunal Supremo.³ Adoptan sus decisiones “mirando” lo que otros jueces han dicho sobre los mismos asuntos. Junto a los argumentos interpretativos o los argumentos doctrinales, los precedentes forman parte de las razones para decidir el caso.⁴ Juegan en la argumentación como un *topos* que orienta la interpretación de la norma, primero, y constituye un respaldo argumental a la corrección de la decisión, después. Por eso, aunque nuestros sistemas no sean de *stare decisis*, no cabe duda de que el precedente tiene en ellos un valor persuasivo,⁵ actúa como una especie de *soft law*. Cuando existe una doctrina más o menos consolidada y uniforme

² Esta constatación es ya un lugar común; *cfr.* por ejemplo Taruffo (2007, 85).

³ “Ni los jueces ni los abogados —dice Nieto (2001/2002, 106)— manejan las leyes a *texto limpio* sino con las adiciones e interpretaciones incorporadas por el Tribunal Supremo... Las ediciones y colecciones de leyes son tanto más apreciadas cuanto más ricas sean las anotaciones jurisprudenciales que les acompañen. Su valor psicológico y práctico es, por tanto, mucho mayor de lo que parece sugerir el código civil”.

⁴ Precisamente por ello muchos planteamientos actuales sitúan el estudio del precedente en el discurso del razonamiento jurídico. Así lo hace, por ejemplo, Leonor Moral (2002). Me parece acertado este enfoque, que se aparta así del análisis tradicional, pero estéril, desde la teoría de las fuentes del derecho.

⁵ La persuasividad del precedente de un tribunal puede obedecer, como es obvio, a la calidad y solidez de las argumentaciones que contiene, pero también a la posición institucional de ese tribunal en el sistema de organización judicial y a las competencias o funciones que desempeñe. Es decir, la jurisprudencia puede resultar persuasiva por razones de *racionalidad* (de la argumentación) o por razones de *autoridad* (del tribunal). *Cfr.* (Moral, 2002: cap. III) y (Bustamante, 2016).

sobre un asunto, se espera que los tribunales adopten sus decisiones conforme a ésta, y cuanto mayor es la consolidación y uniformidad de esa doctrina mayor es su fuerza persuasiva.⁶ En definitiva, el recurso al precedente (o a la jurisprudencia) se inserta en el proceso de búsqueda de las mejores razones para decidir. Sea o no “fuente” del derecho, es un factor decisivo en su interpretación y aplicación.

De hecho, algo está cambiando en la cultura jurídica del *civil law*. Por un lado, hay en la actualidad una marcada tendencia a establecer mecanismos institucionales para convertir a las cortes de casación en cortes de precedentes, es decir, cortes cuya función principal no ha de ser sólo (o no principalmente) la nomofilaxis, sino también (o sobre todo) el establecimiento de pautas para resolver casos futuros.⁷ Aunque en relación con algunos de nuestros ordenamientos pueda sonar aún a exageración, estamos asistiendo a la progresiva construcción de un sistema de precedentes, y, como consecuencia de ello, vivimos en una extraña situación “de tránsito” donde —si se me permite la expresión— convive la “práctica *jurisprudencial* del precedente” (doctrina abstracta y reiterada de los tribunales) con el concepto clásico de precedente propio del *common law* (la razón de la decisión del caso como opuesta a los *obiter dicta*). Por otro lado, también el interés por los estudios sobre el precedente ha aumentado enormemente, tanto en la doc-

⁶ “The higher the level of uniformity in past precedents, the greater the persuasive force of case law” (Fon y Parisi, 2006: 519).

⁷ En efecto, la manera de concebir las funciones de la casación ha evolucionado, y hoy cabe decir que lo que más importa de sus decisiones no es tanto salvaguardar la ley en la resolución de una controversia específica (función nomofiláctica) cuanto su capacidad de generar un canon para resolver casos futuros. En definitiva, hoy se asume que la misión central de un tribunal supremo es sobre todo promover la adecuada y uniforme interpretación del derecho: desarrollarse como una *corte de precedentes*. No se trata, por tanto, de que la función de tutelar la ley en las controversias específicas haya fracasado, sino de que hay una clara tendencia a conceder prioridad a la función pública de “dar unidad al derecho mediante su adecuada interpretación a partir de la decisión de los casos presentados”, Mitidiero (2016: 107). *Cfr.* También Vecina (2003: 30 ss.) y Taruffo (2001: 96 ss.).

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

trina procesalista como en la teoría del derecho.⁸ Ambos fenómenos —me parece— están movidos por una misma razón: la fundada convicción de que un sistema de precedentes garantiza mejores valores muy relevantes del sistema, como la seguridad jurídica y la igualdad. Y digo “fundada” convicción porque así es. En la medida en que el seguimiento de precedentes supone la reiteración (y por tanto la consolidación) de unas mismas razones para decidir, contribuye a promover la unidad del derecho mediante la coherencia de las decisiones judiciales, y es evidente que cuanto mayor sea la uniformidad en la interpretación de la ley mejor garantizadas estarán la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Esto es claro. La existencia de una diversidad de soluciones interpretativas dificulta (y al límite impide) prever la respuesta judicial que probablemente recibirá nuestro caso; y, desde luego, frustra también el objetivo de la igualdad en la ley, pues de nada sirve proclamar esa igualdad si después los tribunales proporcionan respuestas distintas en virtud de su libertad interpretativa.

La iniciativa que Sandra Gómora, Álvaro Núñez y yo misma os presentamos ahora se mueve justamente en esta dirección: la de impulsar entre nosotros los estudios sobre el precedente, poniendo sobre la mesa del análisis numerosos problemas de tipo normativo, práctico, teórico y conceptual, que deben ser abordados. Los magníficos trabajos que tan generosamente han realizado Rodrigo Camarena, Flavia Carbonell, Fabio Pulido y Silvia Zorzetto para acompañar el “arranque” de este proyecto son una buena muestra de lo relevante que es la discusión sobre estos temas. Vaya por delante mi reconocimiento y felicitación a todos ellos, aunque por razones puramente organizativas haré sólo unos breves comentarios a propósito de los trabajos de los dos primeros.

⁸ No intentaré siquiera hacer una lista de estudios doctrinales y teóricos sobre estos temas porque sería muy larga, pero sí hay que decir que prácticamente en todos nuestros países se han hecho y se siguen haciendo análisis muy valiosos sobre el asunto.

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

II. CHILE Y MÉXICO, POR EJEMPLO. LO QUE NOS MUESTRAN SOBRE LA RELEVANCIA DE UN “PROYECTO PRECEDENTE” LOS TRABAJOS DE FLAVIA CARBONELL Y RODRIGO CAMARENA

A. *¿Qué sucede cuando en el seno de un mismo tribunal distintas salas mantienen doctrinas o criterios interpretativos diferentes? (La pregunta de Carbonell)*

En su excelente estudio “Variaciones sobre el precedente judicial. Una mirada desde el sistema jurídico chileno”, Flavia Carbonell nos presenta un caso muy interesante, que constituye una ocasión y un acicate para reflexionar sobre diversos aspectos del precedente. Aunque toda simplificación es empobrecedora, en lo esencial el caso puede resumirse así:

- 1) *En Chile, durante mucho tiempo, en un asunto sustancialmente importante* (se discute la prescriptibilidad de la acción civil de reclamación de indemnización del daño moral padecido por los desaparecidos o torturados por los agentes del Estado durante la dictadura militar) *conocen dos salas distintas de la Corte Suprema, la Sala Civil y la Sala Penal* (los casos llegaban a la Corte a través de dos vías: a través de un recurso de casación civil, o a través de un recurso de casación penal, cuando la acción civil era ejercida dentro de un proceso penal) *y mantienen jurisprudencia diferente* (la Sala Civil mantenía la tesis de la prescriptibilidad, y la Sala Penal, la tesis de la imprescriptibilidad, apoyada en la imprescriptibilidad de la acción penal por delitos de lesa humanidad).
- 2) *En el año 2013* (en la causa “González Galeno con Fisco de Chile”), en virtud del artículo 780, CPC, *el Pleno del Tribunal, en un fallo de nueve votos contra siete, unificó jurisprudencia asumiendo el criterio de la Sala Civil.*
- 3) Pocos meses después del pronunciamiento del Pleno, *la Sala Penal, haciendo caso omiso del mismo, siguió manteniendo su propia doctrina de la imprescriptibilidad de la acción*, por lo que

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

siguió perviviendo la dispersión doctrinal en el seno de la Corte Suprema.

El caso, además de ser importante, por el problema práctico que representa, es muy interesante desde la perspectiva teórica, pues plantea cuestiones y suscita dudas, que tienen que ver tanto con la “regla del autoprecedente” como con el “precedente vinculante”, y que Carbonell aprovecha para ilustrarlos.

La esencia del problema teórico que el caso chileno plantea se resume en la siguiente cuestión. El autoprecedente, entendido como regla de la argumentación racional que obliga a los órganos judiciales a resolver los casos conforme a un criterio universalizable, implica que todo órgano judicial (todo decisor) debe respetar su propio precedente (es decir, debe resolver siempre conforme a ese criterio), salvo que justifique adecuadamente su abandono cuando proceda; en concreto, cuando entienda que el criterio anterior no es correcto o es menos correcto que el actual. Ahora bien, ¿qué sucede cuando en el seno de un mismo tribunal distintas salas mantienen doctrinas o criterios de decisión diferentes? ¿A quién se impone en este caso la regla del autoprecedente? ¿Ha de entenderse que dichas salas son órganos judiciales independientes, y que por consiguiente la regla se aplica a cada una de ellas individualmente considerada? O, por el contrario, ¿ha de entenderse que dichas salas constituyen meras instancias o partes de un único tribunal, y que por consiguiente la regla del autoprecedente obliga al tribunal integrado por todas sus salas?

La primera opción (cada sala, un órgano independiente) implica que salas diferentes podrían mantener doctrinas diferentes sobre una misma cuestión; es decir, admite que en el seno de un mismo tribunal puede convivir válidamente jurisprudencia contradictoria, lo cual resulta mal entendido y peor admitido por la mayoría de la gente, pues frustra nuestras lógicas expectativas de uniforme aplicación del derecho, al menos dentro de un mismo tribunal. La segunda opción (el órgano judicial es el tribunal, integrado por todas sus salas) satisface mucho mejor nuestras expectativas de aplicación uniforme del derecho, pero exige articular normativamente mecanismos que eviten las discrepancias de criterio entre las diferentes salas que integran el tribunal o —en caso de que ya se hayan produ-

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

cido— las corrijan y fijen el criterio o la “doctrina correcta”.⁹ No digo la doctrina *epistémicamente correcta*, pues esto es una cuestión dependiente de la teoría de la interpretación que se maneje, pero sí la *institucionalmente correcta*, porque existe una norma jurídica que le confiere ese estatus. Naturalmente, esta opción es la deseable para la vigencia de la seguridad jurídica y de la igualdad.

Se podría interpretar —me parece— que el caso chileno refleja esta segunda opción (el órgano judicial es el tribunal, integrado por todas sus salas), puesto que cabe entender que el artículo 780 del CPC instaure ese comentado “mecanismo institucional” para uniformar la jurisprudencia de las salas,¹⁰ y que fue en virtud del mismo numeral que el Pleno se pronunció y fijó la doctrina correcta, que a la sazón es coincidente con la adoptada por la Sala Civil: la acción civil para la indemnización del daño moral es prescriptible. Pero he aquí lo anómalo de la situación: la Sala Segunda siguió manteniendo su doctrina precedente (distinta a la fijada como “correcta” por el Pleno), por lo que su actuación bien podría ser entendida como una manifestación de la primera opción señalada: cada sala, un órgano independiente.

Flavia Carbonell parece sugerir que esta actitud “díscola” de la Sala Penal se podría explicar porque, además del citado artículo 780, CPC, “no existen normas adicionales que establezcan la vinculación obligatoria de las Salas a la *ratio decidendi* de la decisión del Pleno del tribunal”, y que, por lo tanto, ante esa carencia de vinculación, la Sala Penal hizo lo que debía: respetar su propio precedente. Sin embargo, no me parece que las cosas estén tan claras. Por un lado, porque creo que resulta forzado interpretar que el empeño de la Sala Penal en mantener su criterio anterior obedece realmente a la falta de una regla expresa de *stare decisis*, y menos aún a su convicción de ser un órgano judicial independiente obligado a actuar conforme a

⁹ He argumentado sobre este punto en Gascón, 2011 y 2016.

¹⁰ El artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, como recuerda la autora, se refiere a la facultad que tienen las partes de solicitar que un recurso de casación en el fondo sea “conocido y resuelto por el pleno del tribunal” (la regla general es su conocimiento en sala), fundándose “en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso”.

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

criterios de racionalidad-universalidad (y por consiguiente a seguir su criterio precedente antes que a vincularse al criterio del Pleno del Tribunal). Por otro lado, porque en todo caso también se pueden ver las cosas de otra manera.

El Pleno, en efecto, se pronunció porque hay una norma del sistema que le atribuye esa competencia cuando exista jurisprudencia contradictoria. Pero entonces cabe preguntar: si aceptamos que este mecanismo (de unificación jurisprudencial) no puede entenderse como una regla de *stare decisis* que vincula a las diferentes Salas a la “respuesta correcta” establecida por el Pleno, si no puede interpretarse como una regla constitutiva que confiere al pleno la competencia para establecer un precedente vinculante,¹¹ ¿en qué sentido debe entenderse? ¿Para qué se ha introducido ese mecanismo? ¿Para nada? ¿Cuál es el alcance que debe darse a esa decisión del Pleno? ¿Ninguno? Es evidente —me parece— que el mecanismo del artículo 780, CPC, también podría entenderse sin grave esfuerzo como una regla de *stare decisis*, por lo que la decisión del Pleno sería la “respuesta correcta” para el caso. Y una vez establecida esa “respuesta correcta” por el Pleno ya no hay lugar a que las Salas apelen al autoprecedente, por una simple razón: el autoprecedente es en esencia una regla de la argumentación racional que juega (sólo) allí donde la solución correcta no existe; pero cuando la solución correcta existe (como sucedería aquí),¹² lo que deben hacer las diferentes Salas es aplicar esa solución.

Sea como fuere, el caso está magníficamente traído por Carbonell, porque, además del problema central que directamente plantea, invita a reflexionar sobre algunas cuestiones importantes. Nos invita a preguntarnos, por ejemplo, cuál es el nivel de protección que queremos para los valores que el autoprecedente y el precedente vertical promueven, qué cambios normativos habría que acometer para conseguir mejor esos objetivos: el primero de ellos —conuerdo con

¹¹ Álvaro Núñez y Beatriz Arriagada han desarrollado en profundidad y magníficamente la tesis según la cual la existencia de un sistema de precedente vinculante requiere la existencia de normas constitutivas (Cfr. por ejemplo, Núñez, 2021; y Arriagada, 2021).

¹² Insisto en esto: la solución *institucionalmente* correcta, no la *epistémicamente* correcta, que esto es otra cuestión.

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

la autora— la redefinición de las funciones de la Corte de Casación (esto ya lo denunció con claridad Taruffo: una corte de casación que debe resolver miles de asuntos al año difícilmente puede convertirse en una corte de precedentes), o la división de la Corte en salas especializadas por materias, o nos empuja a reflexionar incluso sobre el modo en que deben adoptarse las decisiones colegiadas para que generen un precedente vinculante (por ejemplo, si deben ser adoptadas por alguna mayoría cualificada) —relacionado con esto último— sobre la fuerza vinculante que cabe atribuir a los precedentes dictados por salas divididas, sobre todo cuando el voto disidente goza de una sólida argumentación. Y, naturalmente, el caso invita también a reflexionar sobre algunas cuestiones que son cruciales para el establecimiento de un sistema de precedentes: en particular sobre el sentido y alcance de la “independencia judicial”, que habitualmente se esgrime frente al establecimiento de mecanismos de vinculación al precedente; o sobre el riesgo de que un sistema de precedentes vinculantes termine convirtiendo a las cortes supremas en órganos “legislativos” o “cuasilegislativos”; y desde luego, sobre el propio concepto de precedente.¹³

Precisamente, en relación con esta última e importante cuestión (el concepto de precedente), me parece muy sugerente el trabajo de Rodrigo Camarena “La *ratio decidendi* a través de ojos mexicanos”, publicado también en este número.

B. *¿Qué entender por ratio decidendi? (La pregunta de Camarena)*

Camarena aborda uno de los asuntos nucleares para el funcionamiento de un sistema de precedentes: el de la definición de la *ratio decidendi* (lo que constituye un precedente). Su análisis está movido por la reforma de la Constitución mexicana realizada en 2021 para evolucionar hacia un sistema de precedentes, y su objetivo es identificar las distintas concepciones de las “razones” de las sentencias de la Suprema Corte, que ahora serán obligatorias “para todas las

¹³ Los trabajos de Beatriz Arriagada y de Álvaro Núñez que acabo de mencionar son ya imprescindibles desarrollos teóricos en este punto.

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

autoridades jurisdiccionales”.¹⁴ Me parece importante señalar que este ejercicio teórico es especialmente necesario en un caso como el de México, un ordenamiento que refleja paradigmáticamente esa situación “de tránsito” a la que al inicio me refería, y que, por consiguiente, plantea la necesidad de hacer efectivo un sistema de precedentes (que exige identificar la *ratio decidendi* de las decisiones) en el marco de una arraigada práctica “jurisprudencial” muy distinta (la de las “tesis” jurisprudenciales: enunciados abstractos identificados en este caso por la propia Corte al resolver un caso). Pero es un ejercicio teórico relevante más allá del caso mexicano, pues la mayoría de nuestros ordenamientos se hallan, aunque no todos en la misma medida, en una situación “de tránsito” similar.

El ejercicio teórico que Camarena realiza tiene una notable trascendencia práctica. En efecto, el problema fundamental al que se enfrentan los jueces y los abogados para “seguir el precedente” es la identificación de la *ratio decidendi*. Pero identificar con claridad la *ratio decidendi* exige dos tareas previas. La primera (de tipo teórico o conceptual) consiste en proporcionar una definición del término: ¿qué se entiende por *ratio decidendi*? ¿Cómo debemos entender esas “razones”? La segunda (de tipo práctico) consiste en que el tribunal que sienta un precedente lo comunique con claridad, rigor y precisión para que pueda ser fácilmente identificado por los jueces posteriores. Esta segunda cuestión no es en absoluto banal, pues si los jueces posteriores no pueden identificar con claridad las “razones” que constituyen el precedente, su seguimiento generalizado y uniforme resultará complicado. Por eso, por mucho que refinemos teóricamente el concepto de precedente y por muchas reformas que hagamos para convertir a nuestras cortes de casación en cortes de precedentes, sin una adecuada comunicación de esas “razones” por parte del tribunal que sienta un precedente, el objetivo de unificación del derecho por vía de precedente no podrá alcanzarse.¹⁵

¹⁴ CPEUM, Artículo 94: Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.

¹⁵ He reflexionado e insistido sobre este punto en Gascón 2016.

PRECEDENTE Y *CIVIL LAW*: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

Rodrigo Camarena ha realizado un excelente trabajo sobre la primera cuestión: la cuestión conceptual, la que se resume en la pregunta ¿qué son las “razones” que constituyen el precedente? Y nos ofrece cuatro modos distintos de configurar o entender esas razones, que se corresponden en realidad con cuatro modos distintos de “creación” de derecho por parte de la Corte:

- a) El modelo de *legislación judicial* (Alexander), que concibe las razones como reglas canónicas formuladas con claridad y precisión, de manera que realmente constriñan y no puedan ser abandonadas mediante la fácil excepción o el *distinguishing*.
- b) El modelo de las *reglas implícitas* (Goodhart), que configura las razones como las reglas inferibles de la sentencia a partir de los hechos relevantes, al margen de cuál sea la regla explícita que formuló el tribunal o de la argumentación que realizó (que puede ser falaz, políticamente indeseable o moralmente escandalosa), y que permite el *distinguishing* de manera natural.
- c) El modelo de las *justificaciones político-morales* de las decisiones adoptadas (MacCormick), que, más allá de los hechos del caso y sus consecuencias, entiende las “razones” como enunciados indistinguibles de esas justificaciones. Este modelo —dice el autor— encuadra con una postura postpositivista, que incluye a los principios como la justificación de cualquier regla.
- d) Y el modelo de las *categorías sociales* (Levenbook), según el cual la Corte toma sus decisiones organizando el mundo a partir de categorías o creencias compartidas, cuyo significado y vigencia, por lo tanto, no le corresponde exclusivamente al Poder Judicial, sino a toda la comunidad; es decir, el significado de los precedentes “es controlado por la sociedad”. De este modo, si la Corte intenta establecer un precedente con categorías que la comunidad rechaza, la *ratio* no arraigará. “Si en cambio utiliza categorías sociales fuertemente internalizadas o latentes, el precedente tiene más posibilidades de consolidarse y de obligar a sus destinatarias”.

En línea de principio, el autor presenta las cuatro concepciones como “posibles”, sin que resulte clara una preferencia por una u otra.

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

Es más, las presenta como “concepciones móviles y a veces sobrepuestas según el contexto interpretativo en que la Corte sienta el precedente”. Así, en algunos casos puede estar justificado emitir reglas según el modelo de legislación judicial; en otros casos puede ser aconsejable dejar la regla implícita; en los casos de analogía o distinción o en los de revocación de un precedente estará siempre presente el modelo de las justificaciones político-morales, y el modelo de las categorías sociales permite dar cuenta de los casos en que haya un desfase entre los conceptos jurídicos y los sociales.

Ahora bien, a pesar de que todos los modelos son igualmente válidos en el plano explicativo (en la medida en que permiten dar cuenta de las distintas situaciones de creación de precedentes por la Corte), es evidente que cada uno presenta ventajas e inconvenientes para la satisfacción de situaciones o estados de cosas que se consideran valiosos, y por consiguiente no todos ellos se sitúan en el mismo plano desde una perspectiva normativa o prescriptiva. El primer modelo, el de la *legislación judicial*, al concebir las razones como reglas canónicas que indican con precisión lo que hay que hacer y que deben ser seguidas, tiene la ventaja de la precisión, sí, pero evoca el peligro del “gobierno de los jueces”, que representa una de las objeciones clásicas a las que ha de hacer frente cualquier intento de construcción de un sistema de precedentes. El segundo modelo, el de las *reglas implícitas*, al concebir los precedentes como reglas “inferidas” de las sentencias por los jueces encargados de seguirlas, parece más respetuoso con la independencia judicial y con la construcción de precedentes como un proceso colectivo. El tercer modelo, el de las *justificaciones político-morales* de las decisiones adoptadas, entiende los precedentes como partes de un sistema coherente de principios que se va perfilando en el tiempo, y, por consiguiente, presenta el riesgo de introducir ideología en el derecho, que en cierta medida es también un riesgo de “gobierno de los jueces”. Y el cuarto modelo, el de las *categorías sociales*, al permitir derrotar reglas en virtud de las cambiantes categorías sociales, parece también más respetuoso con la independencia judicial y la construcción del precedente como un proceso colectivo, pero desde luego a costa de la seguridad jurídica.

La reconstrucción teórica de los modos de concebir las razones que Camarena nos muestra es importante, pues —más allá de per-

PRECEDENTE Y CIVIL LAW: UN CAMINO POR RECORRER. REFLEXIONES SOBRE...

mitirnos explicar los distintos modos de producción de precedentes— nos dejan visualizar muy bien qué modos resultan más adecuados para alcanzar objetivos que estimamos valiosos. Por ejemplo, si consideramos que un sistema de precedentes debería asegurar la clara identificación de los precedentes para facilitar su seguimiento generalizado, y con ello la uniforme aplicación de la ley, esa reconstrucción teórica apunta —creo— al modelo de la legislación judicial como el más apropiado, un modelo del que sin embargo habría que huir si lo que se persigue como valor prioritario es evitar que el tribunal que sienta un precedente se convierta en minilegislador. En definitiva, dependiendo de lo que prioricemos (mejorar la identificación de precedentes para que funcione el sistema, o evitar el “legislativismo” del tribunal que sienta el precedente) los modelos de “razones” reconstruidos por Camarena son una buena herramienta para orientar la elección por un sistema u otro. En todo caso, son cosas sobre las que seguir pensando y discutiendo.

Porque, efectivamente, este es el propósito del proyecto que iniciamos: seguir reflexionando, compartiendo y discutiendo. Los magníficos trabajos de Flavia Carbonell y Rodrigo Camarena (igual que los de Silvia Zorzetto y Fabio Pulido) nos muestran justamente que tenemos un camino por recorrer en el tránsito hacia un sistema de precedentes.

III. REFERENCIAS

- ARRIAGADA, María Beatriz (2021), “Las dos caras del precedente vinculante”, en NÚÑEZ, A., ARRIAGADA, M. B. y HUNTER, I. (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BUSTAMANTE, T. (2016), *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, Lima, Ediciones legales EIRL.
- FON, V. y PARISI, F. (2006), “Judicial Precedents in Civil Law Systems: a Dynamic Analysis”, *International Review of Law and Economics*, vol. 26, núm. 4.

MARIANA GASCÓN ABELLÁN

- GASCÓN, M. (2011), “Racionalidad y (auto)precedente. Breves consideraciones sobre el fundamento e implicaciones de la regla del autoprecedente”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 10.
- GASCÓN, M. (2016), “Autoprecedente y creación de precedentes en una Corte Suprema”, *Teoría Jurídica Contemporánea*, Revista da Universidade Federal do Rio de Janeiro, vol. 1, núm. 2.
- GASCÓN, M. (2020), “Motivación de las sentencias y jurisprudencia. ¿Cumple nuestra jurisprudencia eficazmente su función?”, en GASCÓN, M. y NÚÑEZ, A. (coords.), *La construcción del precedente en el civil law*, Barcelona, Atelier.
- GÓMORA JUÁREZ, S. (2018), “La ejemplaridad y proyección del precedente”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 12, UAM-IIJ.
- MORAL, L. (2002), *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons.
- NIETO, Alejandro (2001/2002), “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 8-9.
- NÚÑEZ, Álvaro (2021), “¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)”, en NÚÑEZ, A., ARRIAGADA, M. B. y HUNTER, I. (coords.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- TARUFFO, Michele (2007), “Precedente y jurisprudencia”, trad. de C. Martínez, y F. Gandini, *Anuario Jurídico*, Cali, Universidad ICESI.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES. UN EXPERIMENTO DE SOCIOLOGÍA JUDICIAL ENTRE LA PRÁCTICA Y LA TEORÍA*

*LEGAL ARGUMENTS AND CASE LAW PRECEDENTS.
A JUDICIAL-SOCIOLOGICAL EXPERIMENT BETWEEN
THEORY AND PRACTICE*

Silvia ZORZETTO**

Resumen:

El objetivo de esta contribución es analizar algunas de las principales variantes de argumentos jurídicos que usan los precedentes judiciales, con el fin de captar su relevancia y variedad en la práctica. El análisis está inspirado en la jurisprudencia de Secciones Unidas Civiles de la Corte de Casación italiana, también para estimular una comparación entre los usos de los precedentes judiciales en los diferentes sistemas jurídicos existentes. Sin embargo, el análisis es de carácter explicativo o crítico-reconstrutivo, e ilustra una serie de usos y problemas vinculados con el razonamiento jurídico, que tienen un alcance general y, por tanto, van más allá del contexto jurídico concreto considerado. El análisis se realiza desde el punto de vista interno y, en particular, del decisor (es decir, el juez), y aborda algunas *vexatae quaestiones* en torno a la idea de que en la práctica la jurisprudencia es una fuente del derecho. El estudio defiende la tesis de que el argumento del precedente es, de hecho, una familia de argumentos muy heterogénea y más extendida de lo que suele desprenderse de las taxonomías clásicas de los argumentos jurídicos; asimismo, el trabajo sostiene que por razones pragmáticas inherentes al razonamiento jurídico la jurisprudencia es inevitablemente una “fuente del derecho”.

* Artículo recibido el 30 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 12 de diciembre de 2021.

** Profesora asociada en el Departamento de Ciencias Jurídicas Cesare Beccaria, Universidad de Milán, Italia. Correo: silvia.zorzetto@unimi.it, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9767-3700>.

SILVIA ZORZETTO

Palabras clave:

Precedentes judiciales, argumentos jurídicos, razonamiento jurídico, fuentes del derecho, doctrina del *stare decisis*.

Abstract:

The object of this contribution is to analyze some of the main types of legal arguments usually found in judicial precedents in order to grasp their relevance and range in practice. The analysis is drawn from the case law of the Italian Court of Cassation Civil United Sections with a view also to elicit a comparison between the uses of judicial precedents in different judicial systems. However, the analysis is of an explanatory or critical-reconstructive nature and illustrates a series of uses and problems linked to judicial reasoning, the scope of which is general and therefore, goes beyond the specific juridical context at hand. The analysis is conducted from an internal point of view and, particularly from the standpoint of the decision-maker (i. e., the judge) and addresses some vexatae quaestiones surrounding the idea that case law is the source of law in practice. The study defends the thesis that the argument from precedent is, in fact, a very heterogeneous and much more extensive family of arguments than is usually assumed from traditional taxonomies of legal arguments. Moreover, the study defends the thesis that case law is inevitably a "source of law" for pragmatic reasons inherent to judicial reasoning.

Key words:

Case Law Precedent, Legal Arguments, Legal Reasoning, Sources of Law, Stare Decisis Doctrine.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

SUMARIO: I. *Prólogo: contexto de análisis.* II. *Algunas aclaraciones preliminares sobre el método de análisis y la terminología.* III. *El punto de vista “interno”: el marco normativo.* IV. *El punto de vista “interno”: sobre la contribución de los precedentes jurisprudenciales a la formación del derecho vigente y otras cuestiones conexas.* V. *Precedentes jurisprudenciales: revisión de algunos usos emblemáticos.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

I. PRÓLOGO: CONTEXTO DE ANÁLISIS

¿Son los precedentes jurisprudenciales legítimos o no? ¿En qué sentido son normas jurídicas y qué alcance tienen? Éstas son sólo algunas de las preguntas abordadas a propósito de la controvertida cuestión de la relevancia de los precedentes jurisprudenciales en los sistemas jurídicos.¹

Las teorías y doctrinas elaboradas por los estudiosos (entre otros, los teóricos del derecho, los comparatistas y los procesalistas) para explicar y/o justificar el fenómeno del precedente son, como es sabido, muy numerosas,² y son producto, cada una de ellas, de una pluralidad de supuestos teórico-filosóficos y de variadas concepciones del derecho y de sus fuentes (aunque la mayoría de las veces estos supuestos y concepciones aparecen sólo implícitamente).

En este trabajo se investigará el tema en relación con sus usos reales, tal como se encuentra en la práctica de la argumentación jurídica³

¹ Por simplicidad y brevedad, en el texto hablaré sólo de precedentes, pero entiendo siempre sólo los precedentes judiciales. Como es sabido, no sólo existen precedentes jurisprudenciales: por ejemplo, en muchos sistemas jurídicos basados en el principio del Estado de derecho, los precedentes de los órganos ejecutivos también tienen relevancia, y se debate si son vinculantes o autovinculantes para el propio Poder Ejecutivo y para los ciudadanos. Esta cuestión se plantea a menudo en el debate sobre el principio de certeza y la confianza legítima. Sin embargo, este análisis no se ocupará de los precedentes no judiciales.

² También, por esta razón, es decir, por la extraordinaria amplitud de la literatura sobre el tema, las notas bibliográficas que siguen son mínimas, limitándose únicamente a las referencias que han sido esenciales para el análisis.

³ Por “argumentación jurídica” entiendo, en un sentido mínimo, aquel proceso justificativo que es explícito, general-abstracto, y que subyace a una determinada

SILVIA ZORZETTO

por parte de los jueces. Por lo tanto, no se propondrá un modelo ideal de precedente y su funcionamiento ni una teoría o doctrina general sobre cómo debe concebirse y utilizarse éste. El objetivo de este trabajo es más modesto, y consiste en un experimento de sociología judicial: ofrecer una revisión ilustrativa del uso. Este análisis, por otra parte, es también el resultado de una cierta convicción metodológica, que no es neutral: la convicción de que observar la práctica es esencial si se quiere entender, más allá de las teorías y los modelos ideales, el papel real que tienen los precedentes jurisprudenciales en los sistemas jurídicos.

Este aspecto práctico se examina sólo marginalmente en el volumen *La construcción del precedente en el civil law. Debates, conceptos y desafíos*.⁴ De ahí también la elección de profundizar en él para contribuir al debate iniciado por dicha obra.

El enfoque adoptado en este trabajo es necesariamente selectivo y circunscrito, dada la extrema amplitud de los problemas que plantea el tema del precedente y la pluralidad de contextos en que puede examinarse aquélla. Partiré de una experiencia jurídica concreta: la del derecho italiano contemporáneo, y de un contexto particular: el de la práctica de las Secciones Civiles Unidas del Tribunal de Casación (en adelante, "SUTC"). Centraré mi atención en las sentencias especialmente representativas desde el punto de vista de las SUTC de la última década, comparándolas con las opiniones expresadas en el mismo marco temporal por las secciones simples del Tribunal de Casación y del Tribunal Constitucional.

A pesar del carácter "local" del análisis, confío en que se puedan extraer lecciones e indicaciones de alcance general, al menos para los sistemas jurídicos existentes de matriz continental, es decir, pertenecientes a la misma tradición jurídica que la italiana.

Gracias al análisis, se mostrará que los precedentes jurisprudenciales pueden utilizarse y emplearse de numerosas maneras y para

conclusión jurídica. En este contexto, los argumentos jurídicos son las razones que se dan en una argumentación para apoyar una conclusión práctica. En particular, los argumentos jurídicos se discutirán en lo que respecta a las razones dadas para justificar una determinada solución interpretativa "en abstracto" y/o la aplicación de una o varias normas jurídicas a un determinado caso concreto.

⁴ Coordinadores M. Gascón Abellán, Á. Núñez Vaquero, Atelier, Barcelona, 2020.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

desempeñar funciones heterogéneas en la cadena de justificación. Los argumentos jurídicos que hacen referencia a los precedentes jurisprudenciales no pueden reducirse fácilmente a un único argumento. Más que de la argumentación de los precedentes jurisprudenciales, en singular, convendrá hablar, en plural, de los argumentos basados en los precedentes jurisprudenciales. De hecho, la práctica da cuenta de una compleja y variada familia de argumentos con numerosas variantes, algunas de las cuales son incluso incompatibles y alternativas entre sí. Como muchos otros argumentos jurídicos, los relativos a los precedentes pueden combinarse de diversas maneras y situarse en varios niveles de la cadena argumentativo-justificativa, asumiendo una gran variedad de funciones. Hay argumentos primarios, secundarios, auxiliares, concurrentes, etcétera. En cuanto a los argumentos jurídicos que hacen referencia a los precedentes, su ubicación en el nivel de la argumentación judicial, así como su combinación con otros argumentos, es totalmente contingente. Igualmente, contingente es su fuerza argumentativo-justificativa.

Lo anterior, y todo lo que vendrá a continuación, ya está influido por supuestos fundamentales sobre lo que se entiende por “derecho (existente)”, “juez”, “motivación” (es decir, justificación de un caso práctico), etcétera. Confío, sin embargo, en que el intento descriptivo y clarificador que persigo saque a la luz las premisas más controvertidas o discutibles, y sea así fructífero para el diálogo, incluso con quienes no comparten las mismas premisas.

II. ALGUNAS ACLARACIONES PRELIMINARES SOBRE EL MÉTODO DEL ANÁLISIS Y LA TERMINOLOGÍA

Teniendo en cuenta que el tema que tratamos es extremadamente controvertido, los supuestos de los que parto y las elecciones de método y terminología que subyacen al análisis que propongo también lo son. Se trata, pues, de aclaraciones que sirven para explicar el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Las siguientes aclaraciones terminológicas no pretenden ofrecer definiciones generales de los conceptos tratados. Más bien, deben considerarse

SILVIA ZORZETTO

funcionales al análisis y, por tanto, herramientas “operativas” para llevar a cabo la investigación.

En el análisis, los términos “precedente judicial”, “precedente de la jurisprudencia” o simplemente “precedente”, se refieren a cualquier decisión judicial en el sentido estricto de la palabra, que se dictó en un momento anterior, y cuyo texto es accesible (por ejemplo, en bases de datos o colecciones de jurisprudencia) y al que se hace referencia en una decisión.

Quisiera señalar que se trata de una definición estipulativa y funcional para el análisis metajurídico que se realiza mediante una búsqueda predominantemente sintáctico-semántica, es decir, mediante una búsqueda realizada a través de bases de datos de los textos de las medidas normativas dictadas por los tribunales.

Desde un punto de vista conceptual, es muy posible que existan precedentes que no sean públicos o publicados, aunque un precedente debe ser, al menos, conocido por alguien que no sea su emisor. Todo ello con la única excepción del autoprecedente en sentido estricto, es decir, relativo a una misma autoridad reguladora que decide en el tiempo sobre la base de lo decidido por ella en el pasado.⁵ De hecho, me concentro en los precedentes “públicos”, porque son los relevantes en la práctica jurisprudencial de los derechos existentes.

Este, por supuesto, no es el único enfoque posible para el estudio de los precedentes jurisprudenciales. Como es sabido, es posible realizar análisis conceptuales sin partir de datos textuales. En un tema tan complejo y controvertido como el que nos ocupa, que puede considerarse una auténtica jungla en la que se ha dicho y se dice de todo y su contrario, creo que es sin embargo más útil —para iniciar una comparación que tenga un mínimo de puntos de apoyo

⁵ Debe especificarse que, en los sistemas jurídicos vigentes, existe el problema adicional de que la autoridad normativa no coincide con una determinada persona física (ni en la hipótesis de los órganos colegiados ni en la de los órganos monocráticos donde lo relevante es el órgano como institución, no la persona física que de vez en cuando lo ostenta). Esto implica que incluso el autoprecedente no podría existir sin el conocimiento público de las decisiones, aparte de su autor. Esto es así salvo en el caso residual del autoprecedente referido no al órgano o autoridad reguladora, sino al individuo que es su autor y que, al guardar memoria “individual” del mismo, podría aplicar lo ya decidido posteriormente.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

intersubjetivos (cuando no objetivos)— tener en cuenta lo que se expresa explícitamente en los textos de las medidas normativas dictadas por los tribunales.

Así pues, examinaré los precedentes jurisprudenciales desde el punto de vista de su uso expreso, investigando las referencias explícitas a ellos tanto en el contexto legislativo como en los fundamentos de las decisiones judiciales.

Antes de analizar la práctica judicial, muy brevemente recordaré algunas referencias principales a los precedentes jurisprudenciales que se encuentran en las fuentes canónicas oficiales (es decir, leyes y actos equivalentes del derecho italiano). Se trata de mostrar el contexto normativo en el que los jueces utilizan los precedentes. El contexto normativo influye en la visión que los jueces tienen de los precedentes jurisprudenciales, por lo que sería metodológicamente incorrecto extrapolar el análisis de los precedentes jurisprudenciales con independencia del contexto normativo de referencia. En otras palabras, para tratar de entender cómo utilizan los precedentes los jueces hay que fijarse tanto en los correspondientes usos como en el contexto en el que se enmarcan, porque el contexto normativo influye en los usos, al igual que los usos contribuyen a la creación del contexto normativo.

Obviamente, todo lo anterior, y en particular la decisión de realizar una investigación basada en textos, no significa que los precedentes de la jurisprudencia no puedan utilizarse de forma tácita.

De hecho, es lo contrario si se parte de la premisa de que los precedentes jurisprudenciales son también normas (jurídicas). Son normas cuyo ámbito de aplicabilidad se discute (si puede considerarse abstracto y general o generalizable más allá del caso en el que se dicta la decisión individual y en qué medida). Entonces, con respecto a los precedentes jurisprudenciales, vuelven a surgir todas las cuestiones de la teoría general de las normas jurídicas relativas a la naturaleza de las normas y sus enunciados normativos, así como a los enunciados de estas normas/enunciados que forman el discurso jurídico. En este análisis no entraré en el fondo de estas cuestiones, sino que sólo observo que es conceptualmente posible (y de hecho ocurre) que los precedentes jurisprudenciales también se utilicen de forma no expresada.

SILVIA ZORZETTO

En otras palabras —y esto quedará claro en el análisis—, es posible que se haga referencia a un precedente jurisprudencial o que se utilice para algún fin en una decisión (aunque sea en el caso de compartirlo o aceptarlo, es decir, hacerlo propio como guía de conducta decisoria o rechazarlo), sin mencionarlo.⁶

Por otra parte, los usos que examinaré de los precedentes no se limitan a la situación en la que la *ratio decidendi* de un determinado caso se considera vinculante para la decisión de un caso posterior. Así, el precedente que voy a comentar no se refiere necesariamente a un caso concreto muy similar a otro caso concreto, sino que es sólo la decisión dictada en t0, cuya *ratio decidendi* se recoge en una decisión en t1.⁷ De hecho, como se verá, los precedentes también se utilizan cuando la similitud entre los casos es dudosa o incluso no existe. También ocurre que la similitud de los casos concretos no es relevante o no puede justificarse, porque se utiliza un principio general-abstracto contenido en el precedente, que es independiente de las circunstancias del caso y/o que no es la *ratio decidendi* de ese caso.

De forma un tanto provocativa, se podría decir que el presente análisis pretende sacar a la luz, aunque no principalmente, los usos

⁶ Sobre este punto, véase el estudio de N. Muffato, “Resta qualcosa da dire sulla polivocità degli enunciati deontici?”, *D & Q*, núm. 9/2009, pp. 589-623. http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/05_studi-07_N_Muffato.pdf.

⁷ Esta estrecha noción de precedente es la adoptada por M. Taruffo, “Aspetto del precedente giudiziale”, *Criminalia*, 2014, pp. 37-57, quien observa con acierto que la jurisprudencia está “constituida por un conjunto de decisiones, que además pueden ser numerosas —como en el caso de nuestro Tribunal de Casación— y pueden incluir cientos o miles de sentencias sobre las mismas cuestiones de derecho. Nada hay que encontrar de extraño, pues si la jurisprudencia puede ser —y a menudo lo es— redundante, variable, ambigua y contradictoria, porque sobre una misma cuestión de derecho puede haber orientaciones interpretativas diferentes y variables. Extremando el discurso (pero no demasiado), se puede decir que una jurisprudencia como la que produce el Tribunal Supremo italiano es comparable a una especie de inmenso supermercado donde, con la debida paciencia, cada uno puede encontrar lo que quiere (y también su contrario)” (p. 39; n. d. r. mi traducción). Siguiendo con la metáfora, el presente análisis es una investigación sobre lo que ofrece este “supermercado”.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

“espurios”,⁸ o, al menos, el amplio espectro de usos que van más allá del caso “puro” (según el pensamiento tradicional) de precedente vinculante en el que la decisión en t1 se justifica sobre la base de una decisión t0 porque esta última se erige en norma vinculante para el caso posterior en t1.

El objetivo es más bien mostrar cómo la práctica jurídica muestra que los usos del precedente son más heterogéneos. No me interesa aquí discutir en el plano de las definiciones cuál es la más adecuada del precedente, si es más apropiado adoptar en el plano teórico una noción estrecha o más laxa.⁹ Por muy cuestionable que pueda parecer, el objetivo de este análisis va a contracorriente, y consiste en sondear precisamente aquellas situaciones en las que los jueces se remiten a los precedentes de forma poco ortodoxa según la doctrina clásica del precedente.

En otras palabras: según el punto de vista más estricto, sólo los usos del precedente judicial que reflejan la regla del precedente vinculante¹⁰ son aquellos “verdaderos” o “puros”. Siguiendo esta línea de pensamiento, sólo un argumento jurídico en sentido propio hace uso del precedente, y es precisamente el que justifica la decisión posterior en función del precedente, asumiendo la “identidad” de *ratio decidendi* en los dos casos. No discuto que éste pueda ser el uso “más verdadero” o “más puro” del precedente, pero es un hecho que la práctica va más allá de este ideal. Sin embargo, si se

⁸ Señalo que este adjetivo se utiliza imaginando contingentemente cuál sería el punto de vista de la doctrina tradicional con respecto a la presente investigación. No es el punto de vista adoptado para el análisis, como se explica en el texto.

⁹ Me gustaría dejar claro que esto no pretende en absoluto negar la relevancia de los estudios dedicados al precedente vinculante y a la comprensión de su fundamento y funcionamiento en el plano de la teoría de la norma. Por el contrario, creo que estos estudios (véase en particular el estudio de M. B. Arriagada Cáceres, “Las dos caras del precedente vinculante”, en Núñez, Á., Arriagada, M. B. y Hunter, I. (coord.), *Teoría y práctica del precedente*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 365 y ss.) también son esenciales en la perspectiva que aquí se investiga y el presente análisis plantea ser más bien un complemento descriptivo de lo que los jueces dicen hacer y/o hacen con los precedentes jurisprudenciales.

¹⁰ Es decir, la metarregla segunda, la cual, asumiendo la “identidad” de *ratio decidendi* en los dos casos 0 y 1, la decisión en t1 se justifica sobre la base de la decisión t0, porque esta última se erige en norma vinculante para el caso posterior en t1.

SILVIA ZORZETTO

quiere o no hablar de precedentes en otros casos diferentes, o que se quiera considerar que son precedentes espurios o lo que sea, los jueces hablan de precedentes en otros muchos casos en los que la visión clásica no concedería que fueran precedentes. Por otra parte, incluso las posturas más tradicionales y clásicas del precedente acaban por divergir y, de hecho, obligan a que la práctica se base en una definición preconcebida del precedente, por así decirlo, de laboratorio.

Ahora bien, mirando la práctica jurídica con desencanto, mi análisis pretende llenar un vacío en el diálogo entre la teoría y la práctica. Los usos expresos de los precedentes muestran que existe la posibilidad (y en la práctica se da) de que los precedentes sólo se mencionen o se citen, pero no se utilicen en sentido propio como reglas relevantes (y mucho menos orientadoras o decisivas) para la decisión.

En todos los casos en los que el uso del precedente no refleja el tipo ideal “puro” (según una determinada doctrina que se considera prevalente), la referencia al precedente podría parecer, al menos *prima facie*, espuria o declamatoria, simbólica o ficticia para la resolución del caso concreto. Sin embargo, sería precipitado pensar que se trata de un mero *flautus vocis* o vacío desde el punto de vista semántico-pragmático. A menudo, las referencias que parecen “extravagantes” pueden cumplir su propia función oblicua, indirecta o expresiva de diversas maneras. El estudio de estas funciones será objeto de una futura etapa de este análisis, por lo que me limitaré a señalar que la influencia y relevancia de estos usos depende, entre otros factores, de la finalidad comunicativa que persigan el emisor y el receptor del mensaje. Normalmente, estos fines son ajenos al juicio y persiguen intenciones de política judicial y jurídica, que van más allá del caso concreto. Además, los destinatarios suelen ser ajenos al proceso, y también pueden ser ajenos al sistema judicial (los jueces “hablan” con los políticos, con la opinión pública, etcétera).

En general, puede observarse que en la jurisprudencia sí se dan precedentes relevantes (en el sentido de pertinentes y efectivamente aplicados a la solución del caso concreto); pero también se consideran precedentes que sólo son presunta o hipotéticamente relevantes para decidir un caso concreto. Esto destaca especialmente en las motivaciones de las decisiones (es decir, sus textos públicos y/o pu-

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

blicados) que deben tener en cuenta, entre otras cosas, las alegaciones de las partes del procedimiento.

Los precedentes que son asumidos por el juez son una guía de conducta tanto para el juez como para los destinatarios de esa decisión. Sin embargo, en el momento en que se adopta cada decisión nadie puede saber si sus resoluciones serán compartidas por los demás tribunales, por lo que, en este sentido, puede existir, a lo sumo, una expectativa o deseo de facto por parte del emisor de que su decisión se convierta en un precedente para los demás: es cierto, por otra parte, que algunas decisiones se dictan con vistas también, si no predominantemente, a orientar las futuras decisiones de otros tribunales. La propensión más o menos acusada de ciertos jueces a dirigirse tanto a otros jueces como a los ciudadanos u otras autoridades normativas o jurídicas —en el ámbito de la sociología judicial— es un elemento que explica (lo que no quiere decir que también justifique) el uso extraordinariamente generalizado de los precedentes en la práctica contemporánea.

III. EL PUNTO DE VISTA “INTERNO”: EL MARCO NORMATIVO

Para analizar los usos jurisprudenciales de las SUTC, conviene recordar algunas disposiciones legales que hacen referencia expresa a ellos o que se consideran generalmente como indicadores de la relevancia de los precedentes en el derecho.¹¹

¹¹ Sobre la base de estas disposiciones, los propios jueces también han creado protocolos para la simplificación de la redacción de actos judiciales, directrices para la redacción de actos y medidas judiciales, así como “proyectos” sobre temas específicos para orientar la jurisprudencia. Por ejemplo, los más recientes son el “Proyecto de Ejecuciones” y el “Proyecto de Salud” de la III Sección Civil del Tribunal de Casación. A este respecto, véase A. Spirito, “Il «progetto esecuzioni» della terza sezione civile della Corte di Cassazione”, *Rivista dell'esecuzione forzata*, n. 1/2019; L. La Battaglia (ed.), “La nuova responsabilità sanitaria nella giurisprudenza di legittimità”, report, 27 de noviembre de 2019. Disponible en: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_Luigi_La_Battaglia_27.11.2019_Nuova_responsabilita_sanitaria.pdf, y R. Pardolesi (ed.), “Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento”, *Il Foro italiano*, núm 1, 2020, pp. 1-462.

SILVIA ZORZETTO

A continuación, se presentan los textos normativos de las partes correspondientes y ya coordinados con las demás disposiciones que están estrechamente relacionadas.¹² Todos los textos citados son una reproducción literal de las disposiciones correspondientes.

Artículo 65(1) “Atribuciones del Tribunal de Casación”, Ley de Codificación del Ordenamiento Jurídico aprobada por el Real Decreto núm. 12 del 30 de enero de 1941:¹³

El tribunal supremo de casación, como órgano supremo de justicia, velará por la exacta observancia y la interpretación uniforme de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional, el respeto de los límites de las distintas jurisdicciones; regulará los conflictos de competencia y de atribuciones, y realizará las demás tareas que le confiera la ley.

Artículo 360-bis “Inadmisibilidad del recurso”, del Código de Procedimiento Civil italiano:¹⁴

El recurso (ante el Tribunal de Casación) es inadmisibile: 1) cuando la decisión impugnada ha resuelto las cuestiones de derecho de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal y el examen de los motivos no ofrece elementos que confirmen o modifiquen su orientación; 2) cuando

¹² En el texto sólo se mencionarán las disposiciones relativas a los procedimientos civiles, con referencias a pie de página de las disposiciones relativas a los procedimientos administrativos. También existen disposiciones similares para los procesos penales (véase el artículo 618, párrafo 1-bis del Código de Procedimiento Penal italiano), y el debate sobre el derecho penal y la nomofilia de las Secciones Penales Unidas del Tribunal de Casación está cada vez más vivo. Se le dedicará un estudio más profundo. Para entender el carácter común de los problemas, desde un punto de vista teórico general, véase M. Vogliotti, “Indipendenza del giudice e rispetto del precedente”, *La legislazione penale*, 19.10.2020, disponible en: https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2020/10/Vogliotti.REV_.pdf; A. Caputo e G. Fidelbo, “Appunti per una discussione su ruolo della Corte di Cassazione e «nuova» legalità”, *Sist. pen.*, núm. 3, 2020, pp. 91-112, disponible en: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1583358421_caputo-fidelbo-2020a-nuova-legalita-corte-di-cassazione.pdf.

¹³ Para los comentarios, véase G. Canzio, “Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione”, *Il Foro Italiano*, vol. 135, núm. 10, 2012.

¹⁴ M. Fornaciari, “L’inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 360-bis c.p.c.”, *Rivista trimestrale di diritto processuale*, 2013, pp. 645 y ss.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

la queja relativa a la violación de los principios que regulan el proceso debido es manifiestamente infundada.

Artículo 363. “Principio de derecho en interés de la ley”, del Código de Procedimiento Civil italiano:¹⁵

Quando las partes no hayan interpuesto un recurso en el plazo establecido por la ley o hayan renunciado a su derecho a hacerlo, o cuando la resolución no sea susceptible de recurso de casación y no pueda ser impugnada de otro modo, el fiscal general del Tribunal de Casación podrá solicitar al Tribunal que declare, en interés de la ley, el principio de derecho al que debería haberse atendido el juez del fondo. El Tribunal resolverá en sala única si considera que la cuestión es de especial importancia. En caso de que el recurso de las partes sea declarado inadmisibile, si el Tribunal de Casación considera que la cuestión que se le somete es de especial importancia, el Tribunal de Casación podrá también pronunciarse de oficio sobre el principio de derecho en interés de la ley. La sentencia del Tribunal no afecta a la decisión del tribunal de primera instancia.¹⁶

¹⁵ Para un comentario crítico sobre la aplicación de la disposición por la Corte de Casación en los últimos años, véase B. Capponi, *La Corte di cassazione e la “nomofilachia” (a proposito dell’art. 363 c. p. c.)*, 6 de abril de 2020, disponible en: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/04/B.-Capponi.pdf>.

¹⁶ Una disposición similar existe en el proceso administrativo, en el artículo 99 “Remisión al pleno” (del Consejo de Estado) del Código de Procedimiento Administrativo italiano: “La sección del Consejo de Estado a la que se asigna el recurso, si considera que la cuestión de derecho sometida a su examen ha dado lugar o puede dar lugar a diferencias de jurisprudencia, a petición de las partes o de oficio, puede remitir el recurso al pleno para su examen. Antes de pronunciarse, el presidente del Consejo de Estado puede, a petición de las partes o de oficio, remitir cualquier recurso al pleno para resolver cuestiones de principio de especial importancia o para dirimir diferencias de jurisprudencia. Si la Sala a la que se asigna el recurso considera que no está de acuerdo con un principio de derecho establecido por el pleno, remitirá la decisión sobre el recurso al pleno mediante auto motivado. El pleno del tribunal decidirá el caso en su totalidad, a menos que decida mantener el principio de derecho y devolver el resto del caso a la sala a la que se asignó el recurso. Si considera que la cuestión es de especial importancia, la asamblea plenaria podrá, no obstante, declarar el principio de derecho en interés de la ley, incluso cuando declare el recurso inadmisibile, improcedente o no procesable, o cuando declare el archivo del procedimiento. En estos casos, la decisión del pleno no afectará al acto impugnado”.

SILVIA ZORZETTO

Artículo 118. “Motivación de la sentencia”, disposiciones de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil italiana (en coordinación con el artículo 132 (2) núm. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil italiana):¹⁷

Los fundamentos de la sentencia, que deben contener una exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho de la decisión, consisten en una exposición concisa de los hechos relevantes del caso y de los motivos jurídicos de la decisión, también con referencia a los precedentes consistentes.¹⁸

Artículo 348-ter, “Resolución sobre la inadmisibilidad del recurso”, del Código de Procedimiento Civil italiano (en coordinación con el artículo 348-bis, párrafo 1 del Código de Procedimiento Civil italiano):

El juez, antes de proceder a la vista del recurso, después de oír a las partes, declara la inadmisibilidad del recurso cuando éste no tiene posibilidades razonables de ser admitido, mediante un auto conciso y motivado, incluso refiriéndose a los hechos contenidos en uno o varios escritos y a la referencia a precedentes concordantes.¹⁹

¹⁷ G. Caruso, *Nihil est idem, cui id ipsum simile est*. Marginalia all’ordinanza Corte Cass. n. 29191 del 21 dicembre 2020, 6 de julio de 2021, disponible en: https://www.judicium.it/nihil-est-idem-cui-id-ipsum-simile-est-marginalia-allordinanza-corte-cass-n-29191-del-21-dicembre-2020/#_ftn7.

¹⁸ Una disposición similar se establece para el proceso administrativo en el artículo 74 “Sentencias simplificadas” del Código italiano del proceso administrativo: “Si el tribunal considera que el recurso es manifiestamente fundado o manifiestamente improcedente, inadmisibles o infundado, decidirá mediante una sentencia simplificada. La motivación de la sentencia puede consistir en una breve referencia al punto de hecho o de derecho que se considera decisivo o, en su caso, a un precedente conforme”.

¹⁹ Es probable que la disposición sea modificada por la reforma del proceso civil que se está redactando actualmente. Véase el artículo 6-bis de la enmienda-13 al proyecto de ley AS 1662 sobre “Delegación en el Gobierno para la eficacia del proceso civil y la revisión de la disciplina de los instrumentos de resolución alternativa de conflictos”, en la versión del 16 de junio de 2021.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

Por último, se está debatiendo en el marco de la reforma del procedimiento²⁰ civil la introducción de una “remisión prejudicial” de los tribunales de mérito al Tribunal de Casación, según la cual

...el tribunal de mérito puede ordenar una remisión prejudicial al Tribunal para la resolución de una cuestión de derecho cuando se cumplen las siguientes condiciones: 1) la cuestión es exclusivamente una cuestión de derecho, aún no tratada por el Tribunal y de especial importancia; 2) presenta graves dificultades de interpretación; 3) es probable que se plantee en numerosos litigios.

La petición de decisión prejudicial se dirigirá a una *section* simple o, si se trata de una cuestión de especial importancia, a las SUTC, para que establezcan el principio de derecho. La decisión por la que el Tribunal de Casación defina la cuestión de derecho será vinculante para el órgano jurisdiccional en cuyo procedimiento se plantee la cuestión. La decisión mantendrá su efecto vinculante también en el procedimiento iniciado por una nueva presentación de la misma solicitud.²¹

Alrededor de las disposiciones mencionadas, que son el resultado de sucesivas reformas a lo largo de los años, ha florecido una discusión sobre las siguientes cuestiones, que probablemente nunca se

²⁰ La reforma prevé también una Oficina para el juicio en los tribunales y cortes de apelación, así como en el Tribunal de Casación, con la tarea de perseguir la mejora y la provisión de precedentes a nivel interno, para aumentar la capacidad productiva de la oficina; y, a nivel externo, perseguir un efecto deflactor a través de la difusión de directrices jurisdiccionales: Ministero della giustizia Ufficio Legislativo Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. P. F. Luiso) Proposte normative e note illustrative 24 maggio 2021, disponible en: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf. Una disposición similar está contenida en el proyecto de ley A. C. 2435-A, que reforma el sistema de juicios y sanciones penales, aprobado por la Cámara de Diputados el 3 de agosto de 2021, cuya documentación, así como la información constantemente actualizada, puede consultarse en <https://www.sistemapenale.it/>.

²¹ Véase el artículo 6o. de la enmienda 12 al proyecto de ley AS 1662 sobre “Delegación en el Gobierno para la eficacia del proceso civil y la revisión de la disciplina de los instrumentos de resolución alternativa de conflictos” en la versión del 16 de junio de 2021.

SILVIA ZORZETTO

extinguirá: si los precedentes jurisprudenciales son relevantes en el derecho italiano y en qué sentido; si los precedentes judiciales son vinculantes o simplemente puntos de referencia autorizados para la interpretación y aplicación de las normas en casos posteriores; si los jueces son creadores de derecho y la jurisprudencia misma una fuente de derecho, y en qué medida, entre otras. Por supuesto, en el mencionado debate hay argumentos de apoyo para cada una de las tesis y para su contraria, los que siguen siendo controvertidos y discutibles.

Para simplificar el panorama, en el plano teórico existen tesis escépticas o hiperescépticas sobre la imposibilidad de llegar a un sistema ordenado y vinculante²² de precedentes; en el plano práctico, existe la constatación realista —en absoluto incompatible con la tesis “teórica” hiperescéptica— de que toda decisión jurisprudencial está, como mínimo, condicionada por el contexto jurisprudencial en el que se produce. En realidad, muy pocas veces existe en la práctica una directriz única sobre una determinada materia, de modo que ante una jurisprudencia normalmente fugaz o en todo caso articulada en varias direcciones, siempre existe la posibilidad de que cada juez decida su caso siguiendo o no un precedente u otro.

Dicho de otro modo, independientemente de que lo ideal que fuera tener un sistema (bien) ordenado de precedentes vinculantes (y que evolucione en dicha dirección), la práctica de los sistemas jurídicos actuales parece estar bastante lejos de este ideal.

Es evidente, sin embargo, que hablar de un sistema de precedentes judiciales y, en particular, de un sistema bien ordenado, no es algo que deba darse por sentado: significa asumir que los precedentes no son simplemente un hecho caótico, que no hay simplemente una acumulación de decisiones *de facto*. Hablar de un sistema im-

²² Véase en particular L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, Giappichelli, 2018. A pesar del título de la obra, no defiende en absoluto una visión hiperescéptica: examina con desencanto los numerosos problemas que dificultan en el sistema jurídico (italiano y otros) establecer una regulación adecuada de los precedentes jurisprudenciales y, por tanto, la construcción de un sistema de precedentes bien ordenado.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

plica, de hecho, la existencia de criterios y vínculos de ordenación. Esto es aún más cierto si se plantea la idea de un sistema “bien ordenado”, que es una noción llena de valor.

Ahora bien, está claro que hablar de un sistema mal ordenado o caótico parece casi un contrasentido y, en todo caso, algo que no se debe perseguir y, de hecho, se busca frenar. Por otro lado, está igualmente claro que los criterios de (buena) ordenación en el ámbito de los precedentes están lejos de ser compartidos ni por la práctica ni por la teoría.

Por supuesto, considerar el ideal de un sistema bien ordenado de precedentes como utópico e imposible, o, por el contrario, asumir que los derechos existentes pueden aproximarse a él, no es irrelevante en términos de política del derecho y judicial.

Si se parte de la base de que es imposible regular los precedentes, las propias reformas y disposiciones que pretenden hacerlo pierden su sentido. La metalegislación sobre los precedentes jurisprudenciales sería vacía de significado y condenada al fracaso inevitable, o sólo tendría un efecto simbólico perjudicial: el de cultivar ficticiamente la ilusión de una tarea imposible. Llegar a estas conclusiones hiperescépticas parece un caso de falacia lógica.²³

Por otro lado, si se parte de la base de que los precedentes jurisprudenciales son un fenómeno que puede ser gobernado desde dentro por el propio derecho (mediante metanormas), entonces la idea es valorar los méritos, los beneficios y/o los males de cada intento de regulación.

Como se verá, la jurisprudencia muestra su creencia en la posibilidad de autogobierno de los precedentes jurisprudenciales y juega un papel clave en este sentido. Por ello, es significativo el número de principios jurídicos que se pronuncian en interés de la ley en las sentencias.

²³ Como he sabido, se habla de “consecuencialismo loco” o “pendiente resbaladiza” en la literatura sobre las falacias de la argumentación.

SILVIA ZORZETTO

IV. EL PUNTO DE VISTA “INTERNO”: SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES A LA FORMACIÓN DEL DERECHO VIGENTE Y OTRAS CUESTIONES CONEXAS

A continuación, repasaré algunos casos destacados, que tienen valor paradigmático para entender cómo ven los jueces —y no sólo del SUTC— su actividad. Las razones por las que el siguiente análisis es paradigmático son numerosas. En resumen, en el derecho italiano la actividad del SUTC tiene valor ejemplar *de iure condito* (recuerdo el contexto normativo al que se ha hecho referencia); además, la práctica judicial se fija en la actividad del SUTC y extrae ejemplos de ella. Si examinamos también la actividad de los tribunales inferiores, encontramos usos muy cercanos a los del SUTC. De estos pronunciamientos, en efecto, surgen ideas e ideologías latentes, que son propias de la función del *ius dicere* y, por tanto, caracterizan potencialmente a la jurisprudencia también en otros contextos y experiencias. Los principios consagrados en el SUTC pueden resumirse como sigue:

- i) El precepto constitucional de que los jueces sólo están sujetos a la ley (artículo 101 de la Constitución) impide atribuir a la interpretación de la jurisprudencia el valor de fuente del derecho.²⁴
- ii) El precedente jurisprudencial, aunque sea autorizado y aunque provenga del Tribunal de Casación, e incluso de las Secciones Unidas, no es una de las fuentes del derecho, y, como tal, no es directamente vinculante para los jueces.²⁵

²⁴ *Ex plurimis*, SUTC núm. 15144 de 2011.

²⁵ Excepto para el tribunal de referencia, ya que eso está expresamente previsto por la ley.

SUTC, 03-05-2019, núm. 11747. La sentencia en cuestión es especialmente significativa, ya que aborda la siguiente cuestión de derecho: “En presencia de normas de derecho que no contienen ambigüedades ni incertidumbres, a la vista de los principios de derecho constantemente reafirmados desde hace más de sesenta años por el Tribunal de Legitimidad y de la interpretación consolidada e inequívoca de las normas indicadas en materia de liquidación de una deuda indemnizatoria derivada de un ilícito civil, puede el tratamiento diferente reservado por la sentencia

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

iii) La interpretación no tiene la naturaleza de una “mera declaración”, según la utopía ilustrada del juez de la “bouche de la loi”, por lo que la función de actualizar, adaptar y ajustar las normas es legítima y constitucionalmente conforme, y puede

de legitimidad a una deuda indemnizatoria, de carácter económico, derivada de un ilícito civil (falta de descuento y aplicación de los intereses legales desde la fecha de la solicitud), puede considerarse *ex se* que entra en el ámbito de la “actividad de interpretación de las normas” —entendida como la búsqueda y atribución de sentido prescriptivo a la redacción que puede derivarse de los lemas y sintagmas de las disposiciones leídas individualmente, en relación con la conexión lógica dentro de la estructura del acto fuente y la relación sistemática con las demás normas del ordenamiento jurídico— y, por tanto, considerarse “en sentido objetivo” como una actividad de valoración que —aunque sea errónea o inverosímil— entra en el ámbito de la cláusula de salvaguardia de la L. núm. 117 de 1988, artículo 2o., párrafo 2 (que regula la “Indemnización por daños y perjuicios causados en el ejercicio de las funciones judiciales y la responsabilidad civil de los magistrados”), o en cambio si el nivel de consolidación del sentido de las normas aplicadas a la liquidación de los daños patrimoniales derivados de los agravios en el ámbito de la responsabilidad civil (en materia de daños patrimoniales por la ocupación expropiatoria: véase SUTC núm. 1464 de 26/02/1983; SUTC núm. 12546 de 25/11/1992; id. SUTC núm. 494 de 20/01/1998; id. Sez. 1, Sentencia núm. 4070 de 20/03/2003; id. Sección 1, Sentencia núm. 19511 de 06/10/2005; id. Sección 1, Sentencia núm. 22923 de 09/10/2013; id. Sección 2, Sentencia núm. 11041 de 28/05/2015; id. Sección 1, Sentencia núm. 18243 de 17/09/2015. En cuanto a la liquidación del lucro cesante mediante la técnica de los intereses: id. Sección 1, sentencia núm. 1814 de 18/02/2000; id. Sección 1, Sentencia núm. 9410 de 21/04/2006; id. Sección 1, sentencia núm. 9472 de 21/04/2006; id. Sección 1, Sentencia núm. 13585 de 12/06/2006; id. Sección 1, Sentencia núm. 15604 de 09/07/2014; id. Sección 1, Sentencia núm. 18243 de 17/09/2015. La única contraria es la sentencia aislada de Tribunal de Casación sección 1, sentencia núm. 4766 de 03/04/2002 destinada a asimilar en la categoría de obligaciones de moneda la indemnización por expropiación y la compensación de daños y perjuicios según el criterio de liquidación, por L. 8 de agosto de 1992, núm. 359, artículo 5o. bis, apartado 7 bis), implica la necesidad, para que opere la cláusula de salvaguarda, de que se caracterice, al menos, la total desvinculación del Juez de las opciones interpretativas de una dirección jurisprudencial que puede definirse como unívoca y “cristalizada”, por una evidente aplicación dudosa al caso concreto de la norma pretendida en el sentido que se le atribuye, o por una reconsiderada —no importa si fundada o no— solución interpretativa, de modo que el fallo adoptado sea el resultado de una actividad valorativa y no de una mera “distracción” o desconocimiento de los principios jurisprudenciales consolidados” (n. d. r. mi traducción). En definitiva, el problema es si el juez es susceptible de ser responsabilizado por atribuir un significado distinto al

SILVIA ZORZETTO

tener periles innovadores, hasta cierto punto “creativos”, sin que ello constituya algo subversivo respecto de la legislación.²⁶

- iv) La “creatividad” intrínseca de la interpretación jurisprudencial debe tener un sentido de la proporción y, sobre todo, de la responsabilidad del intérprete, ya que, más allá de las convicciones técnico-jurídicas subjetivas de los jueces individuales, deben considerarse siempre los parámetros de la “justicia” del proceso, entendida como un valor tendencialmente compartido.²⁷
- v) No hay interpretaciones objetivamente “correctas”, salvo en lo que respecta al método utilizado para llegar a ellas, independientemente de las referencias axiológicas del intérprete.²⁸
- vi) La función nomofiláctica responde a la necesidad estructural de establecer puntos fijos o “jerarquías” entre las posibles opciones hermenéuticas.²⁹
- vii) El artículo 65 del ordenamiento jurídico proporciona el único criterio meramente formal y extrínseco para valorar la “corrección” de una interpretación: la interpretación proporcio-

de la jurisprudencia establecida y en qué condiciones. El artículo 2o. de la Ley núm. 117, de 13 de abril de 1988, en la redacción aplicable *ratione temporis* antes de la reforma introducida por la Ley núm. 18, de 27 de febrero de 2015, establece que se tiene derecho a una indemnización por el lucro cesante. 18 de 27 de febrero de 2015, establece que una persona tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una medida judicial adoptada por un magistrado con dolo o falta grave en el ejercicio de sus funciones o por denegación de justicia, precisándose que, por un lado, “en el ejercicio de la función jurisdiccional la actividad de interpretación de las normas jurídicas o de valoración de los hechos y de las pruebas no puede dar lugar a responsabilidad”, y por otro lado, la falta grave constituye “una infracción grave del derecho causada por una negligencia inexcusable”.

²⁶ SUTC, 06-11-2014, núm. 23675. Véase también SUTC, 18-05-2011, núm. 10864 y, en relación con la llamada “doctrina del derecho viviente”, entre otras Tribunal Constitucional núm. 350/1997, y Tribunal Constitucional núm. 350/1997, entre otras Tribunal Constitucional núm. 350/1997 y Tribunal Constitucional núm. 122/2017.

²⁷ SUTC, 06-11-2014, núm. 23675.

²⁸ *Idem*.

²⁹ SUTC, 06-11-2014, núm. 23675; SUTC, 03-05-2019, núm. 11747.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

- nada por el órgano encargado de la revisión de la legitimidad de las sentencias de otros jueces (es decir, el Tribunal de Casación) debe considerarse convencionalmente —si no la “correcta”, al menos sí— la más “exacta” (posible) o, si se quiere, la más “correcta” y/o la más “acertada”, y por lo tanto esta interpretación no puede ser despreciada.³⁰
- viii) La interpretación realizada por el Tribunal de Casación (y principalmente por las Secciones Unidas) tiende a entenderse como una “objetivación convencional del significado”.³¹
- ix) El problema de la nomofilia radica precisamente en garantizar al ordenamiento jurídico la posibilidad de evolucionar, adaptarse, corregirse y, al mismo tiempo, preservar, dentro de unos límites razonables, la uniformidad y la previsibilidad de la interpretación, especialmente en lo que respecta a las “normas de procedimiento”.³²
- x) La salvaguarda de la unidad y la “estabilidad” de la interpretación judicial (especialmente la del Tribunal de Casación y, dentro de ella, la de las secciones unidas) es un criterio jurídico de absoluta importancia para la interpretación de las normas jurídicas.³³
- xi) Debe haber buenas razones para apartarse de una interpretación anterior (especialmente si es del Tribunal de Casación y de las Secciones Unidas), y muy buenas razones si se trata de la interpretación de “normas procesales”.³⁴
- xii) Especialmente cuando se trata de la interpretación de las normas procesales, el “conocimiento” (previo) de las normas y, por lo tanto, en sentido ascendente, poder confiar en la fiabilidad, la previsibilidad y la uniformidad de la interpretación es un requisito previo esencial para la igualdad entre los ciudadanos y para la “justicia”.³⁵

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

SILVIA ZORZETTO

- xiii) El *overruling* en materia procesal no es siempre evitable o pro futuro, pero hay que valorar muy bien si hay o no buenas razones para el cambio de rumbo jurisprudencial y, antes, identificar cuáles son las condiciones legitimadoras de la evolución de la interpretación. Aquí no hay fórmulas matemáticas. Es una cuestión de equilibrio y medida: de responsabilidad.³⁶
- xiv) Una anulación del SUTC en materia procesal sólo puede estar justificada cuando la interpretación proporcionada por el precedente correspondiente es manifiestamente arbitraria y pretextual y/o, en cualquier caso, da lugar (posiblemente también como consecuencia de cambios en la legislación o en la sociedad) a resultados disfuncionales, irracionales o “injustos”.³⁷
- xv) El juez es responsable de una violación inexcusable de la ley cuando su decisión se sitúa fuera del ámbito de una elección consciente de interpretación, lo que da lugar a una violación evidente, grosera y macroscópica de la norma aplicada a una interpretación de esta, que se aparta de cualquier criterio lógico, a la adopción de opciones aberrantes en la reconstrucción de la voluntad del legislador, a la manipulación absolutamente arbitraria del texto normativo o, finalmente, a la invasión de la interpretación en la invención o el derecho libre: esta situación se produce cuando se ignoran soluciones jurídicas claras, ciertas e indiscutibles, o se violan principios elementales del derecho, que el juez no puede ignorar justificadamente.³⁸
- xvi) El criterio de la infracción grave del derecho por negligencia inexcusable es el error consistente en la atribución de un significado imposible, que va en contra de la propia expresión semántica, un sinsentido; es decir, un significado que va más allá de cualquier significado posible que pueda extraer-

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

³⁸ Véanse, por ejemplo, el Tribunal de Casación núm. 6791 de 2016; el Tribunal de Casación núm. 2637 de 2013; el Tribunal de Casación núm. 2107 de 2012; el Tribunal de Casación núm. 11593 de 2011, y otras referencias en ellos.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

se del significante textual de la disposición, un significado que ni lingüística ni jurídicamente puede tener la disposición o que no le es propio porque es propio de otra norma, de otra institución.³⁹

- xvii) Sin embargo, la adopción de una solución que no se ajuste a los precedentes no puede ser inmotivada o irreflexiva: debe ser el resultado de una elección consciente y reconocible (interpretativa), es decir, que se haga explícita al exterior mediante una motivación.⁴⁰
- xviii) Es necesario justificar la diferente opción interpretativa —haciéndola explícita en el razonamiento decisonal— respecto del llamado derecho vivo (es decir, la desviación de un precedente o de una orientación jurisprudencial tan consolidada que el precepto dado “vive”, en su realidad aplicativa, con un significado que incluye, más allá de su estricto contenido literal, el que le atribuye constantemente la jurisprudencia).⁴¹

Ahora bien, cada una de las afirmaciones anteriores merecería un análisis específico. No sé si la concepción ilustrada puede representar un sueño noble o parecer una pesadilla. En cualquier caso, estemos de acuerdo o no, es un hecho real. Y, por lo que se desprende del análisis metajurídico, no lo es sólo en el plano de la declamación. No sólo refleja lo que los jueces dicen que hacen, sino también lo que hacen.

En resumen, se pueden destacar los siguientes aspectos:

- a) En el plano de las fuentes del derecho, la jurisprudencia se ancla en la concepción formal (si se quiere, tradicional o “positivista jurídica”) por razones axiológicas, es decir, en deferencia al ideal del Estado de derecho y, por tanto, al modelo ideal de la separación de poderes.
- b) En el amplio espectro de las teorías de la interpretación desarrolladas por los teóricos del derecho (desde el formalismo

³⁹ Véase SUTC, 03-05-2019, núm. 11747.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

SILVIA ZORZETTO

extremo hasta el escepticismo extremo, pasando por todas las diversas teorías mixtas desarrolladas durante décadas), los jueces parecen situarse en el lado de un escepticismo convencionalista moderado. Es un tipo de convencionalismo dual, en que las convenciones relevantes son tanto las lingüísticas, vinculadas al llamado “significado literal”, como las vinculadas a los significados atribuidos autoritariamente por las altas esferas del sistema judicial.

- c) Lo que pasa en la práctica me parece que encuentra una explicación coherente a nivel teórico en la propuesta de Luka Burazin y Giovanni Battista Ratti,⁴² de distinguir el concepto de regla de reconocimiento en dos conceptos más específicos: uno, que tiene que ver con la identificación de las fuentes tipo del derecho (la regla de reconocimiento de las fuentes tipo), que no presupone el uso de ningún canon de interpretación, y el otro, que tiene que ver con la identificación de las normas (la regla de reconocimiento de las normas), que sí presupone el uso de cánones por parte de los órganos de identificación del derecho. Esta distinción permite explicar el doble hecho de que, a menudo, entre los juristas exista un acuerdo general sobre las fuentes “legítimas” y, al mismo tiempo, un amplio desacuerdo sobre su interpretación. Esto parece coincidir con lo que se desprende del análisis metajurisprudencial.
- d) En el plano de la interpretación jurídica y, en particular, de la interpretación judicial, me parecen importantes por su poder explicativo las observaciones de Damiano Canale y Giovanni Tuzet,⁴³ en que los significados de los discursos jurídicos dependen de la interacción lingüística realizada por los participantes en la práctica. Los propios criterios de corrección en el uso del lenguaje dependen de la interacción pragmática de los participantes. Esto es así, en primer lugar, como consecuencia de la gran variabilidad de los antecedentes contextuales de la

⁴² L. Burazin, G. B. Ratti, “Rule(s) of Recognition and Canons of Interpretation”, en P. Chiassoni, B. Spaić (eds.), *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer, 2021, 137.

⁴³ D. Canale, G. Tuzet, “On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?”, *Ratio Juris*, vol. 20, núm. 1, 2007, p. 35.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

acción e interpretación jurídicas. No existe un conjunto único de condiciones de significación para una sentencia judicial, y, al mismo tiempo, no existe un criterio único que identifique las condiciones de variabilidad de dicho conjunto. La forma de dependencia contextual de la determinación semántica depende del propio contexto. En segundo lugar, los participantes en la práctica lingüística tienen diferentes maestrías y actitudes propositivas de las que depende su uso del lenguaje. Estoy menos de acuerdo con Tuzet y Canale cuando afirman que lo que llamamos el uso “correcto” de un concepto no es ni un presupuesto de la práctica jurídica compartido por los participantes ni un simple resultado de la propia práctica. Surge de la práctica y se desprende del análisis metajurisprudencial que hay una presuposición compartida de la corrección como ideal a perseguir, y es totalmente contingente y local que haya una “corrección” compartida en los resultados. Ciertamente, es un resultado siempre inevitablemente precario e inestable, ya que la interpretación judicial es continua. Así pues, la interpretación judicial descansa en un ideal de corrección: pero no hay acuerdo sobre el contenido de este ideal ni sobre las normas y criterios para realizarlo de manera que se llegue a un acuerdo judicial en todos los casos.

- e) La discrecionalidad interpretativa se considera, desde el punto de vista interno del juez, consustancial a la actividad interpretativa, es decir, inerradicable, y se admite un índice de discrecionalidad bastante elevado, cuyos límites con la “creatividad” son indeterminados.
- f) Un límite ideal a la discrecionalidad/creatividad debería ser el signifiante entendido como el tenor literal de las palabras utilizadas en los textos legales, cuya plurivocidad, sin embargo, es unánimemente reconocida.⁴⁴

⁴⁴ La noción de “significado literal” es susceptible de una pluralidad de interpretaciones diferentes, y los jueces también son muy conscientes de esta variedad normalmente. Sobre la pluralidad de sentidos en que se entiende la noción de “significado literal”, recuerdo el volum editado por V. Velluzzi, *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000.

SILVIA ZORZETTO

- g) Sólo hay fórmulas generales y axiológicamente connotadas para discriminar entre los significados que son posibles/imposibles de rastrear hasta el significante, y así trazar la línea entre lo que es interpretación (discrecional, si es necesario también creativa, pero en cualquier caso admitida) y lo que no lo es.
- h) Tanto las teorías como las herramientas conceptuales, etcétera, desarrolladas por la semiótica general para comprender mejor la relación entre significante/significado, y los vínculos entre sintaxis y semántica/pragmática, así como por la vaguedad lingüística y otras propiedades del lenguaje ordinario y jurídico, no parecen ser parte de la formación y de los conocimientos de los jueces.
- i) A falta de coordenadas sobre el funcionamiento del lenguaje ordinario y jurídico, la justificación expresa de las opciones interpretativas es el baluarte “residual” para desentrañar lo que está permitido y lo que no.
- j) En este contexto, el factor humano tiene la última palabra: el último asidero real contra la arbitrariedad es el sentido de medida y de responsabilidad del intérprete.

V. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES: REVISIÓN DE ALGUNOS USOS EMBLEMÁTICOS

En el marco de una concepción e ideología como la expuesta, en la práctica, los jueces hacen un uso constante y masivo de los precedentes jurisprudenciales. Lo que sigue es una revisión meramente ilustrativa de los argumentos usados por ellos. El análisis se realiza sobre los textos de las decisiones en su totalidad, sin referirse a ninguna *massima* debido a los conocidos problemas que aquejan a la *massimazione*. Como se ha dicho en la introducción, dado que las referencias son extraordinariamente variadas, parece apropiado hablar de una familia de argumentos interpretativos, más que de un argumento o canon argumentativo. La revisión no es exhaustiva,⁴⁵

⁴⁵ A modo de comparación, es interesante la variedad de técnicas practicadas por los jueces, como ilustra J. Marshall, “Trentatré cose che si possono fare con i precedenti”, *Ragion pratica*, núm. 6, 1996, pp. 29 y ss.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

y el orden de presentación no sigue ningún orden de importancia o frecuencia de aparición de los usos. La denominación de cada argumento también es inventada, y sólo es conveniente para la exposición. De hecho, los jueces utilizan y/o mencionan los precedentes de diversas maneras en sus razonamientos, sin explicitar ni nombrar sus argumentos jurídicos. Sólo hay dos grupos de excepciones a este respecto: i) la llamada interpretación adaptativa, también denominada “interpretación conforme a la Constitución”, *secundum Constitutionem* o constitucionalmente orientada y similares (la terminología es muy variada),⁴⁶ y ii) la llamada doctrina del derecho vivo (también

⁴⁶ Conviene aclarar, para evitar dudas, que la interpretación orientada a la Constitución no es necesariamente una interpretación que se apoye en los precedentes del Tribunal Constitucional; aunque de hecho ése es el caso más común. Así, la interpretación orientada a la Constitución es una interpretación orientada constitucionalmente hacia y por los precedentes del Tribunal Constitucional. La referencia a los precedentes de la jurisprudencia también por parte de la SUTC, pero no sólo, adopta la forma de directrices interpretativas y argumentativas sobre el cumplimiento de la Constitución. A modo de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes:

- i) Entre varios significados posibles, debe preferirse el que sea conforme a la Constitución (SUTC, 16-12-2013, núm. 27986);
- ii) De varios significados posibles, se debe dar preferencia a la interpretación más conforme con la Constitución o más orientada a ella (Tribunal de Casación, sección V, 07/07/2021, núm. 19368);
- iii) Si no es posible interpretarla de manera constitucionalmente conforme, la norma/disposición debe presumirse constitucionalmente ilegítima y, por tanto, no debe aplicarse (y debe plantearse la cuestión de constitucionalidad; Tribunal Constitucional núm. 356/1996 y Tribunal Constitucional núm. 49/2011);
- iv) Un juicio interpretativo de rechazo por parte del Tribunal Constitucional exige la no aplicación de la “norma”, considerada no conforme con el parámetro constitucional evocado y escrutado por el Tribunal Constitucional, pero no excluye la posibilidad de seguir “terceras interpretaciones”, consideradas compatibles con la Constitución, o de plantear una nueva cuestión de legitimidad constitucional respecto a un diferente parámetro constitucional (Tribunal de Casación, sección trabajo, núm. 1581 de 2010; núm. 166 de 2004; Tribunal de Casación, sección II, 21-03-1990, núm. 2326; Tribunal de Casación, sección trabajo, 30-07-2001 núm. 10379). Un juicio interpretativo de rechazo por parte del Tribunal Constitucional es una sentencia en la que son determinantes tanto la interpretación del precepto de la ley ordinaria a

SILVIA ZORZETTO

denominada a veces con otra terminología).⁴⁷ Sin embargo, cada uno de estos cánones interpretativos-argumentativos presenta, a su vez, numerosas variantes, en las que no es posible entrar aquí.

Por último, señalo que al repasar los siguientes argumentos no pretendo en modo alguno legitimar su uso: mi análisis no prejuzga en absoluto la cuestión de la legitimidad de estos argumentos (para cada derecho en vigor) y en qué condiciones, en su caso. Sin embargo, a cada uno de estos argumentos se aplica una máxima general, que es aplicable a cualquier otro argumento jurídico: es decir, cada argumento jurídico puede utilizarse bien o mal (usarlo de manera abusiva), y esto depende de quienes los utilicen.

- i) Argumento “precedente como *ratio decidendi*”: se hace referencia expresa a una determinada *ratio decidendi* para aplicarla como argumento vinculante definitivo en la decisión de un caso posterior. Éste sería el “verdadero” precedente, en el que se aplica la misma *ratio decidendi* aplicada en un caso posterior, que se supone idéntico o, mejor dicho, similar en

la luz de los principios constitucionales como la parte dispositiva adoptada, que normalmente se subraya indicando en el P. Q. M. “de acuerdo con los fundamentos”.

⁴⁷ Si el derecho “vivo” es el que resulta de la interpretación de los jueces, el derecho vivo —en sentido estricto— no se circunscribiría sólo a los tribunales “superiores”. En la práctica, sin embargo, la noción se limita a la ley que proviene de la cúpula del sistema judicial. En el caso italiano: el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Casación (y sus secciones unidas), el Consejo de Estado y el tribunal de cuentas, cada uno según sus competencias. De ahí los posibles conflictos entre derechos vivos. De la práctica se derivan algunas pautas interpretativas particulares:

- i) La aplicación retroactiva de las normas puede estar justificada en la medida en que se trata de normas que reconocen principios que constituyen un derecho vivo (véase Tribunal de Casación, sección II, 12/03/2021, núm. 7051);
- ii) El derecho vivo no se ajusta necesariamente a la Constitución, por lo que el juez puede apartarse de ello solicitando una revisión de su compatibilidad con los parámetros constitucionales (véase Tribunal Constitucional, núm. 180/2021; Tribunal Constitucional, 09/03/2021, núm. 33);
- iii) Si la acción es pretextual porque es contraria al derecho vivo y/o a la jurisprudencia establecida, puede constituir un abuso del instrumento procesal (Tribunal Roma Sez. IV Sent., 04/01/2021).

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

lo relevante (y disímil en lo irrelevante) al ya resuelto. Tanto la existencia de una similitud relevante como la irrelevancia de las diferencias no siempre se argumentan explícitamente. Una variante débil de este argumento es aquella según la cual la referencia a la *ratio decidendi* precedente no es decisiva, sino sólo un argumento de apoyo o concurrente que refuerza la decisión conforme a dicha *ratio decidendi*, decisión que, sin embargo, se basa también en otros argumentos.⁴⁸

- ii) Argumento del “precedente como principio de derecho”: una solución interpretativa puede justificarse por referencia a un precedente como principio de derecho general y abstracto sin tener que desarrollar sus propios argumentos jurídicos.⁴⁹ A diferencia del argumento de “precedente como *ratio decidendi*”, en el caso del argumento de “precedente como principio de derecho” no es relevante que el principio de derecho sea la *ratio decidendi* del caso anterior: el principio de derecho se invoca para la decisión posterior como una regla general y abstracta que vive su propia vida, es decir, existe independientemente del caso en el que se decidió por primera vez o de la serie de casos en los que se ha aplicado repetidamente. No es automático ni necesario, pero puede ocurrir que se utilice este argumento, sobre todo cuando se establece una cierta convergencia dentro de la jurisprudencia por la que la precedente *ratio decidendi* se emancipa de las circunstancias del caso y se concibe como una regla de decisión en sí misma.
- iii) Argumento del “precedente como autoridad”:⁵⁰ en este caso, la referencia al precedente es, por así decirlo, más procesal

⁴⁸ Tribunal de Casación, sección II, 18-08-2021, núm. 23108.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Tribunal de Casación, sección VI-5, 03-07-2018, núm. 17403.

⁵⁰ Según algunos autores, el principio de autoridad justifica la referencia al precedente. No es objeto de este análisis indagar en los posibles fundamentos teóricos o en las justificaciones ético-políticas del uso del precedente, por lo que me limitaré a observar que no hay acuerdo sobre el hecho de que el razonamiento basado en el precedente pueda remontarse al razonamiento *ex auctoritate*. Es evidente que los jueces están dotados de autoridad normativa, pero esto no es suficiente para concluir que el argumento basado en el precedente no es más que un argumento

SILVIA ZORZETTO

que sustantiva: lo que importa es quién lo decidió y no lo que se decidió. Este uso del precedente es a menudo criticado por quienes consideran que la resolución adecuada de los casos debe depender de lo que se dictamina, y no de quién lo hace. Si se examina más detenidamente, este argumento parece no ser particularmente feliz, especialmente en los sistemas actuales, en los que hay muchos responsables de la toma de decisiones, y las “jerarquías” entre los poderes, especialmente en el nivel superior, no están nada claras. En contextos en los que el poder de los diferentes órganos judiciales está sujeto a conflictos de poder (de hecho, o de derecho), tal argumento corre el riesgo de ser poco convincente, o incluso de alimentar desacuerdos. Hay que tener en cuenta que, entre otras cosas, justificar una decisión posterior sobre la base de un precedente *ex auctoritate* debilita la posición del decisor posterior (que reconoce así estar sometido a la autoridad del decisor anterior). Por eso este argumento adquiere cierta fuerza y parece atractivo sobre todo en el caso del autoprecedente: en este caso, en efecto, invocar el precedente *ex auctoritate* es también una forma de afirmar la propia autoridad. El defecto, por supuesto, es que se corre el riesgo de un círculo vicioso, ya que la propia autoridad apela a sí misma.

- iv) Argumento del “precedente por analogía”: por el que la aplicación de un precedente se fundamenta expresamente en una analogía o, más bien, en una similitud. Ésta puede ser explicada explícita o simplemente invocada sin explicación, limitándose a una referencia “por analogía”.⁵¹ Es evidente que el

ex auctoritate. Para más detalles, véase, por ejemplo S. Gómora Juárez, *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, UNAM, 2018, pp. 110 y ss.

⁵¹ Véase, por ejemplo, Tribunal de Casación, sección V, 22-07-2021, núm. 21013. Comparto las reflexiones contenidas en la contribución de Á. Núñez Vaquero, “La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analgógica) de precedentes”, en M. Gascón Abellán y Á. Núñez Vaquero (por), *La construcción del precedente en el civil law*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 81-105, “los precedentes como decisiones jurisdiccionales que expresan normas relevantes para la decisión de casos posteriores y la analogía como forma de interpretación o de razonamiento... se pueden combinar (o no) contingentemente”. Por un lado, la práctica demuestra que

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

mero hecho de justificar la decisión de un caso posterior sobre la base de un precedente al que se hace referencia “por analogía”, sin especificar en qué consiste esa supuesta analogía, es una forma de argumentar al menos parcial. Si bien es cierto que al comparar el precedente supuestamente “análogo” y el caso a decidir se puede tratar de captar cuál sería la similitud relevante que subyace a la analogía; por otro lado, es un hecho que la selección de similitudes y diferencias es una actividad altamente discrecional, por lo que se corre el riesgo de que la analogía no exista o esté mal construida o no sea comprensible. En cualquier caso, hay que distinguir entre tres situaciones diferentes: *a*) el argumento *a simili*, en el que sobre la base de una similitud relevante (e irrelevancia de las diferencias) se justifica imputar a un caso no regulado (*de iure condito*) las consecuencias jurídicas de un caso similar ya regulado (por ley o en una decisión jurisprudencial); *b*) el argumento del “precedente por analogía”, en el que la aplicación en el caso B de un precedente aplicado en el caso A se justifica con base en la analogía entre B y A, y *c*) la circunstancia de que, para cada caso posterior, la elección entre la infinidad de precedentes existentes se realiza también con base en la búsqueda de similitudes relevantes.

Hay que distinguir entre estas tres situaciones, porque los precedentes no siempre ni únicamente son elegidos o seleccionados sobre la base de la analogía. También es falso que el argumento *a simili* y el argumento del “precedente por

los precedentes no se aplican siempre o necesariamente de forma analógica; por otro lado, no existe incompatibilidad ontológica entre el precedente y la analogía: no hay ningún obstáculo empírico, lógico o de otro tipo para aplicar un precedente de forma analógica. Dicho de otra manera, es cierto que en determinadas circunstancias hay una regla del precedente que consiste en la extensión —vía analogía— de la aplicación de una regla particular a casos similares. Creo que pueda afirmarse sólo de forma contingente, y no en principio o en términos generales que “el entendimiento tradicional de la regla de precedente sería la extensión —vía analogía— de la aplicación de una norma particular (que concreta una norma general) a casos similares” (D. Sierra Sorockinas, “Un análisis sobre la formación del precedente”, en M. Gascón Abellán y Á. Núñez Vaquero (por), *La construcción del precedente en el civil law, cit.*, 77).

SILVIA ZORZETTO

analogía” sean superponibles. Por el contrario, como es bien sabido, se discute mucho sobre si cabe o no el argumento *a simili* cuando existe un precedente aplicable. Según algunos, en esta hipótesis falta la premisa misma del argumento de la analogía, porque no hay ningún vacío normativo que cubrir.

- v) Argumento del “precedente en serie”: se produce cuando se hace referencia a una serie de sentencias, sin especificar su contenido y sin dar detalles de los casos concretos correspondientes, siendo un caso en serie.⁵² Por su especificidad, este uso del precedente merece ser aislado. En primer lugar, su aplicación presupone la existencia de casos en serie; en segundo lugar, encarna de manera ejemplar el ideal de “economía”, que justifica a menudo, incluso *de iure condendo*, el uso de los precedentes. El principio de sentido común subyacente que hace que este argumento sea “fácil” y en general menos criticable que otros argumentos relativos a los precedentes es que la repetición es inútil y antieconómica si puede evitarse. Aunque en derecho cada caso es único, en las situaciones en serie, la idiosincrasia de cada caso se descuida debido a los sesgos cognitivos que caracterizan nuestras percepciones y creencias. De ahí la tendencia de los distintos participantes

⁵² Por ejemplo, Tribunal de Casación, sección V, 29-07-2021, núm. 21712: “A los efectos de definir los motivos de recurso ilustrados más arriba, es necesario examinar el marco normativo de referencia ya esbozado por este tribunal mediante decenas de sentencias, además dictadas en procedimientos en los que algunos de los actuales recurrentes también fueron parte, que han resuelto sustancialmente las cuestiones expuestas también a la luz del derecho supranacional y de los principios constitucionales y cuyas razones se comparten aquí expresamente y se remiten a las disposiciones del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (se remite, en particular, a la sección 5 del Tribunal de Casación, 30/03/2021, núm. 8757, así como a la ex. Las razones de las cuales se comparten y se refieren expresamente en el presente documento de conformidad con el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil (se hace referencia en particular al Tribunal de Casación, sección 5, 30/03/2021, núm. 8757, así como, *ex plurimis*, a las ordenanzas posteriores núm. 8907, 8908, 8909, 8910, 8911, 9079, 9080, 9081, 9144, 9145, 9146, 9147, 9148, 9149, 9151, 9152, 9153, 9160, 9162, 9168, 9176, 9178, 9182, 9516, 9528, 9529, 9530, 9531, 9532, 9533, 9534, 9729, 9730, 9733 y 9735 de 2021)” (n. d.r. mi traducción).

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

en la práctica jurídica a recordar los precedentes en serie. En definitiva, en las situaciones en serie, sopesando los pros y los contras, el riesgo (que se estima bajo) de perder la especificidad de las decisiones individuales y de los casos particulares pierde frente a la ventaja de ahorrar tiempo, esfuerzo intelectual, etcétera.

- vi) Argumento del “precedente inspirador”: se encuentra al referirse a directrices, principios que guían/inspiran el razonamiento decisorio global, por el que una determinada solución hermenéutica ya alcanzada a partir de otras razones se presenta como más conforme; por ejemplo, con el sistema del debido proceso, a partir de la referencia a los principios generales que lo rigen.⁵³ Este uso argumentativo está en la línea con la argumentación de los principios jurídicos, y, si se quiere, su interés radica precisamente ahí. En otras palabras, también es útil estudiar este uso para arrojar luz sobre las interferencias entre los argumentos que invocan los precedentes y aquellos que invocan los principios jurídicos. La interferencia es manifiesta en todos los casos en que los principios jurídicos invocados no están expresados y tienen su origen en decisiones jurisprudenciales adoptadas con anterioridad. Además, hay que tener en cuenta la interferencia con la interpretación conforme a la Constitución, es decir, con los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y/o del SUTC según su lectura de la Constitución. Ésta se refiere a menudo a principios no expresados e inmanentes al sistema, de modo que, en una especie de círculo, al final se remite a interpretaciones jurisprudenciales (normas, en su mayoría, sin disposición).⁵⁴ La diferencia del “precedente inspirador” con el “precedente como principio de derecho” es que este último es un principio-precedente inherente al caso concreto (es de-

⁵³ SUTC, 19-02-2020, núm. 4247.

⁵⁴ Tribunal de Casación, sección V, 04/05/2021, núm. 11604; Tribunal de Casación, sección trabajo, 11/05/2021, núm. 12424; Tribunal Administrativo Regional Lombardía Milano Sec. II, 10/02/2021, núm. 374; Tribunal de Cuentas Lazio Sez. contr. delib., 10/09/2020, núm. 73.

SILVIA ZORZETTO

cir, se refiere al *thema disputandum*), mientras el precedente-inspirador sólo sirve para inspirar un contexto de fondo independiente del caso concreto que se discute. Desde este punto de vista, el argumento del “precedente inspirador” se refiere con mayor frecuencia a las reglas de juicio o al procedimiento más que a la sustancia del litigio.

- vii) Argumento del “precedente establecido”: al remitirse a una tendencia u orientación jurídica establecida (que a su vez puede entenderse de diversas maneras), se legitima una solución hermenéutica. Normalmente no se plantea de forma explícita la cuestión de posibles interpretaciones alternativas o contrastantes, y se trata de un uso muy vago y ambiguo: se invoca la jurisprudencia establecida, el derecho vivo o se utilizan otras fórmulas, y son acompañadas de una indicación de ciertas decisiones en particular.⁵⁵ El precedente establecido no se convierte necesariamente en la *ratio decidendi*; sólo puede servir de apoyo al razonamiento decisorio, y, por tanto, puede situarse en varios niveles del razonamiento; si es necesario, sólo como refuerzo del precedente-*ratio decidendi*. Su poder de argumentación y de persuasión es tanto más pronunciado cuanto los participantes en la práctica y los jueces adopten en mayor medida una actitud conformista. Este argumento se utiliza mayoritariamente en sentido confirmatorio, salvo que se quiera romper la continuidad y, por lo tanto, la referencia al precedente establecido se hace precisamente para tomarlo como blanco de la crítica con el fin de argumentar una revisión.
- viii) Argumento del “precedente oscuro o ficticio”: por el que se apela de forma general a las directrices establecidas, sin hacer referencia a decisiones concretas.⁵⁶ También puede verse

⁵⁵ Tribunal Constitucional, 30-07-2021, núm. 182.

⁵⁶ SUTC, 09-09-2021, núm. 24414 relativa a la exhibición de crucifijos en las aulas. La exhibición de crucifijos no está establecida por ley en el derecho italiano. Sin embargo, según el Tribunal, “Por un lado, se guían por la fuerza particular de los principios fundamentales en juego, que van desde la libertad religiosa hasta el principio de laicidad en sus diversas formas, el pluralismo, la prohibición de la discriminación y la libertad de enseñanza en las escuelas públicas abiertas a todos. Estos

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

como una variante opaca del argumento del “precedente establecido”. Hablando en abstracto, no puede excluirse que se haga referencia a un precedente sin dar ninguna indicación específica y sin presentarlo como “jurisprudencia o interpretación establecida” (o algo parecido). En este caso, la frontera con la invención se vuelve impalpable, de modo que el precedente bien puede ser el resultado de la invención si el intérprete lleva su creatividad al extremo (más allá del límite permitido). Está claro que se trata más de un caso hipotético que de uno real. Sin embargo, puede llegar a ser real, por ejemplo, por un error o descuido del intérprete, porque éste es motivado por determinados motivos políticos o éticos, o porque pretenda perseguir intereses personales o de terceros.

- ix) Argumento del “*precedente conservador*”: según el cual, ante una pluralidad de interpretaciones posibles, se prefiere la interpretación con base en la cual se ha formado una práctica de aplicación estable a lo largo del tiempo, y que es coherente con el funcionamiento económico del sistema.⁵⁷ Puede considerarse una variante del argumento del “precedente establecido”, pero en comparación con aquél tiene una connotación expresiva particular. Es transparente en sus objetivos, es decir, con respecto al objetivo de no decidir de forma innovadora. Este objetivo conservador puede limitarse al caso individual o ampliarse al sistema jurídico en su conjunto. La mejor demostración de esto es el *prospective overruling*, que sólo se

principios, definidos por la Constitución italiana, por las Cartas de Derechos y por los Tribunales que las interpretan, constituyen la brújula para encontrar la regla para la solución del caso. Por otra parte, se apoyan en una densa red de precedentes judiciales y de aportaciones de la doctrina: los primeros representan los caminos ya recorridos por la experiencia jurisprudencial para resolver los litigios que presentan elementos de similitud, y son tanto más relevantes en ausencia de una ley del Parlamento; los segundos ofrecen la reconstrucción del marco del sistema y la elaboración de líneas de perspectiva coherentes con las expectativas de la comunidad de intérpretes. Por último, se acompañan de las aportaciones que ofrece el proceso y su desarrollo en el proceso contencioso entre las partes”.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, Tribunal de Casación, sección trabajo, 04-08-2021, núm. 22251.

SILVIA ZORZETTO

innova *profuturo*, pero no en el caso concreto, que en cambio se decide de manera conservadora con apego a lo que se ha decidido antes.

- x) El argumento del “precedente evolutivo”: se hace referencia al precedente no para aplicarlo directamente, sino como indicador de un proceso evolutivo en curso que, por tanto, justifica una variación hermenéutica en el caso que se va a decidir.⁵⁸
- xi) Argumento del “precedente *extravagante*”: siendo irrelevante a los efectos de decidir el caso concreto, se hace referencia a él en aras de la exhaustividad y/o para apartarse de él, demostrando el conocimiento de su existencia.⁵⁹
- xii) Argumento del “precedente *ad pompam*”: se hace referencia a un precedente sin que sea relevante para la decisión del caso, con el fin de demostrar el conocimiento y la preparación o la “cultura jurídica” del juez que decide el caso posterior. El uso de este argumento es especialmente común en ciertos estilos de argumentación: por ejemplo, en las llamadas “sentencias tratado”,⁶⁰ es decir, aquellas decisiones en las que los jueces pretenden hacer gala de su preparación jurídica en la materia o en general.
- xiii) Argumento de la “duda del precedente”: por el que se evoca el precedente sólo como punto de partida para plantear una

⁵⁸ Tribunal de Casación, sección V, 22-07-2021, núm. 20977: por ejemplo, de este modo se hace referencia a un determinado precedente ligeramente más antiguo para opinar sobre su incorrección, irrelevancia, etc., frente a otro precedente ligeramente posterior cuyo principio de derecho se aplica en el presente caso.

⁵⁹ Tribunal de Casación, sección trabajo, 04-08-2021, núm. 22251.

⁶⁰ Desde un punto de vista interno, la tendencia es crítica hacia las “sentencias de tratado”, es decir, al menos algunos jueces creen que deberían evitarse. Véase L. Mancini (a cura di), Report. L'argomentazione delle decisioni della Cassazione: tra autorevolezza del precedente ed esigenze di semplificazione Roma, 11 ottobre 2018, disponible en: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_ARGOMENTAZIONE_DECISIONI_CASSAZIONE_MANCINI.pdf, en cambio, se siguen dictando y las causas por las que esto ocurre, que por regla general no se expresan, son probablemente las siguientes: la creencia de que es necesario “instruir/educar”, el deseo de “enseñar”, exceso de ego o *hybris*, la convicción de que es un “mal menor” en una situación que requiere abordar —como se dice— de frente y a 360 grados la cuestión jurídica que se discute.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

duda interpretativa-aplicativa que da lugar al proceso argumentativo del juez.⁶¹ Al igual que el argumento del precedente *ad pompam*, éste también proviene de determinados estilos argumentativos y sirve más para fines retóricos que para dar contenido al razonamiento judicial.

- xiv) Argumento del precedente “mayoritario” y/o “más actual”: se usa como criterio decisivo para optar por una solución interpretativa en presencia de otras posibles.⁶² Por supuesto, los dos factores (es decir, la “mayoría” y la “actualidad”) son distintos y autónomos. De hecho, sin embargo, al tratarse de factores graduales, cuanto más mayoritario sea el precedente y más actual sea, y cuanto más se combinen estos dos factores, mayor será la fuerza argumentativa-persuasiva.
- xv) Argumento del precedente “minoritario” y/o “obsoleto”: es, en cierto modo, el *alter ego* o el argumento especular con respecto al argumento del precedente “mayoritario” y/o “más actual”. De forma simétrica, se usa como criterio para apartarse de una determinada interpretación que se considera inaceptable.⁶³ No es raro ver la combinación de ambos argumentos, lo que hace que la argumentación sea especialmente fuerte. Siendo de naturaleza complementaria, su uso conjunto da la impresión de un razonamiento judicial inatacable por ambas partes.
- xvi) Argumento del precedente “aislado” (con dos variantes): o bien acaba teniendo la misma función que el precedente *ratio decidendi*, o bien su singularidad se convierte en una razón para apartarse de ello. Representa el polo extremo de los dos argumentos anteriores. Cuando sólo hay un precedente aislado, o bien se valora como el relevante/decisivo, o bien se descarta, derivando de la singularidad la falta de su fiabilidad.
- xvii) El argumento de los “precedentes conflictivos”: para justificar una nueva interpretación (y posiblemente un nuevo principio

⁶¹ Tribunal de Casación, sección V, 31-07-2018, núm. 20253.

⁶² Tribunal de Casación, sección V, 23-06-2021, núm. 17924.

⁶³ Tribunal de casación, sección VI-5, 24-05-2021, núm. 14209.

SILVIA ZORZETTO

de derecho), se destacan las aporías y los conflictos entre los precedentes.⁶⁴

- xviii) El argumento de los “precedentes comparativos”: para justificar una determinada solución interpretativa, se hace referencia a la jurisprudencia de otros ordenamientos jurídicos que no son vinculantes en el contexto jurídico cuyo caso se va a decidir, pero se remite a ella para acreditar una orientación internacionalmente acordada, partiendo de la base de que lo decidido en otro lugar es un ejemplo.⁶⁵

VI. CONCLUSIONES

Tras el anterior análisis, pueden formularse las siguientes reflexiones críticas. Estas reflexiones críticas se expresan de forma provocativa y apodíctica, cuyo desarrollo y defensa serán objeto de un estudio posterior:

- i) Los precedentes jurisprudenciales forman parte ineliminable de los sistemas jurídicos existentes, aunque no se reconozca formalmente la jurisprudencia como fuente del derecho.⁶⁶ Independientemente de la noción de fuente del derecho que se adopte, el carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales no es algo que pueda establecerse en abstracto y de una vez por todas. Incluso si el carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales fuera establecido en abstracto por un principio o una metanorma, se aplicaría siempre

⁶⁴ Tribunal de Casación, sección III, 04-12-2018, núm. 31233.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, SUTC, 09-09-2021, núm. 24414: “La libertad religiosa negativa merece la misma protección que la libertad religiosa positiva... Esta es, además, la enseñanza que se desprende de la comparación con otra jurisprudencia.”: Tribunal Constitucional Federal alemán (decisión del 16 de mayo de 1995); Tribunal Federal suizo (sentencia del 26 de septiembre de 1990); Tribunal Constitucional, 26-05-2017, núm. 123.

⁶⁶ Me parece que va en la misma línea el análisis de S. Gómora Juárez, “La jurisprudencia mexicana y el principio de legalidad: una compleja relación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 799-839.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

ceteris paribus: sería un principio o una metanorma defectuosa o derrotable de la que uno puede y debe apartarse siempre que considere que hay mejores razones para decidir lo contrario.⁶⁷ En otras palabras, independientemente de que la jurisprudencia esté formalmente reconocida como fuente del derecho, y de que exista una ideología o legislación que sancione formalmente el carácter vinculante de los precedentes, en cualquier sistema jurídico los precedentes son vinculantes o no vinculantes, autorizados o no de un caso a otro, dependiendo de una pluralidad de factores pragmáticos y valorativos.

- ii) Dado que la discrecionalidad interpretativa y aplicativa es ineliminable, y cada caso de la vida es “único”, las decisiones judiciales son una parte ineliminable de cualquier derecho vigente, asumiendo una conexión entre el concepto de derecho y justicia (incluso sin ninguna connotación “moral” particular de la justicia). La justicia-igualdad (generalidad) exige, de hecho, que los casos similares se regulen de forma similar, y que las diferencias entre los casos y su tratamiento sean conmensurables y proporcionadas. Esto implica que ninguna decisión, si ha de ser justa o correcta según el derecho, puede tomarse en el vacío, independientemente de la regulación de otros casos. El contexto pragmático, a nivel macro y micro, condiciona el proceso de toma de decisiones de los jueces, y también sus estilos argumentativos. Puede conducir a argumentar más desde la perspectiva de la analogía, la proporción, la igualdad, etcétera (valorando generalmente las similitudes), o, por el contrario, más desde una perspectiva distintiva (en general, destacando las diferencias).
- iii) La dificultad de contar con un sistema de precedentes jurisprudenciales bien ordenado depende de razones pragmáticas (de las llamadas macro y micropragmáticas) del derecho y su

⁶⁷ Me parece que esta es la reconstrucción que surge también del estudio de la experiencia mexicana de R. Camarena González, “La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en C. Bernal Pulido, R. Camarena González, A. Martínez Verástegui (coord.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, pp. 103 y ss.

SILVIA ZORZETTO

lenguaje. Es bastante evidente que tal noción de sistema de precedentes jurisprudenciales bien ordenado está cargada de valores, y no es en absoluto neutral. Por otra parte, sirve para poner de relieve que cuando se habla de precedentes, no se piensa en los precedentes individuales, sino en los precedentes en su conjunto, y que razonablemente nadie está satisfecho con un sistema de precedentes, sino que desearía un sistema bien ordenado. Por supuesto, todo el problema radica en qué consiste este buen orden. Por lo tanto, cuando se discute si los precedentes son vinculantes o persuasivos, si deben ser una cosa o la otra, no se aclara suficientemente que esta alternativa, como cualquier otro problema relativo a la obligatoriedad o no de los precedentes, es de alguna manera errónea y un falso problema.

- iv) Un derecho vigente caracterizado por un sistema de precedentes bien ordenado no es del todo imposible desde el punto de vista teórico-pragmático, aunque su realización sea extraordinariamente compleja, no tanto por razones técnicas, políticas y de valores, sino por un “factor humano” ineliminable (los hombres no son ángeles, recordando una famosa intuición de Hart).⁶⁸
- v) Evidentemente, no basta con declamar valores o principios muy generales, como los de igualdad, certeza, previsibilidad, duración razonable, debido proceso, etcétera; cada uno de estos valores o principios es demasiado vago como para dotar a los jueces de criterios orientadores suficientemente específicos para implementar una especie de autorregulación espontánea del funcionamiento de los precedentes.
- vi) Por otra parte, incluso las reformas reglamentarias más refinadas y los tecnicismos no son concluyentes, y se muestran ineficaces en los hechos, es decir, en la práctica jurídica.
- vii) Precisamente, por el “factor humano”, un sistema de precedentes bien ordenado depende fundamentalmente de la pro-

⁶⁸ H. L. A. Hart, *The Concept of Law, With a Postscript* edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz and with an Introduction and Notes by Leslie Green, 3er. ed., Oxford, Clarendon Press, 2012, p. 196.

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

- pia práctica; se genera, por así decirlo, “desde abajo”, mediante la creación de una cultura jurídica y judicial lo más sensible, aguda, previsor y responsable posible.
- viii) En otras palabras, lo que Bobbio escribió sobre el buen legislador se aplica a los jueces:⁶⁹ como toda institución jurídica, los precedentes judiciales viven o mueren según los ideales de las personas en cuyas ideas, mentes y acciones se basa la propia institución judicial.
 - ix) Un sistema de precedentes bien ordenado es un ideal que debe perseguirse para mejorar la calidad de los sistemas jurídicos existentes.
 - x) Por tanto, cada vez que se compartan ciertos valores básicos, tiene sentido abordar la regulación de los precedentes judiciales siempre que se tengan en cuenta las características pragmáticas del lenguaje jurídico y del derecho, y el ineliminable factor humano, que condiciona cualquier caso judicial y su resolución.

Partiendo de estas premisas, un enfoque de sociología judicial parece indispensable para entender cómo funcionan realmente los precedentes.

VII. REFERENCIAS

- ARRIAGADA CÁCERES, M. B., “Las dos caras del precedente vinculante”, en Núñez, Á., ARRIAGADA, M. B. y HUNTER, I. (coord.), *Teoría y práctica del precedente*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2021.
- BOBBIO N., “Il buongoverno”, *Belfagor*. vol. 37, núm. 1, 1982.
- BURAZIN, L., RATTI, G. B., “Rule(s) of Recognition and Canons of Interpretation”, en CHIASSONI, P. y SPAIĆ, B. (eds.), *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, Springer, 2021.
- CAMARENA GONZÁLEZ, R., “La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en BERNAL PULIDO, C., CA-

⁶⁹ N. Bobbio, Il buongoverno, en Belfagor, vol. 37, núm. 1, 1982, pp. 1-12.

SILVIA ZORZETTO

- MARENA GONZÁLEZ, R., MARTÍNEZ VERÁSTEGUI, A., *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.
- CANALE, D., TUZET, G., “On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?”, *Ratio Juris*, vol. 20, núm. 1, 2007.
- CANZIO, G., “Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione”, *Il Foro Italiano*, vol. 135, núm. 10, 2012.
- CAPPONI, B., *La Corte di cassazione e la “nomofilachia” (a proposito dell’art. 363 c. p. c.)*, 6 aprile 2020, disponible en: <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/04/B.-Capponi.pdf>.
- CAPUTO, A. y FIDELBO, G., “Appunti per una discussione su ruolo della Corte di Cassazione e «nuova» legalità”, in *Sist. pen.*, núm. 3, 2020, disponible en: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1583358421_caputofidelbo-2020a-nuova-legalita-corte-di-cassazione.pdf.
- CARUSO, G., Nihil est idem, cui id ipsum simile est. Marginalia all’ordinanza Corte Cass. n. 29191 del 21 dicembre 2020, 6 Luglio 2021, disponible en: https://www.judicium.it/nihil-est-idem-cui-id-ipsum-simile-est-marginalia-allordinanza-corte-cass-n-29191-del-21-dicembre-2020/#_ftn7.
- FORNACIARI, M., “L’inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 360-bis c. p. c.”, *Riv. trim. dir. dir. proc.* 2013.
- GÓMORA JUÁREZ, S., “La jurisprudencia mexicana y el principio de legalidad: una compleja relación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año LI, núm. 155, mayo-agosto de 2019.
- HART, H. L. A., *The concept of law, with a Postscript* edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz and With an Introduction and Notes by Leslie Green, 3a. ed., Oxford, Clarendon Press, 2012.
- BATTAGLIA, L., la (A cura di), *La nuova responsabilità sanitaria nella giurisprudenza di legittimità*, report, 27 novembre 2019, disponible en: <https://www.cortedicassazione.it/cassazione-re>

ARGUMENTOS JURÍDICOS Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES...

sources/resources/cms/documents/REPORT_Luigi_La_Battaglia_27.11.2019_Nuova_responsabilita_sanitaria.pdf.

LAMBERTI, C., “*Stare decisis*, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo”, *Giur. It.*, núm. 4, 2013.

MANCINI, L. (A cura di), Report. L’argomentazione delle decisioni della Cassazione: tra autorevolezza del precedente ed esigenze di semplificazione Roma, 11 ottobre 2018, disponible en: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/REPORT_ARGOMENTAZIONE_DECISIONI_CASSAZIONE_MANCINI.pdf.

MARSHALL, J., “Trentatré cose che si possono fare con i precedenti”, *Ragion pratica*, núm. 6, 1996.

Ministero della giustizia Ufficio Legislativo Commissione per l’elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi (Pres. Prof. F. P. Luiso) Proposte normative e note illustrative 24 maggio 2021, disponible en: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf.

MUFFATO, N., “Resta qualcosa da dire sulla polivocità degli enunciati deontici?”, *D. & Q.*, núm. 9, 2009, disponible en: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/05_studio7_N_Muffato.pdf.

NÚÑEZ VAQUERO, Á., “La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes”, en GASCÓN ABELLÁN, M. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (por), *La construcción del precedente en el civil law*, Barcelona, Atelier, 2020.

PARDOLESI, R. (A cura di), “Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento”, *Il Foro italiano*, fascicolo speciale núm. 1, 2020.

PASSANANTE, L., *Il precedente impossibile. Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018.

SIERRA SOROCKINAS, D., “Un análisis sobre la formación del precedente”, en GASCÓN ABELLÁN, M. y NÚÑEZ VAQUERO, Á. (por), *La construcción del precedente en el civil law*, Atelier, Barcelona, 2020,

SILVIA ZORZETTO

- SPIRITO, A., “Il «progetto esecuzioni» della terza sezione civile della Corte di Cassazione”, *Riv. esec. forzata*, núm. 1, 2019.
- TARUFFO, M., “Aspetti del precedente giudiziale”, *Criminalia*, 2014.
- VELLUZZI, V., (A cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000.
- VOGLIOTTI, M., Indipendenza del giudice e rispetto del precedente, La legislazione penale, 19.10.2020, disponible en: https://www.la legislazione penale.eu/wp-content/uploads/2020/10/Vogliotti.REV_.pdf.

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?*

ARE RULES GOVERNING THE USE OF PRECEDENT NECESSARY?

Fabio Enrique PULIDO ORTIZ**

Resumen:

Este trabajo se ocupa de la pregunta por el carácter contingente o necesario de la regla de precedente en los ordenamientos jurídicos. Se argumenta que la regla de precedente en sentido amplio (aquella que configura el funcionamiento de los precedentes judiciales) es una norma necesaria de los sistemas jurídicos. En el trabajo se identifican tres formas (exhaustivas y excluyentes) que puede adoptar la regla de precedente: a) una regla de precedente vinculante, b) una regla de precedente como admisión, y c) una regla de precedente como rechazo. Se concluye que la forma que adopte la regla de precedente es contingente en cada ordenamiento jurídico. No obstante, bien sea por las razones conceptuales asociadas a la noción de normas de competencia o por la centralidad del principio de legalidad, lo cierto es que en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplen las condiciones para crear, modificar y aplicar precedentes judiciales se debe entender que existe implícitamente una regla de precedente como rechazo.

Palabras clave:

precedente judicial, regla de precedente, normas constitutivas, normas de competencia, normas prescriptivas.

* Artículo recibido el 30 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 12 de diciembre del 2021.

** Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, Colombia. Correo electrónico: fabio.pulido@unisabana.edu.co, <https://orcid.org/0000-0002-1100-9962>. Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “la política con toga: un estudio del activismo judicial” (DER-60-2019) financiado por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad de La Sabana. Agradezco los comentarios de los asistentes al seminario “La construcción del precedente en el *civil law*: debates, conceptos y desafíos”, y especialmente a María Beatriz Arriagada, Álvaro Núñez Baquero y Sandra Gómora Juárez por sus observaciones y críticas.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

Abstract:

This paper addresses the issue of the necessary or contingent nature of the rules governing the use of precedent in legal systems. The author argues that the rules governing the use of precedent in a broad sense (rules that define the legal operation of judicial precedent) are necessary in of legal systems. This paper identifies three different (exclusive and exhaustive) kinds of rules governing the use of precedent: a) binding rules governing the use of precedent, b) rules admitting the use of precedent and c) rules rejecting the use of precedent. It is concluded that the way the rules governing the use of precedent is established depends on each legal system. Even so, whether because of the conceptual reasons associated with the rules of competence or the centrality of the rule of law, when a legal system does not define the conditions to create, amend and apply judicial precedents, it can be said there are implicit rules rejecting the use of precedent.

Keywords:

Judicial Precedent, Rule of Precedent, Constitutive Rules, Power-Confering Rules, Mandatory Rules.

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tipos de normas*. III. *La regla de precedente*. IV. *¿Es necesaria la regla del precedente?* V. *Conclusión*. VI. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Existe una distinción básica entre *la regla de precedente y los precedentes judiciales* (Pulido, 2018). La regla de precedente se refiere a la norma del sistema jurídico que define el funcionamiento normativo de los precedentes judiciales. Los precedentes judiciales, por otro lado, son normas generales originadas en una decisión judicial que resultan relevantes para la toma de decisiones jurídicas futuras.¹ A manera de ejemplo, supongamos que el tribunal constitucional establece (en su *ratio decidendi*) que “no son constitucionales las sanciones disciplinarias a los abogados por conductas que no trasciendan ni afectan sus deberes profesionales”. Asumamos que en el sistema jurídico se tiene definido que la *ratio decidendi* de esas sentencias vinculan a los jueces en casos posteriores. Con base en este ejemplo, puede verse la diferencia entre el precedente judicial surgido en la *ratio decidendi* de la sentencia (*i. e.* que son inválidas las sanciones disciplinarias por conductas que no trasciendan ni afectan los deberes profesionales del abogado) y la regla de precedente que define sobre el carácter vinculante de esos precedentes.

En este orden de ideas, el artículo se ocupa de la pregunta sobre qué significa contar con una regla de precedente y si esa norma es necesaria o contingente en los ordenamientos jurídicos. En primer lugar, se sostiene que la regla de precedente en sentido amplio (*i. e.* aquella norma que configura el funcionamiento de los precedentes judiciales) es una norma necesaria en los ordenamientos jurídicos.

¹ En palabras de Núñez Vaquero, los precedentes judiciales son aquellas decisiones jurisdiccionales que contienen una norma general relevante para la justificación de otras decisiones jurisdiccionales (2021, p. 335). De una forma más restringida, los precedentes judiciales han sido entendidos como “la regla de decisión contenida en la sentencia, su *ratio decidendi*, que expresa la interpretación o concreción del Derecho que se lleva a cabo en la resolución del caso y que constituye una guía para resolver casos futuros sustancialmente iguales” (Gascón, 2020 p. 167).

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

En segundo lugar, se identifican tres formas (exhaustivas y excluyentes) que puede adoptar la regla de precedente en sentido estricto: *a)* una regla de precedente vinculante, *b)* una regla de precedente como admisión y *c)* una regla de precedente como rechazo. Se subraya que la forma que adopte la regla de precedente en sentido estricto es contingente en cada ordenamiento jurídico. Se finaliza argumentando que, bien sea por las razones conceptuales asociadas a la noción de normas de competencia o por la centralidad del principio de legalidad, lo cierto es que en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplen las condiciones para crear, modificar y aplicar precedentes judiciales se debe entender que existe implícitamente una regla de precedente como rechazo.

II. TIPOS DE NORMAS

Los ordenamientos jurídicos están compuestos por dos tipos de normas: normas prescriptivas (*v. gr.* la norma que obliga a usar mascarilla) y normas constitutivas (*v. gr.* la norma jurídica que establece las condiciones para realizar un testamento). Las normas prescriptivas son aquellas que se encargan de dirigir la acción, exigiendo o permitiendo la realización (o no realización) de determinados tipos de acción. Así, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas en espacio público, la obligación de presar servicio militar o la facultad de transitar por las vías públicas son ejemplos de este tipo de normas. Las normas constitutivas, por otra parte, son aquellas que definen ciertos estados de cosas, y dentro de las cuales resultan fundamentales aquellas que establecen las condiciones para la identificación, creación y aplicación de otras normas. Son ejemplos de normas constitutivas las normas civiles que definen las condiciones para realizar testamentos, o las normas constitucionales que establecen las condiciones para hacer leyes o reformas constitucionales.²

En la explicación de las normas prescriptivas es indispensable diferenciarlas de las normas sancionatorias. Una cosa es que el dere-

² Esta distinción ha sido planteada, con diferencias en detalles que no resultan relevantes para este trabajo, en Hart (1994) y Von Wright (1963).

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

cho exija una conducta (*v. gr.* la obligación de usar mascarilla) y otra distinta que el derecho contemple sanciones como estrategia para motivar a los individuos a cumplir con el deber (*v. gr.* una multa, el arresto o, incluso, sanciones positivas o premios). Las normas prescriptivas son normas conceptualmente independientes de las normas sancionatorias, por lo que es posible una acción prescrita sin una sanción (Raz, 1990). Por el contrario, las normas que establecen sanciones tienen una dependencia conceptual y justificatoria con las normas prescriptivas. Para que exista una sanción por realizar la conducta Φ es porque existe una prescripción de no realizar Φ . Por lo tanto, no tiene sentido afirmar que existe una sanción jurídica por hacer Φ si no existe una norma prescriptiva que exige no hacer Φ (Pulido, 2019).

Para ejemplificar esta explicación, imaginemos la siguiente situación: un decreto expedido en el marco de la emergencia causada por el covid-19 establece que “es obligatorio usar mascarilla en todos los lugares públicos”, y que “quien incumpla esta prohibición será multado con hasta 60 días de salarios mínimos legales vigentes”. En este ejemplo, es sencillo distinguir entre (1) el deber creado en la ley, a saber: la obligación de usar mascarilla, y (2) la sanción, en este caso la multa. Por lo dicho, existe una separación conceptual entre (1) y (2). Imaginemos que el gobierno ha decidido ahora que quien incumpla con la obligación tendrá una prisión de cuatro a cinco años (es decir, deroga la multa y establece la prisión como sanción). Al modificar (2), *i. e.* al derogar la multa y crear la pena de prisión, no está modificando (1). En otros términos, si bien es cierto que se está modificando la sanción, el deber continúa siendo el mismo: usar mascarilla. Supongamos ahora que la sanción (*i. e.* la pena de prisión) es declarada inconstitucional por el tribunal constitucional, quien, además, tiene competencia para expulsar del ordenamiento jurídico a las normas inconstitucionales. Pues bien, ese tribunal, en efecto, declaró inconstitucional esa norma por considerarla desproporcionada y, en consecuencia, la expulsó del ordenamiento jurídico.

Como se ve, la expulsión de la norma que establece la sanción no es una condición ni necesaria ni suficiente para argumentar que no existe la obligación legal de usar mascarilla. De hecho, a pesar de que la sanción esté derogada, no significa que ahora esté permitido

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

no usar mascarilla. Es más: las autoridades de policía podrán continuar exigiéndole a los transeúntes que usen la mascarilla o podrán establecerse restricciones al acceso a ciertos lugares para aquellos que no usen la mascarilla. Estas decisiones no serían válidas en caso de que no existiera el deber de usar mascarilla. En este orden de ideas, en la explicación de las normas prescriptivas es necesario diferenciar entre el fundamento de la exigencia de determinadas conductas y las eventuales sanciones que puede disponer el ordenamiento jurídico para motivar el cumplimiento de esas exigencias. Ni la explicación de las sanciones se puede reducir a la explicación de los deberes ni los deberes se pueden reducir a la explicación de sanciones.

Desde luego que existen importantes relaciones entre las normas prescriptivas y las normas sancionatorias. Sin embargo, las sanciones jurídicas no pueden ser conceptualizadas como un elemento necesario de las prescripciones jurídicas. En realidad, son las normas que establecen sanciones las que dependen de la existencia de normas prescriptivas. Existe, eso sí, una relación justificatoria: la existencia de un deber jurídico debe formar parte de la justificación de la existencia de una sanción jurídica. Aun cuando un deber no sea una razón suficiente para la existencia de una sanción, la existencia de una sanción supone un deber que tiene la capacidad de justificar la sanción.

Por otro lado, como se mencionó antes, las normas constitutivas son aquellas que definen o posibilitan ciertos estados de cosas, y dentro de las cuales resultan fundamentales aquellas que establecen las condiciones para la identificación, creación y aplicación de normas (Bulygin, 1992). Las normas constitutivas no prescriben acciones (*i. e.* no obligan ni prohíben acciones), sino que se encargan de definir ciertos estados de cosas (*v. gr.* la definición de adulto o de mayorías parlamentarias) o de posibilitar la realización de actos (*v. gr.* una reforma constitucional o los estatutos de una sociedad comercial). Ahora bien, las normas constitutivas cumplen distintas funciones. En primer lugar, todos los sistemas jurídicos contemplan una norma (o, si se quiere, una serie de normas) que definen las condiciones básicas de validez. En otros términos, los ordenamientos jurídicos contienen sus propios fundamentos de validez (norma

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

denominada por Hart con el nombre “regla de reconocimiento”). Simplificando la cuestión, diríamos —por ejemplo— que la regla de reconocimiento en Colombia establece que es derecho válido lo que la Constitución disponga o autorice: la norma N es derecho colombiano si y solo si a) es dispuesta por la Constitución, o b) esté conforme a las condiciones de validez definidas por la Constitución.

El segundo tipo de normas constitutivas son las normas de competencia (o reglas que confieren potestades); esto es, las normas que establecen las condiciones para proferir válidamente actos jurídicos. En estos términos, las normas de competencia hacen posible la producción de actos válidos. En este punto conviene subrayar una estipulación terminológica. El término “acción” se emplea para referirse a los comportamientos que son regulados por las reglas primarias (fumar, usar cinturón de seguridad, matar a una persona, circular con vehículos de tracción animal, etcétera). Por su parte, el término “acto” se refiere a los comportamientos (y sus productos) que son posibles gracias a las reglas de competencia. A diferencia de las normas prescriptivas que exigen acciones (*v. gr.* si una norma establece la prohibición de fumar, entonces existe una razón que exige no fumar), las normas de competencia son razones que hacen posible la realización de determinados actos; esto es, comportamientos destinados a crear, cambiar o aplicar normas; *v. gr.* leyes, contratos, decretos, reformas constitucionales o decisiones judiciales (Ferrer-Beltrán, 2000).

Las normas de competencia, por tanto, establecen las condiciones de validez de los actos normativos. Por lo mismo, un acto normativo (como hacer una ley, un contrato o dictar una sentencia) es válido siempre que se cumplan las condiciones definidas en la norma de competencia. Así las cosas, si un operador jurídico no cumple con las condiciones definidas en las normas de competencia, entonces sus actos no son válidos. Por ejemplo, si la Constitución le otorga la competencia a la Corte Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y expulsarlas del ordenamiento jurídico mediante sentencia aprobada por la mayoría absoluta de sus miembros, entonces, si esa Corte no cumple con ese requisito su acto es inválido. Así las cosas, es fácil entender que los ordenamientos jurídicos no sólo exigen u obligan *acciones* (*i. e.* mediante normas prescriptivas),

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

sino que constituyen la validez de ciertos *actos normativos* al cumplimiento de las condiciones definidas en las normas de competencia. Las normas de competencia, por tanto, resultan fundamentales en los sistemas jurídicos, entre otras cosas, porque el ejercicio válido de los poderes o potestades de sus autoridades están vinculados al cumplimiento de ellas. Estas normas, en definitiva, configuran y hacen posible el ejercicio válido de esos poderes (Ferrer-Beltrán, 2000).

En los sistemas jurídicos existen dos tipos principales de normas de competencia: las normas de cambio y las normas de adjudicación (Hart, 1994). Las normas de cambio son las normas que establecen las condiciones para crear, modificar o derogar otras normas. Son, en otras palabras, normas que posibilitan que determinados individuos puedan realizar actos para introducir nuevas reglas, modificarlas o expulsarlas. Veamos un ejemplo: el artículo 150 de la Constitución colombiana consagra que “[c]orresponde al Congreso hacer las leyes”, y por medio de ellas puede “[e]xpeditar códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”. Las normas de adjudicación, por otra parte, son normas de competencia que establecen las condiciones de validez de los actos jurídicos para aplicar las normas con valor de autoridad. Un caso paradigmático de estas normas son las que constituyen la función judicial. Así, por ejemplo, es una regla de adjudicación la norma que define la competencia para resolver las demandas de inconstitucionalidad en contra de actos reformativos de la Constitución en Colombia. De conformidad con el artículo 241 de la Constitución colombiana, corresponde a la Corte Constitucional “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución... sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

Existen otro tipo de normas constitutivas que se limitan a definir conceptos jurídicos correlacionando entre distintos estados de cosas, supuestos o casos (Alchourron y Bulygin, 1974). Este tipo de normas se pueden denominar como “normas conceptuales”. En el Código Civil colombiano existen varios ejemplos de estas normas. El artículo 34 define que el infante o niño es “todo el que no ha cumplido siete años”; es impúber “el que no ha cumplido catorce años”;

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

adulto, el que ha cumplido dieciocho años y “menor de edad, el que no ha llegado a cumplirlos”. Obsérvese que esa norma no prescribe acciones; tampoco define competencias ni establece (por lo menos directamente) condiciones de validez. Lo que hace esa norma es definir correlaciones entre ciertos términos jurídicos (*v. gr.* impúber) y determinados estados de cosas (ser humano menor de catorce años y mayor de siete años). No sobra advertir que la función de estas normas es darle precisión conceptual a los términos que son empleados en el ordenamiento jurídico para formular normas. Así, por ejemplo, gracias a que existe una norma conceptual que define quién es mayor de edad, sabemos quiénes son los seres humanos que tienen capacidad para realizar ciertos actos jurídicos. Asimismo, en la caracterización de la regla de precedente podemos encontrar también algunos ejemplos de normas conceptuales, como la que define qué se entiende por “precedente vertical”.

III. LA REGLA DE PRECEDENTE

Los precedentes judiciales son normas generales originadas en una decisión judicial que resultan relevantes para la toma de decisiones jurídicas. La regla de precedente, por otro lado, es la norma de los ordenamientos jurídicos cuya función es definir las condiciones para identificar, dictar y seguir los precedentes judiciales. En realidad, la regla de precedente es un complejo de normas en las que resultan básicas una serie de normas constitutivas sobre las competencias para la creación y aplicación de los precedentes judiciales. Álvaro Núñez Vaquero (2021) ha sido quien mejor ha subrayado sobre la naturaleza constitutiva de la regla de precedente. La regla de precedente no implica la prescripción de acciones, sino la definición de condiciones de validez sobre la creación, seguimiento y aplicación de los precedentes judiciales.

Ahora bien ¿es la regla de precedente una norma necesaria o contingente de los sistemas jurídicos?, y ¿no puede la regla de precedente contemplar prescripciones? Para responder estas preguntas, diferenciaré en lo que sigue entre *regla de precedente en sentido amplio* y *regla de precedente en sentido estricto*. En sentido amplio, la

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

regla de precedente se refiere a la norma del sistema jurídico que configura el funcionamiento de los precedentes. Por otro lado, la regla de precedente en sentido estricto se refiere las distintas formas (exhaustivas y excluyentes) que puede adoptar esa norma en cada ordenamiento jurídico. En sentido estricto, la regla de precedente puede adoptar tres formas fundamentales: *a)* una regla de precedente vinculante, *b)* una regla de precedente como autorización, y *c)* una regla de precedente como rechazo. Estas formas de regla de precedente son exhaustivas, toda vez que agotan las posibilidades de regulación de la relevancia de los precedentes judiciales en el ordenamiento, y son excluyentes, porque en caso de que sea verdad que exista una de esas reglas resultaría contradictoria, al mismo tiempo, una de las otras formas de regla de precedente para el mismo tipo de precedentes judiciales.

a) La regla de precedente vinculante. La regla de precedente es vinculante en el sentido que al establecer que los precedentes judiciales se constituyen en una condición de validez de los actos de los operadores jurídicos. En desarrollo de esta idea, resulta fundamental diferenciar entre i) el carácter vinculante, y ii) el carácter obligatorio de los precedentes judiciales. En palabras de María Beatriz Arriagada, los precedentes judiciales son vinculantes siempre que se constituyan en condición necesaria para la validez de un acto (paradigmáticamente una decisión judicial). En tanto el precedente judicial obligatorio se constituye en condición necesaria de la validez de un acto, no seguir el precedente judicial es una condición suficiente para la invalidez de los actos vinculados (Arriagada, 2021).

Ahora bien, afirmar la existencia de una regla de precedente vinculante no es condición suficiente para concluir que existe una regla de precedente obligatorio (en otras palabras, sostener el carácter vinculante del precedente no implica que el precedente sea obligatorio). Las normas constitutivas, como se dijo antes, definen las condiciones de validez de los actos (*v. gr.* de las decisiones judiciales). La consecuencia de incumplir estas condiciones es la invalidez del acto. Por lo tanto, la regla de precedente es vinculante en tanto condiciona la validez de ciertos actos (Núñez, 2021). Afirmar que la regla de precedente es obligatoria significa otra cosa: la prescrip-

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

ción de realizar una acción por parte de los sujetos obligados. Mientras que el carácter vinculante de la regla de precedente apunta a las condiciones de validez de los actos (*v. gr.* una decisión judicial), lo obligatorio apunta a la acción del individuo (*v. gr.* un juez) que debe realizar ese acto.

Una de las fuentes para la confusión entre vinculación y obligación está relacionada con la noción hartiana de reglas secundarias. Con el término “regla secundaria” se hace referencia a las normas constitutivas de los sistemas jurídicos; esto es, a la regla de reconocimiento, a las normas de competencia y a las normas conceptuales. La denominación de “normas secundarias” obedece a la idea de que el objeto de esas normas (como las normas de competencia) no son acciones, sino otras normas (esto es, son normas sobre normas). Sin embargo, existe una ambigüedad en el concepto de normas secundarias que es mejor evitar. Las normas constitutivas, como se ha dicho, son *normas secundarias* —esto es, son normas sobre normas— en el sentido que definen las condiciones para identificar, crear, modificar, derogar o aplicar válidamente otras normas. Estas normas no exigen acciones, sino que contienen las condiciones de validez para proferir ciertos actos o definen las características de ciertos conceptos jurídicos. Sin embargo, la noción de *normas secundarias* puede emplearse también para designar un fenómeno distinto, a saber: aquellas normas cuyo objeto es *prescribir la producción de ciertos actos* para la creación o aplicación de normas.

Veamos un ejemplo. La función judicial es definida por una serie de reglas secundarias que precisan las condiciones para proferir válidamente decisiones judiciales. Esas normas definen los jueces competentes, los procedimientos y demás formas para proferir actos jurisdiccionales válidos. Pero los sistemas jurídicos suelen complementar la regulación de la función judicial con normas que obligan a decidir los casos y, por tanto, a proferir decisiones judiciales (*v. gr.* mediante el principio de inexcusabilidad).³ También existen otras reglas que prohíben a los jueces dictar actos jurisdiccionales

³ El artículo 42 del Código General del Proceso colombiano establece que es obligación de los jueces decidir los litigios y dictar las providencias dentro de los términos legales.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

en contra de la ley, contemplando incluso sanciones penales y disciplinarias para los casos de violación a esa prohibición.⁴

Con el propósito de evitar las confusiones que pueden ser generadas por esta ambigüedad, resulta conveniente distinguir entre normas constitutivas (aquellas reglas secundarias que definen las condiciones para identificar, crear o aplicar válidamente normas) y *normas prescriptivas de segundo orden* (esto es, las normas que exigen la creación o aplicación de ciertas normas). Las primeras vinculan a las autoridades jurídicas, porque la validez de sus actos depende del cumplimiento de las condiciones definidas en las reglas secundarias. Las segundas obligan a las autoridades jurídicas en el sentido que exigen la realización de acciones destinadas a preferir ciertos actos (*v. gr.* la obligación de dictar decisiones judiciales dentro de los términos legales). En desarrollo de esta distinción, la regla de precedente vinculante supone que los precedentes judiciales condicionan la validez de ciertos actos a su seguimiento. Pero es también posible (aunque contingente a la noción misma de regla de precedente vinculante) que la regla de precedente contenga normas prescriptivas de segundo orden que exigen comportamientos y que, incluso, puedan estar complementadas con sanciones.

Por lo tanto, la existencia de normas prescriptivas de segundo orden en la regla de precedente no es una consecuencia de su carácter vinculante. No es cierto que las normas que vinculen también obliguen (o prescriban). Lo que ocurre es que, por general, los operadores jurídicos no sólo están vinculados al derecho vigente, sino que además tienen la obligación de aplicarlo. Es por esta razón que los teóricos del derecho han observado que los ordenamientos jurídicos suelen complementar las normas de competencia (como las que existen en la regla de precedente vinculante) con normas prescriptivas de segundo orden acerca de cómo emplear esas competencias

⁴ El delito de prevaricato, por ejemplo, establece que “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses” (artículo 413 del Código Penal colombiano).

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

(Núñez, 2020). Pero lo cierto es que pueden existir en los ordenamientos jurídicos normas prescriptivas de segundo orden que obliguen a los operadores jurídicos a usar la regla de precedente en el ejercicio de sus competencias (Pulido, 2018).

b) *La regla de precedente como admisión*. La segunda forma que puede adoptar la regla de precedente es aquella en la que se admite que los operadores jurídicos empleen los precedentes judiciales en la justificación de sus actos, pero sin establecer que los precedentes condicionan la validez de esos actos. En este contexto, la regla de precedente admite el uso de los precedentes judiciales, pero sin vincular, es decir, sin condicionar la validez de los actos al seguimiento de los precedentes judiciales. Un ejemplo conocido de este tipo de regla de precedente es la eventual regulación del uso de los precedentes verticales descendentes. Este puede ser el caso de un sistema jurídico que admita que la Corte Suprema de Justicia emplee en la justificación de sus decisiones los precedentes de un juez o tribunal inferior sin que este uso se constituya en condición de validez de la decisión.

Álvaro Núñez piensa que la regla de precedente como admisión implica que “la regla de precedente califica como facultativo el uso de precedentes”, lo que lleva a impedir que se anule “la decisión que sigue (o no) un precedente”. Para él, este tipo de regla debe ser descartada de la explicación, porque “no permite distinguir entre comportamientos relevantes e irrelevantes desde el punto de vista institucional”. Argumenta que incluso en los ordenamientos jurídicos en los que se tiene admitido que el no seguimiento a los precedentes judiciales “no constituye en una razón para la anulación de la sentencia, ello no implica que sea irrelevante para la justificación de la decisión”. Concluye que en esos ordenamientos jurídicos “el uso del precedente constituye, al menos, una razón en favor de la justificación de la sentencia” (Núñez, 2021, pp. 345 y 346).

La explicación de Núñez incurre en dos imprecisiones. En primer lugar, la regla de precedente como admisión implica que el uso de los precedentes no afecta la validez de los actos de los operadores jurídicos, pero no implica que la acción de usar precedentes sea facultativa. Lo que ocurre es que generalmente cuando el uso de precedentes judiciales no afecta la validez de la decisión suele ocurrir

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

que la acción de usar precedentes está, además, permitida. Sin embargo, las condiciones de validez del acto y la permisión de la acción son cuestiones distintas. De hecho, podríamos imaginar un sistema jurídico en el que un código legal de conducta judicial prohíbe a los jueces el uso de —por ejemplo— precedentes extranjeros. En aquellas situaciones en las que los jueces incumplen esa prohibición (*i. e.* la acción de usar precedentes extranjeros) la consecuencia es calificación negativa en el procedimiento de evaluación dentro de la rama judicial. Pero, de cualquier manera, es posible que el uso de esos precedentes no afecte la validez de las decisiones judiciales.

La regla de precedente como admisión, por lo tanto, no es lo mismo que afirmar que existe un permiso para usar el precedente en tanto no es obligatorio ni prohibido. Como se explicó antes, la regla de precedente es una norma constitutiva, toda vez que configura o define el funcionamiento normativo de los precedentes judiciales. En este sentido, la regla de precedente no apunta a la regulación de las acciones de los jueces y otros operadores jurídicos (permitiendo o no permitiendo ciertas acciones), sino constituyendo el ejercicio válido de sus actos. No sobra recordar que, incluso, es conceptualmente posible que un acto sea válido pero que la acción de realizarlo sea prohibida. En muchos sistemas jurídicos la venta de la cosa ajena es un acto válido (generalmente para proteger los intereses de terceros de buena fe), pero también puede ser prohibido y sancionado por normas penales o de policía.

En segundo lugar, no es cierto que la regla de precedente como admisión no permita distinguir entre comportamientos institucionalmente relevantes e irrelevantes. Ya quedó claro que esta forma de regla de precedente no apunta necesariamente a la acción de usar precedentes, sino a la validez de los actos en los que se empujan precedentes en su justificación. Como ya se ha dicho, la validez de los actos depende de las normas de competencia que los constituyen (por ejemplo, la validez de una decisión judicial depende de las normas de competencia que otorgan al juez el poder de proferir ese acto). El ordenamiento jurídico controla además el tipo de fuentes de razones que afectan la validez de los actos normativos institucionales. En el caso de la regla de precedente como autorización, lo que ocurre es que, como el propio Núñez lo afirma, el uso de los

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

precedentes no se constituye “en una razón para la anulación de la sentencia”. Por último, no encuentro que sea necesariamente cierta la afirmación según la cual “el uso del precedente constituye, al menos, una razón en favor de la justificación de la sentencia”. Puede ser el caso que para el derecho este uso sea irrelevante para la justificación legal de la decisión, pero que lo autorice por otros motivos (*v. gr.* para respetar la independencia y autonomía judicial).

c) *La regla de precedente como rechazo.* La tercera forma de regla de precedente se caracteriza por establecer que el uso de precedentes judiciales afecta la validez de los actos. En este contexto, la regla de precedente establece que si en la justificación de un acto se emplea un precedente judicial, entonces existe una razón para invalidarlo. Cross y Harris ilustran este tipo de regla de precedente recurriendo a un ejemplo del derecho francés. El artículo 5o. del Código Civil francés dispone que los jueces no pueden establecer reglas generales en sus decisiones, y en desarrollo de esta norma se supone que son inválidas las decisiones que se fundamenten en ese tipo de normas (Cross & Harris, 2012, p. 36).

Al igual que las otras formas, la regla de precedente como rechazo es una norma constitutiva; pero en ese caso establece que el uso de precedente afecta negativamente la validez de los actos. Esta forma de regla de precedente no implica, desde luego, que el uso de precedente sea una acción prohibida. Desde luego que puede ser el caso que se consagren normas *prescriptivas de segundo orden* que prohíban la realización de actos que empleen precedentes judiciales en su justificación. En todo caso, lo fundamental en la configuración de la regla de precedente —se reitera una vez más— es su naturaleza de regla constitutiva. En este orden de ideas, la regla de precedente como rechazo implica que el uso de los precedentes afecta la validez de los actos respectivos.

En resumen, la regla de precedente en sentido amplio es una regla constitutiva que define sobre la configuración de los precedentes judiciales en el ordenamiento jurídico. En sentido estricto la regla de precedente puede configurarse de tres formas: una regla de precedente vinculante, una regla de precedente como admisión y una regla de precedente como rechazo. La regla de precedente puede complementarse con normas prescriptivas de segundo orden que exigen

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

o prohíben el uso (seguimiento o aplicación) de los precedentes judiciales. Pero lo cierto es que ninguna de las formas de regla de precedente en estricto sentido implica la existencia de alguna forma de norma prescriptiva de segundo orden.

IV. ¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

La regla de precedente en sentido amplio es la regla del ordenamiento jurídico que configura el funcionamiento de los precedentes judiciales. La regla de precedente en sentido estricto se refiere a las formas en que se puede implementar la regla de precedente en cada ordenamiento jurídico. Así, en sentido estricto, esta regla puede adoptar tres formas: *a)* una regla de precedente vinculante, *b)* una regla de precedente como admisión, y *c)* una regla de precedente como rechazo. En la primera, los precedentes se constituyen en una condición necesaria para la validez de los actos de los operadores jurídicos. En la segunda forma, la regla de precedente admite el uso de precedentes judiciales sin vincular, es decir, sin condicionar la validez de los actos. En la tercera, la regla de precedente rechaza el uso de los precedentes judiciales en el sentido que su uso afecta la validez de los actos jurídicos.

En cualquier caso, la regla de precedente comprende normas de competencia. Al respecto, la regla de precedente contiene —en los términos de Hart— normas de cambio y normas de adjudicación. Las primeras definen las condiciones para dictar válidamente precedentes judiciales (o la denegación de ese poder en el caso de la regla de precedente como rechazo). Las segundas definen las condiciones para controlar el seguimiento de precedentes (en el caso de la regla de precedente vinculante) o para controlar que no se usen precedentes (en el caso de la regla de precedente como rechazo).⁵ En relación con esto último, Arriagada Cáceres (2021, pp. 387-389) sostiene que es un error afirmar que la regla de precedente incluye una norma de adjudicación. Argumenta que los tribunales que apli-

⁵ Esto es lo que Álvaro Núñez vaquero denomina norma de competencia para controlar el seguimiento de precedentes (2021).

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

can los precedentes están vinculados a la regla de precedente; pero como la otra cara de la competencia es la sujeción, no se puede afirmar que tengan la competencia de aplicar precedentes sino, justamente, la sujeción.

Tiene razón Arriaga Cáceres al afirmar que la regla de precedente involucra necesariamente la regulación de la competencia de dictar precedentes (una norma de cambio). Pero se equivoca al sostener que el uso de ese poder implique la vinculación de autoridades (*v. gr.* jueces o tribunales) a ese precedente. En efecto, en el caso de la regla de precedente como admisión, los jueces no estarían vinculados a los precedentes judiciales. En este caso existe una admisión de que los jueces empleen los precedentes creados según la regla de precedente, pero no se encuentran vinculados, toda vez que la negación de sus usos no afecta la validez del acto respectivo. Podría pensarse que la tesis de Arriagada Cáceres se limita a los casos de la regla de precedente vinculante y que, en este contexto, no existe una competencia de aplicar precedentes judiciales, sino una sujeción a ello. Sin embargo, y como se ha señalado desde el inicio de este trabajo, es indispensable diferenciar entre la regla de precedente y los precedentes judiciales.

De acuerdo con esto, cuando el tribunal X dicta el precedente P, el tribunal Y queda vinculado a P (en virtud, claro está, de la regla de precedentes). Pero, además, tiene la potestad de aplicar autoritativamente P en el caso C. Esta potestad es otorgada por la norma de adjudicación que conforma la regla de precedente, y no por el precedente P. Esto demuestra que, aun cuando es cierto que el tribunal Y está vinculado al tribunal X en relación con el precedente P, también lo es que tiene la competencia de aplicar autoritativamente P al caso C en virtud de la regla de precedente. En el contexto de la regla de precedente vinculante, es cierto que el ejercicio de la potestad de dictar precedentes implica la sujeción al precedente por parte de ciertos operadores jurídicos: cuando el tribunal X dicta un precedente P, entonces vincula al tribunal Y. Pero el tribunal Y tiene también la competencia de aplicar autoritativamente el precedente P con relación al caso C. La decisión del tribunal Y en el caso C, además, vincula a las partes correspondientes. La regla de precedente, por lo tanto, no sólo define las condiciones de la sujeción del tribunal Y al prece-

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

dente P, sino que también define las condiciones en que el tribunal Y puede válidamente aplicar P en C para vincular a las partes del caso (en una palabra, la regla de precedente como norma de adjudicación no sólo confiere la potestad de aplicar los precedentes a un caso, sino que establece las condiciones para proferir válidamente un acto autoritativo de aplicación de esos precedentes).

La regla de precedente, por tanto, involucra normas de competencia para la creación y aplicación válida de precedentes judiciales. De acuerdo con esto, volvamos con la pregunta ¿es la regla de precedente es una norma necesaria o contingente de los sistemas jurídicos? La respuesta es que la regla de precedente en sentido amplio (aquella regla del ordenamiento jurídico que configura el funcionamiento de los PJ) es una regla necesaria de los ordenamientos jurídicos. Por el contrario, las formas y contenidos de la regla de precedente en estricto sentido son contingentes y dependen de su implementación en cada ordenamiento jurídico. La regla de precedente en estricto ordenamiento jurídico adopta distintas formas, e incluso puede implementar varias de ellas dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

La regla de precedente, en tanto norma constitutiva, define sobre la validez o invalidez en el uso de los precedentes judiciales. Al respecto, existen sólo dos posibilidades: por un lado, los ordenamientos jurídicos a través de su regla de precedente pueden aceptar el uso de los precedentes judiciales. Ahora bien, la aceptación en el uso de los precedentes judiciales puede ser mediante una regla de precedente vinculante o mediante una regla como admisión (sin vinculación). Por el otro lado, la regla de precedente puede rechazar el uso de los precedentes judiciales estableciendo que ello se constituye en una razón para la invalidez de los actos. Como se dijo antes, la regla de precedente en estricto sentido se refiere a la configuración específica de cada una de las formas de regla de precedente en los ordenamientos jurídicos, y esta configuración es contingente a cada uno de ellos. Pero lo cierto es que todos los ordenamientos jurídicos configuran alguna forma de regla de precedente en sentido amplio; existen, desde luego, diversas formas de implementar la regla de precedente en estricto sentido. Así, algunos

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

ordenamientos jurídicos contienen una regla de precedente vinculante, otros admiten el uso (sin vincular) y otros pueden rechazarlo.

Estas formas de regla de precedente son exhaustivas, toda vez que agotan las posibilidades de regulación de la relevancia de los precedentes judiciales en el ordenamiento: o bien se admite el uso de precedente o bien se rechaza. Son, además, excluyentes, porque en caso de que sea verdad que exista una de esas reglas, resultaría contradictorio que exista, al mismo tiempo, una de las otras formas de regla de precedente para el mismo tipo de precedentes judiciales. Así, por ejemplo, si la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Suprema es vinculante respecto de las decisiones de los jueces y tribunales, entonces resulta contradictorio afirmar que el uso de esos precedentes no afecta la validez de las decisiones o que su uso las invalida. Otra cuestión es que dentro de un mismo ordenamiento jurídico se implementen distintas formas o tipos de regla de precedente (v. gr. regla de precedente vinculante para los precedentes judiciales de ciertas autoridades judiciales, pero regla de precedente como admisión para los precedentes de otras).

De acuerdo con lo anterior, la regla de precedente en sentido amplio existe, al menos de forma implícita, en todos los ordenamientos jurídicos. ¿Quiere decir esto que no existen lagunas jurídicas en relación con la configuración del precedente? Para responder esta pregunta, recuérdese nuevamente que la regla de precedente es la norma constitutiva que configura el funcionamiento de los precedentes. Dentro de las normas constitutivas contenidas en la regla de precedente existen normas de competencia que definen, entre otras cosas, los poderes normativos para crear o aplicar los precedentes judiciales. Una característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es que los poderes o potestades de sus autoridades están definidos (o constituidos) en normas jurídicas (normas de competencia) que configuran y hacen posible el ejercicio válido de esos poderes.

Como se explicó antes, la regla de precedente es una norma constitutiva en la que se establecen, justamente, las condiciones para la identificación, creación y aplicación válida de precedentes judiciales. La regla de precedente está conformada, en realidad, por una serie de normas constitutivas (entre ellas, normas de competencias

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

y conceptuales) sobre el uso válido de los precedentes judiciales. La regla de precedente, por lo tanto, está conformada por una serie de normas que constituyen las formas válidas de crear, identificar y aplicar los precedentes judiciales.⁶

De cualquier manera, la noción de regla de competencia resulta fundamental en la explicación de la regla de precedente. El concepto “precedente judicial” supone que existen normas creadas judicialmente que son relevantes para resolver ciertos. De hecho, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos son regla de precedente vinculante existe una potestad fundamental: el poder de los jueces de crear normas generales en sus decisiones judiciales (Komarek, 2013).⁷ En estos contextos, la regla de precedente contiene una norma que define las competencias para dictar precedentes; esto es, la definición del ejercicio válido del poder de crear las normas que constituyen los precedentes (Gómora Juárez, 2018) y la norma que condiciona la validez de otros actos al seguimiento de precedentes judiciales (Núñez Vaquero, 2021). La regla del precedente como admisión, por otro lado, implica que existe una norma de competencia que admite el ejercicio válido del poder de crear precedentes y una norma de competencia (una regla de adjudicación) que concede el uso de los precedentes judiciales por parte de los operadores jurídicos. Por último, en la regla de precedente como rechazo, lo que ocurre es que, como norma de competencia, se niega el poder de dictar precedentes y de usarlos.

Teniendo en cuenta la relación que existe entre la regla de precedente y las reglas de competencia, debe remarcarse que el ejercicio válido de los poderes normativos (y dentro de ellos el crear y aplicar precedentes judiciales) por parte de las autoridades depende de una

⁶ Aun cuando es cierto que la regla de precedente contiene reglas secundarias, no todas esas reglas constitutivas son de competencia, porque algunas son normas puramente conceptuales (*v. gr.* la definición de precedente vertical).

⁷ Conceptualmente es posible que exista una regla de precedente vinculante sin una norma de competencia para la creación de precedentes. Este sería el caso de un ordenamiento jurídico que establezca que sólo los precedentes del pasado vinculan a las decisiones, pero que los jueces actuales no tienen la competencia de crear nuevos precedentes. Agradezco a Álvaro Núñez Vaquero por alertarme acerca de esa posibilidad.

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

norma que los haga posible. Esto quiere decir que en caso de que no exista una norma de competencia para la creación de precedentes judiciales, entonces debe suponerse que los jueces no tienen el poder de crear o aplicar precedentes, y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico no admite que los jueces dicten precedentes o que los empleen para justificar sus decisiones. Si no existe una norma que defina las condiciones en que los precedentes judiciales vinculan o que acepte su uso (esto es, que al menos admita la aplicabilidad de los precedentes judiciales), entonces debe suponerse que el ordenamiento jurídico no reconoce el uso válido (ni la aplicabilidad) de los precedentes judiciales.

Podría discutirse que estas condiciones para el ejercicio de poderes de las autoridades son accidentales y que, por tanto, la regla de precedente en sentido amplio es contingente sobre el supuesto de que puede ser el caso en el que no existan normas que admitan ni rechacen el uso de los precedentes judiciales (*i. e.* una laguna de regla de precedente). Pero para sostener esta idea tendría que negarse que un elemento necesario para la explicación de los poderes jurídicos (incluidos desde luego los poderes normativos de los jueces) es la existencia de normas de competencia. Debe remarcarse que la función de esas normas es hacer posible el ejercicio de los poderes jurídicos (como el de crear o aplicar precedentes judiciales con autoridad institucional). En otras palabras, no es posible el ejercicio de un poder jurídico (menos el de una autoridad pública como lo son los jueces) sin la existencia de una norma de competencia que lo constituya. Toda vez que la creación y el uso de precedentes en decisiones institucionales son ejercicio de poderes jurídicos, entonces si no existe norma de competencia que los haga posibles debe suponerse que son rechazados.

Además, en la explicación del ejercicio de los poderes públicos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos es central el principio de legalidad; esto es, el principio de acuerdo con el cual son válidos los actos de los poderes públicos que sean efectuados conforme a las reglas de competencia, y, en consecuencia, que son inválidos los actos de los poderes públicos realizados por fuera o en contra de esas normas (Guastini, 2001, p. 123). Dada la centralidad del principio en las prácticas jurídicas, la explicación de las condiciones de validez del

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

ejercicio de los poderes públicos —por lo menos en el contexto de un estado de derecho— depende de las normas que hacen posible estos poderes. El principio de legalidad de los poderes públicos busca asegurar que los actos de las autoridades se justifiquen conforme a criterios previa y públicamente definidos en normas jurídicas, y no sobre la base de las creencias de los funcionarios (Waldron, 2020).

Además, el principio de legalidad de los poderes públicos es esencial para el Estado de derecho (*rule of law*). El Estado de derecho supone, por tanto, una serie de condiciones a la posibilidad del ejercicio de un poder público e institucional. En particular, este principio requiere que las normas jurídicas sean claras, públicas y estables; que las autoridades demanden conductas posibles de cumplir; que las actuaciones de las autoridades públicas sean definidas y guiadas por normas jurídicas públicas y previas, y que los procesos jurídicos (y en especial los judiciales) sean adelantados por autoridades competentes, independientes y neutrales (Fuller, 1964). Un elemento fundamental del Estado de derecho es la existencia de reglas que definen las competencias y limiten a los poderes públicos. Estas reglas definen los procedimientos, las formas y el contenido del ejercicio (válido) de los poderes normativos (Tamanaha, 2012). Así las cosas, el Estado de derecho depende del afianzamiento del marco institucional en el que se desenvuelven los poderes públicos y, por tanto, de las reglas de competencia que delimitan el ejercicio específico de las actuaciones de las autoridades. Es por ello que las Constituciones reconocen principios tales como el de separación de poderes, el de legalidad o el de la función pública. Estos principios tienen como común denominador posibilitar y al mismo tiempo limitar los poderes públicos; o, en otras palabras, concretar los postulados del Estado de derecho en ordenamientos políticos y jurídicos específicos (Strauss, 2018).

En este sentido, es clara la relación entre el principio de legalidad y las normas de competencia. El principio de legalidad exige que los poderes de las autoridades públicas estén definidos y limitados en las normas de competencia.⁸ En este sentido, las normas de compe-

⁸ De hecho, hay autores que defienden la conexión conceptual entre el derecho y el Estado de derecho. Peña Freire afirma que “el concepto de derecho y el Esta-

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

tencia no sólo posibilitan que las autoridades realicen los actos para los cuales esas normas les confieren poderes (legislar, dictar actos administrativos, proferir sentencias, etcétera). Además de ello, las normas de competencia definen a las autoridades, es decir, esas autoridades son lo que sus normas de competencia definen las condiciones de validez de sus actos. Las autoridades sólo pueden proferir actos válidos si lo hacen en ejercicio de los poderes que les son conferidos en las normas de competencia. Obsérvese que la presencia de esas normas de competencia no representa ideales para los órganos públicos (como los jueces). Es decir, las normas de competencia no son valores para calificar a las instituciones legales como buenas o malas, como mejores o peores. Esas normas definen o constituyen a los órganos que hacen parte de los sistemas jurídicos. Las normas de competencia hacen de esas instituciones lo que son, o, en otras palabras, las instituciones jurídicas son lo que las normas de competencia constituyen; un tribunal constitucional, por ejemplo, es lo que sus normas de competencia definan.

El principio de legalidad exige, justamente, que las autoridades jurídicas (jueces, legisladores, administradores, etcétera) estén sometidas a las normas jurídicas. Esta exigencia implica dos cosas. Por un lado, que sus poderes están definidos y regulados previamente en normas jurídicas (normas de competencia), y, por otro lado, que cuando deben resolver situaciones o problemas jurídicos lo hagan de acuerdo con las normas vigentes. La relación definicional que existe entre las autoridades y sus normas de competencia implica, por tanto, que si en estas últimas no se contempla un poder debe concluirse que la autoridad no lo tiene. Por lo tanto, el principio de legalidad (y su estrecha relación con el concepto de normas de competencia) establece una clausura en el sistema de definición de los poderes públicos, de forma tal que sólo es vá-

do de derecho son indisociables, pues el derecho no es sino el conjunto de reglas conforme a las cuales está gobernado el comportamiento de los individuos que se encuentran en un Estado de derecho... Desde esta perspectiva se aprecia claramente que el derecho como sistema jurídico y el Estado de derecho son, en verdad, lo mismo, pues el Estado de derecho no es nada distinto de la situación que se logra cuando el sistema de reglas que forman el derecho gobierna el comportamiento de los individuos" (Peña Freire, 2020, pp. 22 y 23).

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

lido el ejercicio de aquellos poderes contemplados en las normas de competencia.

En síntesis, la necesidad de la regla de precedente es consecuencia del principio de legalidad y de la ineludible existencia de las normas de competencia en la regla de precedente. La necesidad de esas normas de competencia funciona como regla de clausura de los poderes normativos de las autoridades jurídicas en general y de la regla de precedente en particular. Vale la pena aclarar que afirmar el carácter necesario de la regla de precedente es distinto a sostener que no puedan existir indeterminaciones al respecto. En efecto, pueden existir zonas de indeterminación en el contenido preciso de la regla de precedente. Por ejemplo, un caso en que no resulte claro si determinados conjuntos de decisiones judiciales son o no designados por la regla de precedente.

V. CONCLUSIÓN

Existe una distinción básica entre la regla de precedente y los precedentes judiciales. La regla de precedente se refiere a la norma del sistema jurídico que define el funcionamiento normativo de los precedentes judiciales. Los precedentes judiciales, por otro lado, son normas generales originadas en una decisión judicial que resultan relevantes para la toma de decisiones jurídicas. La regla de precedente es un complejo de normas en las que resultan básicas una serie de normas constitutivas sobre las competencias para la creación y aplicación de los precedentes judiciales. La regla de precedente puede complementarse con normas prescriptivas de segundo orden que exigen o prohíben la aplicación o seguimiento de los precedentes judiciales; pero ninguna forma de regla de precedente implica la existencia de norma prescriptiva de segundo orden.

La regla de precedente en sentido amplio se refiere a la regla del ordenamiento jurídico que configura el funcionamiento de los precedentes judiciales. La regla de precedente en sentido estricto se refiere a la forma en que se puede implementar la regla de precedente en cada ordenamiento jurídico. Así, en sentido estricto, esta regla puede adoptar tres formas: a) una regla de precedente vinculante,

¿ES NECESARIA LA REGLA DE PRECEDENTE?

b) una regla de precedente como admisión, y c) una regla de precedente como rechazo. Se concluyó que, bien sea por las razones conceptuales asociadas a la noción de normas de competencia o por la centralidad del principio de legalidad, lo cierto es que en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplan las condiciones para crear, modificar y aplicar precedentes judiciales se debe entender que existe implícitamente una regla de precedente como rechazo.

VI. REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1974), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- ARRIAGADA CÁCERES, M. (2021), “Las dos caras del precedente vinculante”, en NÚÑEZ VAQUERO *et al.*, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CROSS, R. y HARRIS, J. W. (2012), *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons.
- BULYGIN, E. (1992), “On norms of competence”, *Law and Philosophy*, vol. 11, disponible en: <https://doi.org/10.1007/BF01000642>.
- FERRER-BELTRÁN, J. (2000), *Las normas de competencia un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FULLER, L. (1964), *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press.
- GÓMORA JUÁREZ, S. (2018), *Un análisis conceptual del precedente judicial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- HART, H. L. A. (1994), *The concept of law*, P. Bulloch y J. Raz (eds.), 2a ed., Oxford, Clarendon Press.
- NÚÑEZ VAQUERO, A. (2021), “¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)”, en NÚÑEZ VAQUERO, A. *et al.*, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PULIDO-ORTIZ, F. (2018), *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*, Bogotá, Universidad de La Sabana.

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

- PULIDO-ORTIZ, F. (2019), “La fuerza del derecho: sanciones, coerción y coacción”, *Persona y Derecho*, vol. 81, núm. 2, 151-183, DOI: [10.15581/011.81.151-183](https://doi.org/10.15581/011.81.151-183).
- RAZ, J. (1990). *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford.
- STRAUSS, P. L. (2018), *Separation of Powers in Comparative Perspective: How Much Protection for the Rule of Law?* Forthcoming, Oxford University Press book on Comparative Administrative Law, Peter Cane, Herwig Hofmann, and Peter Lindseth (eds.).
- TAMANAH, B. Z. (2012), “The History and Elements of the Rule of Law”, *Singapore Journal of Legal Studies*.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1963), *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul.
- GUASTINI, Riccardo (2001), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara.
- WALDRON, JEREMY, “The Rule of Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020 Edition), ZALTA, Edward N. (ed.), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>.

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS AL MARGEN DE LOS TRABAJOS DE FABIO PULIDO ORTIZ Y SILVIA ZORZETTO*

*ON RULES AND THE USE OF PRECEDENTS: SIDE COMMENTS
ON THE WORKS OF FABIO AND SILVIA ZORZETTO*

Álvaro NÚÑEZ VAQUERO**

Resumen:

Cuando la profesora y directora de la revista *Problema*, Sandra Gómora Juárez, nos propuso a la profesora Marina Gascón Abellán y a mí llevar a cabo una discusión acerca de las teorías y doctrinas del precedente en nuestro contexto, no me pude sentir más contento. Al indudable y reconocido prestigio de la revista *Problema* se sumó la posibilidad de volver a trabajar con la profesora Marina Gascón y hacerlo por primera vez con Sandra Gómora. Además, surgió la oportunidad de volver a discutir con viejos amigos —como Flavia Carbonell, Fabio Pulido, Silvia Zorzetto— sobre cuestiones relativas al precedente, y poder contrastar opiniones con otros nuevos, como Rodrigo Camarena.

En esta ocasión, me corresponde comentar, en particular, los trabajos del profesor Fabio Pulido Ortiz y de la profesora Silvia Zorzetto. Ambos trabajos son de una indudable calidad. El del profesor Pulido Ortiz, de la Universidad de La Sabana de Colombia, es un trabajo de finura y sutileza analítica que entra a discutir, al calor de la teoría del precedente, algunos problemas fundamentales de la teoría del derecho. La profesora Silvia Zorzetto, de la Università Statale di Milano, ha llevado a cabo un reconocimiento analítico y metalingüístico de la práctica de los precedentes en Italia, con especial atención a le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione italiana, de incalculable valor. Ello no sólo por el valor que pueda tener para el estudio de

* Artículo recibido el 30 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 12 de diciembre de 2021.

** Profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Murcia. Correo electrónico: a.nunezvaquero@um.es, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8665-2381>.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

la cultura jurídica (interna) italiana, sino porque su análisis puede ser, al menos en parte, generalizado para dar cuenta de cómo son usados los precedentes en los ordenamientos de *civil law*.

Palabras clave:

Regla del precedente, teoría del precedente, doctrina del precedente, normas constitutivas, trivalencia del precedente.

Abstract:

It filled me with pleasure to be asked by Problema editor-in-chief Sandra Gómora Juárez to lead a discussion on the theories and doctrine on precedent in our context alongside Prof. Marina Gascón Abellán. Besides the undeniable and recognized prestige of the Problema journal, there was also the possibility of working with Prof. Marina Gascón again and with Sandra Gómora for the first time. It was also an opportunity to discuss issues regarding precedent with old friends like Flavia Carbonell, Fabio Pulido and Silvia Zorzetto, and exchange opinions with new ones like Rodrigo Camarena.

On this occasion, I would like to comment specifically on the works of Prof. Fabio Pulido Ortiz and Prof. Silvia Zorzetto, both of which are of unquestionable quality. The article by Prof. Pulido Ortiz of the Universidad de la Sabana in Colombia is a work of analytical finesse and subtlety that discusses some fundamental problems of legal theory from the standpoint of the theory of precedent. Prof. Silvia Zorzetto from Università Statale di Milano has conducted an analytical and meta-linguistic survey of the use of precedents in Italy, particularly at the Italian Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione. This work is priceless not only in terms of its value as a study of (internal) Italian legal culture, but also because the analysis can be generalized, at least in part, to explain how precedents are used in civil law systems.

Keywords:

Rule of Precedent, Theory of Precedent, Doctrine of Precedent, Constitutive Norms, Trivalence of Precedent.

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

SUMARIO: I. *Reglas constitutivas, precedentes autorizados y necesidad de la regla del precedente, según Fabio Pulido Ortiz*. II. *Uso de los precedentes y resignación sobre los precedentes según Silvia Zorzetto*. III. *Referencias*.

I. REGLAS CONSTITUTIVAS, PRECEDENTES AUTORIZADOS Y NECESIDAD DE LA REGLA DEL PRECEDENTE, SEGÚN FABIO PULIDO ORTIZ

El trabajo de Pulido Ortiz es sin duda de una gran sofisticación. Para desentrañarlo, resulta conveniente contextualizar su trabajo, el cual, al menos en cierto sentido, se enmarca en una discusión más amplia conmigo y con la profesora María Beatriz Arriagada Cáceres, de la Universidad Diego Portales de Chile. Dicha discusión comenzó en octubre de 2019 durante un congreso internacional sobre precedentes celebrado en la ciudad de Puerto Montt (Chile), en el que surgieron algunas diferencias especialmente entre Pulido Ortiz, por un lado, y la profesora Arriagada Cáceres y yo mismo, por el otro. La discusión encontró su primer reflejo en el libro colectivo que publicamos posteriormente.¹

Una de las cuestiones que ya empezamos a discutir en aquella ocasión fue la tesis, formulada por Pulido Ortiz, de la necesidad de la regla del precedente; en su opinión, todo ordenamiento jurídico contiene, de manera necesaria, una norma jurídica que establece cómo está regulado el uso de precedentes. Ahora bien, en esta ocasión Pulido Ortiz presenta nuevos argumentos, que es preciso discutir en su mérito específico.

La segunda cuestión en la que Pulido Ortiz incide especialmente en esta ocasión entra directamente en polémica con varias tesis defendidas por mí en Puerto Montt y en la sucesiva publicación. En concreto, Pulido Ortiz critica mi caracterización de la regla del precedente únicamente como una norma que establece condiciones de validez e invalidez de las decisiones posteriores que aplican (o no) el precedente. En su opinión, entre establecer condiciones de vali-

¹ Núñez Vaquero, Á., 2021, Arriagada Cáceres, Ma. B. y Hunter Ampuero, I., *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

dez (por su seguimiento o no seguimiento) para otras decisiones y establecer condiciones de invalidez (por su seguimiento o no seguimiento) para tales decisiones, hay un punto medio: cuando el uso de precedentes está meramente autorizado.

Entre ambas tesis se da una cierta conexión, aunque no de implicación mutua. En particular, dado que Pulido Ortiz sostiene la tesis de la necesidad de la regla del precedente, se ve en la necesidad de sostener la tesis según la cual la regla del precedente considere el seguimiento únicamente como autorizado. Desde luego, ambas tesis pueden ser defendidas por separado, pero dado que Pulido Ortiz considera que hay ordenamientos en los que el seguimiento de precedentes no condiciona la validez de decisiones jurisdiccionales (pero igualmente lo regula), tiene que postular la existencia de este *tertium datur* entre validez e invalidez para sostener que la regla del precedente es una norma necesaria en todos los ordenamientos. Dado que esta conexión no es de mutua implicación entre ambas tesis, me voy a ocupar de cada una de ellas por separado.² Seguiré, en este sentido, el mismo orden en el que el propio Pulido Ortiz viene a presentar sus ideas.

No obstante, y siguiendo el orden de Pulido Ortiz, es necesario hacerse cargo previamente de su caracterización de las normas constitutivas. Su reconstrucción, a primera vista perfectamente correcta, lastra, no obstante, su reconstrucción de los sistemas de precedentes en general, y de la regla del precedente en particular. A saber: precisamente porque considera que las normas constitutivas establecen únicamente condiciones necesarias para la validez de actos jurídicos (y actos normativos) tiene problemas para dar cuenta de cómo toda regla del precedente condiciona la validez de las decisiones jurisdiccionales.

² Ahora bien, para defender la tesis de la necesidad, sí tendrá que defender, como paso conceptual previo, la posibilidad de que el seguimiento de precedentes esté meramente autorizado.

1. *Las normas constitutivas según Pulido Ortiz*

Pulido Ortiz es sumamente claro a la hora de establecer la distinción entre normas constitutivas y normas prescriptivas. En efecto, según Pulido Ortiz,

[l]as normas prescriptivas son aquellas que se encargan de dirigir la acción, exigiendo o permitiendo la realización (o no realización) de determinados tipos de acciones... las normas constitutivas son aquellas que definen o posibilitan ciertos estados de cosas y dentro de las cuales resultan fundamentales aquellas que establecen las condiciones para la identificación, creación y aplicación de normas (Pulido, 2021, p. 4).

La diferencia, por si no fuera clara, la subraya el mismo autor:

Las normas constitutivas no prescriben acciones (*i. e.* no obligan ni prohíben acciones), sino que se encargan de definir ciertos estados de cosas (*v. gr.* la definición de adulto o de mayorías parlamentarias) o de posibilitar la realización de actos (*v. gr.* una reforma constitucional o los estatutos de una sociedad comercial) (Pulido, 2021, p. 6).

A continuación, Pulido Ortiz se encarga de señalar tres diferentes tipos de normas constitutivas: la hartiana regla de reconocimiento, las normas de competencia y las normas puramente definitorias. Nos interesan especialmente las segundas y las terceras. En efecto, aquél define las reglas de competencia como “las normas que establecen las condiciones para proferir válidamente actos jurídicos” (Pulido, 2021, p. 7). Y acto seguido establece una estipulación, distinguiendo entre acciones (“comportamientos que son regulados por las reglas primarias”) (Pulido, 2021, p. 7) y actos (“comportamientos (y sus productos) que son posibles gracias a las reglas de competencia”) (Pulido, 2021, p. 7). Desde luego —afirma Pulido Ortiz—, las normas prescriptivas pueden versar tanto sobre acciones como sobre actos normativos. De este modo, el ordenamiento puede “crear” un nuevo tipo de comportamiento y, acto seguido, considerarlo como obligatorio o, incluso —¿por qué no?—, como prohibido.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

Después de distinguir, en el ámbito de las normas de competencia, entre normas de cambio y normas de adjudicación, Pulido Ortiz presenta las normas puramente conceptuales: aquellas que “se limitan a definir conceptos jurídicos correlacionando entre distintos estados de cosas, supuestos o casos” (Pulido, 2021, p. 8). Estas normas puramente conceptuales, siempre según Pulido Ortiz, no prescriben acciones, tampoco definen competencias ni establecen (por lo menos directamente) condiciones de validez. Lo que hace esta norma —afirma— “es definir correlaciones entre ciertos términos jurídicos (*v. gr.* impúber) y determinados estados de cosas (ser humano menor de catorce años y mayor de siete años)” (Pulido, 2021, p. 8).

A. Algunas cuestiones sobre la reconstrucción de las normas constitutivas

La caracterización de Pulido Ortiz de las normas puramente conceptuales tiene una enorme virtud: ofrece una definición estructural —no únicamente de las normas puramente conceptuales, sino— de toda la familia de las normas constitutivas, aunque no estoy seguro de que esta haya sido la intención de Pulido Ortiz. En efecto, al definir las de manera puramente estructural, correlacionando distintos estados de cosas, eventos o acciones, ha establecido una definición estructural que permite distinguir, en términos generales, las normas constitutivas de las prescriptivas: mientras que las primeras correlacionan dos supuestos de hecho, las segundas correlacionan un supuesto de hecho con un operador deóntico. Ahora bien, esta no es una propiedad sólo de las normas definitivas, sino que puede ser predicada de toda la familia de las normas constitutivas. En efecto, desde un punto de vista estructural, todas las normas constitutivas tienen la misma forma: un caso genérico correlacionado con otro caso genérico.³

Volvamos a su definición general de normas constitutivas, aquella que abarcaría los tres tipos de normas constitutivas: “las normas

³ Moreso, J. J. y Vilajosana, J. Ma., *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, p. 74.

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

constitutivas son aquellas que definen o posibilitan ciertos estados de cosas y dentro de las cuales resultan fundamentales aquellas que establecen las condiciones para la identificación, creación y aplicación de normas” (Pulido, 2021, p. 6). En este punto, con relación a las normas de competencia, Pulido Ortiz es ligeramente ambiguo, pues define aquellas tanto como normas que habilitan a llevar a cabo actos jurídicos, pero también para llevar a cabo actos normativos.

Esta última ambigüedad produce un pequeño problema. En efecto, no es lo mismo decir que las normas de competencia son normas para llevar a cabo actos jurídicos, que decir que son para llevar a cabo actos normativos. Si es sólo para llevar a cabo actos normativos, lo cierto es que hay dos tipos de normas de las que no se podría dar cuenta.

i) En primer lugar, no se podría dar cuenta de aquellas normas que establecen competencias para determinados sujetos, pero dichas competencias no producen normas. *ii)* En segundo lugar, las normas que no establecen las condiciones para la identificación, creación o aplicación de normas, sino que ellas mismas crean una realidad jurídica nueva.

- i) En primer lugar, hay determinadas competencias que son atribuidas a órganos indudablemente jurídicos para llevar a cabo actos que de ningún modo producen normas. Por ejemplo, el Reglamento del Congreso de los Diputados de España contempla —es decir, instituye— la posibilidad de presentar proposiciones no de ley, que de ningún modo crean normas vinculantes ni obligatorias. Pero no se trata de una excentricidad española: lo mismo sucede con las recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Y no parece que este tipo de normas puedan ser reconducidas a la categoría de las normas puramente conceptuales.
- ii) En segundo lugar, Pulido Ortiz —al definir las normas constitutivas como normas que establecen condiciones para la identificación, creación y aplicación de otras normas— no tiene en cuenta un tipo muy importante de normas constitutivas: aquellas que directamente crean, sin establecer ningún tipo

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

de condición, una realidad jurídica.⁴ Son suficientes algunos ejemplos: el Real Decreto 3217/1981, del 27 de noviembre, ratificó el 12 de octubre como Fiesta Nacional de España; la norma que deroga otra norma; aquella norma que establece un reenvío sin establecer una nueva competencia, etcétera. Y tampoco éstas parecen reconducibles a las normas puramente definitorias.

B. *La distinción entre “actos” y “acciones”*

La ya mencionada distinción que establece Pulido Ortiz entre “acciones” y “actos” me parece, aunque sea sólo una estipulación, peligrosa. En efecto, pareciera que, de este modo, Pulido Ortiz está ontologizando una distinción que es puramente epistémica. Por el contrario, en el mundo no hay “actos” y “acciones”, sino que, dependiendo de cómo queramos describir un determinado comportamiento humano, aquél contará como una “acción” o como un “acto”. Recordemos: las acciones harían referencia a los comportamientos regulados por normas primarias, mientras que los actos se refieren a comportamientos que son posibles gracias a las normas de competencia. Pues bien, lo que parece pasar por alto Pulido Ortiz es que toda “acción” es también un “acto”. Esto se puede aclarar fácilmente de nuevo mediante un par de ejemplos: disparar a alguien con un arma de fuego puede constituir tanto la “acción” del homicidio como el “acto” de ejecutar una sentencia de muerte; hacer testamento ológrafo es tanto la acción de realizar determinadas figuras en un trozo de papel como establecer a quién legar las propias pertenencias. La realidad es sólo una: todo depende de cómo queramos describirla.

C. *Las normas de competencia como normas que establecen condiciones necesarias para la validez de actos normativos*

Finalmente, Pulido Ortiz asevera que un acto es válido siempre que se cumplan las condiciones definidas en la norma de compe-

⁴ Carcattera, G., 2014, *Le norme costitutive*, Torino, Giappichelli, pp. 48 y ss.

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

tencia. Además de que se podría distinguir entre la norma que establece la propia competencia y aquellas que establecen los requisitos para su ejercicio,⁵ lo cierto es que parece llevar su afirmación demasiado lejos: “si un operador jurídico no cumple con las condiciones definidas en las normas de competencia, entonces sus actos no son válidos” (Pulido, 2021, p. 7). Esta afirmación, en principio inocua, puede implicar algunas confusiones si no se tiene en cuenta que en muchas ocasiones las condiciones que establecen las normas que regulan la competencia son condiciones disyuntamente suficientes o, dicho de otro modo, el legislador contempla diferentes formas en las que alcanzar un mismo resultado institucional.

Por ejemplo: el legislador español contempla hasta seis formas diferentes de hacer testamento, todas ellas suficientes para establecer válidamente testamento. De este modo, lo que tenemos son diferentes maneras en las que alcanzar el mismo resultado institucional: testamento. Y otro tanto se podría decir de muchos otros actos jurídicos. Es más, tomadas individualmente, las normas en ocasiones establecen sólo condiciones contribuyentes (condiciones necesarias de una condición suficiente) para la validez de acto. Otro ejemplo: en el sistema universitario español, para obtener la acreditación de “Profesor Titular de Universidad”, se considera que haber dirigido alguna tesis doctoral no es condición necesaria ni suficiente, pero sí es un mérito complementario —es decir, una condición contribuyente— para obtener dicha acreditación.

Pero no se trata únicamente de una cuestión tan particular como las formas de testar o de obtener una acreditación universitaria. En efecto, también respecto de la creación de leyes sucede que existen diferentes formas y/o procedimientos para su creación. De nuevo en referencia al ordenamiento jurídico español, existen al menos tres formas más, además del procedimiento ordinario, para crear una ley ordinaria: mediante el trámite de urgencia, con delegación en comisión y en lectura única. Estas cuatro formas constituyen conjuntos de condiciones disyuntamente suficientes para alcanzar un mismo resultado institucional: la creación de una ley ordinaria.

⁵ Ferrer Beltrán, J., 2000, *Las normas de competencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 129 y ss.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

Ello permite poner en cuestión que las condiciones que establecen las normas de competencia sean siempre condiciones necesarias para llevar a cabo actos jurídicos. Por el contrario, parece que en muchas ocasiones el legislador establece caminos paralelos para llevar a cabo un acto jurídico,⁶ o, en ocasiones, elementos que son considerados como normativamente relevantes, pero no necesarios ni suficientes.

Es preciso señalar que este problema en el que incurre Pulido Ortiz no es una cuestión aislada. Por el contrario, es precisamente porque concibe a las normas constitutivas únicamente como condiciones necesarias para la validez del acto jurídico, por lo que se ve obligado a defender la idea de que el ordenamiento jurídico puede calificar el uso de precedentes como meramente autorizado. En efecto, y como veremos en seguida, es perfectamente posible que el seguimiento o no de precedentes no constituya una condición necesaria para la validez o invalidez de la decisión. Ahora bien, ello no implica que no condicione la validez de dichas decisiones de otra manera: como condición suficiente o como condición contribuyente. Y esto es muy diferente de afirmar que está meramente autorizado su uso.

2. La tesis de la trivalencia respecto del seguimiento del precedentes

La segunda cuestión de la que debemos ocuparnos es la tesis de Pulido Ortiz según la cual la regla del precedente —la norma del sistema jurídico que define el funcionamiento normativo de los precedentes— es una norma que puede considerar el seguimiento de precedentes judiciales (definidos como normas, lo que también puede ser objeto de discusión, pero que será mejor dejar para otra ocasión) como vinculante, como admisión o como rechazo. Se trataría de una distinción exhaustiva y excluyente, es decir, el seguimiento

⁶ Si bien este conjunto de condiciones disyuntamente suficientes puede ser reconstruido mediante una única norma que contenga una condición necesaria compuesta por diferentes condiciones suficientes disyuntas, lo cierto es que se trata de una forma algo complicada de reconstruir el derecho.

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

de precedentes está necesariamente regulado de una de estas tres maneras, y sólo de una de estas tres maneras. Se trata de calificaciones, según Pulido Ortiz, basadas en normas constitutivas, no⁷ en normas prescriptivas.

A. Los tres contenidos de la regla del precedente como exhaustivos y excluyentes

En este apartado me voy a hacer cargo específicamente de la forma en la que la regla del precedente regula el seguimiento o no de precedentes, dejando la cuestión de la necesidad de la regla del precedente para el siguiente apartado.

En primer lugar, es necesario discutir las tesis de la exhaustividad y de la exclusividad; esto es, la tesis según la cual cada una de estas formas de regular los precedentes capturan todas las posibles formas de regulación de los precedentes, y que no es posible que un ordenamiento regule de más de una manera los precedentes. Bien entendido: desde luego, en un mismo ordenamiento puede haber diferentes normas que regulen el uso de diferentes tipos de precedentes, pero Pulido Ortiz se está refiriendo a que el seguimiento del mismo tipo de precedentes, en un mismo ordenamiento, esté regulado de diferentes maneras.

Comencemos por la tesis de la exclusividad.

- i) Según Pulido Ortiz, un sistema puede regular el seguimiento de precedentes de una de estas tres formas, pero sólo de una de estas tres formas. Ahora bien, por un lado, es preciso señalar que la tesis de la exclusividad es justificada por Pulido Ortiz afirmando que, en caso de que fuera regulado de dos maneras diferentes, se produciría una antinomia en la regulación. Sin embargo, no parece que sea imposible que un

⁷ En breve: si sostenemos que los precedentes son normas, no podríamos decir que una misma decisión contiene dos *rationes decidendi*, sino que constituye dos precedentes diferentes. Sin embargo, parece mucho más plausible pensar que una misma decisión, que constituye un precedente, puede contener más de una norma relevante para la decisión de otros casos, es decir, más de una *ratio decidendi*.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

ordenamiento regule de manera antinómica el seguimiento de precedentes —o cualquier otro comportamiento—.

Pero, por otro lado, si los precedentes pueden ser tanto vinculantes como autorizados, pareciera que no se daría contradicción alguna entre decir que el comportamiento está meramente autorizado y que es vinculante. En efecto, si los órganos jurisdiccionales tienen autorizado citar precedentes, ello no parece contradecirse de ningún modo con que además estén vinculados a hacerlo. Por supuesto, esta idea está basada con las relaciones entre operadores deónticos, propio de las normas prescriptivas, según la cual el hecho de que un comportamiento sea obligatorio implica también que está permitido (aunque no al revés). De hecho, pese a que Pulido Ortiz tiene clara la distinción entre normas prescriptivas y normas constitutivas, la forma en la que reconstruye los diferentes modos en los que la regla del precedente puede regular su uso parece deudora de una forma prescriptivista de entender tales normas. Y es que Pulido Ortiz parece que se deja arrastrar desde el mundo de la constitutividad al mundo de las normas prescriptivas. “Autorizada”, en el mundo constitutivo, parece jugar en el mismo papel que “permitido” en el mundo prescriptivo.

- ii) Pero tampoco mejoran mucho las cosas desde el lado de la exhaustividad. El problema es que Pulido Ortiz no está viendo todas las posibilidades que ofrece la regulación del seguimiento o no de precedentes. Más allá de que se podría discutir acerca de cuál es el comportamiento exigido por la regla del precedente —mencionarlos, aplicarlos hipotéticamente, emplear normas que sean consecuencia lógica y un largo etcétera—, Pulido Ortiz no tiene en cuenta todas las posibles consecuencias que se podrían seguir del seguimiento (o no) de precedentes.

Por poner algunos ejemplos: un ordenamiento podría considerar que, aunque no vinculen —en el sentido de condicionar de manera necesaria la validez de las decisiones— el hecho de que una decisión siga o no un precedente puede ser justificación suficiente,

no para anular la decisión, pero sí para que aquélla pueda ser recurrida; el seguimiento de precedentes puede ser una condición no para la anulación o la validez de una decisión, sino que su seguimiento puede ser condición (necesaria y suficiente) para que tenga un mayor grado de vinculatoriedad,⁸ finalmente, el no seguimiento de precedentes puede tener como consecuencia que un precedente deje de ser considerado como tal, cayendo en *desuetudo*.

B. La regla del precedente como autorización

El punto crítico de la reconstrucción de Pulido Ortiz es la noción de la regla del precedente como autorización, es decir, “se admite que los operadores jurídicos empleen los precedentes judiciales en la justificación de sus actos, pero sin establecer que los precedentes condicionan la validez de estos actos” (Pulido, 2021, p. 13). Dicho todavía de otro modo, admite su uso por parte de los operadores jurídicos, pero sin vincular: sin condicionar su validez. Aunque podría parecerlo, esta forma de autorización no es un permiso en términos deónticos, tesis que —según el propio Pulido Ortiz— yo habría descartado en un trabajo anterior.⁹ Pero me imputa dos errores: el primero es que la regla del precedente como admisión implicaría, en su reconstrucción de mis tesis, que el uso de precedentes no afecta a la validez de actos jurídicos; pero ello no implica que esté permitida;

⁸ Piénsese en los ordenamientos jurídicos, en los que, para que la doctrina de los tribunales resulte vinculante, aquélla debe ser reiterada en diferentes ocasiones. Pues bien, de este modo, el seguimiento de una decisión previa constituye la reiteración necesaria para que aquélla se vuelva vinculante. No obstante, es preciso no pensar que la reiteración es necesaria para que podamos hablar de precedente. Entre otras razones (Núñez Vaquero, Á. y Arrigada Cáceres, Ma. B., “¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho”, *Ius et Praxis*, año 27, núm. 1, 2021, pp. 86 y ss.), porque el primer tribunal que citase una decisión previa parecería estar incurriendo en un error de derecho.

⁹ Núñez Vaquero, Á., “¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)”, en Núñez Vaquero, Á., Arriagada Cáceres, Ma. B. y Hunter Ampuero, I., *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 333-363.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

el segundo de ellos es que, en su reconstrucción de mis tesis, la regla del precedente como admisión no permitiría distinguir entre comportamientos relevantes e irrelevantes institucionalmente.

No creo que tenga demasiado interés dar cuenta de lo que dije en el trabajo al que hace referencia Pulido Ortiz. Me parece mejor hacerme cargo directamente de la cuestión. Ahora bien, para entender la razón por la cual considero que la regla del precedente no puede constituir una mera autorización, es necesario que explique la tesis sostenida en tal trabajo. El objetivo de dicho trabajo era descartar que la regla del precedente pudiera ser reconstruida como una norma prescriptiva; en lo que aquí nos interesa, pretendí descartar que la regla del precedente pudiera ser reconstruida como un permiso (es decir, una norma prescriptiva no imperativa) allí donde no es obligatorio su seguimiento.

El argumento era el siguiente: los permisos pueden cumplir diferentes funciones, pero en este caso la función que podrían cumplir —si la regla del precedente fuera un permiso— es la protección del estatus normativo de determinadas acciones frente a la emanación de determinadas normas. Por ejemplo, la libertad de expresión está positivizada en muchos ordenamientos como un permiso de rango constitucional para que el legislador ordinario no pueda modificar el estatus normativo de la libertad de expresión.

Para aclarar si la regla del precedente podría ser reconstruida como un permiso, lo que hice fue preguntarme cómo estaría calificado deónticamente, en el caso de que seguir el precedente estuviera permitido, la omisión de seguir el precedente. Para no extenderme demasiado, podemos centrarnos en el caso en que tanto la comisión como la omisión de seguir el precedente están permitidos; es decir, el seguimiento de precedente es facultativo. El permiso de (*i. e.* facultativo) seguir el precedente entraría en juego si alguien emplea (o no) un precedente para justificar una decisión jurisdiccional y sucede una de estas dos cosas (o ambas): bien que el sujeto titular del órgano sea sancionado por seguir o no el precedente, bien que su decisión sea anulada por el hecho de seguir (o no) un precedente. Es justo frente a estas dos posibilidades —la sanción y la anulación— como entraría en juego la norma que califica seguir el precedente como facultativo.

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

Pues bien, más allá de la contingencia de las sanciones,¹⁰ lo que sostengo es que si aquello frente a lo que el permiso protege es contra la emanación de una decisión de revisión que anule la decisión judicial por emplear (o no) un precedente, esta norma no puede ser un permiso. En efecto, las normas que establecen inmunidades —en este caso, la incompetencia del órgano de revisión para anular una decisión sólo por el mero hecho de que otro órgano siguió (o no) el precedente— no son permisos (normas prescriptivas), sino precisamente normas constitutivas.¹¹

Pero en el mencionado trabajo añadía un punto más: decir que la regla del precedente es una constituye una inmunidad todavía no constituye una reconstrucción completa del modo en que los precedentes son normativamente relevantes en nuestros ordenamientos. En efecto, no se trata únicamente de que un órgano de revisión no pueda anular una decisión por el hecho de seguir los precedentes. Esto sería, afirmaba, tanto como decir que no se puede anular una decisión jurisdiccional por el hecho de firmarla con un bolígrafo de tinta verde. Para poder hablar plausiblemente de precedentes, es necesario que el seguimiento o no seguimiento de precedentes tenga relevancia normativa. Y, en este sentido, afirmé que si una decisión es considerada como precedente, entonces cuenta al menos como una condición contribuyente para la justificación de la decisión y, por tanto, de su validez.¹²

¹⁰ Lo que sostuve en el trabajo ya mencionado es que la regla del precedente no puede ser reconstruida como una norma prescriptiva que obliga a seguir el precedente, sino como una norma constitutiva que limita el contenido de las decisiones jurisdiccionales. Además de ser muy poco frecuentes las sanciones a los jueces por saltarse los precedentes y tener carácter pro-futuro, parece que las sanciones a jueces requieren de un elemento subjetivo. También hay que mencionar que un sistema de precedentes podría funcionar exclusivamente con base en normas constitutivas, pero no exclusivamente con base en normas prescriptivas porque, con base en estas últimas, podríamos encontrarnos con jueces díscolos que estuvieran dispuestos a aceptar las sanciones si pueden seguir decidiendo de manera contraria a los precedentes.

¹¹ Para una reconstrucción de la regla del precedente en términos de posiciones hohfeldianas, véase Arriagada Cáceres, Ma. B., “Las dos caras del precedente vinculantes”, en Núñez Vaquero, Á., Arriagada Cáceres, Ma. B. y Hunter Ampuero, I., 2021, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 365-400.

¹² Aquí, desde luego, estoy presuponiendo la norma según la cual para que una decisión pueda ser considerada como precedente tiene que estar justificada

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

Pulido Ortiz me imputa dos errores a este respecto.

El primero de los —supuestos— errores que me imputa es que yo había sostenido que del hecho de que un sujeto tenga la competencia para llevar a cabo determinados actos se seguiría que además tiene permitido hacerlo. No creo haber sostenido que del hecho de que un sujeto sea competente para llevar a cabo una acción se pueda inferir que el comportamiento está además permitido, ni viceversa. En cualquier caso, qué haya dicho yo no me parece tan importante como el punto en cuestión: efectivamente, no podemos inferir normas prescriptivas a partir de normas constitutivas, ni viceversa. Sería tanto como pensar que del hecho de que unas palabras que yo he pronunciado cuenten como promesa, y de la definición de promesa, tengo además la obligación de cumplir lo prometido.¹³ Por tanto, me parece que estamos de acuerdo en que la regla del precedente no puede calificar como permitido el comportamiento “seguir el precedente”, y ello no nos dice nada acerca de la competencia.

El segundo de los errores que me imputa es que yo estaría afirmando que una regla del precedente que considera, en los términos de Pulido Ortiz, el seguimiento de precedentes como meramente autorizados los convertiría en irrelevantes. Sin embargo, esta segunda crítica no me parece tal. Pulido Ortiz da perfectamente en el blanco, pero en el sentido de que esto es exactamente lo que yo sostengo.

Recordemos: estamos no en el ámbito de las normas prescriptivas, sino en aquel de las normas constitutivas. Ahora bien, Pulido Ortiz parece incluir un *tertium datur* entre que el seguimiento de precedentes sea vinculante —en el sentido de que condicione la validez del acto— y que estén rechazados —que sea una condición para considerar la decisión como inválida—. Y aquí creo que es donde Pulido Ortiz tropieza al pensar las normas constitutivas en términos de normas prescriptivas.

de algún modo. Esto genera múltiples problemas, que requerirían mayor explicación —en qué sentido ha de estar justificada; si se trata de una justificación gradual, con qué grado ha de estar justificada; la posibilidad de hablar de justificaciones implícitas, etcétera— pero de las que no es posible hacerse cargo ahora. No obstante, tal norma está positivizada en muchos de nuestros ordenamientos.

¹³ Mendonca, D., *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, pp. 39 y ss.

Veamos qué dice Pulido Ortiz para estos casos: “el uso de los precedentes no se constituye «en una razón para anulación de la sentencia»” (la parte entrecomillada corresponde a una cita mía). “Pero, de cualquier manera, es posible que el uso de esos precedentes no afecte la validez de las decisiones judiciales” (Pulido, 2021, p. 14). De este modo, según Pulido Ortiz, cuando la regla del precedente considera su seguimiento únicamente como autorizado, el uso de los precedentes no se constituiría en una razón para la anulación de la decisión: “Puede ser el caso que para el derecho este uso sea irrelevante para la justificación legal de la decisión, pero que lo autorice por otros motivos (*v. gr.* para respetar la independencia y autonomía judicial)” (Pulido, 2021, p. 15).

En el trabajo que Pulido Ortiz menciona sostuve que si así estaban las cosas, entonces daría lo mismo citar un precedente que no hacerlo; o emplear el refranero español para justificar una decisión: sencillamente no va a ser tenido en cuenta. Si una decisión no puede ser enjuiciada (su validez o corrección) por seguir o no el precedente, no podemos, efectivamente, concluir nada acerca de la validez de dicha decisión: nos dice únicamente que no es un criterio relevante. Ahora bien, no sé si tiene mucho sentido hablar de un “sistema de precedentes” en estos casos. Desde luego, nadie va a anular ni confirmar una sentencia porque cite un pasaje de *El Quijote* en la justificación: sencillamente se va a ignorar a la hora de evaluar su in/validez. Y aquí sucedería algo parecido: no se puede evaluar la validez de una decisión por el hecho de seguir (o no) un precedente.

Ahora bien, entre la posibilidad de que citar un precedente sea irrelevante para la justificación de la decisión (*i. e.* la validez de la justificación de la decisión) y que sea vinculante —en el sentido de que el seguimiento o no del precedente sea condición necesaria para la justificación de la decisión—, parece que hay un importante vacío en el que podemos encontrar muy diferentes posiciones. Mencionaré un caso: es perfectamente posible que el seguimiento de precedentes no sea condición necesaria para la validez de la decisión, pero sí que sea condición suficiente para la justificación de la decisión jurisdiccional (y, por tanto, de su validez). De este modo, por ejemplo, seguir la doctrina de la Corte Suprema garantizaría la corrección material de la decisión jurisdiccional que sigue el prece-

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

dente y, en este sentido, su validez; no obstante, alejarse de dicha doctrina no sería condición necesaria ni suficiente para que la decisión sea considerada inválida (su no seguimiento no estaría calificado jurídicamente).

El error de Pulido Ortiz es, como vimos en relación con las normas de competencia, pensar que las normas constitutivas sólo pueden condicionar de manera necesaria la validez de los actos jurídicos (*supra*, I.1.C). Desde su punto de vista, si un acto no cumple con todas las condiciones de validez, entonces es nulo. Pero las cosas son un poco más complejas. Es perfectamente posible que una norma venga a condicionar la validez de una decisión jurisdiccional al seguimiento del precedente, pero de manera únicamente suficiente o contribuyente, y que su no seguimiento sea jurídicamente irrelevante.

En definitiva, si Pulido Ortiz me critica porque concibo la regla del precedente como una norma que vincula en todos los casos, si ello quiere decir que la regla del precedente instituye siempre una condición necesaria para la validez de las decisiones que siguen el precedente, entonces estamos de acuerdo. Ahora bien, hay muchas posibilidades entre que el seguimiento sea condición necesaria de la validez o de la invalidez: puede ser condición suficiente o contribuyente tanto su seguimiento como su no seguimiento. No puedo estar de acuerdo con que haya una norma que califique como irrelevante el seguimiento y no seguimiento de precedentes, sencillamente porque creo que en un caso como este carece de sentido hablar de “precedentes”. Si tenemos un sistema de precedentes es porque emplear un precedente marca una diferencia práctica; en caso contrario, ¿en qué sentido dichas decisiones constituirían precedentes?

3. *La regla del precedente como norma necesaria*

La última tesis de Pulido Ortiz de la que me haré cargo es la tesis según la cual la regla del precedente es una norma necesaria, presente en todos los ordenamientos. Así, la regla del precedente regularía bien como vinculante, bien como autorizado, bien mediante el rechazo, el seguimiento (o no) de precedentes. No se trata, según

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

Pulido Ortiz, de una norma que, contingentemente, esté presente en todos los ordenamientos jurídicos, tesis que creo poder suscribir. Por el contrario, la tesis de Pulido Ortiz es conceptual, de carácter necesario, o al menos desde que los ordenamientos incorporan el principio de legalidad.

El argumento de Pulido Ortiz se desarrolla de la siguiente manera: en primer lugar, recuerda que la regla del precedente es una norma que establece, por un lado, la competencia de determinados órganos para dictar precedentes; y, por el otro, una norma que viene a regular el uso de precedentes en los términos revisados en el apartado anterior. A saber: la regla del precedente admite su uso, lo considera vinculante o lo rechaza.

Por supuesto, Pulido Ortiz no está sosteniendo que en todos los ordenamientos jurídicos el legislador haya emanado una norma expresa que explícitamente regule el funcionamiento de los precedentes. Por el contrario, su argumento pasa por subrayar que es característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos que “los poderes o potestades de sus autoridades estén definidos (o constituidos) en normas jurídicas (normas de competencia) que configuran o hacen posible el ejercicio válido de esos poderes” (Pulido, 2021, p. 19). El problema surge, claro está, cuando el legislador guarda silencio y entra en juego el principio de legalidad.

A continuación, afirma, por un lado, que el “concepto precedente judicial supone que existen normas creadas judicialmente que son relevantes para resolver ciertos” (Pulido, 2021, p. 20) y, por el otro, que

...la regla del precedente como admisión... implica que existe una norma de competencia que admite el ejercicio válido del poder de crear precedentes y una norma de competencia (una regla de adjudicación) que concede el uso de precedentes judiciales por parte de los operadores jurídicos (Pulido, 2021, p. 20).

Y a ello añade, con Tamanaha y Waldron, el principio de legalidad como principio rector de los estados de derecho, lo que implica que el ejercicio de competencias ha de estar previamente previsto por alguna norma de competencia.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

Aquí hay dos argumentos diferentes que me parece que son aquellos centrales, y de los que es necesario hacerse cargo.

El primero de ellos pasa por afirmar que si hay una norma que otorga la competencia a determinados órganos para establecer precedentes, entonces también hay una norma que regula su uso, y viceversa: si hay una norma que regula el seguimiento de precedentes, entonces hay una norma que otorga la competencia a algún órgano para dictar precedentes.

El segundo argumento es el de la clausura de los sistemas jurídicos competenciales mediante el principio de legalidad; es decir, la tesis según la cual todos aquellos para los que no exista una norma de competencia que los habilite son actos inválidos.

Analicemos el primero de los argumentos: si hay una norma que establece la competencia para dictar precedentes, entonces hay otra que los regula; y si hay una norma que los regula, entonces existe otra que establece la competencia. Pues bien, la primera tesis —si hay norma que otorga competencia, entonces hay norma que regula su ejercicio— es fácil de rechazar toda vez que tengamos en cuenta que los legisladores, en no pocas ocasiones, olvidan establecer ciertas normas. Mejor aún, en ocasiones los legisladores llevan a cabo derogaciones cuyas consecuencias lógicas son desconocidas al momento de realizarlas, y es perfectamente posible que, habiendo competencia para dictarlos, se hayan derogado las normas que regulan el uso de precedentes.

Más claro es aún si cabe un segundo ejemplo: es perfectamente posible que haya una norma que regule el uso de precedentes, pero nadie sea competente para dictarlos. De nuevo, no hay que descartar la posibilidad de que el legislador lleve a cabo derogaciones implícitas; pero hay otros casos que no presuponen el error del legislador. En este sentido, es posible que un ordenamiento prevea el valor a atribuir a los precedentes, pero nadie tenga la competencia para dictar nuevos precedentes en dicho ordenamiento.

El segundo argumento principal de Pulido Ortiz versa sobre el principio de legalidad. El argumento es bastante sencillo, aunque no por ello carente de fuerza: en los modernos Estados de derecho, el ejercicio de poderes normativos ha de estar contemplado por normas de competencia; si un sujeto ejerce un poder normativo sin

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

norma de competencia que lo habilite, entonces no es un acto válido. Y de aquí infiere que si la dictación de precedentes no está expresamente prevista, entonces entra en juego el principio de legalidad, y considera aquéllos como rechazados.

Aquí no me voy a ocupar de la clausura de los sistemas normativos competenciales, porque la otra autora con la que discute Pulido Ortiz —María Beatriz Arriagada Cáceres— en su trabajo ya se ocupó del tema.¹⁴ Ahora bien, sí es posible añadir dos tesis diferentes.

En primer lugar, si entra en juego el principio de legalidad, entonces no es exactamente que tengamos una regla del precedente como rechazo, sino que, sencillamente, resulta aplicable el principio de legalidad. De este modo, aquí no tendríamos una regla del precedente, sino sólo el principio de legalidad. Del mismo modo que no tenemos una norma que establezca que los alcaldes no pueden realizar declaraciones formales de guerra contra otros Estados, o al Banco de la Nación establecer nuevos impuestos, tampoco tendríamos —o, al menos, no en todos los casos— normas que establecieran el uso de precedentes.

En segundo lugar, esta forma de entender el principio de legalidad parece hacer superfluas las normas que establecen expresamente la incompetencia de determinados órganos para llevar a cabo determinados actos normativos. En efecto, hay normas que antes que establecer la capacidad de un sujeto para llevar a cabo actos normativos, lo que hacen es desautorizar expresamente a dichos órganos. Por ejemplo: el artículo 134.7 de la Constitución española afirma que “La ley de Presupuestos no puede crear tributos”, es decir, desautoriza expresamente al legislador competente para establecer los Presupuestos Generales del Estado la capacidad para crear nuevos impuestos, tasas y contribuciones.

Pues bien: ¿para qué querríamos una norma como la expresada en el anterior enunciado si tuviéramos un principio de legalidad que clausura el sistema competencial de manera tal que todo aquel acto para el que no exista habilitación expresa resulta inválido? Una re-

¹⁴ Arriagada Cáceres, Ma. B., “La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia. Episodio I: los poderes normativos de las autoridades públicas”, *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 43, pp. 1-23.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

construcción como esta del principio de legalidad hace que las normas de incompetencia resulten superfluas.

No tengo dudas de que, toda vez que un ordenamiento jurídico le concede a un órgano la competencia para llevar a cabo actos jurídicos y/o normativos, ello es condición suficiente para que los actos dictados bajo el amparo de tales normas sean actos válidos. De lo que no estoy tan seguro es que sean condición necesaria. Por el contrario, parece que en nuestros ordenamientos nos encontramos con múltiples normas que han sido dictadas, y son consideradas como válidas, sin norma jurídica alguna que las ampare o autorice. En tales casos, parece que es la propia práctica de los jueces —quienes identifican, a través de la hartiana regla de reconocimiento, el conjunto de normas válidas— la que determina cuál es el derecho válido, bien sea pasando por alguna norma de competencia, bien haciendo directamente referencia a la regla de reconocimiento. Y es que, en última instancia, parece necesario hacer referencia, para entender el principio de legalidad o cualquier otro, a qué es lo que hacen los jueces en la práctica.

El trabajo de Pulido Ortiz tiene sin duda grandes méritos, aunque no esté muy de acuerdo con todo el contenido del trabajo. Sospecho, eso sí, que no será el último caso en el que discutamos sobre estos temas, lo que, por supuesto, será todo un agrado.

II. USO DE LOS PRECEDENTES Y RESIGNACIÓN SOBRE LOS PRECEDENTES SEGÚN SILVIA ZORZETTO

El trabajo de la profesora Zorzetto no resulta en absoluto sencillo de comentar. En una primera versión del trabajo me surgieron algunas dudas de carácter teórico-conceptual acerca del alcance de sus tesis. Sin embargo, en la versión definitiva del trabajo, la profesora Zorzetto literalmente ha blindado desde el punto conceptual su trabajo, en la mejor tradición analítica a la que pertenece. Se trata de un trabajo impecable.

Sin embargo, no es su capacidad para aclarar el alcance de los conceptos la única virtud del trabajo de Silvia Zorzetto. Como ella misma indica, su trabajo pretende venir a colmar, al menos en

parte, un flanco que no había sido cubierto por el libro colectivo que la profesora Marina Gascón y yo editamos hace un par de años. Zorzetto hace una contribución neta, haciendo avanzar la línea del conocimiento en cuanto al uso argumentativo de los precedentes. Partiendo del análisis de las decisiones de las Secciones Unidas del Tribunal de Casación italiano, contextualizándola a la luz de la legislación relevante, saca a la luz dos conjuntos de tesis.

El primer conjunto de tesis puede ser calificado como un trabajo de análisis de cultura jurídica (interna) italiana, dando cuenta de los presupuestos y tesis que se traslucen a partir de dichas decisiones sobre el sistema de fuentes, la teoría de la interpretación y otros cuantos asuntos de la máxima relevancia. El segundo conjunto de tesis versa sobre las diferentes formas en las que pueden ser, y de hecho son, empleados los precedentes, identificando un conjunto de formas en las que la jurisprudencia emplea las decisiones de las Secciones Unidas de la Casación italiana.

Ambos conjuntos de tesis están basados en el análisis local italiano, pero —como la propia autora menciona— pueden ser en alguna medida universalizables. Mientras que podría ser más discutible el carácter más o menos general respecto de las cuestiones de cultura jurídica interna —por su propia naturaleza, contingentes de cada lugar y época—, el análisis de los diferentes tipos de argumentos basados en el precedente es sin duda generalizable; si no en términos de cómo operan realmente los operadores jurídicos de un determinado ordenamiento (diferente del italiano), sí desde luego de los usos argumentativos posibles a partir de precedentes. Con todo, tengo alguna duda acerca de si algunos de los diferentes usos podrían colapsar unos con otros; pero ante la ausencia de una clasificación exhaustiva de los modos en los que pueden ser usados los precedentes,¹⁵ creo que es mejor pecar de multiplicación de categorías que de reductivismo: ya habrá tiempo para las sutilezas analíticas al respecto. Creo que Zorzetto ha expandido así el ámbito de las

¹⁵ Un trabajo similar, aunque en términos más centrados en el análisis de las formas lingüísticas, fue llevado a cabo por Juan Vío Vargas (“La práctica de citar sentencias pasadas como modelo de precedentes en Chile”, en Núñez Vaquero, Á., Arriagada Cáceres, Ma. B. y Hunter Ampuero, I., *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 279-302).

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

investigaciones sobre la argumentación con base en precedentes de la cual algunos sólo habíamos arañado la superficie.

Así las cosas, no me queda mucho por decir, salvo por algunos detalles, aunque creo que no son precisamente menores. Y es que al trabajo de la profesora Zorzetto subyacen un par de tesis que tienen más importancia de lo que podría parecer, y que sirven para arrojar dudas acerca —no de la plausibilidad de su trabajo, sino— de la viabilidad de los sistemas de precedentes bien ordenados. La primera tesis versa sobre las condiciones de existencia de los precedentes; la segunda de ellas podría ser calificada como un irreductible pesimismo —antes que sobre la capacidad del precedente para regular de manera definitiva los casos— sobre las capacidades humanas a la hora de tomar decisiones jurisdiccionales. Para sacar a la luz ambas tesis, habrá que fijarse en los detalles, pero sin descontextualizar la pretensión descriptiva del trabajo de Zorzetto.

1. *La relevancia de las decisiones pasadas*

En el metódico trabajo de Zorzetto hay, como ya se ha anunciado, una primera tesis, que llama —o debería llamar— la atención del lector/a:

Sin embargo, en el momento en que se adopta cada decisión, nadie puede saber si sus resoluciones serán compartidas por los demás tribunales, por lo que, en este sentido, puede existir, a lo sumo, una expectativa o deseo de facto por parte del emisor de que su decisión se convierta en un precedente para los demás (Zorzetto, 2021, p. 8).

Esta afirmación es de la máxima importancia, en el trabajo de Zorzetto, pero también, y más en general, para la comprensión de cómo funcionan los precedentes en nuestros ordenamientos.

Lo que viene a sostener Zorzetto es, entonces, que el hecho de que una decisión jurisdiccional cuente como precedente depende, en última instancia, de que la resolución sea compartida por los demás tribunales y/o por la comunidad jurídica en general. Dicho de otro modo: uno puede intentar crear un precedente, pero nada garantiza

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

que lo vaya a conseguir, incluso aunque haya sido el órgano de cierre del ordenamiento.

Si uno asume un punto de vista mínimamente empirista, esta afirmación parece del todo sensata: es completamente cierto que una decisión jurisdiccional puede que sea completamente ignorada, incluso aunque sus autores hayan tenido la intención de que la decisión contara como precedente; y de hecho, esto sucede en no pocas ocasiones. En efecto, para que una decisión jurisdiccional cuente como precedente es necesario que aquélla no sea sistemáticamente ignorada. Ahora bien, de lo que no estoy tan seguro es de que para que una decisión empiece a contar como precedente es necesario que aquélla sea aceptada.

Nótese, no obstante, que una cosa es sostener —como hace Zorzetto— que la suerte de una decisión para convertirse en precedente depende de su aceptación por parte del resto de operadores jurídicos; pero otra muy diferente es afirmar que un precedente puede dejar de ser considerado tal por pérdida de eficacia; esto es, por *desuetudo*. Siguiendo en la misma línea de alguna forma de empirismo que creo que comparto con Zorzetto, pareciera que el medio para saber si un precedente ha sido aceptado o no entre el resto de operadores jurídicos es porque ha sido empleado en una decisión jurisdiccional. No teniendo acceso a los estados mentales de los jueces, parece complicado imaginar de qué otra forma cabría saber si aquél ha sido o no aceptado si no es porque ha sido aplicado.

Pero aquí es donde se empiezan a complicar las cosas. Zorzetto podría replicar —siguiendo voces más que autorizadas, como la de Taruffo—¹⁶ que el precedente sólo nace al momento de ser empleado por algún operador jurídico posterior. Antes, no obstante, de dilucidar este asunto, es conveniente preguntarse si lo mismo se podría decir de las leyes. ¿Alguien diría que una ley no se convierte en tal hasta que no ha sido aceptada y, por tanto, aplicada? Creo que sólo un empirista radical escéptico estaría dispuesto a aceptar una tesis así.¹⁷

¹⁶ Taruffo, M., “La jurisprudencia entre casuística y uniformidad”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. 27, núm. 2, pp. 12 y ss.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Troper, M., “Una teoría realista de la interpretación”, *Ensayos de teoría constitucional*, Ciudad de México, Fontamara, pp. 37-62.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

Pero uno se pregunta por qué si esta tesis resulta absurda al hablar de la ley no lo resulta también para hablar de precedentes.

La razón, se podría argumentar, es que mientras que tenemos normas que confieren potestades al parlamento para dictar leyes, no tenemos normas que otorguen competencia para dictar precedentes. Pero aquí, de nuevo, conviene recurrir al sano empirismo antes mencionado: ¿seguro que los jueces y el resto de los operadores jurídicos no están empleando algún criterio —es decir, una norma— para identificar determinadas decisiones como precedentes? Mi sospecha es que, más allá de cuáles sean las normas concretas empleadas por los operadores jurídicos italianos, no parece que seleccionen aleatoriamente sentencias para considerarlas como precedentes, sino que recurren a algún criterio; esto es, a normas para identificar qué decisiones cuentan como precedentes. Pero entonces, si es así, si hay criterios para identificar qué decisiones cuentan como precedentes, podemos afirmar que hay sujetos que tienen la competencia para dictar precedentes.

En este mismo tono escéptico, también debemos leer otras dos afirmaciones de Zorzetto acerca de los precedentes. La primera de ellas es una afirmación que, a falta de mejor denominación, llamaré de “filosofía de la historia jurídica”. A saber: según Zorzetto, un sistema de precedentes bien ordenado (nos ocuparemos más adelante de este punto, *infra* II) tiene que —en el sentido de que no es posible que sea de otra manera— nacer “desde abajo: mediante la creación de una cultura jurídica y judicial lo más sensible, aguda, previsor y responsable posible” (Zorzetto, 2021, p. 29). Desde luego, si para que una decisión cuente como precedente depende de la aceptación de los demás, entonces es perfectamente coherente pensar que la única forma de que un sistema de precedentes funcione es porque se ha producido previamente un cambio en la cultura jurídica que lo posibilita.

Ahora bien, nuevamente, ¿tendría sentido plantear la misma afirmación respecto de las leyes emanadas por el parlamento? No estoy para nada seguro de que todos los cambios profundos que se han producido en nuestras culturas jurídicas hayan sido “desde abajo”. Sí, por ejemplo, sucedió así, “desde abajo”, con los procesos de constitucionalización del derecho. Pero también tenemos ejemplos de

lo contrario, como con los procesos de codificación que fueron producto del legislador, y que tuvieron un enorme impacto en la práctica de los operadores jurídicos.¹⁸ Sin embargo, Zorzetto desconfía, y me parece que injustificadamente —como veremos en el siguiente punto de este comentario— de que sea posible crear un sistema de precedentes ordenados.

La segunda afirmación, coherente con la tesis de la necesidad de aceptación por parte del resto de operadores jurídicos para que una decisión judicial cuente como precedente, es aquella de la debilidad del argumento —como medio de emplear los precedentes— *ex-auctoritate* (Zorzetto, 2021, p. 21). En efecto, la aceptación por parte de los operadores jurídicos para que una resolución judicial cuente como precedente y el argumento *ex-auctoritate* están en las antípodas de las formas de concebir el derecho. Incluso, la propia Zorzetto llega a afirmar que es posible que un principio jurídico, desvinculado de los hechos del caso, se independice de la propia decisión en la que fue formulado. Lo que vale, por decirlo de algún modo, es el contenido, no el hecho de que una norma haya sido empleada (o meramente) formulada por un órgano jurisdiccional; ni siquiera cuando se trata de las Secciones Unidas de la Casación italiana.

Si bien entiendo, y comparto en alguna medida, que los precedentes pueden ser empleados como argumentos de autoridad, no estoy para nada seguro de que sea una buena forma de presentar el uso de los precedentes. La razón es que el argumento *ex-auctoritate* suele ser presentado¹⁹ conjuntamente con el recurso al derecho extranjero y, sobre todo, con el recurso a la ciencia del derecho y/o la dogmática jurídica. Ahora bien, colocar ambos argumentos (un precedente y la dogmática jurídica) bajo la misma rúbrica resulta *fuorviante*, porque se trata de autoridades en sentidos muy diferentes. En este sentido, mientras que el recurso a la dogmática se basa en que las propuestas de solución de los casos tienen cierta calidad (epistémica o moral), en el caso del precedente se trata de una

¹⁸ Caroni, P., 2013, *Lecciones de historia de la codificación*, Dykinson, Madrid, pp. 43 y ss.

¹⁹ Tarello, G., 2018, *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra, 2013, p. 334; Guastini, R., *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Puno, Zela, p. 193.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

solución... ;proveniente de un órgano creado (o reconocido) por el propio ordenamiento jurídico! Y un precedente goza, al menos, de este tipo de autoridad, independientemente de la calidad de su contenido.

En este sentido, no parece imposible que haya un precedente, pero aquel sea considerado como un mal precedente.²⁰ Si es posible que tengamos decisiones consideradas como precedentes porque satisfacen determinados criterios de identificación pese a ser consideradas como malas decisiones, me parece que es porque la autoridad de los precedentes no proviene de alguna supuesta calidad o virtud (moral o epistémica). Si este fuera el caso de los precedentes, Zorzetto tendría razón al afirmar que el argumento *ex-auctoritate* es débil. Ahora bien, cuando, en favor de un tipo de decisión, se aduce un precedente, lo que se hace es invocar la decisión de un órgano creado (o al menos reconocido) por el ordenamiento jurídico. No estamos, entonces, apelando a las virtudes de un órgano, sino que se trata de una interpretación auténtica, al menos en el sentido kelseniano.²¹

En efecto, la propia Zorzetto se encarga de decir que aunque se admite un escepticismo convencionalista en materia de interpretación, se considera que las Secciones Unidas ofrecen la interpretación “más exacta” (p. 21). Si así están las cosas, entonces parece que el argumento *ex-auctoritate* basado en el precedente no es tan débil. Se trata de una decisión interpretativa a la que el ordenamiento le reconoce algún valor normativo, aunque sea sólo para el caso concreto. Pero si dotamos de generalidad a dichas interpretaciones es porque pensamos que es bueno que haya uniformidad en la interpretación de los textos normativos establecida por un órgano.

No cabe duda de que una decisión de las Secciones Unidas puede ser radicalmente ignorada por el resto de los operadores jurídicos. Ahora bien, ello no impide reconocerla como precedente, al menos

²⁰ De hecho, no son pocos los precedentes de la cultura jurídica estadounidense que son considerados como malos precedentes por buena parte de los órganos judiciales, pero, aun así, los siguen considerando como tales. Piénsese, por ejemplo, en el asedio al que está siendo sometido en los últimos años el precedente *Roe vs. Wade*.

²¹ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, pp. 351 y ss.

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

al momento de ser dictada. En efecto, cuando los operadores jurídicos entran a evaluar la aceptabilidad de una decisión jurisdiccional, ya están empleando una serie de criterios que permiten reconocer a la decisión como un precedente. De este modo, es posible identificar una decisión jurisdiccional como un precedente más allá del futuro acto de aceptación y aplicación por parte del resto de los operadores jurídicos. En caso contrario, nos veríamos obligados a sostener, entre otras cosas, que el primer juez que emplea una determinada decisión para justificar su propia decisión está incurriendo en un error de derecho, porque en realidad no estaría empleando un precedente.

2. *Un exceso de pesimismo sobre el futuro de los sistemas de precedentes*

En este segundo punto me quiero hacer cargo del pesimismo (¿o tal vez realismo?) que subyace a algunos comentarios de la profesora Zorzetto en relación con la posibilidad de tener un sistema de precedentes bien ordenado. Lo primero que hay que hacer, entonces, es señalar qué entiende Zorzetto por un sistema de precedentes bien ordenado. Afirma que tener un sistema de precedentes (bien) ordenado

...significa asumir que los precedentes no son simplemente un hecho caótico, que no hay simplemente una acumulación de decisiones *de facto*. Hablar de un sistema implica, de hecho, la existencia de criterios y vínculos de ordenación. Esto es aún más cierto si se plantea la idea de un sistema “bien ordenado”, que es una noción llena de valor (p. 12).

Tengo dudas sobre a qué se refiere exactamente la profesora Zorzetto cuando se refiere a “la existencia de criterios”; pero parece claro que cuando menciona los “vínculos de ordenación” está pensando en relaciones de jerarquía (material)²² entre los precedentes que establezcan cuál, entre diferentes precedentes conflictivos (*i. e. sus rationes decidendi*), hay que aplicar. Pues bien, en primer lugar,

²² Guastini, R., 2016, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 207 y ss.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

cabría preguntarse cuáles serían dichos vínculos de ordenación. De hecho, existen varias opciones: desde la pura ponderación de precedentes conflictivos aplicables a un mismo caso, hasta el uso de los criterios tradicionales de resolución de antinomias. No obstante, en este último caso es preciso subrayar que tales criterios adquieren algunas particularidades cuando son empleados en el contexto de los precedentes y sus *rationes decidendi*.²³

En segundo lugar, es preciso cuestionarse si estos vínculos de ordenación tienen o no carácter derogatorio, es decir, si el hecho de que dos precedentes choquen implica la derogación de alguno de ellos. La cuestión no es en absoluto baladí, porque —si tuviera efectos derogatorios— una sola decisión aislada podría dar al traste con una serie de precedentes que no podrían volver a ser citados. Evidentemente, no se puede acusar a la profesora Zorzetto de no haber especificado más estos criterios y sus efectos, lo que implicaría matar a la mensajera, dado que el problema se encuentra en la indeterminación que sufren nuestros sistemas de precedentes.

Ahora bien, en tercer lugar, me parece que un sistema de precedentes bien ordenado requiere, además de “existencia de criterios y vínculos de ordenación”, de algo más. En particular, me estoy refiriendo a normas de cambio, y especialmente de derogación, de precedentes. En efecto, una de las razones por las que los precedentes en Italia, España o Chile parecen un cajón de(-)sastre, es porque no están claras las condiciones bajo las cuales un órgano puede dictar un precedente especial (hacer un *distinguish*) o directamente derogar un precedente (*overruling*).

²³ Por poner sólo un par de ejemplos. En primer lugar, el principio de jerarquía puede ser predicado de las normas individuales producto de las decisiones que son consideradas como precedentes, o bien de los textos normativos a partir de los cuales se formulan las *rationes decidendi* de los precedentes. De este modo, cabría duda de las relaciones de preferencia entre un precedente dictado por un órgano de primera instancia que interpreta la constitución frente a un precedente de un tribunal constitucional que dicta una norma que colma una laguna legal. En segundo lugar, el principio de especialidad —en el que la profesora Zorzetto es una experta (*La norma speciale*, ETS, Pisa, 2011)— puede adquirir un significado diferente cuando estamos frente a órganos jurisdiccionales que tienen un ámbito material de competencia muy especializado, como los tribunales ambientales en Chile, o los juzgados españoles de violencia sobre la mujer.

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

Retomando la metáfora hartiana acerca de los sistemas primitivos de derecho (en general),²⁴ los sistemas de precedente requieren tanto de normas que permitan identificar cuáles son los precedentes (regla de reconocimiento) como saber quién está en disposición de crear nuevos precedentes y derogar los ya vigentes (reglas de cambio). Y, por supuesto, quién está vinculado —y con qué efectos por su comisión y/o omisión— a seguir los precedentes.

Sin embargo, la profesora Zorzetto es bastante escéptica frente a la posibilidad de construir un sistema bien ordenado de precedentes. No se trata ya, ni sólo, de que los sistemas de precedentes deban ser contruidos “desde abajo” (Zorzetto, 2021, p. 29), sino que

[i]ncluso si el carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales fuera establecido en abstracto por un principio o una metanorma, se aplicaría siempre *ceteris paribus*: sería un principio o una metanorma defectuosa o derrotable de la que uno puede y debe apartarse siempre que considere que hay mejores razones para decidir lo contrario (Zorzetto, 2021, p. 27).

La razón principal de Zorzetto para tal afirmación es, creo, que

...cada caso de la vida es “único”, las decisiones judiciales son una parte ineliminable de cualquier derecho vigente... La justicia-igualdad (generalidad) exige, de hecho, que los casos similares se regulen de forma similar, y que las diferencias entre los casos y su tratamiento sean conmensurables y proporcionadas. Esto implica que ninguna decisión, si ha de ser justa o correcta según el derecho, puede tomarse en el vacío, independientemente de la regulación de otros casos... Puede conducir a argumentar más desde la perspectiva de la analogía, la proporción, la igualdad, etcétera (valorando generalmente las similitudes) o, por el contrario, más desde una perspectiva distintiva (en general, destacando las diferencias) (Zorzetto, 2021, p. 28).

Ahora bien, aquí no estamos únicamente frente a que los casos son únicos, o que las decisiones no deben ser tomadas en el vacío normativo. No creo que sea posible estar en desacuerdo con afir-

²⁴ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 113 y ss.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

maciones de carácter tan general. El problema es que lo que está presuponiendo Zorzetto no es únicamente que, de hecho, los jueces italianos tomen en consideración la singularidad de cada caso, sino que es imposible que no lo hagan. Dicho de otro modo: dado que hay que tomar en cuenta las circunstancias del caso, y que el legislador que ha formulado expresamente una regla del precedente no es un ángel perfecto, necesariamente se trata de una norma derrotable, que deja —y debe dejar— abierta la posibilidad de que el juez del caso concreto tome en cuenta como relevantes otras propiedades y se aleje del precedente (idealmente, de manera justificada).

Planteadas así las cosas, claro que es imposible un sistema bien ordenado de precedentes. Siempre estará abierto a que el juez *a quo* tome en consideración hechos y circunstancias que no habían sido tenidas en cuenta a la hora de dictar el precedente. De este modo, parece que los jueces, todos los jueces, han de ser competentes para decidir seguir o no un precedente dependiendo de las circunstancias del caso. Especificando en términos de precedentes interpretativos, cada juez (todo juez) ha de ser competente para establecer la interpretación que resulte más adecuada y, de este modo, conseguir la justicia material del caso, distinguiendo los casos diferentes aparentemente iguales.

Ahora bien, esta no me parece en absoluto una tesis descriptiva ni conceptual, sino una toma de posición ideológica (de ideología jurídica) de la profesora Zorzetto. Son estas últimas conclusiones las que hacen indeseable un sistema de precedentes bien ordenado. En efecto, a estos comentarios de Zorzetto subyace una ideología particularista según la cual es el juez del caso concreto quien debe apreciar cuáles son las circunstancias relevantes de cada caso. De esta forma, los precedentes —y la regla del precedente— han de funcionar como un principio o directriz al que se debe tender, pero sin sacrificar nunca la justicia del caso concreto.

Ahora bien, esto no es que haga imposible, como afirma Zorzetto, un sistema ordenado de precedentes, sino que lo haría, como se ha dicho, indeseable. Ahora bien, ¿estamos seguros de que preferimos que sean todos y cada uno de los jueces quienes vuelvan a reabrir cuestiones zanjadas por las Secciones Unidas del Tribunal de Casa-

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

ción? ¿No sería más sensato que sean los órganos de última instancia los que dicten normas de carácter general para guiar el resto de casos sin reabrir las cuestiones? Además de que es más que discutible que la cercanía con el caso nos coloque en una mejor posición (moral o epistémica) acerca de cuáles son las circunstancias relevantes, esto implica una renuncia a aquello que son los valores que promueve tener un sistema de precedentes.

Desde luego, un sistema de precedentes promueve la igualdad en sentido formal, aunque ello no implica necesariamente que se sacrifique la justicia material. Además, supone un importante freno a la arbitrariedad judicial, y en un país como Italia, con lugares en los que existe un gigantesco retraso judicial, también vendría a dotar de mucha mayor eficiencia a la toma y justificación de decisiones. No parece buena idea minusvalorar sus virtudes, aunque ello implique el sacrificio de otros valores.

No existe, como afirma Zorzetto, un sistema perfecto. Pero de aquí no podemos concluir que no sea posible un sistema bien ordenado de precedentes. Lo que sucede es que ello implica algunas tomas de posición en favor de algunos valores en detrimento de otros. Pero no existe ninguna imposibilidad, ni lógica ni axiológica, en realizar una apuesta desde el ámbito legislativo que limite las competencias de los jueces para interpretar de la manera que ellos mismos consideren más oportuna los textos legislativos, colmar lagunas, etcétera, en favor de las interpretaciones establecidas en los precedentes de las Secciones Unidas de la Casación.

De ninguna manera esto implica que la interpretación de los órganos de última instancia sea ni la más justa ni la correcta. Pero no es esta la pregunta importante. Aquella que sí lo es si preferimos que sea cada juez del territorio quien tenga la competencia para decidir qué interpretaciones son las más convenientes, o si han de ser los órganos de última instancia quienes lo decidan de manera general.

Estoy seguro de que esta ha sido una excelente oportunidad para discutir algunas de las tesis del trabajo de la profesora Zorzetto, pero del mismo modo que con Pulido Ortiz, deseo que no sea la última. Con los buenos amigos, siempre da gusto.

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO

III. REFERENCIAS

- ARRIAGADA CÁCERES, Ma. B. (2021), "La clausura de los sistemas de normas jurídicas de competencia. Episodio I: los poderes normativos de las autoridades públicas", *Revus-Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 43.
- ARRIAGADA CÁCERES, Ma. B. (2021), "Las dos caras del precedente vinculantes", en NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro *et al.*, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CARCATTERA, G. (2014), *Le norme costitutive*, Torino, Giappichelli.
- CARONI, P. (2013), *Lecciones de historia de la codificación*, Madrid, Dykinson.
- FERRER BELTRÁN, J. (2000), *Las normas de competencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GUASTINI, R. (2016), *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- GUASTINI, R. (2018), *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Puno, Zela.
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa.
- MENDONCA, D. (2011), *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. Ma. (2005), *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2021), "¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)", en NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro *et al.*, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro y ARRIGADA CÁCERES, Ma. B. (2021), "¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho", *Revista Ius et Praxis*, año 27, núm. 1.
- TARELLO, G. (2013), *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra.
- TROPER, M. (2004), "Una teoría realista de la interpretación", *Ensayos de teoría constitucional*, México, Fontamara.

SOBRE LA REGLA Y EL USO DE LOS PRECEDENTES. COMENTARIOS...

VÍO VARGAS, J., “La práctica de citar sentencias pasadas como modelo de precedentes en Chile”, en NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro *et al.*, *Teoría y práctica del precedente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
ZORZETTO, S. (2011), *La norma speciale*, Pisa, ETS.

ARTÍCULOS

ARTICLES

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC TRANSITION. AN APPROACH FROM LEGAL PHILOSOPHY*

LA SUPREMA CORTE Y SUS CONTRIBUCIONES A LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA. UNA APROXIMACIÓN DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Carlos PATIÑO GUTIÉRREZ**

Resumen:

Este documento aborda las contribuciones de la Suprema Corte a la democratización del sistema político mexicano entre 1995 y 2011. Presenta los resultados de una investigación más amplia en la que analicé casos relevantes y realicé entrevistas en profundidad a ministros de la Corte, investigadores y políticos. Aunque la corriente conocida como “política judicial” ha enfatizado el papel de los poderes judiciales dentro de los sistemas políticos, estoy interesado en estudiar si la Suprema Corte ha contribuido o no a la transición democrática desde el enfoque de la filosofía del derecho. Mi argumento es que si los jueces dictan sentencias con base en corrientes filosóficas del derecho, y si las teorías del derecho pueden incidir en la democracia, por lo tanto, las sentencias de los tribunales y su sentido filosófico pueden afectar a la democracia. Esto podría ser relevante, porque operacionaliza categorías filosóficas. Tal correlación entre las teorías del derecho y la democracia se refleja en el tipo de argumentación utilizada por la Suprema Corte. La conclusión principal es que cuando la Suprema Corte comenzó a

* Artículo recibido el 30 de noviembre de 2020 y aceptado para su publicación el 17 de agosto del 2021.

** Doctor en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente, profesor de la Universidad Autónoma de Sinaloa, correo electrónico: *carlospagu@hotmail.com*, ORCID: 0000-0001-5542-743X

I am grateful for the critical comments of Juan Vega Gómez on early versions of this research.

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

usar nuevas formas de argumentación que están relacionadas con el derecho natural, resultó ser una contribución a la democracia.

Palabras clave:

Positivismo jurídico, derecho natural, interpretación, democracia, Poder Judicial.

Abstract:

This paper deals with the contributions of the Supreme Court to the democratization of the Mexican political system in the years between 1995 and 2011. It presents the results of a broad research in which I analyzed relevant cases and conducted in-depth interviews with chief justices, researchers and politicians. Although judicial politics has emphasized the role of the judiciary within the political systems, I am interested in studying whether or not the Mexican Supreme Court has contributed to democratic transition from a legal philosophy approach. My argument is that if judges adjudicate based on theories of law, and if theories of law can affect democracy, therefore, courts' sentences and their philosophical core may have an impact on democracy. This could be of relevance because it operationalizes philosophical categories. Such correlation between theories of law and democracy is reflected on the interpretation used by the Supreme Court. The major conclusion is that when the Supreme Court started to use new forms of argumentation related to natural law, it happened to be a contribution to democracy.

Keywords:

Legal Positivism, Natural Law, Interpretation, Democracy, Judiciary.

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Methods*. III. *Classification of cases*. IV. *Justification*. V. *Conclusion*. VI. *Bibliography*.

I. INTRODUCTION

In Mexico, during most of the 20th century, the political system was dominated by the political party known as PRI (Partido Revolucionario Institucional). Political scientists, such as Giovanni Sartori (1980), considered PRI's authoritarian rule as a hegemonic party regime (p. 281). For most academics, the Mexican democratic transition took place just a few decades ago and ended as recently as in the 1990's (Woldenberg, 2013, p. 15). Considering that such a vertical regime lacked of real checks and balances, one can easily find that the Mexican Supreme Court was not a central political actor.

The purpose of this paper is to study the role of the Supreme Court in the Mexican political system during the years democratic transition. The research question is whether or not the Supreme Court has contributed to the democratization of the Mexican political system throughout those years. The literature on the Mexican democratic transition has usually been focused on the historic processes of building electoral institutions (see Woldenberg, 2013, for more detail). Instead, it has been mostly in the United States where the judiciaries have been prolifically examined as political actors. This paper is, in that context, in line with the studies carried out from political science, known as "judicial politics", which analyze the role of the judiciary in authoritarian and democratic regimes. The academic works of Schubert (1965), Pritchett (2014), Murphy (1973), Epstein and Knight (1998) constitute classic examples of that effort that started almost 80 years ago. In Latin America, judicial politics has held an increasing interest in recent years among authors such as Hilbink (2014), Ansolabehere (2007) and Ríos (2004). Nevertheless, my perspective is significantly different since I introduce a legal philosophy approach.

I consider that there is a correlation not only between the judiciary and democracy, as O'Donnell (2004) and many other political scientists have stated, but also between democracy and theories of

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

law. Ronald Dworkin (2006) has demonstrated that there is a correlation between philosophical theories of law and the way judges adjudicate. Sartori (2008) has asserted that theories of law have an impact on democracy (p. 202).

My central argument is that if judges adjudicate based on theories of law, and if these can affect democracy, therefore, courts' sentences and their philosophical core may affect democracy. I claim that the Supreme Court, through adjudication, has contributed to the democratization of the Mexican political system. Some researchers may find this perspective too evident considering the role of the judiciary in liberal democracies, even Tocqueville (2000, p. 106) pointed that out nearly 200 hundred years ago. However, I will elaborate further: if Dworkin and Sartori are correct, my hypothesis is that, in the development of the democratic transition, the Mexican Supreme Court experienced a distancing from legal positivism and it approached to natural law. I will attempt to prove this by referring to the fact that—in the short history of Mexican democracy—most of the relevant cases adjudicated by the Supreme Court introduced new forms of legal interpretation that are in accordance with natural law.

I understand legal philosophy, as philosophy in general, as a reflective activity on the nature of beings, in this case, as a reflection on what law is. It comprehends a large range of subjects; among them—as we will see—the connection between the definition and the validity of law. The main focus of this paper is to explain how legal philosophy categories (theories of law) interact with democratic ones (political science theories) in specific cases adjudicated by judges. I believe the explanation of that interaction is possible due to concepts that emerge from both legal positivism (such as subjectivism, territorialism, normativism and formalism) and natural law (objectivism, universalism, principlism and liberalism).

One last aspect of my argument links interpretation (specifically that one close to natural law and employed by constitutional courts) with democracy. This correlation would confirm my hypothesis:

- The closer the mentalities of judges are to natural law, the more they will prefer methods of interpretation used by constitutional courts. These methods are based on notions in which natu-

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

ral law has been developed (such as morality, moral objectivity, values, universality, principles and human rights).

- The more the Supreme Court adjudicates as a constitutional court, the more its contribution to Mexican democracy will be.

Some or many of these affirmations might seem obvious to a reader coming from a country with a common law tradition. Nevertheless, it is not that obvious in Mexico. Our legal system had been historically positivist, and the Supreme Court had been part that tradition.

As Jorge Esquirol (2011) says, in Latin America there has been a turn towards a new interpretation in opposition to the “aberrant” formalist thought (p. 1034). This interpretivism has an European and North American liberal background that has fueled a more progressive discussion of constitutional law due to a greater contact with foreign theorists and students educated abroad. However, Esquirol is also skeptical of the automatic benefits of this transplantation of ideas. I believe that the final balance of this criticism of legal positivism will be favorable for the judicialization of human rights.

I once received a positivist education in law school and normalized it: there were no “human rights”; rights were to be created by authorities and, therefore, were not inherent. But during the last three decades a new mentality have been introduced and it will have an impact on how we interpret the law. We now assume that not only law and morality are connected, but also that the first one derives from the latter; we accept, therefore, the existence of values and principles in law, as well as the existence of human rights; and that implies notions of universality and moral objectivity.

To demonstrate the correlation between theories of law and democracy, I analyzed 9 relevant cases (adjudicated by the Supreme Court between 1995 and 2011) and conducted 14 in-depth interviews to chief justices, researchers and politicians. This paper presents some results of a broader research. For that reason, I will only focus on the cases. As to the interviews, being that they assure the recollection of considerable information, I would prefer to present its analysis in a more extensive publication. The ground for that decision lays on a theoretical motivation. I believe that the philosophical theories of law are authentic legal ideas and I consider that their value as

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

such should be vindicated. I have decided to approach these legal concepts in the light of the figurational sociology of Norbert Elias (2012) (who, it seems to me, is not known well enough in Mexico among legal researchers). In that sense, I argue that legal ideas (manifested as legal positivism and natural law) are figurations: forms of interdependence among human beings and, therefore, different ways of understanding, in this case, the law. This —as I see it— has an impact on how judges interpret the law. I claim that it is possible to offer a better description of the correlation between theories of law and democracy if we realize that legal positivism and natural law are but figurations.

The interviews offer abundant and fascinating information. Most of it comes from the chief justices themselves. They do not only express the way they conceive the law (which might be my main interest here), but also reveal critical facts about how they work. Since in Mexico justices do not deliberate in public, the interviews provide unprecedented information and confirm some other speculations on how they deliberate, how they conciliate and “exchange” their votes among them, and how they face political pressure to alter their decisions. But as I said before, I will deliver that analysis in a broader publication.

For this research, I relied on methods of qualitative analysis: 1) in-depth interviews; 2) documentary analysis, and; 3) interpretation criteria. The interviews were useful not only to reconstruct the role of the Supreme Court during the process of democratic transition, but also to ameliorate the selection of cases. Once selected, I analyzed the Supreme Court sentences and interpreted them based upon pre-established criteria.

II. METHODS

The selection of cases was determined by four criteria. Each Supreme Court sentence was chosen if it contributed to democracy, and it was considered as such when it gave rise to: 1) public debate, 2) political participation, 3) transparency, and 3) rule of law.

In *Polyarchy: Participation and Opposition*, Robert A. Dahl (2013) studies what conditions favor or impede the transformation of one

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

regime into another, specifically from an authoritarian to a democratic regime. It is remarkable —at least from the Mexican political system’s point of view— how Dahl does not focus his analysis on electoral institutions or electoral procedures. Instead, he examines other aspects that one might not initially consider important. Dahl’s thesis basically holds that public debate and participation are the two dimensions that determine the transformation of an authoritarian regime into a democratic one. Democracies (polyarchies) are systems that are both “substantially liberalized and popularized” (Dahl, 2013, p. 17), that is, they are very representative and at the same time very open to public debate. For instance, in the Soviet Union, there was a formal participation (elections) but no real public debate. On the other hand, in the 18th century British political system, although there was plenty of public debate, political participation was extremely reduced (p. 16).

In addition to Dahl, I also consider the contributions of other authors related to democratic theory and political transitions, such as O’Donnell (2004), Morlino (2008) and Diamond (2005). From them, I identified transparency and rule of law as the two last criteria that turn a political regime into a democratic one. Therefore, the Supreme Court will contribute to democracy, as I said, when it increases: 1) public debate; 2) participation; 3) transparency; and 3) rule of law.

Now I will describe how these criteria fit in the set of variables I constructed. In this research, I differentiate between: A) the factors that made possible the contributions of the Supreme Court, and B) the actual contributions of the Supreme Court.

Regarding the factors (A), two points should be considered: the internal aspects of the Supreme Court (the judiciary itself) and the external aspects (related to the political system and the social system). Therefore, I classified these elements into: political (a), judicial (b) and social (c) factors.

The first factor, the political one (a), deals with the changes in the Mexican political system (variable 1), and I would like to emphasize the year of 1994 as a crucial moment for our transition to democracy.

As for the internal factor, the judicial one (b), I refer to: the changes —also in 1994— in the structure of the Supreme Court

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

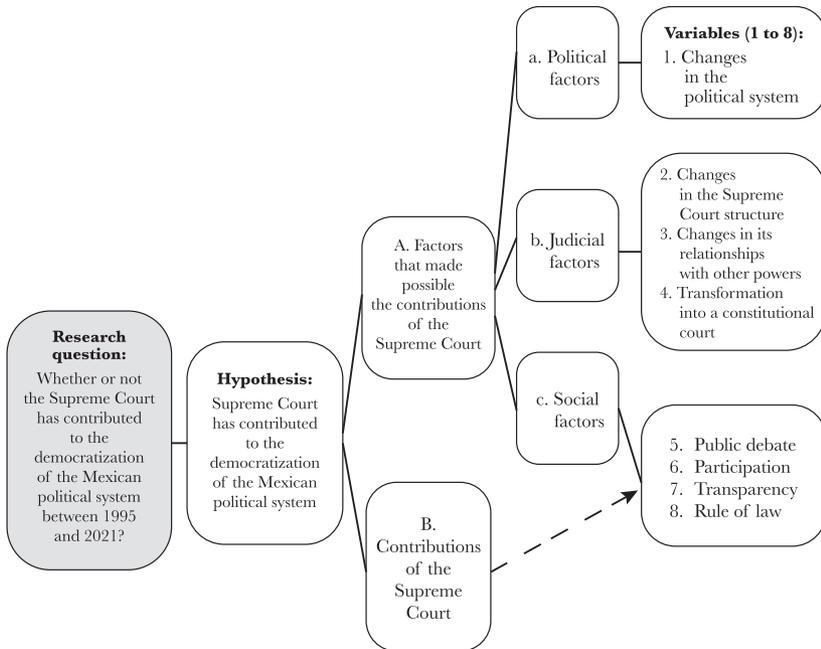
(variable 2); the changes of relation with other powers (variable 3); and the transformation of the Supreme Court into a constitutional court (variable 4).

The third factor, the social one (c), deals with the changes in Mexican society in terms of the criteria already mentioned (democratizing dimensions). That is, Mexican society claimed and, therefore, experienced an enhancement of public debate (variable 5), participation (variable 6), transparency (variable 7) and rule of law (variable 8).

I believe all these variables must be taken into account to describe role of the Supreme Court during the political transition. Since the democratizing dimensions correspond to the variables 5 to 8, the selection of cases that have contributed to Mexican transition has been made based on such criteria.

All the above can be summarized as follows:

FIGURE 1. RESEARCH HYPOTHESIS AND VARIABLES



1. *Changes in the political system (variable 1)*

The year of 1994 was crucial for the democratic transition. The authoritarian regime was experiencing a process of deterioration. That year Mexico faced an economic and political crisis that forced changes in the political system in order to provide stability. Academic consensus, led by Woldenberg (2013), asserts that Mexico's transition to democracy took place between 1977 and 1997 (p. 15). Nevertheless, I find Alonso Lujambio's (2000) thesis more accurate: he places the Mexican democratic transition later (mostly during the 1990's) and he offers an empirical basis for that claim (pp. 14 and 15). Lujambio demonstrates that despite losing the House of Representatives in 1994, the ruling party (PRI) still held, by 1999, a hegemonic power (*e. g.*, in the Senate, state governors and state legislatures).

I support Lujambio's thesis and I believe that democratic transition took place in Mexico slightly later (during the 1990's). It is not a coincidence that the manifestations of such transformation became visible in the judicial branch at that same time. There would be a causal relationship: the Supreme Court was forced to change because the political system was already on a process of reformation.

The Mexican judiciary went through a profound transformation between 1994 and 2011. In other words, if there was, in time, a correlate between the changes in the Supreme Court and Mexico's transition to democracy, it would be that same period.

In Mexico, judiciary's work has been historically divided in periods. The period between 1995 and 2011 is known as the Ninth Period of the Federal Judiciary in which the Supreme Court was drastically modified. The selection of cases was, therefore, limited to those adjudicated between 1995 and 2011: the years of political transition in Mexico.

2. *Changes in the judiciary (variable 2, 3 and 4)*

These changes in the political system allowed to model a different structure and new powers for the Supreme Court. For instance, the integration, the number and the designation of justices was altered

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

(even the justices in service by 1994 were dismissed). I will focus, however, on the new powers granted to the Supreme Court. Such prerogatives derived from a constitutional reform that was passed in December 1994 and it implied a new balance of powers and, consequently, different forms of relationship among the branches of government. The Supreme Court went from having a secondary role in the Mexican political system to being a central political actor vis-à-vis the legislative and —more importantly— the executive power.

This transformation towards an horizontal accountability was possible because the Supreme Court became an authentic constitutional court. Its powers related to judicial review were strengthened. In Mexico, there was already a mechanism of judicial review, known as *amparo*, in hands of citizens to prevent violations of rights acknowledged in the constitution. However, the 1994 constitutional reform created a new mechanism, known as *acción de inconstitucionalidad*, and revitalized another one called *controversia constitucional* (which was a dead letter by then). Both are in hands of state actors and they allow executive and legislative actions to be subjected to review by the Supreme Court. By those means, judicial review and horizontal accountability were strengthened in Mexico.

I believe that the Supreme Court was not part of the actors that triggered the democratic transition. On the contrary, I point out that the democratic transition was the one that provoked the transformation of the Supreme Court. Only then, the Supreme Court, already installed in its new role as constitutional court, would be able to support and stimulate the democratic transition.

3. Changes in the Mexican society (variable 5, 6, 7 and 8)

The new structure of the Supreme Court and its consequences in the democratic dynamics among political actors would apparently confirm the validity of the institutionalist theory. This theory holds that the redesign of institutions can carry out changes in social and political interactions. Thus, the structures, norms and powers given to an institution determine the behavior of individuals (Scott, 2004). This might be true, but only in appearance: I will not deny the impor-

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

tance of modifying norms and institutional structures, however, that does not necessarily translate into social transformations. I would say it is the other way around: the redesign of the Supreme Court was possible because the Mexican society had already changed and it demanded those political and legal adjustments.

For Norbert Elias (2012), one fundamental task of social scientists is to explain social transformations. A common mistake, as Elias argues, is to study such transformations through the isolated analysis of institutions. This does not mean that the analysis of institutions, norms or individuals is irrelevant. However, “the mental habit of asking about the specific authors of social transformations or, in any case, of facing these transformations looking only at legal institutions” makes impossible its understanding, Norbert Elias says (p. 339). And he adds: “in all cases what we see are the results of the actions of isolated individuals and what is presented to us are their personal weaknesses and gifts. There is no doubt that this method is fruitful, and it is essential to consider history under this dimension, as a mosaic of singular actions driven by isolated individuals”, but that is —he claims— insufficient (p. 313).

Elias (2012) states that societies are the product of the values, feelings and mentalities shared by the individuals of a community. Therefore, political, legal or social transformations reflect a change in the networks of conceptions (figurations) about the ways of living, feeling and thinking shared (pp. 29-33). In other words, the Mexican political system changed because our society had modified its mentality, emotions and values. It demanded more public debate, political participation, transparency and rule of law.

When, in a regime, at least some members of the political system can oppose the government and some of their rights are guaranteed, then public debate is produced. Regimes, Dahl (2013) says, vary substantially (from authoritarianism to democracy) in the extent to which they offer such guarantees to opponents, and therefore vary as much as they tolerate opposition and facilitate public debate (p. 14).

However, public debate is not enough. Regimes also vary in the number of people that participate in public affairs. Participating, Dahl (2013) says, is “having a voice in a public debate system” and participation also implies representativeness: “the greater the num-

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

ber of people who enjoy this right, the more representative the regime will be” (p. 15).

In relation to transparency, it implies not only access to information for public debate, but also openness in decision-making and it is a tool of good practices in the execution of public policies, in a way that allows for accountability, efficiency and effectiveness (Ball, 2009, p. 293). Joseph Stiglitz (1999) has stressed that transparency is crucial in the informed participation of citizens for decision-making, and has warned of the risks posed by governmental secrecy. Therefore, it becomes essential for the democratization of political systems and the development of the rule of law.

In terms of the quality of democratic regimes, the rule of law is one of the essential pillars, as O’Donnell (2004) states, on which a true democracy rests. O’Donnell emphasizes two elements of the rule of law: the role of independent judiciaries and the equal treatment that the rule of law must guarantee in favor of citizens (p. 32). Therefore, the rule of law can be understood as the state constrained by law. For O’Donnell, this expression refers to the consistent application of laws by the judicial or administrative authorities, regardless of the class, status or power held by the parties involved (p. 33).

Consequently, each time judges adjudicate protecting individual liberty, they also constrain the power of the State and, therefore, improve the rule of law. And each time judges preserve equality, they contribute to the equal treatment that the rule of law presupposes. From this conception, it follows that the rule of law is strengthened when liberty and equality are defended.

In-depth interviews

The cases adjudicated by the Supreme Court that were subjected to analysis, were only those that promoted one or more of the four democratic dimensions already mentioned. I first made a list of cases based on the specialized literature. That selection was not definitive, since it was later contrasted with the cases discussed during the in-depth interviews.

The purpose of the interviews was to reconstruct the process of democratic transition in Mexico and the role of the Supreme Court

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

in that moment. The standards to choose the interviewees were: a) men and women; b) old and young, that; c) by their testimony or by their renewed vision, that is, by experience (because they were actors of the transition) or by knowledge (because they were specialized in the subject), could reconstruct such process; d) from different perspectives: academia, politics and administration of justice. The interviewees were a total of 14 people (in alphabetical order): Karina Ansolabehere,¹ José Antonio Caballero,² Jaime Fernando Cárdenas Gracia,³ Héctor Fix Fierro,⁴ Fernando Gómez Mont,⁵ Mara Gómez Pérez,⁶ chief justice Genaro Góngora Pimentel,⁷ chief justice Guillermo Ortiz Mayagoitia,⁸ Ricardo Pozas Horcasitas,⁹ Pedro Salazar,¹⁰ chief justice Juan Silva Meza,¹¹ Francisco Tortolero,¹² justice Diego Valadés¹³ and José Woldenberg.¹⁴

¹ Professor at Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) in Mexico. Currently, researcher at the Institute of Legal Research at Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

² Professor at Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

³ Federal congressman for Partido del Trabajo and constituent deputy of Mexico City for Morena. Counselor of the General Council at the Federal Electoral Institute. Currently, researcher at the Institute of Legal Research at UNAM.

⁴ Researcher at the Institute of Legal Research at UNAM. Former director of that same institute.

⁵ Minister of the Interior during the presidency of Felipe Calderón.

⁶ Law clerk for the Supreme Court chief justice.

⁷ Justice of the Supreme Court of Justice of the Nation. Chief justice of the Supreme Court between 1999 and 2003.

⁸ Justice of the Supreme Court of Justice of the Nation. Chief justice of the Supreme Court between 2007 and 2011.

⁹ Counselor of the General Council at the Federal Electoral Institute. Currently, researcher at the Institute of Social Research at UNAM.

¹⁰ Current director of the Institute of Legal Research at UNAM.

¹¹ Justice of the Supreme Court of Justice of the Nation. Chief justice of the Supreme Court between 2011 and 2015.

¹² Law clerk for the Supreme Court chief justice. Currently, researcher at the Institute of Legal Research at UNAM.

¹³ Attorney General of Mexico and Supreme Court justice. Currently, researcher at the Institute of Legal Research at UNAM.

¹⁴ Professor at UNAM's School of Political and Social Sciences. He was president of the Federal Electoral Institute.

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

Throughout this research, a total of 46 cases were mentioned. Of these, 43 were specified by the interviewees; the other 3, although they were not indicated by them, they were part of those I selected based on the specialized literature, as shown in the following table:

TABLE 1. FREQUENCY OF CASES MENTIONED

Cases	Mentions										Total			
Abortion in Mexico City		1	1			1		1		1	1	7		
Aguas Blancas				1		1	1	1		1	1	6		
Gay marriage and gay adoption in Mexico City		1	1			1			1		1	6		
Budget veto		1		1		1		1			1	6		
Lydia Cacho's torture	1	1				1	1			1		5		
Anatocism				1		1	1			1		4		
Florence Cassez				1		1			1			4		
49 children dead in a daycare center fire						1			1	1		3		
Televisa Statute		1		1						1		3		
Marijuana			1			1					1	3		
Poet case: national symbols & freedom of...		1		1		1						3		
Atenco							1		1			2		
Electoral districts							1		1			2		
Rosendo Radilla Pacheco				1						1		2		
Ulises Ruiz							1		1			2		
Instituto Federal de Telecomunicaciones		1	1									2		
House imprisonment										1		1		
Auditoría Superior de la Federación			1									1		
Presidential flight logbook				1								1		
Independent candidates in Yucatán							1					1		
Jorge Castañeda (independent candidate)						1						1		
Grounds for divorce			1									1		
Celaya	1											1		
Consulta reforma energética			1									1		
Constitution as mandatory norm							1					1		
Human Rights, constitution & International treaties			1									1		
Gender Quota							1					1		
Union dues not subjected to transparency				1								1		
Delicias							1					1		
Fobaproa									1			1		
1971 student massacre in Mexico City									1			1		
Candidates' illiteracy										1		1		
Servicio Público Energía Eléctrica Statute				1								1		
Free business association	1											1		
Militarization of Public Security			1									1		
Extension of public office mandates							1					1		
Transgender identity									1			1		
Government publicity			1									1		
Jehovah's Witnesses						1						1		
HIV among militaries									1			1		
Spousal rape			1									1		
Forced Disappearance of Persons												0		
Protection of life in Baja California												0		
Protection of life in San Luis Potosí												0		
	Ansólabehere	Caballero	Cárdenas Gracia	Fix-Fierro	Gómez Mont	Gómez Pérez	Góngora Pimentel	Ortiz Mayagoitia	Pozas Horcasitas	Salazar	Silva Meza	Tortolero	Valades	Woldenberg

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

In the table above, the cases are presented according to the frequency of mentions in descending order. That is, from the most mentioned to the least mentioned. The cases that do not correspond to the temporal delimitation of this research (other than the 1995-2011 period) are marked in light gray so that the reader can identify them. Those marked in black correspond to the cases that are within the period studied and that were analyzed in this research. And those in white are the cases that, although they belong to the period, were not analyzed.

Cases selected

Based on the democratic dimensions —and contrasted with the literature and the interviews—, 9 cases were finally selected. In Mexico, we name cases making reference to the kind of case, the file number and year (*e. g. Controversia constitucional 33/2002*). Since that would not be clear enough, I decided to give each case a short title so that it can be easily identified. The cases are:

- 1) Poet case: national symbols and freedom of expression
(*Amparo en revisión 2676/2003*)
- 2) Prescription and non-retroactivity on forced disappearance of persons
(*Controversia constitucional 33/2002*)
- 3) 1971 student massacre in Mexico City
(*Facultad de investigación 1/2006*)
- 4) Abortion in Mexico City
(*Acción de inconstitucionalidad 146-147/2007*)
- 5) Transgender identity
(*Amparo directo civil 6/2008*)
- 6) Protection of life in Baja California
(*Acción de inconstitucionalidad 11/2009*)
- 7) Protection of life in San Luis Potosí
(*Acción de inconstitucionalidad 62/2009*)
- 8) 49 children dead in a daycare center fire
(*Facultad de investigación 1/2009*)

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

9) Gay marriage and gay adoption in Mexico City
(*Acción de inconstitucionalidad 2/2010*)

The first case deals with a writer, Sergio Hernán Witz Rodríguez, who published a poem, in 2001, in a cultural magazine in which he said that he would clean “his ass with the [Mexican] flag”. He was prosecuted for the crime of outrages against the national symbols as provided for in article 191 of the Federal Penal Code. The case reached the Supreme Court seeking to declare article 191 unconstitutional for violating the freedom of expression, but the justices did not consider it so and, therefore, granted no constitutional protection to the poet.

In the second case, the Mexican government approved the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons. However, the government made a reservation and an interpretative declaration of the convention. The reservation was made on the specialized military jurisdiction. The interpretative declaration indicated that these crimes would be prosecuted only after the entry into force of the convention, in observance of the principle of non-retroactivity. Mexico City’s governor disputed the federal government reservation and interpretative declaration. The Supreme Court did not rule in favor of the Mexico City’s governor and, therefore, declared that both the reservation and the interpretative declaration were constitutional.

In the third case, the Supreme Court was requested, in 2006, to investigate the student massacre that occurred on June 10th, 1971, known as “*el halconazo*”. This massacre was perpetrated by the Mexican army and is considered as one of the most outrageous abuses in Mexico’s contemporary history. In 2006 (when the request was issued), the Supreme Court was authorized by the constitution to inquire about human rights violations. Although the crimes related to that massacre were about to prescribe that same year, the Supreme Court decided not to investigate.

The fourth case is about abortion in Mexico City. In 2007, a reform was made to allow the free termination of pregnancy within 12 weeks. The Supreme Court decided that the reform and, therefore, the termination of pregnancy were constitutional.

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

The fifth case deals with a transgender person. At birth, she was identified as a male, but during puberty her breast grew. Later, doctors discovered that she lacked testicles and, instead, she had an ovary. Although it seemed that she had both sexes, her real sex was female. She requested the change of name and sex, as well as the issuance of a new birth certificate. The purpose of issuing a new certificate was to assure that such modifications were not known to the public. A judge granted her the change of name and sex, but not her claim regarding the new birth certificate; in 2008, the case reached the Supreme Court and the justices determined the issuance of a new one.

The sixth case is about protection of life in opposition to women's liberty. In 2008, Baja California's state constitution was reformed to protect life from the moment of conception. In 2009, the reform was challenged since it might restrain women's rights. However, in 2011, the Supreme Court did not consider it unconstitutional. Therefore, the norm is still in force.

The seventh case took place in the state of San Luis Potosí and it is identical to the last one. The state constitution of San Luis Potosí was reformed to protect life from the moment of conception. Again, the Supreme Court did not consider such reform as a women's rights violation and, therefore, did not declared it unconstitutional.

The eighth case deals with 49 children that died in a daycare center fire, in 2009, in Hermosillo, Sonora. The Supreme Court determined to investigate the case and decided, despite many disagreements among justices, that authorities were severely negligent and that there were serious violations of human rights.

In the ninth case, Mexico City's civil code was reformed to redefine marriage, ceasing to be the union between a man and a woman for procreation purposes, to be the union between two people and eliminated such purpose. Regarding adoption, although it was not itself amended, it was implicitly modified by the redefinition of marriage: any couple could now adopt. The Supreme Court ruled that this reform—that protects the rights of the gay community—is constitutional.

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

Interpretation criteria

This research implies the intersection of two perspectives. If the selection of cases was determined by democratic theory, the criteria for interpreting them —as legal units of analysis— will have a theory of law approach. I will explain here each criterion as clearly and briefly as possible. Nonetheless, that implies a risk of generalizing. Therefore, if the correlations established in this paper are reasonable, I believe this section, related to legal philosophy, should be the subject of further debate.

Legal positivism and natural law constitute different ways of conceiving and interpreting the law. More specifically, these theories offer opposite answers to the question of when law is valid. Legal positivism is a simpler figuration or conception of law because it offers a reductionist approach towards a social phenomenon that is more complex.

It is necessary to acknowledge that there are different versions of positivism, in particular, it is possible to observe this diversity among contemporary theorists who try to offer answers to the severe criticisms inflicted upon positivism during the 20th century.

However, in this paper I will focus my target not on those contemporary theorists, but on those versions of positivism that Dworkin criticized (represented by classical authors like Hart and Kelsen). It is not that I underestimate or simply look in another direction deciding to ignore contemporary positivist theorists that came after Hart. It seems to me that their contributions are concessions to natural law in one way or another, and vary so much in their subjects that they are atomized and diverge from the point that I am interested in.

For instance, the positivist approach known as legal realism was against formalism and criticized the conception of law as a closed and complete system of norms. As Leiter (2017) points out, the realists were lawyers, not philosophers, and they had a greater interest in understanding how courts actually work. Leiter (1999) argues that legal realism is a branch of legal positivism and claims that positivism has no necessary relation to formalism: positivism is a theory of law, while formalism is a theory of adjudication (p. 1144).

Therefore, the opposition between legal realism and positivism is, as Guastini (2020) says, incorrect. On the contrary, legal realism preserved the thesis of the separation between law and morality. For example, Shapiro (2011) supports this positivist thesis of separation and understands the law as a plan and, consequently, rejects any moral basis of law. Joseph Raz, one of the most prominent legal philosophers, defends —based on the positivist thesis of the sources— that the law should be analyzed only from social facts and not based on moral arguments. Waldron (1999) is another theorist who has been understood as an exclusive positivist and a critic of the judicial review of legislation by judges. Nevertheless, Gallego (2019) points out that this interpretation of Waldron’s work is incorrect and, instead, it is more in line with that of Dworkin.

As can be seen, contemporary positivists maintain the basic premises of the doctrine. Classically, legal positivism has claimed that to be valid the law must: 1) be created by an authority; 2) issued for a specific territory; 3) and follow certain procedures in its creation.

A first version of legal positivism, represented by Austin (1832), emphasized authority as an essential condition of validity. As Dworkin (2001) says, for this version of positivism, “a valid law must be adopted by a specific social institution” (p. VII). In other words, the law is the law because it has been created by the sovereign and, for that reason, it will be valid only in his domains.

Nevertheless, other versions of legal positivism anticipated the weaknesses of this authority-based explanation and pointed out that the validity of norms derives not from authority but from other norms (Hart, 2014, p. 72). Therefore, a law would be valid if it has been passed according to the formal procedures that pre-establish how law should be created.

I would characterize this positivist conception of law as normativist, which indicates that the social phenomenon of law is a closed circuit of norms, either because a norm would be the simple expression of the ruler’s will or because some norms give validity to others.

This implies that the cruelty or injustice of law is irrelevant in terms of its validity. The creation of law either by an authority or in compliance with formal procedures will suffice for the law to be

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

valid. Consequently, legal positivism excludes the relationship between law and morality.

For natural law, instead, law and morality are connected. There are versions of natural law that do not seek metaphysical solutions to the problems that morality poses. In fact, some versions are secular and liberal. Dworkin (2014b) goes further and states that law derives from morality (p. 20). The validity of norms is neither conditioned by the physical strength of their authors nor by other norms.

Dworkin (2014a) defends the existence of moral principles, that is, extra-legal norms or norms of a moral nature within legal systems. "I call 'principle' a norm that must be observed", Dworkin (2014a) states, "not because it makes possible or ensures an economic, political or social situation that is deemed appropriate, but because it is an imperative of justice, honesty or some dimension of morality" (p. 118). This conception could be labeled as principlism, as opposed to normativism.

If we accept that law and morality are connected, that would necessarily lead us to the debate on the nature of morality and, as consequence, to the question whether or not moral objectivity is possible. As Dworkin (2014b) says: "We cannot defend a theory of justice without also defending, as part of the same matter, a theory of moral objectivity" (p. 24). In other words, natural law holds by necessity an objectivist conception of moral values. Dworkin's (2014b) answer to the problem of moral relativism finds that moral objectivity is a matter of rationality (p. 57). But such claim is not new, it dates back many centuries.

Instead, positivism's variability (on authorities, procedures and territories) results in a subjectivist notion of moral values (Kelsen, 2002, pp. 79 and 80). The discrepancy in the subjective or objective nature of morality take us also to the universal or territorial conception of law. Since for legal positivism law comes in state sized bites, as Dworkin (2006) says, citizens' rights are granted for specific territories. Therefore, if one goes to the domains of another sovereign, other norms will rule. But if there is a moral foundation for law and if morality is objective, then citizens' rights would not have territorial boundaries as is the case with human rights.

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

The inherent nature of human rights is opposed to legal positivism: those rights are neither granted by any authority nor limited by territory. Furthermore, since their purpose is to protect human dignity from abuses of power, human rights have a liberal ground. In that regard, Sartori (2008) has criticized how legal positivism defends the formal validity of law at the moral expense of the limitation of power (p. 201). For Sartori, this reduction of law to formalism shows how legal positivism is indifferent—in the definition of what is law—to illiberal thinking.

Positivism was originally influenced by empiricism and, as Pérez Tamayo (2008) points out, it is characterized by its reductionism (p. 137). I claim—under Elias’ figurational theory—that legal positivism is a less complex theory of law. I acknowledge that legal positivism allowed to take God out of the definition of law. Nevertheless, that metaphysical criticism unfortunately turned into moral skepticism. In my view, legal positivism is both affected by normativism and formalism, and as a result, it underestimates the role of morality and legitimacy. It is true that other versions of positivism avoid that reductionist conception of law, but in every effort of building a more complex theory they end up accepting natural law premises.

The postulates of some contemporary theorists, whose assertions may seem very novel to us, are part of an old tradition of thinkers. Max Weber long ago underlined the role that legitimacy plays in the exercise of power (2002, p. 172).¹⁵ Since the Middle Ages, the Scholastics already spoke of moral principles as part of legal systems (Tamayo y Salmorán, 2005, p. 147). In the 13th century, Thomas Aquinas (1997) argued that justice was the congruity of reason with itself, that is, the truth in morality is found in rationality (*S. t., Ia, IIae, 18, 5, ad Resp.*). The Spanish Scholastics—Francisco Suárez (1967) among them—followed Thomas Aquinas and stated that law is valid for four reasons: 1) because it is issued by an

¹⁵ In more recent times, Tom Tyler (2014) has empirically demonstrated that people obey laws not because of the fear of being punished but because of legitimacy. Tyler points out—following Weber—that legitimacy is a matter of belief. In this case, the belief that we must obey leaders (p. 77).

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

authority, 2) it complies with the formalities of creation, 3) it is just and 4) seeks the common good (*De legibus*, I, 13,1). These are the very theses defended centuries later by Austin (1832), Hart (2014), Dworkin (2014a) and Finnis (2000), respectively. While positivism reduces its description of what law is to the first two conditions of validity, natural law brings a more comprehensive theory acknowledging the four of them.

I believe that legal positivism not only lacks a historical approach but also offers a partial explanation of the validity of law and, therefore, reduces law to its formalities, without considering other validity criteria. As we can see, Scholastic natural law theorists recognized positivist conditions of validity as necessary, but not sufficient, and instead brought, from my point of view, a more ample and complex description of law.

Human rights —such as liberty and equality— are inherent and their basis is morality, which means that authority is linked to legitimacy. Furthermore, I believe that there is a moral substratum in law and that a defense of a theory of justice, as Dworkin (2014b) says, implies an objectivist theory of values. This contemporary conception of natural law is more compatible with the democratic, secular and liberal values of our complex and modern societies.

Ultimately, these theories of law have different figurations about power and human beings. Legal positivism has a subjectivist, territorial, normativist and formalist conception of law; modern natural law is, instead, objectivist, universal, principalist and liberal. These divergent theories have an impact on how we interpret the law.

III. CLASSIFICATION OF CASES

Among all the selected cases, only four of them were mentioned three or more times by the interviewees: abortion in Mexico City, gay marriage and gay adoption, the 49 children dead in a daycare center fire and the poet cases; being the first one (abortion in Mexico City) the most indicated. In the rest of the analyzed cases, two of them received only one mention (the 1971 student massacre and the trans-

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

gender identity cases); and three did not get any (prescription and non-retroactivity on forced disappearance of persons, protection of life in Baja California and protection of life in San Luis Potosí).

In accordance with the methodology proposed in this research, I classified the cases in the following way. Only three out of nine were considered as contribution to democracy; the other six were not considered as such. The two tables below show the classification based on the philosophical interpretation criteria:

TABLES 2 AND 3. CLASSIFICATION OF CASES BASED ON THE PHILOSOPHICAL INTERPRETATION CRITERIA

Cases that did not contribute to democracy							
Case							Total
	Poet	Forced Disapp. of P.	Student massacre	Protection of life BC	Protection of life SLP	49 children dead	
Criterion							
Formalist vs liberal	1		1			1	3
Formalist vs principalist		1					1
Territorial vs universal				1	1		2
Subjectivist vs objectivist				1	1		2

Cases that did contribute to democracy				
Case				Total
	Abortion	Transgender	Gay rights	
Criterion				
Liberal vs formalist	1		1	2
Liberal & principalista vs normativist		1		1

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

Occasionally, a case could be classified, at the same time, into two criteria if it presented more than one characteristic. Therefore, the totals shown in the tables above reflect the frequency of criteria for each case.

If we observe the six cases that did not contribute to democracy, four of them were categorized as formalist. At being formalist, they undermined either the liberal or the principlist solution that could be given to the case. Among these four formalist sentences, three were specifically in opposition to the liberal solution; and one was in opposition to principlism. The poet, the 1971 student massacre and the 49 children dead in a daycare center fire cases were opposed to liberalism; and the case of forced disappearance of persons was opposed to principlism. In relation to the other two that did not contribute to democracy, both were considered as territorial and, at the same time, subjectivist, as opposed to universal and objectivist. These were the protection of life from conception in Baja California and San Luis Potosí cases.

Among those that did contribute to democracy, each of the three cases had a liberal solution. These were the abortion in Mexico City, the gay marriage and gay adoption, and the transgender identity cases. The last one was, to be more precise, liberal and at the same time principlist.

If there is a correlation between legal theory and democracy, I should show how the philosophical criteria of legal interpretation correspond to the democratic parameters of political systems. For that, the following tables present the classification but now according to the democratizing dimensions used in this research:

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

TABLES 4 AND 5. CLASSIFICATION OF CASES BASED ON THE DEMOCRATIZING DIMENSIONS

Cases that did not contribute to democracy							
Democratizing dimension \ Case							Total
	Poet	Forced Disapp. of P.	Student massacre	Protection of life BC	Protection of life SLP	49 children dead	
Rule of law (against)	1	1	1	1	1	1	6
Public debate (against)	1		1				2
Transparency (against)			1				1
Political participation							0

Cases that did contribute to democracy				
Democratizing dimension \ Case				Total
	Abortion	Transgender	Gay rights	
Rule of law (via equality)	1	1	1	3
Rule of law (via liberty)	1			1
Public debate	1		1	2
Transparency				0
Political participation				0

In the cases that were not considered as a contribution (and whose sentences were all classified as positivist as well), it can be observed that democracy was affected because they undermined the rule of law.

Nevertheless, in the specific case of the poet, its formalist sentence deteriorated not only the rule of law but also the public debate (as it constrained the freedom of expression). In the case of

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

the 1971 student massacre, its formalist solution affected the rule of law, transparency and public debate.

Regarding the sentences that did contribute to democracy (and whose sentences were in line to natural law), they all gave rise to the rule of law. To be more precise, the three cases (abortion, transgender identity and gay rights) strengthened the rule of law through equality, that is, they promoted the equal treatment of women, transgender and gay people.

However, in the abortion case, I believe that in addition to contributing to the rule of law through equality, it also did so via liberty, since the free termination of pregnancy is also a liberty for women.

Besides, the Supreme Court decision was so controversial and concentrated so much attention that it also triggered the public interest in this matter. Actually, most of the interviewees agreed that the abortion and gay rights cases stimulated the public debate in Mexico.

IV. JUSTIFICATION

Now I will justify why I classified the sentences as I did. I will start with the cases that contributed to Mexican democracy and, then, I will continue with those that did not.

In the abortion case, the Supreme Court had to decide whether or not the reform in Mexico City that allowed the free termination of pregnancy within 12 weeks was constitutional. The Supreme Court not only openly adopted a human rights perspective but also explicitly carried out an exercise that, in legal argumentation, is called weighing and balancing: the justices had to solve the conflict between two principles or moral values (life and liberty). They first recognized that life, although not clearly expressed in the Mexican constitution, is a constitutional value. Nevertheless, that did not imply that life should be set above liberty. They decided to stand up for the liberty of women. In addition, the case offered the first *amicus curiae* in the history of our constitutional court and opened the public debate. Thus, the Supreme Court weighed and balanced two moral values; adopted a human rights perspective; and by defending

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

women's liberty, it promoted women's equality towards men and triggered the public debate. Therefore, it contributed to democracy.

In the transgender identity case, the court of first instance rejected to issue a new birth certificate because such issuance was not contemplated by the law. The Supreme Court refused to make that normativist interpretation and, instead, claimed to that a case like this should be explicitly adjudicated under the doctrine of principles. Legalist interpretations and *lacunae* in the law should not impede, according the justices, to issue the birth certificate requested; this approach led them to identify certain rights or values that had to be protected in this case: equality (to avoid discrimination), liberty (as free development of personality, lifestyle choices and personal identity) and privacy. Consequently, the Supreme Court rejected the normativist interpretation, adopted a principalist perspective and protected human rights. By defending the right to equality, the Supreme Court contributed to democracy.

Regarding the case of gay marriage and gay adoption, Mexico City's civil code was reformed to established that marriage is the union of two people. It was no longer: *a)* the union of a man and a woman, and *b)* for procreation purposes. Although adoption was not explicitly modified, it had changed by the new definition of marriage: any married couple is now entitled to adopt a child. The Supreme Court conducted an analysis known in legal argumentation as reasonableness. It concluded that in some cases it is reasonable to limit some rights to some citizens, but in this one, there is no justification for not granting the same liberties to gay people. As to adoption, the justices stated that there is no scientific evidence that shows that gay parents affect the development of adopted children, therefore, again, no limitation is justified. On the contrary, not granting the gay community the rights to marry and adopt is a violation of equality. For that reason, the decision of the Supreme Court is a contribution to the Mexican democracy.

Now I will deal with the cases that did not contribute to democracy. In the case of the poet, the Supreme Court avoided to decide whether or not the article of the penal code, by which the writer was prosecuted, was unconstitutional. For that, it employed a formalist excuse. First, the Supreme Court made a simplistic effort to

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

find a constitutional subterfuge: the Mexican constitution holds that the legislative branch has the power to regulate the national symbols and, therefore, the justices claimed that the article 191 of the penal code is an expression of that prerogative. In my view, there is no doubt that there is a legal basis in Mexico to regulate the national symbols. Nevertheless, that was not the matter. The Supreme Court did the opposite of what a constitutional court should do: to decide if the referred article violated the constitution and, specifically, the freedom of expression. In other words, a writer published an innocuous poem that depicted the disappointment he felt towards his own country and a prosecution was launched based on the penal code. The Supreme Court did not see there an abusive regulation. Instead, it simply offered a formalist justification for such regulation. The decision not only eroded liberty but also diminished the idea that authority should be limited to avoid abuses. Consequently, it weakened the rule of law, the public debate and the Mexican democracy.

The case related to the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons brought controversy in Mexico when the federal government approved that treaty issuing a reservation and an interpretative declaration. The reservation intended to assure the specialized military jurisdiction provided by the Mexican constitution. The purpose was that the military involved in forced disappearances were not investigated under the rules of the convention by civil authorities. The interpretative declaration sought that the crimes committed before the entry into force of the convention would not be prosecuted in observance of the principle of non-retroactivity established in the Mexican constitution. Mexico City's governor disputed the reservation and the interpretative declaration because he considered that the federal government aimed to guarantee impunity. Nevertheless, the Supreme Court declared that both the reservation and the interpretative declaration were constitutional. For that, it employed again a formalist justification: the Mexico City's governor did not prove that he had the right to dispute the reservation and the interpretative declaration. The argument is very questionable: for the Supreme Court, the governor had no interest in the case since he did not show how it would affected Mexico City's jurisdiction (the alleged criminals charged of forced

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

disappearance, such as the military, would be federal authorities, while the judicial system of Mexico City could only prosecute local authorities). According to the Supreme Court, Mexico City was not affected and the governor had nothing to do with this case, so the claim was dismissed. In my view, such argument is very poor. The Supreme Court avoided studying the constitutionality of the reservation and the interpretative declaration. It did not address the real issue and postponed the solution to the Mexican undemocratic problem of specialized military jurisdiction (which anyway the Supreme Court years later ended up solving). The Supreme Court's formalist reluctance to make authorities accountable for their crimes was against the rule of law.

As for the case of the 1971 student massacre, the Supreme Court opted once again for a formalist solution. On June 10th, 1971, the Mexican army was deployed to suppress a student demonstration that turned into a massacre. Decades later, in 2006, when the crimes were about to prescribe, a request was correctly made to the Supreme Court to investigate the case. In Mexico, the Supreme Court had the power, according to the constitution, to investigate human rights violations. Nevertheless, the Supreme Court decided not to investigate and dismissed the case. "This matter had already been legally solved", the Supreme Court said, in the sense that it had been proven that the army indeed perpetrated the massacre. But as justice Cossío Díaz pointed out in his dissenting opinion, that was wrong: there was no certainty that all the crimes that were committed had been thoroughly clarified. Besides, not one person was taken to court and held accountable. The Supreme Court's decision blocked the way to fight impunity. It undermined not only the rule of law and transparency, but also the public debate of a historical and troublesome matter in Mexico. In short, it did not contribute to democracy.

The two cases of protection of life from the moment of conception (in the states of Baja California and San Luis Potosí) infringed women's liberty. Justice Luna Ramos presented territorial and subjectivist arguments: if the federal constitution is not explicit on this matter, any state constitution could define and protect life in its own way, implying that it could change from place to place. Justice Aguilar Morales held, instead, that human rights are universal and they

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

do not change from state to state. Justice Valls Hernández claimed that this apparent expansion of rights (the protection of life from the very moment of conception) meant the violation of other rights (the liberty of women). Justice Cossío Díaz said that an absolute protection of life would cancel any possibility of weighing and balancing. Although most of the justices were in favor of women's liberty (7 out of 11), they could not declare the disputed articles unconstitutional. In Mexico, justices need a qualified majority of 8 votes out of 11 in cases like these. Therefore, the articles of those local constitutions that violate women's rights are still in force.

In the case of the 49 children that died in a daycare center fire, the Supreme Court accepted to exercise its prerogative to investigate human rights violations. Nevertheless, the justices expressed several disagreements among them. They decided that the authorities' negligence was the cause of this tragedy and resulted in a violation of human rights. But the justices also explicitly exhibited their reluctance to investigate. They were not capable of pronouncing a sentence with a single voice, instead, they pulverized their decision by dividing the case in many different aspects and, in each one, they did not reach a real consensus, which is evident when the votes are analyzed. They decided, for example, that the owners of the daycare center were not involved in the violation of human rights simply because they were not authorities (an outdated principle that the Supreme Court itself rejected years later). This case exposed the unwillingness of the Supreme Court to investigate human rights violations. In fact, one year later this prerogative was eliminated from the Mexican constitution. Thus, this was the last time it was exercised. The discomfort of the Supreme Court in this sort of cases weighed more than the constitutional mandate to enforce the rule of law, the human rights and the Mexican democracy. Until today not one person is in jail for the death of those 49 children.

V. CONCLUSION

The turn in the methods of legal argumentation has been fundamental in countries such as Mexico for the contribution of the courts to

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

democracy. Those methods are related to the philosophical theories of law and reflect the mentalities and attitudes of judges. Historically, the Mexican Supreme Court had been a positivist institution. Its normativist conception of law has implied a legalist approach when justices adjudicate and its emphasis on formalities has had a negative outcome for democracy.

It is not a coincidence that the sentences that did not contribute to democracy (as in the cases such as of the poet, the forced disappearance of persons, the 1971 student massacre, the protection of life in Baja California and San Luis Potosí, and the 49 children that died in a fire) were all decided based upon a reductionist conception of law. The Supreme Court justices preferred to avoid the genuine constitutional substance by dismissing each case with syllogistic arguments.

The nature of those arguments allows us to perceive how justices understand and interpret the law. Although judges' philosophical points of view are not necessarily conscious, their attitudes are in line with premises of one or another legal theory. Some justices even expressed concern towards non-positivist figurations. In fact, that was pointed out by the interviewees when they described the Mexican Supreme Court as positivist.

The natural law tradition states that law is composed of moral values and, therefore, it cannot be reduced to a set of rules. There are cases that entail the conflict of moral principles and non-positivist argumentation has developed methods for solving these types of problems, as it has happened in the transgender identity, abortion and gays' rights cases. The figuration of law that embraces moral values and defends human rights has an impact on democracy. The decisions of judges and their philosophical core affect the democratization of the political systems. There is an unequivocal correlation between that conception of law and the strengthening of democracy.

Modern democracy (*i. e.* liberal democracy) involves the protection of human rights which is only possible through the limitation of power. For Sartori (2008), Austin's analytical philosophy and Kelsen's positivism reduce law to its form, that is, to legalism (p. 201). Sartori argues that a formalist interpretation can lead to atrocities and dilute the purpose of constitutionalism. "Law will defend

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

us less from oppression”, Sartori says, “the more we tolerate a purely formal and positivist interpretation of it. If it is enough for the law to have ‘form of law’ and if at the same time legality engulfs legitimacy, then nothing prohibits the tyrant from exercising his tyranny in the name of law and by orders disguised as laws” (p. 202).

According to Elias’ figurational theory, the partial and reductionist explanation of law that legal positivism offers should demonstrate that natural law is a more complex theory. This debate between legal positivism and natural law might seem tedious and outdated for many scholars. Nevertheless, I believe that this matter is not unimportant for the young Mexican democracy. Especially if we realize that there is tangible evidence that when democratic transition occurred in Mexico, the Supreme Court experienced a shift in its role as a real counterweight in the political system and in its relationship with legal theory and, by extension, with human rights. All these changes would have been unthinkable before.

The Mexican Supreme Court has contributed to the democratization of the political system, but it has been a moderate contribution. As it has been shown in this paper, the cases corroborate the correlation: its most effective contribution was when it was faithful to its work as a constitutional court and opted for non-positivist methods of argumentation.

VI. BIBLIOGRAPHY

- ANSOLABEHERE, K. (2007), *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en México y Argentina*, Fontamara and Flacso.
- AQUINAS, T. (1997), *Summa Theologica*, Éditions du Cerf.
- AUSTIN, J. (1832), *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray.
- BALL, C. (2009), “What is Transparency”, *Public Integrity*, 11(4) 293-308, DOI: 10.2753/PIN1099-9922110400
- DAHL, R. (2013), *La poliarquía: participación y oposición* (3rd ed.), Tecnos.

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

- DIAMOND, L. & MORLINO, L. (2005), *Assessing the Quality of Democracy*, Johns Hopkins University Press.
- DWORKIN, R. (2001), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press.
- DWORKIN, R. (2006, November 23), *From Justice in Robes to Justice for Hedgehogs* [Conference speech], Reception of the Héctor Fix-Zamudio International Law Research Prize, UNAM, Mexico City.
- DWORKIN, R. (2014a), “¿Es el derecho un sistema de normas?”, in R. DWORKIN (ed.), *La filosofía del derecho* (2nd ed.). Fondo de Cultura Económica.
- DWORKIN, R. (2014b), *Justicia para erizos*, Fondo de Cultura Económica.
- ELIAS, E. (2012), *El proceso de la civilización* (3rd ed.), Fondo de Cultura Económica.
- EPSTEIN, L. & KNIGHT, J. (1998), *The Choices Justices Make*, CQ Press.
- ESQUIROL, J. (2011), “The Turn to Legal Interpretation in Latin America”, *American University International Law Review*, 26(4), 1031-1072.
- FINNIS, J. (2000), *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot.
- GALLEGO, J. (2019), “La teoría «dworkiniana» del razonamiento jurídico de Jeremy Waldron: el eslabón ignorado”, *Isonomía*, 50, 6-48.
- GUASTINI, R. (2020), “An Exercise in Legal Realism”, *Iuris Dictio*, 25, 37-47.
- HART, H. L. A. (2014), “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”, in R. DWORKIN (ed.), *La filosofía del derecho* (2nd ed.), Fondo de Cultura Económica.
- HILBINK, L. (2014), *Jueces y política en democracia y dictadura: lecciones desde Chile*, Flacso.
- KELSEN, H. (2002), *Teoría pura del derecho* (12th ed.), Porrúa.
- LEITER, B. (1999), “Positivism, Formalism, Realism”, *Columbia Law Review*, 99, 1138-1164.

CARLOS PATIÑO GUTIÉRREZ

- LEITER, B. (2017), "Entrevista", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 11, 655-664.
- LUJAMBIO, A. (2000), *El poder compartido. Un ensayo sobre la democratización mexicana*, Océano.
- MORLINO, L. (2008), Hybrid Regimes or Regimes in Transition, *Working Paper 70, FRIDE*.
- MURPHY, W. (1973), *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press.
- O'DONNELL, G. (2004), "Why the Rule of Law Matters", *Journal of Democracy*, 15(4), 32-46.
- PÉREZ TAMAYO, R. (2008), *¿Existe el método científico?* (3rd ed.), Fondo de Cultura Económica.
- PRITCHETT, H. (2014), *The Roosevelt Court: A study in Judicial Politics and Values, 1937-1947*, Quid Pro.
- RAZ, J. (1994), *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford University Press.
- RÍOS, J. (2004), "El resurgimiento de un Poder Judicial efectivo en México: gobierno dividido y toma de decisiones en la Suprema Corte de Justicia, 1994-2002", in *El Poder Judicial en la transición y consolidación democrática en México*, IFE.
- SARTORI, G. (1980), *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza.
- SARTORI, G. (2008), *Qué es la democracia*, Taurus.
- SCHUBERT, G. (1965), *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946-1963*, Northwestern University Press.
- STIGLITZ, J. (1999, January 27), *On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life*, Oxford Amnesty Lecture, Oxford.
- SCOTT, R. (2004), "Institutional theory", in G. Ritzer (ed.), *Encyclopedia of Social Theory*, Sage.
- SHAPIRO, S. (2011), *Legality*, Harvard University Press.
- SUÁREZ, F. (1967), *De legibus*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

THE MEXICAN SUPREME COURT AND ITS CONTRIBUTIONS TO DEMOCRATIC...

- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2005), *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- TOCQUEVILLE, A. (2000), *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica.
- TYLER, T. (2014), *La obediencia del derecho*, Siglo del Hombre Editores.
- WALDRON, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford University Press.
- WEBER, M. (2002), *Economía y sociedad* (2nd ed.), Fondo de Cultura Económica.
- WOLDENBERG, J. (2013), *Historia mínima de la transición democrática en México*, El Colegio de México.

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO*

A CRITIQUE OF NORBERTO BOBBIO'S FIDEISM REGARDING HUMAN RIGHTS

Carlos ISLER SOTO**

Resumen:

Es conocida la tesis de Norberto Bobbio de que no es necesario buscar un fundamento absoluto de los derechos humanos, sino que lo necesario es protegerlos. En el presente artículo exponemos la tesis de Bobbio, mostramos su similitud y diferencias con posiciones de autores como Maritain y Villey, y la sometemos a crítica. Concluimos que Bobbio comete varias falacias en su argumentación, como la falacia genética, la naturalista, y, además, sus mismas ideas sobre el modo de proteger los derechos humanos resultan discutibles.

Palabras clave:

Derechos humanos, Norberto Bobbio, iusnaturalismo, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Abstract:

Norberto Bobbio's claim that it is not necessary to seek an absolute justification for human rights, but to protect them, is well known. This paper presents Bobbio's position, shows its similarities and differences with that of authors like Maritain and Villey, and subjects it to a critical analysis. We conclude that Bobbio's argument has several flaws, such as the genetic fallacy and the

* Artículo recibido el 10 de septiembre de 2020 y aceptado para su publicación el 21 de junio de 2021.

** Profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad Bernardo O'Higgins, doctorando en filosofía en la Universidad de Bonn y becario del DAAD, correo: carlos_isler@yahoo.com, ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4360-7497>.

CARLOS ISLER SOTO

naturalistic fallacy. Furthermore, even his own ideas on how to protect human rights are debatable.

Keywords:

Human Rights, Norberto Bobbio, Natural Law Theory, Universal Declaration of Human Rights.

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

SUMARIO: I. *Exposición de la tesis de Bobbio*. II. *Comentario y valoración*. III. *Carácter histórico, no natural, de los derechos humanos*. IV. *Imposibilita la crítica de los catálogos de derechos humanos*. V. *Caricatura de la posición iusnaturalista*. VI. *Consideraciones sobre la tesis de Bobbio sobre la protección a los derechos humanos*. VII. *Conclusión*. VIII. *Referencias*.

I. EXPOSICIÓN DE LA TESIS DE BOBBIO

Norberto Bobbio es muy conocido por su tesis de que no es necesario buscar lo que él llama un “fundamento absoluto” de los derechos humanos, sino que más bien lo necesario en la actualidad es buscar medios de protegerlos y hacerlos efectivos. En el presente artículo queremos exponer la tesis de Bobbio y someterla a una nueva crítica.¹ No es objeto de este artículo proponer una tesis respecto de cuál sea el fundamento de los derechos humanos, sino sólo mostrar que

¹ Para una crítica anterior, véase, por ejemplo, Saldaña (2001). También hay una crítica en Schiavello (2013, pp. 127-132).

Una posición más favorable a la de Bobbio se encuentra en De Asís (1994), quien dice que “Aun reconociendo la debilidad de la fundamentación consensualista, de la que el mismo Bobbio es consciente, nos parece que ésta se sitúa por encima, y es más fuerte, por lo menos en lo referente a su reconocimiento y su posibilidad de universalización, que todos los planteamientos hasta ahora esbozados” (p. 177). También hay una postura favorable a Bobbio en Pintore (2015), quien cree que el problema de cómo proteger los derechos mencionado por Bobbio debe entenderse como el problema de qué órgano, si un parlamento o un tribunal, debe protegerlos, manifestando preferencia por el primero.

Una posición con ciertas semejanzas a la de Bobbio es la de su discípulo Luigi Ferrajoli (2015), quien sostiene que debe hacerse una distinción entre las disciplinas que tratan sobre los derechos fundamentales: a la teoría del derecho corresponde definirlos, a la dogmática jurídica exponer cuáles sean en un determinado ordenamiento jurídico —por ende, no debe buscar su fundamento—, y a la filosofía política corresponde encontrar el fundamento de los mismos y determinar cuáles deben ser reconocidos por los ordenamientos jurídicos. Respecto del fundamento, sostiene que se encuentra en cuatro valores: igualdad, democracia, la paz y la protección del más débil. Concuerdar con Bobbio en que los valores últimos no se justifican, sino que se postulan (Ferrajoli, 2015, pos. 6197), pero, sorprendentemente, critica al relativismo moral como filosofía incoherente (Ferrajoli, 2015, pos. 6994).

CARLOS ISLER SOTO

es necesario encontrar tal fundamento si queremos que sean algo más que verdades de fe.

La más conocida presentación de tal tesis se encuentra en una conferencia dictada por Bobbio en 1964 titulada “Sul fondamento del diritti dell’uomo”.²

Dice que no se puede intentar encontrar un fundamento absoluto, esto es, “el argumento irresistible al cual nadie podrá rechazar dar la propia adhesión” (Bobbio, 1990a, p. 6), y sostiene que esta es la ilusión que animó por siglos a los iusnaturalistas (*ibid.*), pero que dicha ilusión se ha mostrado infundada desde que los intentos de los iusnaturalistas por encontrar un fundamento de los derechos humanos en, *v. gr.*, la naturaleza humana, han llevado a disensiones entre éstos respecto de qué es lo natural al hombre.

Además, hay otras objeciones contra este intento: primero, los derechos humanos son una noción muy vaga, en cuya definición entran elementos valóricos, y esto es importante, “los valores últimos, por su parte, no se justifican, se asumen” (Bobbio, 1990a, 8); en segundo lugar, la clase de los derechos humanos es variable en número y extensión, “lo que prueba que no hay derechos por su naturaleza fundamentales” (Bobbio, 1990a, p. 9); los derechos humanos son así históricos, en tanto cuáles sean tales dependen de las convicciones dominantes en alguna época, y “no se ve cómo se pueda dar un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos” (Bobbio, 1990a, p. 10), y más aún, aunque esto implique relativismo, no hay que temer a tal relativismo, porque

...la comprobada pluralidad de las concepciones religiosas y morales es un hecho histórico, él también sujeto a cambio. El relativismo que deriva de esta pluralidad, es también el relativo. Y sin embargo precisa-

² La misma tesis de Bobbio es defendida por Richard Rorty en (1998), en el cual llega a decir que “the question of whether human beings really *have* the rights enumerated in the Helsinki Declaration is not worth raising” (Rorty, 1998, p. 170), y que “The best, and probably the only, argument for putting foundationalism behind us is the one I have already suggested: it would be more efficient to do so, because it would let us concentrate our energies on manipulating sentiments, on sentimental education” (Rorty, 1998, p. 176). Rorty rechaza todo papel para la razón en el tema de los derechos humanos, llegando más allá que Bobbio, que al menos decía que, aceptados por fe, luego se podía buscar por la razón diversos fundamentos posibles.

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

mente este pluralismo es el argumento más fuerte a favor de algunos derechos del hombre más celebrados, como la libertad de religión o la libertad de pensamiento (Bobbio, 1990a, p. 10).

El carácter histórico, no natural, de los derechos humanos, se muestra en que la misma reclamación de algunos sólo se hace posible bajo ciertas circunstancias históricas:

...las reclamaciones que se concretan en la demanda de una intervención pública y la prestación de servicios sociales de parte del Estado pueden ser satisfechas solo en un cierto grado de desarrollo económico y tecnológico, y que respecto a la misma teoría son precisamente estas transformaciones sociales y ciertas innovaciones técnicas las que hacen surgir nuevas reclamaciones imprevisibles e impracticables antes de que estas transformaciones e innovaciones hubiesen acontecido (Bobbio, 1990d, p. 77).

En tercer lugar

...la clase de los derechos humanos es también heterogénea. Entre los derechos incluidos en la misma declaración hay pretensiones muy diversas entre ellas y, lo que es peor, también incompatibles. Por lo tanto, las razones que valen para sostener los unos no valen para sostener los otros (Bobbio, 1990a, p. 11).

Más aún, dentro de los mismos derechos su estatus es diferente: algunos tienen un estatus privilegiado, porque no admiten excepciones ni siquiera en estado de emergencia; otros no son privilegiados. A tal punto son incompatibles entre sí, que

...no se puede afirmar un nuevo derecho en favor de alguna categoría de personas sin suprimir algún antiguo derecho del cual se beneficiaban otras categorías de personas: el reconocimiento del derecho a no ser sometido a esclavitud implica la eliminación del derecho a poseer esclavos; el reconocimiento del derecho de no ser torturado implica la supresión del derecho de torturar. En estos casos la elección parece fácil y es tan evidente que nos maravillaría si se nos pidiese justificarla (consideramos evidente en moral aquello que no tiene necesidad de ser justificado).

CARLOS ISLER SOTO

Pero en la mayor parte de los casos la elección es dudosa (Bobbio, 1990a, pp. 11 y 12).

Más aún, hay derechos que entran necesariamente en colisión, como los derechos de libertad y los derechos sociales.

Lo anterior se clarifica si se considera que, para Bobbio, hay tres modos de fundamentar los valores: apelando a “un dato objetivo constante, por ejemplo, la naturaleza humana; considerarlos como verdades evidentes por sí mismas; y finalmente descubrir que en un período histórico dado son generalmente aceptados (la prueba, justo, del consenso)” (Bobbio, 1990b, p. 19). Cree que el primer modo es inútil, porque la naturaleza humana ha sido interpretada de modos muy diversos; del mismo modo, lo considerado evidente en una época difiere de lo considerado evidente en otra. Sólo queda el tercer modo: apelar al consenso, el cual es “un fundamento histórico y, como tal, no absoluto; pero es el único fundamento, aquel histórico del consenso, que puede ser factualmente probado” (Bobbio, 1990b, p. 20).

Más aún: el intento de encontrar un fundamento absoluto no sólo es imposible, sino inútil, desde que aunque se demostrara de modo apodíctico una verdad moral, como la de los derechos humanos, ello no es garantía alguna de su actuación:

Aquí se pone en discusión el segundo dogma del racionalismo ético que es además la segunda ilusión del iusnaturalismo: que los valores últimos no sólo se pueden demostrar como teoremas, sino que basta haberlos demostrado, esto es, hecho en cierta forma irrefutables e irresistibles para asegurar su actuación (Bobbio, 1990a, p. 14), un dogma que es desmentido por la experiencia histórica (Bobbio, 1990a, p. 15).

No es efectivo que los derechos humanos hayan sido más respetados cuando se consideraba que tenían un fundamento absoluto y, en cambio, hoy, cuando no se cree tal, los gobiernos del mundo se han puesto de acuerdo en reconocerlos como estándares en su actuación política.

Pues bien: si no es posible ni necesario buscar un fundamento absoluto a los derechos humanos, vale decir, un fundamento basado

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

en un dato objetivo como la naturaleza humana, o en la presunta evidencia del carácter valioso de tales derechos, sí se puede recurrir, en la época actual, a un fundamento no absoluto: el consenso de la humanidad. El hecho histórico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos hace innecesaria la búsqueda de otro fundamento: él mismo es el fundamento —relativo— de los derechos humanos. Así:

Después de esta declaración, el problema del fundamento ha perdido gran parte de su interés. Si la mayor parte de los gobiernos existentes se han puesto de acuerdo en una declaración común es signo de que han encontrado buenas razones para hacerlo. Por lo tanto, ahora no se trata tanto de encontrar otras razones o, incluso, como querrían los iusnaturalistas redivivos, la razón de las razones, sino de poner las condiciones para una más amplia y escrupulosa ejecución de los derechos proclamados. Ciertamente, para hacer la propia contribución a la creación de estas condiciones es necesario estar convencido de que la ejecución de los derechos humanos es un fin deseable; pero no basta esta convicción para que aquellas condiciones se realicen (Bobbio, 1990a, p. 15).

Porque muchas de estas condiciones dependen de factores externos a la voluntad propia, como el grado de industrialización del propio país. “Recuérdese que el argumento más fuerte aducido por los reaccionarios de todos los países contra los derechos del hombre, en especial contra los derechos sociales, no es su carencia de fundamentos, sino su impracticabilidad” (Bobbio, 1990a, p. 16).

En consecuencia, “el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de *justificarlos*, sino más bien el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico sino político” (Bobbio, 1990a, p. 16). Así, en vez de tratar de encontrar un fundamento absoluto, la tarea requerida hoy es buscar, de vez en cuando, los diversos fundamentos posibles (Bobbio, 1990a, p. 16).³

³ En este texto se funda Ilario Belloni para sostener que en Bobbio no hay un rechazo sin más de la búsqueda del fundamento de los derechos humanos, sino sólo un rechazo de la búsqueda de un fundamento absoluto, tesis que Belloni comparte, pero que ello no implica rechazar la necesidad de buscar algún tipo de fundamento históricamente condicionado, algo que Belloni considera deseable. Véase Belloni (2019).

CARLOS ISLER SOTO

Para entender la teoría de Bobbio, conviene recordar que para él los derechos son solamente aquellos reconocidos por un ordenamiento jurídico. Así, expresa que

...comparto la preocupación de aquellos para los cuales llamar “derechos” a demandas, en la mejor de las hipótesis, de derechos futuros, significa crear expectativas que pueden no ser nunca satisfechas en todos aquellos que usan la palabra “derecho” según el lenguaje corriente con el significado de expectativas posibles de satisfacer porque protegidas (Bobbio, 1990d, p. 80).

Propone distinguir entre sentidos fuertes y medidas débiles de la palabra “derecho”, y reserva el segundo para aquellas pretensiones aún no reconocidas por el ordenamiento jurídico.

II. COMENTARIO Y VALORACIÓN

La posición de Bobbio parece superficialmente similar a la de Maritain. En efecto, el filósofo francés, en la introducción a un reporte encargado por la Unesco relativo a los derechos humanos, sostenía que existía un amplio consenso entre diferentes pensadores consultados, de diferentes tradiciones filosóficas, respecto de la existencia de aquéllas y cuáles eran; pero no existía consenso respecto del fundamento de esos derechos, aunque el consenso respecto de éstos y su número bastaba para la acción práctica (véase Maritain, 1948).

Ambos, Bobbio y Maritain, alaban el consenso existente entre los países signatarios de los instrumentos de derechos humanos.

Sin embargo, la similitud es sólo parcial. Ambos sobreestiman el grado de consenso existente respecto de los derechos humanos por parte de los países signatarios, pero, a diferencia de Bobbio, Maritain no pretende fundar los derechos humanos en dicho consenso. Cree que una fundamentación filosófica es posible y necesaria,⁴ y

⁴ Por ello, es incorrecta la asimilación de la posición de Maritain a la de Bobbio que hace Schiavello y, particularmente, se equivoca cuando dice, refiriéndose a Maritain, que según el filósofo francés “non è possibile, o neppure opportuno, sperare in qualcosa di più di questa convergenza pratica” (Schiavello, 2013, p. 128).

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

dedica a ello muchos de sus trabajos más importantes de filosofía política.⁵

Una similitud mucho más extraña, pero sugestiva, es la existente entre la caracterización de los derechos humanos de Bobbio y la de Michel Villey. En efecto, es sabido que, dentro de la tradición tomista, Villey es, junto a Alasdair MacIntyre, el principal crítico de la noción de derechos humanos. Su crítica es dura, y conviene recordarla.

Primero, los derechos humanos son “irreales”. Con ello, quiere decir el filósofo francés no que de hecho no sean respetados, sino que son imposibles de satisfacer. Así, dice que

...su impotencia es manifiesta. Aunque la Constitución francesa o sus preámbulos proclamen el derecho al trabajo, hay en Francia un millón y medio de cesantes que no se ven con ello beneficiados...

Su defecto es *prometer* demasiado: la vida —la cultura— la salud igual para todos: ¿un trasplante de corazón para cada cardíaco? ¡Harbría, solamente con el derecho de todo francés “a la salud”, con qué vaciar el presupuesto total del Estado francés, y cien mil veces más! (Villey, 2014, p. 11).

En segundo lugar, Villey enfatiza que los derechos son contradictorios entre sí. Las declaraciones “contienen una profusión de derechos de inspiración heterogénea” (Villey, 2014, 12), como los derechos libertades y los derechos sociales. “Cada uno de los pretendidos derechos del hombre es la negación de otros derechos del hombre y, practicado separadamente, es generador de *injusticias*” (Villey, 2014, p. 13).⁶

Ahora bien: coincidiendo especialmente en el carácter contradictorio de los derechos humanos, Bobbio y Villey llegan a consecuencias opuestas. Villey los rechaza de plano, mientras que Bobbio los acepta, y dice que deben ser aceptados sin buscar su fundamento último, sino, a lo más, los fundamentos posibles de cada derecho proclamado. Esto se puede perfectamente llamar “fideísmo de los

⁵ Maritain (1998) y (2005). Sobre Maritain y los derechos humanos, véase especialmente Beuchot (1993) y Calvez (2007).

⁶ De Villey sobre el tema, véase igualmente Villey (1982) y (1986), y sobre la crítica de Villey a los derechos humanos, véase también Dufour (2016).

CARLOS ISLER SOTO

derechos humanos”.⁷ La noción es contradictoria; la satisfacción de algunos de ellos, dependiente de variables históricas —lo que no obsta a que Bobbio llame a quienes se oponen al reconocimiento de tales presuntos derechos “reaccionarios”—; pero debe ser aceptada, porque los países se han puesto de acuerdo en que deben ser respetados. Es difícil encontrar una expresión mayor de fideísmo puro.

Si lo que Bobbio quiere decir es, simplemente, que un operador jurídico puede invocar el derecho a la libertad de expresión sin tener necesariamente que preguntarse por el fundamento de tal derecho, lo que está diciendo es trivialmente verdadero. Del mismo modo, un operador jurídico en un país de tradición islámica puede invocar la Sharia ante un juez sin necesidad de preocuparse del fundamento último de los preceptos de la misma, lo que no dice nada de la deseabilidad de la invocación posible de dichos estándares jurídicos.

Bobbio parece dar por sentada dicha deseabilidad; pero siempre se pueden aducir algunas objeciones. La primera y más obvia es que los derechos humanos entran o parecen entrar en colisión no sólo entre sí, sino también con otros bienes morales y políticos, como la soberanía nacional, la democracia (ellos ponen límites a lo que las mayorías pueden decidir), o “la mayor felicidad para el mayor número” como la entienden Bentham y Mill. Supongamos que se es un consecuencialista convencido, y se tiene que decidir si se puede matar a un inocente para conseguir un bien para la mayor parte de la población. Frente a eso, repetir que la acción propuesta es ilícita porque viola algún derecho humano, tal como han sido declarados por tal o cual declaración, es simplemente invocar un tabú y no dar respuesta racional alguna. Equivale a citar, contra el ateo, los pasajes de la Biblia que dicen que existe Dios para refutar la aserción

⁷ Como es sabido, “fideísmo” significa originalmente la tesis, atribuida por primera vez a Tertuliano, de que la razón no debe intentar probar la existencia de Dios, que debe ser aceptada solo por fe (véase Amesbury, 2016). Perfectamente se puede hablar entonces de un “fideísmo de los derechos humanos” en Bobbio, ya que sostiene, como Tertuliano y otros respecto de la existencia de Dios, que la razón es incapaz de justificar la existencia de los derechos humanos, que deben aceptarse entonces solo por un acto de fe en el consenso.

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

de éste de que Dios no existe. Y no se crea que el escepticismo respecto de los derechos humanos provenga solamente de utilitaristas. Como se sabe, además de Bentham, autor de una célebre crítica a los derechos humanos (2001), rechazan esta noción una lista ilustre de filósofos, que incluyen a Burke (2009), Marx (1976) y MacIntyre (1984, pp. 69-71).⁸

Y si se quiere recurrir al consenso como fundamento de legitimidad de los derechos humanos, se cae evidentemente en la llamada falacia naturalista. Es evidente que del mero *hecho* del consenso no se sigue consecuencia normativa alguna, a no ser que se presuponga alguna premisa normativa, que Bobbio jamás aduce. Bobbio dice que el consenso se puede probar factualmente. Supongamos que eso sea cierto. Sin embargo, aun si se pudiera demostrar que existe consenso respecto de que los derechos humanos son valores que deben ser protegidos, es obvio que con ello no se han fundamentado. Bobbio pretende que el consenso puede ser un tercer modo de fundar valores, alternativos a la apelación a la naturaleza humana y a la evidencia de éstos. Pero la falacia es evidente. Recordemos aquí la distinción de Hart entre moralidad positiva y moralidad crítica. Moralidad positiva es la moral aceptada por la sociedad, mientras que moralidad crítica son “los principios morales utilizados en la crítica de las instituciones sociales actuales, incluyendo la moralidad positiva” (Hart, 1963, p. 20).⁹ Es obvio que la demostración de un consenso en cualquier materia moral sólo puede mostrar que algo pertenece a la moralidad positiva de un país, de una sociedad, o de la humanidad entera, pero no que pertenece a la moralidad crítica, que es aquello que pretenden hacer quienes apelan, con éxito o no, a la naturaleza humana o a la evidencia. No se pueden considerar siquiera intentos similares de “fundar” un valor: mostrar que el consenso apoya una creencia moral positiva es describir un estado de cosas social, apelar, correcta o incorrectamente, a la naturaleza humana o a la evidencia como instancias de apelación moral, es intentar justificar un valor o una creencia

⁸ Para críticas más recientes, véase Milbank (2012) y (2014) (quien sigue especialmente a Michel Villey) y Lockwood O'Donovan (2003).

⁹ Como es sabido, esta distinción había sido hecha antes por John Austin.

CARLOS ISLER SOTO

moral. En otras palabras, mostrar que existe un consenso respecto de una creencia moral no es “fundar” dicha creencia, sino sólo mostrar que existe un considerable número de personas que la estiman verdadera, lo cual no dice absolutamente nada sobre la verdad o falsedad de tal creencia. Si, como Bobbio, no se cree en la apelación a datos objetivos como la naturaleza humana para fundamentar valores o creencias morales, parece más coherente simplemente considerar esos valores y creencias como irracionales y no susceptibles de justificación, como lo hace Kelsen, que introducir el confuso y erróneo concepto de justificación por el consenso. El consenso es un hecho, y como tal no puede, sin alguna otra premisa normativa, generar consecuencia normativa alguna.¹⁰

Asimismo, es necesario reiterar que el consenso sobre los derechos humanos, al cual se refieren tanto Bobbio como Maritain, es realmente superficial. Esto lo ha visto realmente bien Alasdair MacIntyre: expresa el filósofo escocés que si bien parece existir en nuestra sociedad cierto consenso respecto de ciertas reglas morales, como que no se debe mentir, las reglas morales así compartidas son infradeterminadas como para guiar la acción: todos comparten una fórmula general de la regla, pero cada cual, por su parte, introduce diversas excepciones a ésta. Solamente la justificación de las reglas morales en atención a un bien común podría volverlas lo suficientemente determinadas como para guiar la acción; pero la carencia de la creencia en un bien común compartido en las sociedades contemporáneas hace imposible tal labor de determinación. El consenso sobre reglas morales es superficial, y esto incluye el consenso sobre los derechos humanos.¹¹

¹⁰ Esta es la crucial diferencia, por ejemplo, entre el intento de Bobbio de apelar al consenso y el de Lord Devlin, contra quien se dirige el libro de Hart. Como es sabido, Lord Devlin se opuso a la implementación del Reporte Wolfenden, que proponía la despenalización de las relaciones homosexuales entre adultos, por cuanto ello era contrario a la moralidad popular, y sin imposición coactiva de la moralidad popular, la sociedad tiende a desintegrarse. Pero, y aquí la diferencia con Bobbio, la premisa normativa consiste en que se considera la cohesión social como un bien. Bobbio no aduce premisa normativa alguna. Véase Devlin (1965).

¹¹ Véase MacIntyre (1990), y, específicamente criticando, a partir de MacIntyre, la idea del consenso sobre los derechos humanos afirmado por Maritain, Gardner (2011).

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

Lo que existe es un consenso sobre un catálogo de derechos totalmente indeterminados, y este consenso es insuficiente para guiar la acción, consenso que es compatible con las respuestas más disímiles a las cuestiones políticas concretas, según cual sea la particular opinión que se tenga respecto de la extensión y jerarquía de esos derechos.¹² Los positivistas como Alf Ross y Hans Kelsen han intentado ridiculizar la teoría de la ley natural porque distintos autores iusnaturalistas han sostenido muy diversas posiciones concretas respecto de qué es lo que la ley natural exige.¹³

Pero exactamente lo mismo puede decirse de la teoría de los derechos humanos, como acertadamente recuerda Villey.¹⁴ Desde los liberales hasta los socialistas los han invocado para justificar sus programas, y la misma Constitución de Stalin de 1936 los reconocía. ¿Qué consenso real es aquel que permite justificar regímenes tan distintos como la democracia estadounidense y el totalitarismo soviético invocando o al menos clamando respetar los derechos humanos? En nombre de los derechos humanos se defiende el aborto y la vida del *nasciturus*, el derecho de tener sindicatos fuertes y el derecho a la libertad sindical, el derecho a un salario mínimo obligatorio y el derecho a contratar bajo las condiciones que se quiera, el derecho a una jornada laboral no extenuante y el derecho a pactar la jornada laboral que se quiera.¹⁵ Algunos, Bobbio entre ellos, dicen que la pena de muerte viola los derechos humanos; otros, que no. ¿Qué consenso real es ese? Lo que dice MacIntyre sobre el pretendido consenso moral de las sociedades contemporáneas es aplicable al pretendido consenso sobre los derechos humanos: es un consenso sobre principios tan indeterminados que no sirve para guiar la acción, y es compatible con las mayores diferencias en resultados concretos. El argumento que Bobbio considera más decisivo contra la pretendida fundamenta-

¹² Véase, en este mismo sentido, Schiavello (2013, pp. 128 y 129).

¹³ Véase Ross (2004, pp. 227-254, y 268-288); y Kelsen (1949, especialmente pp. 494-501).

¹⁴ Véase Villey (2014, pp. 140-153).

¹⁵ Recuérdese aquí que la Corte Suprema de Estados Unidos en *Lochner v. New York* (1905) declaró inconstitucional una ley del estado de Nueva York que establecía una jornada laboral máxima de diez horas diarias, por violar el derecho a la libertad contractual.

CARLOS ISLER SOTO

ción iusnaturalista de los derechos humanos es el hecho del disenso entre los autores iusnaturalistas sobre lo que exige la naturaleza humana: lo más probable es que Bobbio exagere dicho disenso; pero el mismo argumento podría utilizarse para generar escepticismo sobre los derechos humanos *si no se encuentra un fundamento adecuado para ellos*, que es lo que Bobbio considera innecesario. Mucho más coherente que Bobbio es Kelsen, que es escéptico tanto respecto de la ley natural como de los derechos humanos.

Precisamente ese carácter aparente y superficial del consenso sobre los derechos humanos, que Bobbio no reconoce, junto al carácter contradictorio de algunos de esos derechos entre sí, que Bobbio reconoce, es el que muestra lo insuficiente de la fórmula de Bobbio “lo importante no es justificarlos, sino protegerlos”. Perfecto: ¿proteger *cuáles* derechos humanos? ¿El pretendido derecho al aborto o el derecho a la vida del que está por nacer? ¿El derecho a no ser fusilado del delincuente o el derecho a la seguridad de los ciudadanos? ¿El derecho a un sueldo mínimo o el derecho al trabajo (ambos son competitivos entre sí)? Los ejemplos podrían multiplicarse. Estos conflictos sólo se pueden resolver si se tiene en consideración la extensión y la jerarquía de los derechos, lo que necesariamente sólo se puede hacer si se tiene en consideración su fundamento.

En su alegato contra la no necesidad de buscar un fundamento absoluto de los derechos humanos, Bobbio llega a expresar tesis que, literalmente interpretadas, son absurdas; así, expresa que

...el problema que está frente a nosotros, de hecho, no es filosófico sino jurídico, y en un sentido más largo, político. No se trata tanto de saber *cuáles y cuántos* son estos derechos, cuál sea su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál sea el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, no obstante, las declaraciones solemnes, sean continuamente violados (Bobbio, 1990b, pp. 17 y 18, énfasis añadido).

Supongamos por un momento que se pueda proteger los derechos humanos sin conocer su fundamento. ¿Se puede protegerlos sin saber “cuáles y cuántos” son? Es obvio que no. Nos parece que esto es un *lapsus* de Bobbio.

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

III. CARÁCTER HISTÓRICO, NO NATURAL, DE LOS DERECHOS HUMANOS

Bobbio insiste en el carácter histórico, no natural, de los derechos humanos, y su mayor argumento a favor de ello es que los catálogos de derechos proclamados han variado con el tiempo.

Si lo que Bobbio quiere decir es que los derechos positivos llamados “derechos humanos” han variado a lo largo del tiempo, entonces está diciendo algo trivialmente verdadero. Pero además él niega la existencia de derechos naturales, anteriores al ordenamiento jurídico positivo, y que éstos puedan llamarse “derechos humanos”. Bobbio reduce todos los derechos subjetivos a derechos positivos.

Una conclusión lógica de esta doctrina es, entonces, simplemente la negación de la existencia de los derechos humanos como categoría jurídica. Si todos los derechos son sólo positivos, ¿qué diferencia a los derechos subjetivos incluidos en los diversos catálogos de derechos humanos de otros derechos positivos reconocidos por el ordenamiento jurídico, como los del derecho privado? ¿Qué tienen en común los derechos proclamados en la Declaración de 1789 con los de la de 1948, que permite darles el mismo nombre, “humanos”? Es cierto que ambos han recibido el mismo nombre. Pero eso puede ser un accidente histórico. Cualquier intento de establecer que las Declaraciones de 1789, 1948 o 1966 tratan sobre el mismo tópico tiene que apelar a alguna característica en común de los elementos de dichas Declaraciones; pero cualquier respuesta plausible tendrá que apelar a consideraciones anteriores al derecho positivo mismo. Supongamos que dos Estados firman una “Declaración de Derechos Humanos” que reconoce dos derechos: el derecho de retracto de los consumidores dentro de diez días de la recepción del producto, y el derecho de pedir concesiones mineras al Estado. Tal tratado tiene carácter jurídico; se llama “De Derechos Humanos”, pero pocos lo considerarían tal. ¿Por qué, si los derechos humanos son sólo positivos y lo que tienen en común es sólo el nombre? Cualquier intento de encontrar una “esencia” de los derechos humanos que permita colocar en una misma línea las Declaraciones de 1789, 1948 o 1966 debe recurrir a categorías extrajurídicas. Sólo, por ejemplo, una res-

CARLOS ISLER SOTO

puesta posible podría ser que lo que aquellos tratados tienen en común es el intento por determinar cuáles derechos protegen bienes existencialmente relevantes para las personas.

Más aún: Bobbio aduce, en apoyo de su tesis del carácter histórico de los derechos humanos, el hecho de que los diversos catálogos de derechos reclamados representan los intereses de diversas clases sociales. Los derechos de primera generación fueron reclamados por burgueses; los derechos sociales, por trabajadores.¹⁶ Ello sería una muestra del carácter históricamente condicionado de las reclamaciones de derechos y, por consiguiente, la falsedad de cualquier doctrina que pretenda declarar ciertos derechos como naturales, esto es, válidos para todo tiempo y lugar. Sin embargo, ello es claramente cometer la falacia genética. Del hecho de que ciertas doctrinas surjan en ciertos momentos o representen ciertos intereses no se sigue absolutamente nada respecto de su verdad o falsedad. Puede ser efectivo que el reconocimiento sólo de los derechos civiles y algunos políticos como derechos naturales sea favorable a la burguesía, y que ésta consiguientemente apoye dicha concepción de los derechos naturales; pero es evidente que ello no descalifica la teoría en sí desde el punto de vista teórico. El interés de alguna persona o grupo en sostener alguna doctrina y la verdad de ésta son independientes.

IV. IMPOSIBILITA LA CRÍTICA DE LOS CATÁLOGOS DE DERECHOS HUMANOS

Sin embargo, la consecuencia más negativa de la actitud de Bobbio es que impide la crítica de los mismos catálogos de derechos humanos. Se deben aceptar porque así han sido acordados, y buenas razones habrán tenido los gobiernos que acordaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos para aceptarlos, y buscar los

¹⁶ “In una società in cui coloro che avevano la cittadinanza attive erano soltanto i proprietari, era ovvio che fosse elevato a diritto fondamentale il diritto di proprietà, così come nella società dei paesi della prima Rivoluzione industriale, quando entrarono in scena i movimenti operai, fu altrettanto ovvio che fosse elevato a diritto fondamentale il diritto al lavoro” (Bobbio, 1990c, p. 78).

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

fundamentos posibles de cada uno de los derechos. Se trata de aceptar los catálogos, tal como están, y buscar los distintos fundamentos posibles de los derechos ahí declarados.

Pero la verdad es que hay buenos argumentos para negar que algunos de esos derechos deban estar allí. Es un lugar común que en nuestra época nos encontramos frente a una inflación de derechos humanos, y casi cualquier pretensión humana ha sido cubierta con el hermoso lenguaje de los derechos. Bobbio tiende a descalificar como “reaccionarios” a quienes niegan los derechos sociales, pero quienes niegan tales derechos no son simples “reaccionarios”, sino teóricos que ven realmente problemas en llamar derechos a pretensiones imposibles de satisfacer. Es un teorema básico en filosofía moral que “si se debe, se puede”. Consiguientemente, por *modus tollens*, si no se puede, no se debe. Y en muchos casos la factibilidad de satisfacer los llamados “derechos sociales” es más que discutible, y efectivamente su proclamación sólo tiende a generar falsas expectativas.¹⁷ Villey tiene toda la razón cuando dice que la inclusión en la Constitución del pretendido derecho al trabajo no ha hecho absolutamente nada por mejorar las condiciones reales de vida de los franceses desempleados, *ni puede hacerlo*.

Por supuesto que la desaparición de los derechos sociales de los catálogos de derechos podrá parecer a los así llamados “progresistas” una amenaza y un peligro. Se parte de la idea de que “más derechos es mejor”. Bobbio parece aceptar dicha idea cuando califica de reaccionarios a quienes se oponían a su reconocimiento. Pero sí, como dice el mismo Bobbio, cada reconocimiento de nuevos derechos es, necesariamente, la negación de un derecho anteriormente reconocido —y eso es analíticamente verdadero—, entonces la misma idea de “más derechos es mejor” no tiene sentido.

La posición de Bobbio, así, lejos de ser “progresista”, es lo más conservadora que existe: se acepta el catálogo como está, por el consenso subyacente. Es difícil encontrar una más acendrada defensa

¹⁷ Véase, por ejemplo, Cranston (1983), y especialmente Biggar (2020, pp. 93-105), en el cual, después de una detallada discusión de la literatura actual sobre el tema, llega a la conclusión de que los derechos económicos y sociales no son derechos humanos no sólo porque no siempre son realizables, sino también porque la supuesta obligación correlativa no tiene sujeto determinado.

CARLOS ISLER SOTO

del *statu quo*, y un *statu quo* generado por un consenso entre las potencias hegemónicas del momento, sean cuales sean. No queremos decir que Bobbio afirme explícitamente esta aceptación del *statu quo*: en repetidas ocasiones afirma que los catálogos de derechos son cambiantes,¹⁸ y parece considerar positiva la expansión de los catálogos posteriores a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Lo que queremos decir es que la actitud de Bobbio, si es coherentemente ejercida, lleva a esa aceptación acrítica del *statu quo*. Cualquier intento por cambiar ese *statu quo* para agregar o eliminar posibles derechos al catálogo debe obviamente apelar a algo más que al consenso actual para cambiar un catálogo que efectivamente refleja tal consenso existente.

V. CARICATURA DE LA POSICIÓN IUSNATURALISTA

Bobbio, en su alegato antiiusnaturalista sobre los derechos humanos, realmente caricaturiza la posición iusnaturalista. Sostiene que dichos autores creen que las verdades morales se pueden demostrar geoméricamente, y que esa demostración además es garantía de su efectividad.¹⁹

Ninguna de ambas afirmaciones es verdadera. Ningún iusnaturalista ha sostenido que las verdades morales se puedan demostrar como teoremas matemáticos *a todas las personas*. Los iusnaturalistas clásicos, empezando por Platón, sostenían que un requisito de la captación del carácter verdadero de ciertas proposiciones morales

¹⁸ “Rispetto al contenuto, cioè alla quantità e alla qualità dei diritti elencati, la Dichiarazione non può avanzare nessuna pretesa di essere definitiva” (Bobbio, 1990b, p. 26).

¹⁹ Conviene aclarar sí que Bobbio cree que las doctrinas iusnaturalistas, particularmente la de Locke, tuvieron un papel histórico importante en el surgimiento de la doctrina de los derechos humanos, de modo que si no hubieran existido estas doctrinas no existiría el actual corpus de instrumentos de derechos humanos. Su alegato se dirige contra el intento iusnaturalista de fundamentar los derechos humanos tal como los concebían los iusnaturalistas, vale decir, como derechos naturales, válidos para todo tiempo y lugar. Se podría decir que, para Bobbio, el iusnaturalismo, especialmente el de Locke, si bien teóricamente insostenible, históricamente ejerció un influjo causal positivo.

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

es que el sujeto se encuentre en una situación epistémica ideal, la cual consiste en la posesión de las virtudes. Conviene recordar aquí que santo Tomás de Aquino divide los preceptos de la ley natural según su cognoscibilidad, y dice que aunque todos son *quoad se per se nota*, no lo son todos *quoad nos*.²⁰ El autor más cercano a la posición que Bobbio describe es Hobbes, quien efectivamente creía que el método de la ética era el geométrico, pero, como Bobbio debía saberlo, desde que es autor de un importante libro sobre Hobbes, era escéptico del poder *causal* —no racional— real de los argumentos en materias donde las pasiones se encuentran involucradas y no ha mediado la adecuada educación. De ahí que ostensiblemente dirigiera su principal libro, *Leviatán*, no al común de los mortales, sino a los soberanos de su época, para que el libro fuera la base de la política educacional de sus países.

Segundo, ninguno ha sostenido que la demostración del carácter verdadero de ciertas proposiciones morales sea garantía de su efectiva realización. Basta con leer los pasajes que Aristóteles dedica al tema de la debilidad de la voluntad, un tema clásico de toda teoría iusnaturalista para ver cómo se puede sostener, al mismo tiempo,

²⁰ Véase *Summa Theologiae* I-II q 94a 2, sobre cómo los preceptos de la ley natural se dividen en algunos, cognoscibles por todos, y otros más específicos, cognoscibles sólo por los sabios: “*praecepta legis naturae hoc modo se habent ad rationem practicam, sicut principia prima demonstrationum se habent ad rationem speculativam, utraque enim sunt quaedam principia per se nota. Dicitur autem aliquid per se notum dupliciter, uno modo, secundum se; alio modo, quoad nos. Secundum se quidem quaelibet propositio dicitur per se nota, cuius praedicatum est de ratione subiecti, contingit tamen quod ignorantia definitionem subiecti, talis propositio non erit per se nota. Sicut ista propositio, homo est rationale, est per se nota secundum sui naturam, quia qui dicit hominem, dicit rationale, et tamen ignorantia quid sit homo, haec propositio non est per se nota. Et inde est quod, sicut dicit Boetius, in libro de Hebdomad., quaedam sunt dignitates vel propositiones per se notae communiter omnibus, et huiusmodi sunt illae propositiones quarum termini sunt omnibus noti ut, omne totum est maius sua parte, et, quae uni et eadem sunt aequalia, sibi invicem sunt aequalia. Quaedam vero propositiones sunt per se notae solis sapientibus, qui terminos propositionum intelligunt quid significant, sicut intelligenti quod Angelus non est corpus, per se notum est quod non es circumscriptive in loco, quod non est manifestum rudibus, qui hoc non capiunt*”.

Véase igualmente I-II q. 94 a 6, sobre el rol que las pasiones juegan en el desconocimiento de algunos preceptos.

CARLOS ISLER SOTO

que se puede estar convencido de cierta verdad moral y no actuar conforme a ella.

Tercero, el mayor argumento de Bobbio contra la posición iusnaturalista es el del desacuerdo entre los autores iusnaturalistas respecto de qué exige la naturaleza humana. Este es el así llamado “argumento a partir del desacuerdo”, pero éste no es conclusivo, ya que, como ha mostrado Joaquín García-Huidobro (2002), la constatación de la diferencia de opiniones éticas es compatible con la creencia en una moral objetiva tanto como con el relativismo moral.

VI. CONSIDERACIONES SOBRE LA TESIS DE BOBBIO SOBRE LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Hemos visto por qué es necesaria la fundamentación de los derechos humanos, incluso si se quiere protegerlos, al menos para determinar tanto su alcance como el número y el modo de resolver colisiones entre ellos y otros bienes. Pero hay otro aspecto de la tesis de Bobbio que merece ser comentado.

Los derechos humanos necesitan ser protegidos, y Bobbio sostiene que existen diversos obstáculos en la época actual para la protección de los derechos humanos. Uno de ellos es el escaso grado de desarrollo industrial y económico de ciertos países, que hace imposibles de satisfacer los derechos sociales. Otro es el escaso poder causal que tienen los organismos internacionales de derechos humanos sobre las decisiones de los países. Considera deseable una tutela internacional más efectiva, como la que encuentra, en el caso de Europa.

Se podrá hablar, por la razón vista, de tutela internacional de los derechos del hombre solo cuando una jurisdicción universal tenga éxito en imponerse y sobreponerse a las jurisdicciones nacionales, y se efectuará el paso de la garantía *dentro* del Estado —que marca todavía de modo prevalente la fase actual— a la garantía *contra* el Estado (Bobbio, 1990b, p. 37).

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

No es claro si el argumento de Bobbio a favor de una jurisdicción universal o internacional de derechos humanos pretende justificarse *a priori* como una condición necesaria universal de defensa de los derechos humanos, o sólo prudencialmente como una condición deseable dadas las circunstancias actuales. Si es del primer tipo, es claramente falso: no hay nada en el concepto de derechos humanos que exija, lógicamente, que sean protegidos por una jurisdicción internacional. Si bien es cierto que el concepto de derechos humanos exige, lógicamente, que sean respetados por el Estado, no exige que dicho respeto sea verificado por una instancia superior: perfectamente puede su protección ser verificada por órganos del propio Estado. De lo contrario, se produciría una regresión al infinito: si el respeto de los derechos humanos por un Estado requiere lógicamente ser verificado por un organismo internacional; por ejemplo, un tribunal internacional, se requeriría, a su vez, un tribunal internacional adicional para verificar que el primero también respeta los derechos humanos —como debe hacerlo—, y así sucesivamente. Del mismo modo, si se considera que es exigencia lógica de los derechos humanos que las Naciones Unidas verifiquen su respeto, desde el momento en que éstas también deben respetarlos, se requeriría, con la misma lógica, otro organismo que verifique que, a su vez, las Naciones Unidas los respeten, organismo que, naturalmente, *no podría ser nombrado por las propias Naciones Unidas*, lo que a su vez exigiría la creación de unas Naciones Unidas 2, y así sucesivamente. Del mismo modo que el concepto de Constitución no exige el concepto de tribunal constitucional (¿alguien negaría que Chile tuvo Constitución antes de 1970, cuando se creó el Tribunal Constitucional?), el concepto de derechos humanos no exige el de tutela internacional de los mismos.

El argumento de Bobbio, si es entendido como un requisito lógico del concepto de derechos humanos, falla claramente. Puede ser entendido como un argumento prudencial: conviene, dadas las actuales circunstancias, que se cree un tribunal. Del mismo tipo será cualquier argumento válido a favor de la creación de un tribunal constitucional.

Pero, de todos modos, la tesis de Bobbio nos parece discutible. Bobbio debe aducir qué consideraciones hacen prudencialmente

CARLOS ISLER SOTO

deseable la creación de tal jurisdicción, cuyas bondades da por sentadas, y de cuyos peligros parece estar completamente ignorante. Recordemos el más grave: el posible activismo judicial, lo que, en el caso de un tribunal internacional, llevaría al grave resultado de que se puede afectar la soberanía nacional sólo por las siempre discutibles opiniones de ciertos jueces nombrados por otros países, que pueden ser adversarios del primero, sobre cuya superioridad epistémica respecto de qué exijan los derechos humanos no tenemos garantía alguna. ¿Qué garantía existe, en serio, de que un juez internacional será más certero en determinar lo que exijan los derechos humanos que lo que lo será un juez nacional? Respecto de la misma experiencia europea, hay calificadas voces que han mostrado cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha extralimitado en sus funciones; por ejemplo, creando derechos donde no existen, lo que es extremadamente grave, porque afecta la soberanía y la democracia misma.²¹

Del mismo modo, nos parecen peligrosas otras propuestas de Bobbio relativas a la protección internacional de los derechos humanos:

En el sistema internacional, tal como está actualmente, faltan algunas condiciones necesarias para que pueda llegar la transformación de los derechos del hombre en sentido débil en derechos en sentido fuerte: *a)* que el reconocimiento y la protección de pretensiones o demandas contenidas en las declaraciones provenientes de órganos y servicios del sistema internacional sean consideradas condición necesaria para la pertenencia de un Estado a la comunidad internacional; *b)* la carencia, en el sistema internacional, de un poder común que sea lo suficientemente fuerte como para prevenir o reprimir las violaciones de derechos declaradas (Bobbio, 1990d, p. 84).

En el papel suena hermoso. ¿Quién podría oponerse a “mayor” protección efectiva de los derechos humanos? En la práctica, nos parece, podría llevar a que los países que determinan el discurso oficial de los derechos humanos impongan su hegemonía, incluso con la fuerza. Es una receta para la imposición de una particular visión

²¹ Véase, por ejemplo, Malcolm (2017).

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

de los derechos humanos —como afirma MacIntyre, los derechos humanos son un concepto esencialmente contestado—, sobre los países que no comparten dicha visión.

Agreguemos todavía una crítica: la posición de Bobbio relativa a la no necesidad de fundamentar los derechos humanos, unida a su posición relativa a la necesidad de protegerlos a nivel internacional de modo más coercitivo, lleva simplemente a resultados prácticamente insostenibles. Por ejemplo, recordemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a vacaciones pagadas (artículo 24). Supongamos que un Estado no garantiza a sus ciudadanos este supuesto derecho humano. De la posición de Bobbio, *literalmente interpretada*, se sigue que, o debiera ser expulsado de la comunidad internacional, o debiera ser invadido. Pero ningún político serio pretendería hacer tal. Todos tienen claro que el pretendido derecho a vacaciones pagadas es un derecho demasiado poco importante como para generar respuesta alguna de la comunidad internacional, mucho menos una invasión. Por el contrario, algunos políticos se muestran dispuestos a intervenir en otros países cuando otros derechos humanos, como la vida, se encuentran en riesgo. Y es que intuitivamente distinguimos entre derechos que son lo suficientemente importantes como para justificar una reacción, y otros que no. Pero esa distinción sólo se puede hacer en atención al fundamento de los mismos derechos, ya que no se puede hacer con base en la Declaración de derechos misma, que no hace tal distinción. Es, obviamente, una consecuencia absurda; pero la tesis de Bobbio, literalmente interpretada y coherentemente aplicada, llevaría a invadir a un país que no asegurara el derecho a vacaciones pagadas.

VII. CONCLUSIÓN

La tesis de Bobbio sobre la no necesidad de buscar un fundamento absoluto de los derechos humanos es insostenible, desde que sin conocer su fundamento es imposible saber cuántos y cuáles son tales derechos, su extensión, y cómo resolver los conflictos entre ellos y con otros bienes morales y políticos, como la seguridad nacional,

CARLOS ISLER SOTO

la soberanía y la democracia. Al rechazar la posición iusnaturalista, comete la falacia del argumento a partir del desacuerdo; también la falacia genética, y al fundarlos en el consenso, la falacia naturalista. Del mismo modo, nos merecen reservas sus propuestas respecto del modo de proteger los derechos humanos.

VIII. REFERENCIAS

- AMESBURY, R. (2016), "Fideism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/fideism/>.
- AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, disponible en: <https://www.corpusthomicum.org/sth2094.html>.
- BELLONI, I. (2019), "I diritti umani, questi (s)conosciuti", *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, núm. 25, disponible en: <https://riviste.unimi.it/index.php/statoechiese/article/view/11913>, DOI <https://doi.org/10.13130/1971-8543/11913>.
- BENTHAM, J. (2001), "Nonsense upon stilts", en *idem*, *Selected Writings*, Yale University Press, Kindle Edition.
- BEUCHOT, M. (1993), "La fundamentación filosófica de los derechos humanos", en MARITAIN, Jacques, *Tópicos*, núm. 4.
- BIGGAR, N. (2020), *What's Wrong with Rights?*, Oxford, University Press.
- BOBBIO, N. (1990a), "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", en *idem*, *L'età dei diritti*, Einaudi.
- BOBBIO, N. (1990b), "Presente e avvenire dei diritti dell'uomo", en *idem*, *L'età dei diritti*, Einaudi.
- BOBBIO, N. (1990c), "L'età dei diritti". en *idem*, *L'età dei diritti*, Einaudi.
- BOBBIO, N. (1990d), "Diritti dell'uomo e società", en *idem*, *L'età dei diritti*, Einaudi.
- BURKE, E. (2009) [1790]. *Reflections on the Revolution in France*, Oxford University Press.

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

- CALVEZ S. J., J-Y. (2007), “Les droits de l’homme selon Maritain”, en AUCANTE, V. y R. PAPINI, R. (eds.) *Jacques Maritain, philosophe dans la cite*, Parole et Silence.
- CRANSTON, M. (1983), “Are There Any Human Rights?”, *Daedalus*, vol. 112, núm. 4.
- ASÍS ROIG, R. de (1994), “Bobbio y los derechos humanos”, en LLAMAS, A. (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Universidad Carlos III-BOE.
- DEVLIN, P. (1965), *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press.
- DUFOUR, A. (2016), “Michel Villey et les droits de l’homme: la critique d’un Antimoderne?”, *Droit & Philosophie*, núm. 8.
- FERRAJOLI, L. (2015), “I fondamenti dei diritti fondamentali”, en *idem*, *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico* (capítulo 12), Laterza, Kindle Edition.
- FINNIS, J. (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press.
- GARCÍA-HUIDOBRO, J. (2002), “La diversidad de opiniones éticas. Análisis de un argumento anti-iusnaturalista”, en *idem*, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, UNAM.
- GARDNER O. P., E. (2011), “Nature and Right: The Meaning of a Universal Agreement on Human Rights”, en BUTERA, G. (ed.), *Reading the Cosmos: Nature, Science, and Wisdom*, The Catholic University of America Press, disponible en: <https://maritain.nd.edu/ama/Reading/Reading402.pdf>.
- HART, H. L. A. (1963), *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press.
- KELSEN, H. (1949), “The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science”, *The Western Political Quarterly*, II, núm. 4.
- MACINTYRE, A. (1984), *After Virtue*, 2a. ed., University of Notre Dame Press.
- MACINTYRE, A. (1990), “The Privatization of Good: An Inaugural Lecture”, *The Review of Politics*, vol. 52, núm. 3.
- MALCOLM, N. (2017), *Human Rights and Political Wrongs*, Policy Exchange, disponible en: <https://policyexchange.org.uk/>

CARLOS ISLER SOTO

wp-content/uploads/2017/12/Human-Rights-and-Political-Wrongs.pdf

- MARITAIN, J. (1948), "Introduction", en UNESCO, *Human Rights. Comments and Interpretations, A Symposium Edited by Unesco*, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000155042>.
- MARITAIN, J. (2005) [1942], "Les droits de l'homme et la loi naturelle", en *idem*, *Christianisme et démocratie suivi de Les droits de l'homme et la loi naturelle*, Desclée de Brouwer.
- MARITAIN, J. (1998) [1951], *Man and the State*, The Catholic University of America Press.
- MARX, K. (1976) [1844], Zur Judenfrage, en MARX K. y ENGELS, F., *Werke*, núm. 1, Dietz Verlag.
- MILBANK, J. (2012), "Against Human Rights: Liberty in the Western Tradition", *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 1, núm. 1.
- MILBANK, J. (2014), "Dignity Rather than Right", *Open Insight*, vol. V, núm. 7.
- O'DONOVAN, J. L. (2003), "Rights, Law and Political Community: A theological and historical perspective", *Transformation*, vol. 20, núm. 1.
- PINTORE, A. (2015), "Diritti insaziabili", en L. FERRAJOLI, *Diritti Fondamentali. Un dibattito teorico* (capítulo 7), Laterza, Kindle Edition.
- RORTY, R. (1998), "Human Rights, Rationality and Sentimentality", en *idem*, *Truth and Progress. Philosophical Papers*, vol. 3, Cambridge University Press.
- ROSS, A. (2004) [1959], *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange.
- SALDAÑA, J. (2001), "¿Sirve el consenso para fundamentar los derechos humanos? Un breve análisis a dos intentos de fundamentación desde el consenso (Norberto Bobbio y Chaïm Perelman)", en *idem* (ed.), *Problemas actuales sobre derechos humanos, una propuesta filosófica*, UNAM.
- SCHIAVELLO, A. (2013), "La fine dell'età dei diritti", *Etica e Politica/Ethics and Politics*, vol. XV, núm. 1.

CRÍTICA AL FIDEÍSMO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NORBERTO BOBBIO

- VILLEY, M. (1982), “Note critique sur les droits de l’homme”, en HORN, N. (ed.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart: Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Beck.
- VILLEY, M. (1986), “Polémique sur les «droits de l’homme»”, *Les Études Philosophiques*, núm. 2
- VILLEY, M. (2014), *Le droit et les droits de l’homme*, Presses Universitaires de France.

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE. THE POSSIBLE HARM OF NOT LOOKING BEYOND THE DOMESTIC THRESHOLD OF JUSTICE*

*LA REGULACIÓN DEL MERCADO LABORAL ABIERTO
DESDE EL ÁMBITO MORAL. EL POSIBLE DAÑO DE NO VER
MÁS ALLÁ DEL UMBRAL DOMÉSTICO DE LA JUSTICIA*

Jorge SÁNCHEZ PÉREZ**

Resumen:

En este artículo discuto las limitaciones de llevar a cabo un análisis de la moralidad de políticas públicas únicamente bajo el alcance de consideraciones domésticas. Para mostrar esto, centro mi atención en una política pública muy prometedora propuesta recientemente por Robert Hockett. Su propuesta se llama “Operaciones Abiertas del Mercado de Trabajo”, y tiene como objetivo reconocer el trabajo y los salarios como partes fundamentales del sistema económico y, por lo tanto, dignos de un tipo especial de regulación. Esta regulación, argumenta, está justificada en términos económicos y morales. Me preocupa el segundo tipo de justificación. Sostengo que en la medida en que la implementación de dicha política en un país como Estados Unidos podría resultar perjudicial para otras partes del mundo —como México— debido a las condiciones actuales del mercado global, se hace neces-

* Artículo recibido el 8 de diciembre de 2020 y aceptado para su publicación el 24 de mayo de 2021.

** PhD en filosofía, becario postdoctoral en la Universidad Simon Fraser, correo electrónico: jorge_sanchez_perez@sfu.ca, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7990-1191>.

I want to thank Ben Nelson, Erich Luna Jackobs, Stefan Sciaraffa, Leanne Woodward, and Wil Waluchow for their comments on previous versions of this paper. I also want to thank the participants of the IX Jornadas Internacionales de Filosofía del Derecho de la UNAM “Problemas Contemporáneos de la Filosofía Jurídica” for their comments on some sections of this paper.

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

sario cambiar nuestra forma de evaluar la moralidad de una política de una perspectiva doméstica a una global.

Palabras Clave:

OLMO, justicia global, mercado global, regulación laboral, NAFTA, USMC.

Abstract:

This article discusses the limitations of conducting an analysis of the morality of public policies solely under the lens of domestic considerations. To make this point, I focus my attention on a very promising public policy recently proposed by Robert Hockett called the Open Labor Market Operations. The proposal seeks to recognize labor and wages as core parts of the economic system and, therefore, worthy of a special type of regulation. This regulation, he argues, is justified in economic and moral terms. The second type of justification concerns me. I contend that it is necessary to change the way of evaluating morality of a policy from a domestic to a global perspective, since implementing such a policy in a country like the United States could be detrimental to other parts of the world -like Mexico- due to current global market conditions.

Keywords:

OLMO, Global Justice, Global Market, Labour Regulation, NAFTA, USMCA.

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Regulation the Labour Market in the USA: OLMO as a Tool for Justice*. III. *Threshold of Domestic Justice: Assessing the Institutional Fit of OLMO*. IV. *Theoretically Limiting the Scope of Justice: the Closeness Assumption*. V. *The Threat of Injustice: the Reality of a Global Market*. VI. *Towards a Threshold of Global Justice for Domestic Policies*. VII. *Implementing OLMO Under the Current Global Market Conditions: The Possibility of Causing Harm*. VIII. *Conclusions: Acknowledging the Global Market as a Framework for the Assessment of Domestic Policies*. IX. *References*.

I. INTRODUCTION

In this paper, I raise awareness about the limitations of conducting a moral analysis of policies solely under the scope of domestic considerations. To accomplish that, I focus my attention on a very promising policy recently proposed by Robert Hockett. His proposal is called Open Labour Market Operations (OLMO). It aims to recognize labour and wages as fundamental parts of the economic system and, thus, worthy of a special kind of regulation. This regulation, he argues, is justified in economic and moral terms. I take concern with the second kind of justification. I argue that, insofar as the implementation of such policy in a country like the USA could prove detrimental to other parts of the world due to the current conditions of the Global Market, it becomes necessary to switch our way of assessing the morality of a policy from a domestic to a global perspective. This is in order to avoid the possibility of the creation of harm on individuals who might be affected by those policies beyond the borders of any given country. In this paper I focus on the possibility of creating harm in Mexico by adopting a policy like OLMO under the current Global Market conditions.

The paper has an introduction, six sections, and conclusions. The first section deals with Hockett's policy proposal. There, I explain the main elements of his Open Labour Market Operations project and the justifications he has for the proposal. In section 2 I move onto the field of normative assessment of the policy. I address the is-

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

sue of the morality or fairness of the policy under the consideration of what I call a “domestic threshold of justice”. I conclude that, given the limitation of a domestic approach, the policy would be deemed fair and thus morally acceptable. However, I point out that this is only possible by relying on what I call the “Closedness Assumption” (CA). In section 3 I elaborate on this assumption and show how it is at the very core of our domestic and global divisions, and how to this date is supported by an important segment of political theorists. I show how at the core of this assumption resides a problematic misunderstanding of the workings of the Global Market. This, I argue, limits the proper scope of moral assessment of policies like OLMO. In section 4 I provide further explanations about the nature of the misunderstanding by briefly explaining that the Global Market is not only a reality, but that its operation is dependent on market agents such as the Federal Reserve of the United States of America (FED). I show the reader that the redistribution of scarce resources such as labour and wages, precisely the ones that OLMO aims at regulating, are goods traded in Global Markets at any given point and, as such, the idea that a domestic policy can be morally assessed without considering the impact it might have beyond the borders of a state is problematic.

In section 5 I explain the counterfactual scenario that the CA prevented us from properly assessing. A scenario where policies implemented in society A could have an impact on the distribution of scarce resources in society B. Given the evidence previously presented, I conclude that section arguing for a threshold of global justice over one of domestic justice as a way to analyze policies such as OLMO. Section 6 is an exercise on practical analysis grounded on the counterfactual scenario that the CA would prevent us from engaging with. That is, I proceed to analyze the economic connections between the USA and Mexico and show how a policy like OLMO if implemented -under the reality of NAFTA (now U.S.-Mexico-Canada Agreement)- could drain jobs and wages from the Mexican economy thus creating morally problematic consequences for the policy. I conclude the paper with the main conclusions of the paper. The first one is that, although OLMO is a good policy from a domestic point of view, its implementation given the current conditions of the Global

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

Market, could create pernicious effects for people in a country like Mexico. The second one is that once we recognized the interconnect-edness of the world, it becomes more and more difficult to support something like the CA assumption and thus, the domestic and global divide. Therefore forcing us to consider the moral assessment of policies on global or beyond-the-state terms.

II. REGULATION THE LABOUR MARKET IN THE USA: OLMO AS A TOOL FOR JUSTICE

The argument that Hockett puts forward is that it is possible, and even desirable, on macro economical and ethical grounds, for “we”, understood as citizens of the United States of America (USA), to “both jointly and severally owe both ourselves and each other” in such a way that we could guarantee “employment at a living wage indexed to the cost of living itself, under conditions that all can recognize as self-chosen” (2019, p. 125). His proposal is called Open Labor Market Operations (OLMO). The idea behind this is that money rental price, which is regulated by interest rate, is no more important for the economy than human rental (jobs) price, which is regulated by wages (2019, p. 125). This model would adopt the form of a policy that would have an institution like the Department of Labor (DOL) of the USA (2019, p. 123), acting like a guarantor of jobs for citizens in the country. I will explain the macro economic reasons first, and then move on to the ethical reasons used to justify this project. Concluding with the presentation of the overall features of the policy.

Hockett’s argument starts at the onset of the 2008 global financial crisis. Such event led many economists to the realization that there could be severe economic effects for third parties, even if those parties were not involved in the transactions of individual financial institutions. That is, that we had to recognize the existence of a complex financial system that at any given time “could generate externalities affecting both other financial institutions and indeed millions of people and firms that had little direct contact with the financial system” (2019, p. 115). This led to the identification of Systematically Important Financial Institutions, or SIFI. These insti-

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

tutions were either (a) so large, (b) so extensively interconnected, or (c) both, as to warrant special regulatory treatment in the name of systemic stability (2019, p. 115). Their important nature led to impose enhanced prudential standards over them (2019, p. 115). This means that some prices, such as the price of money, commonly expressed as the interest rate, are systematically important for the whole financial system and thus require special regulation.

In that sense, if the main consideration for something to be treated as a SIFI is their capacity to have an impact on the system then, once we recognize that labour, as the source of wages, has an input to virtually every good or service within the financial system (2019, p. 117). It follows that prevailing wage and salary rates ought to be treated as SIFI. In other words, wages end up driving “transaction volume, firm profitability, macroeconomic growth, and, of course, employment volume and related capacity utilization themselves” (2019, p. 117). Thus, making an excellent macro economical case for the special regulation of labour.

Although the economic justification for the regulation of labour is fundamental, it is important to highlight that the focus of this paper is the moral justification Hockett offers for this policy proposal. In that sense, I argue that his moral justification for immediate implementation of the policy within the boundaries of the US is dependent on assuming non-existing current Global Market conditions or adopting a false domestic/global dichotomy that if endorsed could create harm abroad while still remaining a “just policy” domestically.

Hockett’s case for special labour regulation grounds itself on the premise that labour would, in a democratic political society, allow citizens to hire themselves. Further guaranteeing that citizens do not produce items that could result in clashes of interests among themselves. Instead, the production would be done “to provision ourselves in manners that ensure *all can live decently*¹ while also, subject to that constraint, efficiently allocating resources to that

¹ I italics in this section to highlight the moral reasoning behind the implementation of the policy. Which, in a sense, could be said to aim at enhancing the well-being of “all”. Yet, the “all” is subordinated to the domestic/global dichotomy that I will address in 3.1.

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

productive provisioning activity” (2019, p. 121). Expressed in a different manner, a special kind of regulation for labour could guarantee that citizens work for themselves, avoiding the possibility of becoming commodified goods. Thus, preventing citizens from becoming objects, instead always remaining subjects.

Further details of Hockett’s policy proposal would help us clarify how this policy can make a lot of economic sense and yet pose important moral questions for political theorists working within the framework of domestic or global policy. First, in the same manner as the Federal Reserve of the USA buys and sells securities from an existing pool of goods in the Open Market Operations (OMO) with the goal of regulating interest rates, a labour pool would be created and citizens would go in and out of the pool, that is they would be hired or released with reference to a benchmark wage or salary rate, through the direction of a public authority (2019, p. 118). Thus, constituting an Open Labor Market Operations system. A natural administrator, Hockett claims, would be the DOL. However, in order to properly accommodate for its new functions as an agent of OLMO, a modification of its mandate would be required. One that would allow such entity to include the job guarantee regime among its functions.

OLMO is without a doubt an important contribution to the debates about justice within the domestic sphere of countries such as the United States of America. Yet, my paper aims at testing the limits of fairness that the implementation of this kind of policies at the current time could have beyond the boundaries of the USA. That is, if a policy like this, or even something like the Green New Deal,² were to be implemented in the USA while also considering its impacts at a global scale under the current Global Market conditions the question would be whether such policy would this policy pass a test of fairness? In the next section I will develop what could be considered a threshold of domestic justice (TDJ) informed by the Rawlsian tradition.³ This, in order to show that by only considering the domestic

² Set of policies aimed at tackling climate change and economic inequality within the USA

³ I call this the large political theory tradition in western analytical philosophy informed by the work and assumptions of John Rawls.

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

impact of this kind of policies one might end up with different conclusions than by performing a global⁴ analysis.

III. THRESHOLD OF DOMESTIC JUSTICE: ASSESSING THE INSTITUTIONAL FIT OF OLMO

To address the question of “how can a policy be deemed fair or just?” is to ask a question about whether a policy meets certain standards. A theory of justice can be properly understood as the kind of standard of evaluation that can help us address that analysis. In that sense, a theory of justice can be understood as a tool that can help us assess whether what we are designing or assessing, meets the goals or purposes we have in mind. In the case of the Rawlsian project, it is the basic structure of society that ought to be tested. By this Rawls means “the way in which the major social institutions fit together into one [closed]⁵ system, and how they assign fundamental rights and duties and shape the division of advantages that arise through social cooperation” (2005, p. 258). Yet, the question of what this test would include or how it would look still remains. In this section I will briefly shape a TDJ to help us determine what kind of institutional design would be acceptable under a Rawlsian framework of justice, and which policies would be a proper fit with such design. That is, under a framework that considers institutions as the basic element for assessment when discussing issues of redistributive justice. After that has been established, I will proceed to assess OLMO and show how it properly meets such requirements when considering only the domestic sphere.

First of all, it is useful to remember that not all forms of justice are discussed or argued for in the Rawlsian project. As Freeman points out, the goal of the Rawlsian project is to address issues of distributive justice. Which means that the project wants to address the dis-

⁴ I will call global impact to any impact that goes beyond the scope of domestic considerations.

⁵ The notion of a closed society is something that will help address the problematic domestic/global dichotomy and will be the focus of section 3

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

tribution of income, wealth, economic powers, positions of responsibility, opportunities to occupy public offices, and the prerogatives of such offices (2018, p. 204). Second, that insofar as “institutions are basic in that they are necessary for economic production and division of labor, trade and exchange, and distribution and consumption of economic product” (2018, p. 203), it follows that we should focus on them, and their design, in order to properly guarantee redistributive justice.

Based on that, Rawls developed his two principles of justice, which ought to help us assess the basic structure of a closed political society. The first principle is that each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all. The second is that social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: (a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principle, and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity (1999, p. 266). Although in many ways straightforward, it is important to remember that these principles, even though aimed at institutions, should be used as ways “to specify or assess the many legal and other social rules (of property, contract, etc.) that individuals are required to observe pursuant to the natural duty of justice” (Freeman, 2018, p. 230). This, of course, includes labour and wages, thus the connection with OLMO.

With those ideas in place one could say, roughly speaking, that if a policy is consistent with both principles and it allows individuals to pursue their natural duty of justice, then such policy could be understood as working in line with the institutional design developed to satisfy a TDJ. In the case under consideration, insofar as OLMO aims at guaranteeing the basic conditions for living and to provide opportunities to access a wage and the means to properly participate as a citizen in the political life of the society, it seems fair to claim that this policy is within the boundaries of such TDJ. Furthermore, it could be claimed that the policy is one of the best ways to properly guarantee the well-being of the citizens of the country. That is, to provide citizens with the opportunities to avoid commodification by owning themselves and regulating their own relation-

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

ships of production based on the principles of equality and liberty. For the sake of argument, let us assume that OLMO is completely consistent with the Rawlsian TDJ and that such a policy is consistent with the principles of redistributive justice under consideration.

As important as it is to conduct the previous kind of analysis, it is also important to recognize that, at the core of a TDJ, there is an important assumption that is at the core of the domestic/global dichotomy in political philosophy. This is what I call the Closedness assumption and in the next section I will focus on clarifying what I mean by the it and how it helps create the domestic/global dichotomy before going back to the TDJ in section 3.1 to further clarify how this standard might be too limited to address moral concerns about a policy with possible global implications like OLMO.

IV. THEORETICALLY LIMITING THE SCOPE OF JUSTICE: THE CLOSENESS ASSUMPTION

In this section I will address a theoretical issue which at its core, grounds the problematic limitation of policy analysis to only the domestic sphere. As mentioned in section 2, the TDJ I am proposing was built under the framework of redistributive justice endorsed by Rawlsians. That is, a paradigm of justice that aims or focuses on redistributing scarce resources among members of a closed society. It is important to notice two fundamental assumptions about this kind of project. First, that when Rawls talks about a closed society he means a society that is self-sufficient and that we do not enter or leave such place except by birth or death (1999, p. 4) (2005, pp. 40 and 41). Second, that among those resources that need to be redistributed we have things like wealth, access to public offices and of course, labour and income. Let us assume that a redistributive approach to justice is the best way of approaching normative projects about institutional design⁶ and that scarcity of resources is the key

⁶ Whether restorative, environmental, transitional, or other kinds of justice can be subordinated or neglected in favor of focusing on the predominant paradigm of redistributive justice as most western political philosophers do is a question that I do not address in this paper.

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

concern of justice. In this section I will identify an important limit that this way of theorization tends to assume and that has important implications for the moral analysis of policies like OLMO. I am talking about the Closeness Assumption (CA) and I will begin its identification by proposing a small thought experiment to clarify the work that the CA is performing.

First, I will ask the reader to think about the cities of Niagara Falls, Canada and Niagara Falls, USA. The individuals from each of these border cities clearly coexist together at the same time in the roughly same geographical territory. They are, by most accounts, roughly similar in physical and mental powers. They also are, on each side of the border, vulnerable to be attacked or having their plans blocked by the united force of others. And finally, they all face the reality of moderate scarcity of resources. Regarding the last one, it is easy to point out how people on each side of the border try to organize their economies to attract more tourism than the other. Or how each promote their side and view of the Niagara Falls as the best one to visit to obtain the best possible picture. In that sense, considering scarcity of resources as an important thing that makes individuals compete seems to be a reality in the case at hand. Yet, the theorization that authors like Rawls and Freeman have in mind does not aim at regulating the lives of the individuals in the situation of both the Niagara Falls cities. A situation that we might call the *Niagara Falls transboundary political society* (NFTPS). Even if we could identify some form of the same basic commitments to freedom and democracy among its members, NFTPS is not the kind of society that they —Rawls and Freeman— have in mind.

For Rawls, for the sake of theorization, it is useful to consider political societies as isolated from other societies. Following that, whatever principles of justice —which main purpose is to who help us assess the institutional design— we developed, ought to be applied to the basic structure of such society while not focusing on issues between states (1999, p. 7). In turn, in his latest book Freeman, while arguing in favor of Rawls, seems to endorse these elements as part of his overall argument (2018, pp. 114, 137). All these claims together are at the core of what I call the CA. This assumption can properly be connected with the concept of the state. That is, with

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

the 16th century-born form of social organization that is currently central in many theorizations about law and politics (Raz, 2014). If that is the case, then for Rawls and Freeman, the basic structure of the *Niagara Falls transboundary political society* would not be the subject of the analysis of justice. But rather the respective societies of Canada and the USA. In other words, the identification of the best principles of justice ought to be done considering only those that best help us shape the basic structure of a political society, which for practical terms we deem as the state, in isolation from other states.

Rawls is clear about this when in *Justice as Fairness* (2001) he states that his conception of political justice is not a general conception of justice. Meaning that it only applies to issues of “local justice” and that questions of global justice require separate consideration on their merits (2001, p. 11). Furthering the idea that the CA ought to regulate the extent and limits of our approach to justice. Now, this does not mean that issues beyond the state do not matter for Rawls. Rather, he thinks that we ought to differentiate between local justice —what I call domestic justice— and global justice. And based on that, global justice requires a different yet connected treatment than local or state-based justice. In other words, whatever principles of justice one finds for the closed-society in isolation, have methodological and regulative primacy over other principles of justice such as global ones (Rawls, 2005, p. 262) (Freeman, 2018, p. 230).

After clarifying this small yet fundamental assumption, I can focus on showing how the domestic/global dichotomy is shaped by it. By doing so, I can then show how this is a problematic distinction that can hardly be sustained given the reality of the Global Market and how, by getting rid of it, our analysis of the morality of a policy like OLMO might look different.

Untangling the Problematic Domestic/Global Dichotomy

Now that the CA has been established, I can further clarify the terms of the TDJ as they were introduced in section 2. The TDJ is

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

asking us to phrase preliminary questions of justice that are necessary for the later assessment of policies like OLMO under the following terms “what are the best principles of justice for society A if scarcity of resources obtains and we assume society as a closed and self-sufficient system?” This formulation, grounded on the CA, allows authors such as Rawls and Freeman to create or endorse the domestic/global dichotomy. That is, to separate closed societies as local realities from a global setting, which would be something like a place for interactions among societies. Thus, making the assessment of OLMO within the TDJ a completely different or separated one from questions of global justice.

At the core of the CA is the idea that it is only at the state level that we clearly identify the necessary institutions required for considerations of redistributive justice. Which is the kind of justice that authors like Rawls and Freeman are talking about. While, they claim, when considering issues of global justice we are mostly talking about a different kind of relationship. A kind of relationship that leads us to discuss issues of “poverty and compensation for disabilities and other misfortunes” and those issues would require “different principles that apply to the correction of unfavorable conditions and circumstances” (Freeman, 2018, p. 204). Thus, this way of theorizing about justice further allows us to dwell in the problematic domestic/global dichotomy. Giving us the impression that the problems of the local level are different, and separated, from those from the global level.

For the sake of argument, I have so far considered that both scarcity of resources and the CA, are valid elements that should inform our assessment of policies like OLMO. This view is informed by the idea that policies only have an impact at the domestic level. As in, that their actions will only affect those living in such societies where the policy is implemented. Thus allowing for an assessment of the morality of those policies to be reduced to the domestic sphere. This idea, I will show in section 4, is the product of a misconception about how institutions engaged in issues of redistribution operate in the world under the reality of a Global Market and the interconnectedness of the financial world system.

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

V. THE THREAT OF INJUSTICE: THE REALITY OF A GLOBAL MARKET

In section 3 I showed that the CA is connected with the domestic/global dichotomy and this dichotomy allows thinkers like Rawls and Freeman to claim that redistributive justice is a matter of domestic consideration. However, the view that redistributive justice is a matter of domestic consideration without an impact outside the realm of the state, is grounded on a clear misconception of how the Global Market operates. A misconception that allows political thinkers imbued by Rawlsian assumptions to ignore the implications of a policy like OLMO outside the borders of a country like the USA. At the center of their reflection, is the premise that the discussion of those implications is not about how to redistribute rights and obligations but about “poverty and compensation for disabilities and other misfortunes” and those issues would require “different principles that apply to the correction of unfavorable conditions and circumstances” (Freeman, 2018, p. 204).

This problematic way of reasoning prevents them to assess the morality of policies like OLMO on the grounds of their global impact. In this section I will show how, by properly understanding the workings of financial institutions. The only option we have, if we are to accept the reality of the laws of the world and its tendencies, is to reject the CA as an element of the TDJ, thus forcing us to embrace a threshold of global justice for the assessment of the morality of a policy like OLMO.

Following Ronzoni, it is useful to remember that an analysis of cosmopolitanism might have moral, political, and institutional approaches, keeping in mind that those features interact with each other (Ronzoni, 2018). In this paper I am taking an institutional approach, grounded on the reality of redistribution of goods on the planet, to challenge the assessment of the morality of policies like OLMO only based on meeting the TDJ. By highlighting that the CA is conceptually and practically unsustainable, in section 5 I will be able to further make the case that we need to move towards a threshold of global justice (TGJ) for policies like OLMO. To do so, I will first discuss the idea of the Global Market as a reality of the world (Wenar,

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

2016) and then will take a look at the effects of the 2008 global financial crisis on Mexico. After that has been established, I will show how even domestically conceived institutions such as the Federal Reserve of USA acknowledge and articulate their operations within the boundaries of such reality.

1. *The Global Market as a Law and Tendency of the World*

In section 1 I mentioned how, for Hockett, the 2008 global financial crisis taught many economists two important lessons. First, that they had to accept the reality of a complex financial system that was more interconnected than many had suspected. Second, that many people, who might not even be part of the interactions of the entities of the system, could suffer from externalities created by the actions of the agents within the system. Although those two lessons were important at the domestic sphere, for many economists outside the USA the lessons were somehow different. That is, for some economists the main lesson was that even though the crisis could be tracked to the USA, its effect spread all over the world causing “turmoil in foreign exchange markets and international trade flows” (Choi, Kim, & Sung, 2010). In Latin America, one of the most affected countries was Mexico. The reason for that, according to the International Monetary Fund (IMF), was the interconnection of the economies of Mexico and the USA (2009, p. 88).

In other words, for many theorists, inside and outside the USA, the lesson left by the 2008 crisis was that the world was already too deep in what the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) has called economic globalization. A process that is characterized by a strong growth of international trade, declining transportation costs, and international investment as a complement to international trade. Furthermore, another characteristic of the process is the liberalization of capital movement, allowing for the reduction or elimination of foreign direct investment, and multinational enterprises, in different countries across the planet (OECD, 2013). In other words, we are in the midst of a Global Market where states, state-based public institutions, corporations, and even sin-

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

gle individuals, are *agents* that interact with each other at any given time and in many different forms.

For the sake of my argument, I consider it fundamental to highlight the impacts of the 2008 crisis in Mexico. Not only did the crisis see Mexico plunge into one of the most severe unemployment situations in its history (Cooney, Justo, & Santarcángelo, 2016, p. 238), but the health implications in its population have been analyzed and some have argued that mortality rates after the 2008 crisis increased to the high and problematic levels of 2001 (Arceo-Gómez, 2010). Which means that the financial crisis that started in the USA, affected Mexico the most in Latin America. The effects were not only the damage or destruction of a great deal of the labour market, but possibly the increase of mortality in its population. One of the possible reasons for this, is the existence at the time of the North American Free Trade agreement (NAFTA). This agreement allowed for, among other things, the rapid flow of capital between the two countries. Thus, further linking their economies and exposing one to the externalities caused by agents located in the other. But as important as a market—even a Global Market—is, it could not operate without the existence of agents who partake in the exchange goods. Those agents, then, become actors in a set of global transactions that deal with redistribution of wealth, income, and even jobs. This is where things get more complicated for the moral analysis of a policy like OLMO, which aims at dealing with labour and wages within a globalized economy.

2. *The Federal Reserve of the USA as a Global Market Agent*

Hockett claims that OLMO would work as OMO does. That is, one institution would regulate the market by means of buying/renting or selling/letting go those who are part of the labour pool. This is in parallel to what the FED does with securities. There is, however, the important element for consideration that the FED is not only a local economy agent, but a Global Market Agent. In other words, the FED does not interact with other actors in the global financial system by means of the central government of the USA or other institution.

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

The FED interacts with other actors directly by means of buying or selling securities. As stated in section 14 of the Federal Reserve Act, when conducting OMO, any Federal reserve bank may purchase and sell in the open market, *at home or abroad*⁷, either from or to domestic or foreign banks, firms, corporations, or individuals, cable transfers, bankers' acceptances, and bills of exchange of the kinds and maturities.

This means that the kind of interactions that the FED conducts on a regular basis makes it an agent of the Global Market. It could be said that, also as established by section 14 of the act, it does so under rules and regulations prescribed by the Board of Governors of the Federal Reserve System. Yet, the point remains. To conceive the FED solely as a domestic institution would be to overlook the nature of the Global Market and how its agents operate. The Global Market that has allowed the USA to owe China over one trillion US dollars to this date, is the same one where the DOL —following OLMO— would have to act to satisfy its mandate of minimizing unemployment and stabilize inflation at the local level.

Let me recap this section by stating that the 2008 USA housing market crash left us with some important lessons. Perhaps one of the most important ones was that the world's economy is interconnected in meaningful ways. The global recession that followed the market crash in the USA, had a domino effect that brought down the economies of many parts of Asia, Africa, Europe, and Latin America. At the very least, in economic terms, it is hard to argue against the existence of a coherent set of rules that guide the Global Market in its interactions. In other words, there is a set of institutions, not just the World Trade Organization or other organizations of such kind, that work in such a way that allows for the harmonization of property rules at the global level. It is precisely this set of rules that we can call the foundation of the Global Market, which not only "sustain the human population at its seven-billion size" (Wenar, 2016, p. 116) but also allow the FED to engage in OMO and that would allow the DOL to engage in OLMO.

⁷ The highlighting is mine to address the nature of the FED as an agent of the Global Market.

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

In section 5 I will go back to the domestic/global dichotomy and, given the weight of the reality of the Global Market, I will propose that a TGJ is a better way to assess the morality of a policy like OLMO.

VI. TOWARDS A THRESHOLD OF GLOBAL JUSTICE FOR DOMESTIC POLICIES

In section 3.1 I stated that the TDJ demanded us to ask to phrase the questions of justice that are necessary for the later assessment of policies like OLMO under the following terms, “what are the best principles of justice for society A if scarcity of resources obtains and we assume society as a close and self-sufficient?” Yet, the reality of the Global Market and the way in which its agents operate puts too much pressure on the claim that one society’s policies and institutions bear no effect on another. In this section I present the counterfactual analysis that the CA prevents us from properly engage with. I will then formulate the terms of the TGJ that ought to be used when assessing the morality of a policy like OLMO.

First, let us imagine society A. Such society is a closed political system that is assumed as self-sufficient and where its members do not enter or leave except by birth or death. Also, we are accepting the fact of the world of scarcity of resources as a reality that forces us to consider the question of justice in the first place. Let us assume that we have properly identified the best two possible principles of justice to shape the basic structure of society A. That is, we have properly set up the basic structure of society in such a way that it meets all the conditions required by the framework developed by Rawls and endorsed by authors like Freeman. Is it possible that the way in which society A is organized could have prejudicial consequences for a theoretical neighboring society B? Based on the CA, this would not be case. In other words, the answer would be that, insofar as society A is self-sufficient, then it would be hard to conceptualize such a scenario.

This shows how much of the heavy lifting the CA is doing here. Assuming that the institutions of society A only have domestic or local impacts, while assuming that scarce resources ought to be taken

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

and redistributed from within such society has an important impact, it prevents the counter-factual analysis of such possible impact outside of the realm of society A. Thus, allowing somebody assessing the morality of a policy like OLMO to only consider that even though labour and wages are scarce resources they will not be drained from other parts of the world. This gives rise to the concern of ‘how realistically practicable is it to assume that societies are self-sufficient in such a way?’ or “how realistically possible is to assume that OLMO will not drain labour and wages from other parts of the world?”

As I showed in section 4, this kind of analysis is not only grounded on an economic reality that does not exist but is also problematic to sustain given the fact that institutions such as the FED are clearly agents in a Global Market where goods, including labour and wages, are redistributed. Rawls himself claimed that his theory of justice was “realistically Utopian”, which means “how far in our world (given its laws and tendencies) a democratic regime can attain complete realization of its appropriate political values-democratic perfection, if you like” (2001, p. 13). In other words, although some ideal elements were present in his theory, the normative project under construction was not fact neutral or detached from all material conditions. It could be said, then, that Rawls thought of his project as working towards a middle ground between the abstract and the practical where, as Stemplowska and Swift have stated, “the broad socioeconomic conditions do not preclude the possibility of a just (well-ordered) society” (2012, p. 373). Yet, there is a strong difference between assuming that the socioeconomic conditions do not preclude the possibility of a just society and ignoring fundamental socioeconomic conditions —such as the Global Market and its agents— that are properly part of our world, given its laws and tendencies.

In this sense, as Abizadeh accurately points out that even if we find two societies that meet the “fantastic Rawlsian assumption of being closed”, it is quite possible to conceive a scenario where one society has pernicious impacts on another (2007, p. 339). Thus, it becomes useful to conceptualize the relationships between societies in such a way that their impact on each other could be a reality. So we are at a point where we have good conceptual and practical rea-

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

sons, to assess the morality of a policy like OLMO not on the terms of the TDJ but on the terms of the TGJ. Following that, the phrasing of the questions of justice that are necessary for the later assessment of policies like OLMO would follow the terms, “what are the best principles of justice for society A if scarcity of resources obtains and we assume such society as a partially open and non-self-sufficient system?” this question could allow us to later ask “how realistically possible is to implement OLMO in the USA —given the current reality of the Global Market— without draining labour and wages from other parts of the world such as Mexico?”

VII. IMPLEMENTING OLMO UNDER THE CURRENT GLOBAL MARKET CONDITIONS: THE POSSIBILITY OF CAUSING HARM

In section 4 I provided reasons to consider that the Global Market is a reality and the economies of many parts of the world, such as the ones of USA and Mexico, are so interconnected that decisions made in one country could have, and have had, dire consequences for the other. Thus, giving us grounds to consider that the CA and a TDJ for the analysis of the morality of policies like OLMO are problematic conceptually and practically. In other words, we have a scenario where, to assume that the decisions of institutions from one society do not have an impact in other society, is not an option or it is a problematic one in moral terms. Therefore, forcing us to assess the possible impact of policies under the light of the TGJ.

As I stated in section 2, it seems possible to assume that OLMO satisfies the TDJ. Therefore, allowing for its theoretical implementation in a country like the USA while considering that is a morally acceptable policy. Let us assume that the USA moves forward and allows an institution like the DOL or a similar agency to create a pool of workers and, in case of a rise in unemployment, began to act to guarantee jobs to many individuals. In this theoretical scenario, this could very well serve to regulate the job market of the USA and thus, create the conditions to stabilize wages and guarantee access to primary goods, and every sort of thing needed for a market to work in order to improve the health of the economy of the country. Now, let

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

me move on to analyze this case without the restraints that CA puts in our analysis of the morality of a domestic policy, thus opening the doors for some possibly problematic moral outcomes.

If OLMO works as OMO does, then it is possible that the DOL would have to act like the FED does. That is, by accessing securities from the market. But these securities, in a globalized economy and as stated in its own regulation, are acquired from domestic and international sources. So, if the DOL accesses the pool of labour and wages, and even shapes it in order to guarantee jobs and wages for people in the USA, this could mean that, insofar as the interconnections with the Mexican economy are important due to treaties like NAFTA (now U.S.-Mexico-Canada Agreement) and the reality of the Global Market, the DOL could —and very realistically would— pull some of the labour and wages out of the Mexican market and transfer them to the USA pool.

Now, even if one were to argue that the claim that the number of jobs that migrated from the USA to Mexico due to NAFTA were not so significant, this does not deny the possibility of causing harm to the living conditions of many people living in Mexico. Against this, the claim that NAFTA or its equivalent should be withdrawn to reduce the interconnections between the two economies could be raised. However, even if some free trade agreements can be considered or evaluated as a problematic trading tools, there is important empirical evidence to support the claim that NAFTA has benefited Mexican citizens by means of trade harmonization, quality control of products and strict environmental regulation (Woldu, Alborz, & Myneni, 2018, p. 15). Thus, opening the possibility of causing harm to the citizens of Mexico on the grounds that their living conditions would be impoverished by the retraction of such a trade tool. In other words, acting against the moral support of the policy which is grounded on the aim that *all can live decently* (Hockett, 2019, p. 121)

An important point to be raised here is that, unlike authors such as Samuel Freeman, who would accept Hockett's proposal to be implemented in the USA disregarding the impact of such policy abroad, Hockett himself has claimed in the past that labour and economic policies ought to be reshaped globally for moral reasons (2008). A claimed grounded on the reality of the interconnectedness of the

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

Global Markets. In other words, to implement OLMO without properly considering its implications in different parts of the world, under the current conditions, would be problematic. Even if at first sight, it seems to be coherent with a model of domestic justice. This raises the question about the best way to assess a policy on moral grounds. I have put forward the notion that a TGJ is a better place to start. But in the end, what is at stake is clearly a problematic domestic/global dichotomy that relies on a misguided notion of how the Global Market and its agents operate.

VIII. CONCLUSIONS: ACKNOWLEDGING THE GLOBAL MARKET AS A FRAMEWORK FOR THE ASSESSMENT OF DOMESTIC POLICIES

The point of this paper has not been to argue against OLMO but rather to argue against a common way to assess the morality of certain policies. The TDJ can only be justified by holding on to problematic notions about the way in which goods are redistributed in a Global Market. For that reason, the possibility of perverse economic outcomes of one state's policies beyond its borders must be an important part of our arsenal of moral assessments. Denying the reality of the Global Market and its implications does not seem to be the best way to properly address the morality of a policy in the 21st century. Once the current conditions of the world are considered, the CA is hard to accept at both the theoretical and practical level. If that is the case, then our approach to the fact of scarcity of resources as an empirical fact of the world should also consider the very real possibility of, by means of policies, taking some of the already scarce resources from one state and moving them into another.

Going back to the theoretical aspect, if we accept that resources are scarce and we reject the CA, then our considerations about society as a closed system could face the need for revision. If it is possible that once we have developed and implemented a theory of justice for society A, resources could be moved from society B, causing harm to such society in the process, could such theory be properly called just? In that scenario we would have a local theory of justice

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

that has as an outcome the creation of the very unfavorable conditions and circumstances that Freeman and Rawls assume belong to the area of global justice but that were created at the local level.

Freeman claims that institutions such as the World Trade Organization are not the kind of basic institutions that he has in mind when talking about redistributive justice (2018, p. 220). Nor are the ones that I have engaged with here to make my case. Since my focus in this paper has been on Hockett's policy proposal of OLMO, I have talked about the FED and the DOL as institutions whose actions, once we reject the CA, could very well have morally problematic outcomes for other societies. Freeman dismisses cosmopolitan concerns about "unjustified moral discontinuity" (Liberalism and Distributive Justice, 2018, p. 251) of the Rawlsian principles of justice under the premise that the spheres of actions of the institutions that come out of the basic structure of society have a narrow margin of action. As I have shown in this paper, that is a misconception about institutions acting as agents under the umbrella of a Global Market. We can and should accept that scarcity of resources is an important reality of the world, however, we should accept it predicated in a Global Market and not the CA.

Now, let me be clear, I do not endorse current labour standards created in the Global Market due to the globalization of the economy. In fact, I think that those conditions should be improved. Particularly in countries of the "Global South", where low wages, informal labour, and poor working conditions are real and pressing problems. However, if our best theorizations about justice—which are supposed to guide us when assessing the morality of policies like OLMO—are still dependent on theories that could very well end up creating the conditions of world poverty because they are solely focused on the domestic level. Then we might be doomed to be in a cycle of trying to solve problems at the global level, that were first created at the domestic level by means of policies thought to be fair in the first place. In other words, the price of not globalizing our assessment of economic, labour, and even environmental policies may very well be that we become complicit in the creation of the conditions of poverty and scarcity that have become prevalent in the current world.

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

In a society, like the USA, where policies like OLMO and the Green New Deal will become more and more relevant in the political debates it is imperative that we start considering the impact that such policies, given the current conditions of the world, would have abroad.

IX. REFERENCES

- ABIZADEH, A. (2007), "Cooperation, Pervasive Impact, and Coercion: On the Scope (not Site) of Distributive Justice", *Philosophy & Public Affairs*.
- ARCEO-GÓMEZ, E. O. (2010), "Impact of Economic Crises on Mortality: The Case of Mexico", *Estudios Económicos*, 25(1).
- BUCHANAN, A. (2013), *The Heart of Human Rights*, New York, Oxford University Press.
- CHOI, Y. J., KIM, D. & SUNG, T. (2010), "Global Crisis, Exchange Rate Response, and Economic Performance: A Story of Two Countries in East Asia", *Global Economic Review: Perspectives on East Asian Economies and Industries*, 39(1).
- COONEY, P., JUSTO, O. & SANTARCÁNGELO, J. E. (2016), "The Aftermath of the Global Crisis in Latin America: General Remarks and Future Perspectives", in J. E. SANTARCÁNGELO, O. JUSTO, & P. COONEY (eds.), *Latin America after the Financial Crisis: Economic Ramifications from Heterodox Perspectives*, London, Palgrave MacMillan.
- FREEMAN, S. (2018), *Liberalism and Distributive Justice*, Oxford, Oxford University Press.
- HOCKETT, R. (2008), "Toward a Global Shareholder Society", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 30.
- HOCKETT, R. (2019), "Open Labor Market Operations", *Challenge*, 62(2), 113-127. doi:10.1080/05775132.2019.1583418
- IMF (2009), *World economic outlook April 2009: Crisis and Recovery*, Washington, D. C., International Monetary Fund.

OPEN LABOUR MARKET REGULATIONS FROM A MORAL SCOPE...

- KELSEN, H. (1967), *Pure Theory of Law*, M. Knight, Trans., Los Angeles, University of California Press.
- MILLS, C. (1997), *The Racial Contract*, Ithaca, Cornell University Press.
- MILLS, C. (2017), *Black Rights/White Wrongs: The Critique of Racial Liberalism*, Oxford, Oxford University Press.
- MURPHY, C. (2017), *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- NEW YORK TIMES (1996, 09 28), *School of the Dictators*, Retrieved 05 29, 2019, from NEW YORK TIMES, disponible en: <https://www.nytimes.com/1996/09/28/opinion/school-of-the-dictators.html>.
- NUSSBAUM, M. (2006), *Frontiers of Justice*, Cambridge, Harvard University Press.
- NUSSBAUM, M. (2011), *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Cambridge, Harvard University Press.
- OECD. (2013), *Interconnected Economies: Benefiting from Global Value Chains*, Paris, OECD Publishing.
- RAWLS, J. (1999), *A Theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge, Harvard University Press.
- RAWLS, J. (2000), *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press.
- RAWLS, J. (2001), *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Harvard University Press.
- RAWLS, J. (2005), *Political Liberalism: Expanded Edition*, New York, Columbia University Press.
- RAZ, J. (2014), "Why The State", *King's College London Dickson Poon School of Law: Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2014-38*, London, King's College London.
- RONZONI, M. (2018), "Justice, Injustice, and Critical Potential Beyond Borders: A Multi-Dimensional Affair", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 35, No. 1, February 2018.
- ROUSSEAU, J. J. (1913), *Social Contract and Essays*, London, Everymans Library.

JORGE SÁNCHEZ PÉREZ

- STEMPLOWSKA, Z. & SWIFT, A. (2012), "Ideal and Nonideal Theory", in D. ESTLUND, *The Oxford Handbook of Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- WENAR, L. (2016), *Blood Oil: Tyrants, Violence, and the Rules That Run the World*, Oxford, Oxford University Press.
- WOLDU, H. G., ALBORZ, S. & MYNENI, N. (2018), "An Empirical Analysis of the Impact of Nafta on Economic Growth of its Member Countries", *International Journal of Business and Economics Perspectives*, 13(1).
- YOUNG, I. M. (2006), "Responsability and Global Justice: A Social Connection Model", *Social Philosophy & Policy Foundation*.

MORAL, DERECHO Y SOCIEDAD. REFLEXIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE LA CRISIS MORAL EN EL CASO LATINOAMERICANO*

*MORAL, LAW AND SOCIETY. INTERDISCIPLINARY
CONSIDERATIONS ON THE MORAL CRISIS IN CONTEMPORARY
LATIN AMERICAN SOCIETY*

Andrés BOTERO-BERNAL**

Resumen

Este escrito plantea la complejidad sistémica del concepto crisis moral aplicada en la sociedad contemporánea, especialmente en el caso latinoamericano, lo que exige un estudio interdisciplinario para abordar el asunto. Ahora bien, se alude a una complejidad sistémica de la crisis moral por cuatro aspectos. En primer lugar, porque la moral, al ser un sistema normativo basado en el deseo de una sociedad mejor, nunca se sentirá satisfecha de la sociedad en la que se enmarca, lo que provoca un permanente *malestar*. En segundo lugar, porque una *crisis moral* indica que no hay un acoplamiento

* Artículo recibido el 22 de octubre de 2020 y aceptado para su publicación el 17 de agosto de 2021.

** Abogado y filósofo. Doctor en derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y doctor en derecho por la Universidad de Huelva (España). Profesor titular de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander (UIS). Miembro del grupo de investigación Politeia de la UIS. Número Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2609-0265>. Scopus author id: 55604950500. Correo electrónico: aboterob@uis.edu.co.

Este escrito desarrolla y explica algunas ideas expuestas someramente en un texto anterior: (Botero, 2018). El presente trabajo es resultado del proyecto de investigación institucional 2808, financiado por la Universidad Industrial de Santander (Colombia).

Este escrito sigue la metodología de investigación documental-bibliográfica, lo que supuso un trabajo de rastreo de literatura especializada privilegiando aquellos trabajos con alguna verificación empírica y científica de sus resultados.

Agradezco a la profesora Silvia Esparza (UNAD) sus comentarios y sugerencias al presente texto.

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

entre la realidad de lo que se tiene con lo que se quiere, por lo que el acoplamiento deseado supone interrelacionar diversas variables sistémicas para que pueda suceder realmente un desarrollo moral (para lo cual se seguirá, con algunas correcciones, el modelo de desarrollo moral de Kohlberg), variables que son más complejas de lo que el sistema político cree o quiere hacer creer. En tercer lugar, porque afirmar la existencia de una crisis moral y, por tanto, la necesidad de acciones tendientes a resolverla, no implica que haya consenso sobre cuál es la moral que debe aceptarse ni sobre el camino a seguir para lograr dicho fin, para empezar porque es relativamente común que los agentes acusados de ser los causantes de la actual “crisis moral de la sociedad y del derecho” en las sociedades contemporáneas suelen ser los agentes que denuncian, como *free riders*, la misma crisis. Y, en cuarto lugar, porque un cambio sistémico que posibilite un salto en el desarrollo moral debe ser significativamente fuerte, y las medidas que suelen enunciarse para afrontarlo, además de no ser claras, suelen ser insuficientes o ingenuas (tales como pedir la creación o el fortalecimiento de una asignatura de ética en los planes de estudio de los futuros ciudadanos en general y abogados en especial). Finalmente, se propondrá partir de este diagnóstico sistémico e interdisciplinario para potencializar las respuestas que puedan darse para enfrentar la crisis; de lo contrario, lo rechazado permanecerá.

Palabras clave

Moral, desarrollo moral, sociedad, derecho, crisis moral.

Abstract

This paper explores the systemic complexity of speaking of a moral crisis as applied in contemporary society, especially in Latin America, which requires an interdisciplinary approach to address the issue. Four aspects point to a systemic complexity of the moral crisis. First, as a normative system based on the desire for a better society, morality will never be satisfied with the society in which it is framed, which leads to permanent discontent. Secondly, since a moral crisis indicates that there is no connection between what one actually has and what one wants, the desired connection implies that several systemic variables need to be interconnected for moral development to truly take place (following Kohlbert's theory of moral development with a few adjustments). Such variables are more complex than what the political system believes or wants to make people believe. Thirdly, declaring the existence of a moral crisis and, therefore, the need for actions geared towards resolving it does not imply

MORAL, DERECHO Y SOCIEDAD: REFLEXIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE...

a consensus on what moral standards should be accepted or which course of action should be taken to achieve this end. To begin with, it is relatively common that the agents accused of causing the current “moral crisis of society and law” in contemporary societies are usually the agents who, as free riders, decry the very same crisis. And fourth, a systemic change that leads to a jump in moral development must be considerably strong, and the measures that are usually proposed to cope with it, besides not being very clear, are usually inadequate or naïve (such as calling for the creation or strengthening of ethics as a subject in the curricula for future citizens in general and lawyers in particular). Lastly, a proposal based on this systemic and interdisciplinary diagnosis will be put forward to enhance the possible responses to face the crisis; otherwise, what has been rejected will remain in place.

Keywords

Moral, Moral Development, Society, Law, Moral, Crisis.

SUMARIO: I. *Introducción: ¿Estamos ante una crisis moral? Aclaraciones conceptuales iniciales.* II. *Pero, fuera del malestar moral, ¿podría hablarse de que hay una crisis moral?* III. *¿El desarrollo moral es una utopía?* IV. *¿Cómo desacoplar ese acople funcional para dar lugar a un desarrollo moral?* V. *A modo de conclusión: así las cosas, ¿sólo queda el desconsuelo y la pasividad?* VI. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN: ¿ESTAMOS ANTE UNA CRISIS MORAL?

ACLARACIONES CONCEPTUALES INICIALES

Antes que nada, debemos precisar que ética y moral no son lo mismo. Esta *distinción* facilita la comprensión de lo que entenderé por crisis moral. Por amor a la brevedad, mencionaré dos diferenciaciones posibles, sin ser las únicas. La primera señala que la ética es el estudio de la moral, y esta última serían las valoraciones de lo bueno/malo, justo/injusto, que predominan en un sistema socio-cultural y en las organizaciones que lo conforman. La segunda indica que la ética es aquella concepción personal, construida desde

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

la propia experiencia, autónoma y que determina qué es correcto/incorrecto; en cambio, la moral sería la concepción grupal, social o cultural, heterónoma y sobre lo que es bueno/malo, justo/injusto. Para este escrito, me referiré a la *moral* como un sistema normativo, motor o reproductor (causa y efecto) de lo social, sobre lo que es bueno/malo, justo/injusto.

Pasando a otro punto, señalo de entrada que todo sistema sociocultural tiene aparejado un sistema normativo que es causa, a la vez que efecto, del primero. En otras palabras, todo sistema sociocultural en general, y toda organización social que lo compone, está acoplado a un sistema normativo que posibilita, a la vez que es posibilitado, por el sistema sociocultural o por la organización social según el caso. Entonces, la reproducción de las interacciones sociales se logra, especialmente, gracias a sus sistemas normativos, que son múltiples. Dentro de los variados sistemas normativos destacan, por su gran fuerza de motivación o inhibición de conductas, el sistema moral y el sistema jurídico; pero no son los únicos.

Claro está que, en el caso del sistema normativo-moral (en adelante, sistema moral o, simplemente, moral), éste es, cada vez, menos relevante para la reproducción social si se compara con la importancia que tuvo en el pasado y con la actividad creciente del sistema normativo jurídico en el presente.¹ Dicho con otras palabras, con el paso del tiempo, la moral acoplada al sistema social va perdiendo capacidad por sí sola de motivar o inhibir conductas, lo que produce un vacío que está siendo llenado por el sistema normativo-jurídico (en adelante, sistema jurídico o, simplemente, derecho positivo), lo que supone que conductas que antes eran reguladas por la moral acoplada ahora pasan por la regulación jurídica, algo que Habermas denominó como la “juridificación del mundo de la vida”,² donde parecería que el principal sistema regulatorio habilitado para

¹ Aspecto bien analizado desde la historia, en forma crítica, por Prodi (2000).

² Habermas acude al ejemplo de la juridificación (*Verrechtlichung*) de los ámbitos de acción estructurados comunicativamente para desarrollar la tesis de la *colonización interna del mundo de la vida* (Habermas, 1987, pp. 502-527). Sobre el concepto de juridificación, véase Blichner y Molander (2008, pp. 36-54). La juridificación del mundo de la vida también es conocida como “publización” según Botero *et al.* (2005, pp. 39-53).

las personas y prácticamente para los fenómenos del *mundo de la vida* en las sociedades complejas actuales es el Estado, en un sentido amplio, o la comunidad internacional, con sus respectivos derechos positivos (Habermas, 1999, p. 202).³ Esto es algo así como un *pan-ius* (un todo-derecho)⁴ propio de un monismo político (la concentración de todos los poderes en unas poquísimas instituciones sociopolíticas y en su sistema normativo jurídico), que amenaza, según la escuela crítica de Frankfurt, entre muchos otros autores y movimientos, con colapsar (o colonizar, diría Habermas, cosa antes vista) tanto a la persona humana (principal agente moral), al transcribirla como sujet(ad)o, como a la sociedad, al someterlos exclusivamente a procesos normativo-jurídicos, procesos que son los que constituyen el Estado y la comunidad internacional, los cuales, a su vez, producen el derecho que los rige y nos regirán.

Sin embargo, no hay motivos para creer, por lo menos no a corto plazo, que ese desplazamiento paulatino del sistema moral conllevará a su eliminación, dado que la moral, como sistema normativo, sigue desempeñando roles sociales importantes como la cohesión, a la vez que el derecho positivo ha sido construido de cara a la moral acoplada según los tiempos, de forma tal que la norma jurídica no se puede entender como un producto puro (neutro) o amoral. Otra cosa es que, desde la ciencia, se quiera ver así para efectos de limitar el campo de estudio, como lo pretendió la teoría pura del derecho con su propuesta epistemológica de la fragmentación del saber.⁵

³ Claro está que, para Habermas, hay una salida a la colonización por parte del derecho, y es mediante una repotencialización de la deliberación y, así, de la democracia, con miras a volver legítimo el derecho positivo. Por su parte, para Prodi, el paulatino desplazamiento de la moral como foro equilibrador del derecho ha conllevado a un crecimiento inusitado del foro jurídico (Prodi, 2000, pp. 480-482) (Prodi, 2017, p. 15).

⁴ Para Habermas, la “tensión entre facticidad y validez, entre legalidad y legitimidad, entre los ámbitos mundo-vitales y sistémicos sólo puede resolverse, en un mundo desencantado postindustrial, a través del derecho, exclusivamente” (Mejía, 1996, p. 34). En igual sentido Botero (2012, pp. 715-719).

⁵ Sintetizando, Kelsen consideró que la teoría jurídica debía ser pura, esto es, el punto de vista académico que mira al derecho vigente es el que debe ser puro (no moral, no económico, no político, no histórico, etcétera). Esto no supone la negación

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

Con base en lo anterior, si toda sociedad tiene acoplado un sistema normativo que le es funcional, parecería que no se estaría nunca ante una crisis moral. Empero, una característica del sistema moral es que es un sistema imposible de satisfacer plenamente, justo porque se formula en términos prescriptivos, de “deber-ser”, y no en términos descriptivos, de “ser”. En cierta medida, todo sistema normativo es un sistema del deseo y, por tanto, se reproduce a sí mismo en cuanto deseo sobre el deseo (no me refiero a la *auto-poiesis* de Luhmann),⁶ de la misma manera que un sujeto deseante nunca se sentirá satisfecho en sus deseos justo porque es un sujeto deseante.

Por tanto, una sociedad no se sentirá satisfecha, moralmente, consigo misma. Tal vez sentirá una ligera satisfacción momentánea ante un logro moral concreto alcanzado, pero no más allá de eso. En consecuencia, siempre una sociedad se sentirá, en cierta medida, en *crisis moral*, si por tal entendemos la imposibilidad de sentirse satisfecha consigo misma, debido al deseo (el cual es imposible de llenar) que es propio de este sistema basado en el deber-ser. Por demás, esa sensación de insatisfacción que nace de todo sistema moral tiene grandes ventajas evolutivas para el sistema sociocultural en general, pues evita que el sistema se detenga en una zona de confort. Ahora, para evitar confusiones con aquello que llamaré más adelante como *crisis moral*, denominaré a la crisis propia de la insatisfacción del deseo moral al interior de la cultura como *malestar moral*.

de elementos morales, económicos, políticos, históricos, etcétera, en las normas positivas, pero estos elementos no deben ser objeto de estudio de la ciencia del derecho, pero sí de otras ciencias, como la filosofía, la economía, la política, la historia, etcétera (Kelsen, 2005).

En el fondo, Kelsen defendió, como buen positivista científico, el modelo de la fragmentación científica de su época, que hoy está completamente revaluado por los nuevos paradigmas científicos que aluden al encuentro de las disciplinas. Véase Botero (2020, pp. 236 y 237).

⁶ “El sistema de inmunidad no protege la estructura, sino la autopoiesis, la autorreproducción cerrada del sistema. O, para decirlo con una distinción más antigua, se protege de la aniquilación por medio de la negación” (Luhmann, 1998, p. 336).

II. PERO, FUERA DEL MALESTAR MORAL, ¿PODRÍA HABLARSE DE QUE HAY UNA CRISIS MORAL?

Volvamos sobre algo: todo sistema sociocultural está acoplado con uno o algunos sistemas morales determinados que le son funcionales, pero, aun así, siempre habrá *malestar moral*. Claro está que habrá sistemas o agentes que considerarán, con motivos defendibles o sin ellos, que un malestar moral es peor o mejor que otro (esto es, la importancia de la comparación para determinar lo grave o no del malestar). A esto habrá que añadir que la percepción de malestar, que suele llamarse crisis, se aumenta si vemos que hay discordancia o desacople entre la realidad y lo que se quiere que sea el sistema sociocultural con todos sus subsistemas, como el moral, el jurídico, el económico, el político, etcétera; dicho con otras palabras, un desacople entre el sistema real y el sistema deseado (tanto en lo moral como en lo jurídico, lo económico, lo político y, en últimas, lo social). Llamaré como *crisis moral* justamente a ese desacople si es sentido con fuerza al interior de un individuo o de un grupo cuando se compara la sociedad y la moral que se tiene (de la que siempre emana un malestar) con la sociedad (en un sentido que incluya todos los subsistemas antes señalados) y la moral que se quiere, aclarando, eso sí, que cuando se desea una sociedad diferente, se desea implícitamente una moral que sea funcional con esa sociedad querida.

Veamos. Todo sistema sociocultural conlleva, entre otras cosas, una forma de desenvolverse en lo moral, en lo jurídico, en lo económico, en lo político, etcétera, pero si se apunta a un modelo social ideal, viene la pregunta sobre cómo *debería ser* el subsistema moral, jurídico, económico, político, etcétera, que produzcan —y sean producidos— por ese sistema social ideal. Esta reflexión también opera en sentido contrario: supongamos que se tiene un modelo moral ideal, lo que implicaría para quien tiene claro este punto de partida, preguntarse cómo sería la sociedad (y, por tanto, el derecho, la economía, la política, etcétera) que podría coexistir o acoplarse con dicho modelo moral ideal que tengo preconcebido como el mejor de todos.

Aquí se evidencian desacoples entre lo que se tiene y lo que se cree que *se debería* tener, lo que produce la *sensación* de crisis de lo

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

que se tiene, y en este punto es donde puede comprenderse de mejor manera lo que acontece, creo yo, en Latinoamérica e, incluso, en Occidente.

Entonces, ¿hay o no hay desacople?, y, en caso de haberlo, ¿dónde está en el caso latinoamericano?

Para poder explicar este aspecto, debo partir de que si a toda sociedad u organización social le corresponde un sistema normativo (moral, jurídico, etcétera) que le es funcional (esto es, que le está acoplado), sumado a que la moral es un sistema normativo fundamental en la reproducción de lo psicosocial, entonces se tiene que el sistema normativo-moral está integrado por diferentes formas de valorar y sentir la moral (a esto se refiere Kelsen [2001] cuando alude al relativismo moral), algo así como *un* sistema integrado por *muchos* subsistemas. Entonces, particularmente la moral goza (para algunos) o padece (para otros), como sistema normativo, de un pluralismo fuerte, que se incrementa cada vez más en las “sociedades complejas contemporáneas”,⁷ pluralismo que crece por más que nuestros gustos nos inviten, una y otra vez, a llamar como la única, la verdadera y la universal a aquella moral que es de nuestra predilección. Pero el que haya varias formas de sentir la moral no significa que todas esas formas sean igualmente funcionales para la sociedad que se tiene, para la que se quiere tener, ni que sean opuestas necesariamente entre sí.

Esto me lleva a otra pregunta: ¿cómo clasificar dicha pluralidad de moralidades reconociendo que no hay modelos puros y que es necesario una modelación (clasificación) para facilitar los análisis (que son sistemas de lectura de otro sistema)? Luego de una importante revisión bibliográfica acudo, como punto de inicio, a una adaptación de una clasificación tomada de la psicología del desarrollo moral, pues como lo he sugerido, hay diferentes formas de ver y sentir el sistema moral, las cuales pueden ser comparadas

⁷ Diagnóstico del que parte Habermas (1998) para defender la democracia deliberativa: en las “sociedades simples” la moral es el principal motor de la cohesión social; en cambio, en las “sociedades complejas”, como la moral se atomiza, es necesario que el derecho asuma la función de la cohesión, pero eso sólo lo puede hacer si la norma jurídica es legítima, y sólo puede ser legítima si es fruto de la democracia deliberativa.

entre sí para concluir que hay algunas que implican un mayor desarrollo que otras, desde parámetros cognitivo-afectivos deseables; es decir, que son más o menos funcionales para lo que *se* tiene y para lo que *se debería* tener. El modelo al que aludo es el de desarrollo moral propuesto por Kohlberg (1989 y 1992), fruto de la observación de grupos humanos, y que ha tenido una gran resonancia en muchos campos científicos, aunque bien podría hacerse desde otros modelos similares de construcción del juicio o de la conciencia moral.

Claro está que no es posible optar por un modelo exento de críticas. Incluso, en caso de existir un modelo por todos aceptado, esta ausencia de cuestionamientos pondría en duda su veracidad. En el caso del modelo de Kohlberg, que a su vez es el perfeccionamiento del planteado por Piaget varias décadas antes, se le critica que obedece a la corriente racionalista que ha sobrevalorado el papel de la razón (mente) en la formación de los juicios morales. Por señalar un caso, muchos trabajos de neurociencia contemporáneos⁸ han llamado la atención de que la razón y la voluntad (dentro de su localización y actividad cerebral) no es la fuente principal de los juicios morales de los individuos [“los juicios morales no son completamente racionales” (Gazzaniga, 2010, p. 138)], sino más bien de las emociones y los afectos,⁹ así como los instintos (según las adaptaciones consuetudinarias) y las respuestas automáticas a las que el sujeto no tiene un acceso introspectivo ni racionalizado sino tiempo después,¹⁰ de manera tal que “cuando somos conscientes de que hemos tomado una decisión, el cerebro ya ha inducido ese proceso... el cerebro hace cosas antes de que lo sepamos” (Gazzaniga, 2006, pp. 101 y 105, respectivamente).¹¹ En otras palabras:

⁸ Por ejemplo, (Haidt, 2003) y (Haidt y Craig, 2004).

⁹ “Las emociones son el catalizador, y nos ayudan a explicar por qué no todo en el mundo es racional” (citando a Damasio) (Gazzaniga, 2010, p. 142).

¹⁰ Por lo que para algunos sería una variable falaz el libre albedrío si por tal entendemos pleno dominio de la mente sobre nuestra conducta (Caruso, 2015).

¹¹ También: “El estado emocional produce una intuición moral, que puede impulsar a un individuo a actuar. El razonamiento sobre el juicio o la acción viene después, cuando el cerebro busca una explicación racional para una reacción automática sobre la que no tiene ninguna pista” (Gazzaniga, 2010, p. 140).

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

Drawing on research in primatology, neurology, anthropology, and psychology I suggested that moral judgment involves quick gut feelings, or affectively laden intuitions, which then trigger moral reasoning as an ex post facto social product. This “social intuitionist” model of moral judgment says that people do indeed engage moral reasoning, but they do so to persuade others, not to figure things out of themselves. The model reverses a Platonic ordering of the psyche, placing the emotions firmly in control of the temple of morality, whereas reason is demoted to the status of not-so-humble servant (Haidt, 2003, pp. 865 y 866).

Igualmente, se le acusa a Kohlberg de partir del prejuicio kantiano de la agencia moral y la responsabilidad (jurídica y moral),¹² en especial cuando plantea que los estadios superiores del desarrollo moral se derivan de la deliberación racional y sosegada de un individuo sobre un hecho, *deliberación y responsabilidad* que no podrían explicarse desde la materia causal, como sería el cerebro, sino desde constructos públicos y sociales que pueden cambiar en cualquier momento.¹³ Parecería que estas críticas, por lo menos en este aspecto, le están dando parcialmente la razón a las teorías del sentimentalismo moral del siglo XVIII (Hutcheson, Hume, Smith, etcétera):¹⁴ las pasio-

¹² Recordemos que para Kant la naturaleza está regida por leyes causales, en su mejor sentido newtoniano, mientras que la moralidad parte de leyes impuestas por el hombre en su mayoría de edad por fuera del mundo causal. De allí el famoso epitafio en la tumba de Kant: “Dos cosas llenan el ánimo de admiración y veneración siempre nuevas y crecientes, cuan mayor es la frecuencia y la persistencia con que reflexionamos en ellas: *el cielo estrellado sobre mí y la ley moral dentro de mí*” (Kant, 2005, p. 190).

¹³ “Los psiquiatras y neurocientíficos pueden describir un determinado estado mental o cerebral, pero no pueden decirnos (sin arbitrariedad) en qué momento se debe exonerar a alguien de una responsabilidad porque no tiene control suficiente de sus actos. La cuestión de la responsabilidad (como la de quién puede conducir un autobús escolar) es una decisión social. En términos neurocientíficos, nadie es más o menos responsable que otra persona de determinadas acciones. Formamos parte de un sistema determinista que algún día lograremos comprender plenamente en teoría. Pero la idea de la responsabilidad, constructo social que existe en las reglas de una sociedad, no existe en las estructuras neuronales del cerebro” (Gazzaniga, 2006, p. 112).

¹⁴ Si se me permite ser un poco reduccionista, pero con un afán noble (exponer con claridad una idea), podría decirse que las teorías sobre el fundamento de la

nes y las emociones, mas no la razón y la voluntad, son la fuente de la moralidad, pero unas pasiones y emociones que no niegan la responsabilidad. Como dice Hume:

...es manifiesto que el principio opuesto a nuestra pasión no puede ser lo mismo que la razón, y que sólo es denominado así en sentido impropio. No nos expresamos estrictamente ni de un modo filosófico cuando hablamos del combate entre la pasión y la razón. La razón es, y sólo debe ser, esclava de las pasiones, y no puede pretender otro oficio que el de servir las y obedecerlas (Hume, 1984, libro II, p. 617).

Pero bien podría mencionarse que un buen sector de la neurociencia plantea que la división entre cerebro emocional y cerebro racional no es tan tajante como se ha creído desde la filosofía tradicional, sino que existen variadas y abundantes conexiones entre ambas, lo que imposibilitaría hacer un juicio tajante racionalista o emotivista, según el caso, frente al origen del acto moral.¹⁵ Además, reducir todo a una parte o a una función del cerebro, la racional o la emotiva, supone negar los acontecimientos, el contexto y muchas otras variables que confluyen para propiciar o no una decisión moral, pues, como lo ratifica la neurociencia, “nuestro entorno, nuestra familia y nuestra cultura nos circunscriben y guían hacia un sistema moral particular, del mismo modo que hacia un lenguaje particular” (Gazzaniga, 2010, p. 140). A fin de cuentas, creo que el acto moral/inmoral es un punto de confluencia compleja y sistemática de una parte causalista-individual (*v. gr.* el funcionamiento del cerebro como órgano corporal) y una parte causalista-externa (las fuerzas del entorno) que se entremezclan potenciándose o anulándose, surgiendo un espacio de suma y resta de vectores causales que bien

moral se dividen en dos grandes grupos: los que sostienen que el fundamento de la moral es la “recta razón” que disciplina al cuerpo y sus emociones (aquí encontramos a los clásicos griegos y latinos, así como a Kant y seguidores), y los que defienden que el fundamento de la moral son “las emociones y las pasiones” (grupo liderado por D. Hume y A. Smith, y que hoy reivindica tanto Nussbaum, entre otros autores). Este último grupo es el que está tomando una gran fuerza en la filosofía contemporánea (Nussbaum, 1997).

¹⁵ Por ejemplo, Damasio, 1995, pp. 34-51 y pp. 127-164; 2011.

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

puede ser considerado como indeterminable (por la alta complejidad de fuerzas que interactúan en todos los sentidos) o incluso caótico-casuales-azarosos, y en estos espacios es donde podemos ubicar algunos grados de libertad del individuo que no pueden ser reducidos a algunas pocas reglas causales predictivas cerebrales.¹⁶ De allí que se pueda decir que si bien toda persona está constituida, en cuanto sus emociones y decisiones, por sus funciones cerebrales, una persona no se reduce a estas últimas.¹⁷ De esta manera, conceptos como responsabilidad y desarrollo morales, a pesar de no provenir de la causalidad cerebral, cobran sentido, como lo afirma Gazzaniga (2006, pp. 99-112), por ser construcciones sociales que son útiles para la convivencia: “el cerebro está determinado, pero la persona es libre... Nuestra libertad se manifiesta en la interacción del mundo social” (Gazzaniga, 2006, pp. 109 y 110), ya que el mismo cerebro “es un sistema evolucionado, un mecanismo de toma de decisiones que interactúa con su entorno de un modo que le permite aprender normas que regulen su respuesta” (Gazzaniga, 2006, p. 111), y en esa interacción se cifra la posibilidad del desarrollo moral. Negar la responsabilidad y el desarrollo moral desde ciertas teorías neurocognitivas es un capítulo más en la lucha entre indeterministas-deterministas, que en el fondo es la lucha por asumir o no (las consecuencias de) nuestra conducta. Entonces, las críticas hechas al modelo de Kohlberg no son tan definitivas como puede creerse, pero sí debe corregirse para que dicho modelo dé mayor cabida a las emociones y a los desarrollos de la neurociencia, todo lo cual invita a la interdisciplinariedad para comprender el desarrollo moral.¹⁸

¹⁶ Cfr. (Gazzaniga, 2007). Según este autor, los cerebros son automáticos, pero las personas libres, puesto que la libertad depende de la interacción social, donde se juega el desarrollo moral al que vengo aludiendo en este escrito.

¹⁷ Glannon, para oponerse al reduccionismo causalista cerebral, defiende la idea holística en la relación mente-cerebro y una concepción compatibilista del libre albedrío y la responsabilidad moral (Glannon, 2011, p. 9). En similar sentido Brembs, (2011).

¹⁸ En conclusión, es válido hablar de desarrollo moral si se tiene en cuenta la interacción entre cerebro, emociones y sociedad (García, 2019).

Además, el modelo de Kohlberg tiene la virtud de que ha sido fruto de un importante trabajo empírico, lo que lo hace más creíble sobre otros modelos consultados que sólo parten de lo que el autor del modelo considera como plausible. No en vano ha sido la base de construcciones sociológicas, como las de Habermas (1992, pp. 61-80; 1994, pp. 194 y 195).

Agrego que el hecho de que pueda y deba reducirse el componente racionalista presente en los ítems clasificadores de los diferentes estadios morales propuestos por Kohlberg no significa que el modelo sea inservible o que no se puedan proponer estadios o niveles de desarrollo moral aceptando que la actividad cerebral, los instintos y las emociones son tan o más importantes que la razón (mente) y los convenios en lo que concierne a la agencia moral. Así las cosas, el modelo de Kohlberg, si se le hacen algunos correctivos necesarios (como reducirle su marcado kantismo), me permite seguir con mis reflexiones sobre la crisis moral que supone que hay moralidades diferentes, y que dentro de estas moralidades diferentes hay algunas que son más o menos funcionales que otras según el sistema social que *se tiene* y que *debería* tenerse.

Ahora bien, según Kohlberg (1992, pp. 185 y 186), la secuencia de un estadio moral a otro es paralela —de manera formal— con el desarrollo de la personalidad, que a su vez se encuentra relacionado con los estadios de razonamiento lógico trabajados, como ya dije, por Piaget (1987, pp. 9-90; 1999, pp. 133-170). Así, para Kohlberg (1992, p. 187), hay tres niveles y seis estadios del desarrollo moral. El autor sugiere que para entender los seis estadios del desarrollo moral es preciso empezar por explicar los tres niveles, por lo que tendré en cuenta dicha recomendación.

El primer nivel es el preconventional, que en el desarrollo personal hace referencia a los niños menores de nueve años, a algunos adolescentes y a muchos adolescentes y adultos delincuentes. El segundo nivel es el convencional que, como su nombre lo indica, es aquel que se refiere a la mayoría de los adolescentes y a los adultos de nuestra sociedad, llena de costumbres y convenciones aceptadas como válidas explícita o implícitamente por los agentes. El tercer nivel es el postconvencional, el cual alcanza a algunos adultos mayores de veinte años (Kohlberg, 1992, p. 187), justo cuando termina

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

por desarrollarse la corteza prefrontal,¹⁹ responsable de la toma de decisiones inhibitorias, incluso las morales, que permiten la sociabilidad adecuada del sujeto (Damasio, 2000) (Rubia, 2004) y (Pimentá, 2004).

Ahora bien, los seis estadios morales están reunidos en estos tres niveles ya descritos, a saber: en el nivel I preconventional se hallan los estadios 1 y 2; en el nivel II convencional, los estadios 3 y 4, y en el nivel III postconvencional se encuentran los estadios 5 y 6.

Dicho esto, se hace más sencillo dar paso al abordaje de cada uno de estos seis estadios de desarrollo moral.

El estadio 1 es denominado “moralidad heterónoma” u “orientación al castigo y a la obediencia” (Kohlberg, 1989, p. 20), en donde lo que lo bueno/justo se encuentra condicionado a no romper las normas para así evitar el castigo, con lo que el factor determinante de la acción moral es el *miedo* a la sanción.

El estadio 2 es conocido como “individualismo, finalidad instrumental e intercambio”, donde se da una “orientación instrumental relativista” (Kohlberg, 1989, p. 20), y aquí la acción moral se da por el interés de satisfacer las necesidades propias dejando que los demás hagan lo mismo, considerando esto un intercambio justo de intereses; dicho con otras palabras, la acción moral se hace en tanto es *útil* al agente, aunque ocasionalmente pueda ser beneficiosa para otros, pero como efecto colateral.

El estadio 3, ya en el nivel convencional, lo considerado como bueno/justo está ligado a las expectativas interpersonales y de conformidad o concordancia interpersonal (Kohlberg, 1989, p. 21): se vive de acuerdo con lo que la gente alrededor espera de uno. Aquí, el hecho de ser bueno/justo implica preocuparse por los demás manteniendo relaciones de gratitud, confianza y lealtad; esto es, *complacer* a los otros con miras a obtener su aprobación, adoptándose al comportamiento de la mayoría.

El estadio 4 es conocido como “sistema social y conciencia”, con una clara orientación a la ley y al orden (Kohlberg, 1989, p. 21), en donde se debe cumplir siempre con las obligaciones dadas por la

¹⁹ Que se calcula culmina durante la tercera década de vida del individuo; es decir, a comienzos de la edad adulta (Rubia, 2004, p. 89) (Lozano y Ostrosky, 2011, p. 163).

MORAL, DERECHO Y SOCIEDAD: REFLEXIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE...

autoridad preestablecida, y la norma se debe cumplir hasta en casos extremos, pues así se garantiza el orden social. En este estadio, para el agente es fundamental la figura de la institución como un todo que (se cree) evita el colapso del sistema, por un lado, y el axioma moral del cumplimiento del *deber* como imperativo que se justifica a sí mismo, por el otro.

El estadio 5, ya en nivel posconvencional, es llamado “contrato social o utilidad y derechos individuales”, “autónomo” o de “principios”: aquí se es consciente de que cada sociedad mantiene una estructura relativa de valores consensuados (pero se puede reconocer socialmente que hay valores y derechos no relativos, como la vida y la libertad), donde los actos considerados como morales evidencian una “orientación legalista, de contrato social” (Kohlberg, 1989, p. 21). El agente reconoce la diferencia de opiniones en torno a los valores, por lo que para llegar a acuerdos morales de lo bueno/justo se acoge a *reglas procedimentales* que permiten generar consensos relativos que pueden mudar si las circunstancias lo exigen, e igualmente legítima que por fuera de lo legal se generen obligaciones por acuerdos libres fruto de los procedimientos previamente aceptados (Kohlberg, 1989, p. 21).

Y, finalmente, el estadio 6 es llamado “principios éticos universales”, que tanta atención le mereció a Habermas (1991). Aquí, los principios éticos son escogidos por el individuo, pero en concordancia con leyes consideradas como *universalmente válidas*, porque se basan en principios tomados igualmente como universales, tales como la igualdad, la dignidad y los derechos de los seres humanos (Kohlberg, 1992, pp. 188 y 189); estos actos evidencian una “orientación de principios éticos universales” en la cual el agente define la idea del bien conforme a máximas éticas de carácter abstracto que él escoge fundándose tanto en la comprensión lógica como en la universalidad y en la consistencia de tales axiomas. No se trata, pues, de mandatos concretos, sino de “principios universales de la justicia, reciprocidad, igualdad de derechos humanos y de respeto por la dignidad de los seres humanos como personas individuales” (Kohlberg, 1989, p. 21).²⁰ Obviamente, es a este nivel posconvencional donde

²⁰ Para ampliar esta información, sugiero contrastar con la fuente principal: Kohlberg (1992, pp. 188 y 189), tabla 2.1: “Los seis estadios morales” y Kohlberg

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

se dirigen las mayores críticas, primero por el sesgo kantiano que hay en Kohlberg y, segundo, porque parecería que las personas (y las organizaciones, como lo diremos luego) que logran llegar al estadio seis terminarían anquilosadas, como una especie de “fin de la historia”. Frente a la primera crítica ya he dado mi opinión positiva; no obstante, frente a la segunda, es claramente infundada, porque continuamente hay nuevos individuos que inician su proceso de desarrollo moral, y los que han logrado un nivel muy alto, por circunstancias significativas, pueden devolverse a estadios anteriores, de manera que quien está en un estadio superior debe esforzarse por mantenerse en él mismo, máxime que los dilemas morales cambian todos los días. En otras palabras, este esquema no plantea estancos inamovibles, sino que está siempre con elementos en continuo movimiento y gasto energético.

¿A qué va todo esto? A que cada una de las etapas se corresponde con un modelo de sociedad determinado. Dicho con otras palabras, a partir de este modelo, propongo, por extensión, referir esos niveles al análisis de grupos humanos, y ya no sólo de individuos, algo que podríamos llamar *niveles sociomorales*. Entonces, en las sociedades y en las organizaciones sociales donde predominan comportamientos preconvenionales, podríamos decir que están en un nivel sociomoral preconvenicional (que es lo mismo que decir que la moral preconvenicional es la más funcional —o acoplada— a la sociedad preconvenicional, y viceversa), y así sucesivamente con todos los demás niveles.

Ya habiendo tomado como base el modelo de Kohlberg, pero aceptando que la razón no es, ni puede ser, la única variable en la decisión moral, ya puedo volver sobre el tema que nos ocupa: la *crisis moral*. Ya la había definido como el desacople fruto de la sensación generalizada de comparar la sociedad-moral-derecho-etétera,

(1989, pp. 20 y 21), tabla 1: “Definición de las etapas morales”. Este resumen de la teoría de Kohlberg no tiene mayores pretensiones. Es que esta teoría ha evolucionado con los años y no se ha mantenido estática en los significados y los alcances de cada etapa. Entonces, hice el resumen atendiendo lo básico en común y no los aspectos que han mutado, a partir de las obras ya reseñadas. Para este resumen también me fue útil el realizado por Martínez (2018, p. 104). Finalmente, para mayor profundidad al respecto, sugiero leer estos textos: Muñoz (2015) y Yáñez *et al.* (2012).

que se tiene con la sociedad-moral-derecho-etcétera, que se quiere. Y esta sensación de crisis suele ser prerequisite para cambios cualitativos en el cambio de un nivel sociomoral a otro.

Ahora, como lo insinué en el párrafo anterior, si queremos ser más complejos en lo que atañe a la crisis, a la vez que más precisos, habría que agregar otras variables que igualmente deben acoplarse para que un cambio moral sea exitoso en el campo social. Es que una sociedad acoplada relativamente bien (funcional), pero no por ello deja de padecer un grado manejable de *malestar moral*, es aquella donde se acoplan, por lo menos, el sistema moral (a pesar de que en la actualidad ha perdido parte de su capacidad de constreñimiento en la conciencia de los agentes), el sistema jurídico (que llena, paulatinamente, los espacios dejados por la moral como motor de constreñimiento de la conciencia), el sistema económico, el sistema político y, como conclusión, el sistema social, como conjunto que abarca, alimenta y es alimentado por los sistemas anteriores.

El desacople no sólo sucede entre la moral funcional y la sociedad real, sino que además involucra la moral deseada y la sociedad ideal, y a otros sistemas normativos, funcionales-reales o deseados-ideales, como el derecho, a la vez que, con otros subsistemas sociales, como la economía y la política. Así las cosas, preguntar por la relación realmente existente entre la moral y el derecho en una sociedad determinada implica partir de que dicha relación es parte de otras más complejas, y que igualmente son relevantes para comprender a aquella.

Pasemos al ejemplo. Vamos a suponer convencionalmente, basados en Kohlberg, que hay inicialmente seis formas morales, y que cada una de ellas corresponde a una forma jurídica y a una forma social (dejemos de lado, para que el ejemplo se desenvuelva más rápidamente, lo económico y lo político). Obviamente, la realidad de las posibilidades combinatorias es mucho más grande, pero podemos perfectamente aceptar que son seis etapas morales inicialmente y, por tanto, seis etapas sociales, a la vez que seis etapas jurídicas. El asunto, generalizando en el caso latinoamericano, y que expondré más adelante, es que, siguiendo la clasificación antes dicha, al parecer estamos, generalizando, en un desarrollo moral que va desde la etapa dos a la cuatro, y en algunos casos, hasta la cinco.

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

Esto no implica que no se presenten individuos y grupos en las etapas 1 y 6; pero no son predominantes dichas acciones en el conjunto social.

En estas etapas (de la 2 a la 4) predomina un agente-moral-tipo, que suele llamarse como *free rider*.²¹ En otros términos, el desarrollo moral que solemos ver, o que nos piden que veamos cuando nos hablan de crisis moral en la sociedad y en el derecho, es, por ejemplo, el del agente-tipo *free rider*, quien es aquel que (i) se comporta de forma estratégica-utilitarista según sus propios intereses, por lo que la norma (moral o jurídica) sólo es exigida si reporta un derecho al agente y fácilmente ignorada en lo que atañe al deber, a menos que el propio agente considere que cumplir el deber le implica un beneficio personal superior a no cumplirlo; (ii) no teme en aprovecharse del trabajo de otros, y (iii) al momento de expresar una opinión moral suele hacerlo para buscar el asentimiento —e, incluso, la admiración— del auditorio general, del que se nutre por demás, por lo que puede pasar de conservador a “políticamente correcto” en sus juicios morales según el auditorio, aunque podríamos decir que, generalizando, es drástico en sus juicios frente a las acciones de otros y se autojustifica con facilidad frente a sus propias acciones, características que me recuerdan lo escrito por Zuleta sobre el típico agente latinoamericano inmoral, pero moralista:

Hay que observar con cuánta desgraciada frecuencia nos otorgamos a nosotros mismos, en la vida personal y colectiva, la triste facilidad de ejercer lo que llamaré una no reciprocidad lógica; es decir el empleo de un método explicativo completamente diferente cuando se trata de dar cuenta de los problemas, los fracasos y los errores propios y los del otro cuando es adversario o cuando disputamos con él. En el caso del otro aplicamos el esencialismo: lo que ha hecho, lo que le ha pasado es una manifestación de su ser más profundo; en nuestro caso aplicamos el circunstancialismo, de manera que aún los mismos fenómenos se explican por las circunstancias adversas, por alguna desgraciada co-

²¹ También conocido en la teoría moral hispanohablante como “polizón” o “parásito”; pero estos términos, creo yo, conducen a más confusiones que claridades. Un estudio sobre la evolución del concepto: Tuck (2008). Más específico: Tuck, 1979. Un buen panorama de la cuestión lo ofrece Farieta (2015).

MORAL, DERECHO Y SOCIEDAD: REFLEXIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE...

yuntura. Él es así; yo me vi obligado. Él cosechó lo que había sembrado; yo no pude evitar este resultado. El discurso del otro no es más que un síntoma de sus particularidades, de su raza, de su sexo, de su neurosis, de sus intereses egoístas; el mío es una simple constatación de los hechos y una deducción lógica de sus consecuencias. Preferiríamos que nuestra causa se juzgue por los propósitos y la adversaria por los resultados (Zuleta, 2017, pp. 20 y 21).

Por tanto, en este tipo de agente es común que el juicio moral se limite a juzgar severamente al otro más que a sí mismo, pues la autojustificación es más fuerte que la heterojustificación, esta última propia de la empatía. Y este agente es el que más ha llamado la atención en los señalamientos de crisis moral en la sociedad y en el derecho, que tanto abundan en la actualidad en el contexto latinoamericano,²² en especial en lo que atañe a la corrupción, que es, para muchos, el principal problema moral de la región.

Concluyendo este apartado, quien siente que hay una crisis moral, más allá del malestar moral, es porque se siente, individual o colectivamente, afectado fuertemente por el desacople producto de comparar lo que se tiene (preeminencia de niveles preconvencionales con la presencia de agentes *free riders*) con lo que se quiere (preeminencia de niveles convencionales o posconvencionales con otro tipo de agentes morales). Este desacople sentido es lo que denomino *crisis*, que es, reitero, en buena medida diferente al concepto de malestar antes visto. Sin embargo, hay que ir muy despacio, pues el agente *free rider* suele expresar la presencia de crisis, en tanto esto lo posiciona ante ciertos auditorios, sin que realmente se sienta afectado; antes bien, podría decirse que se siente a gusto o acoplado con lo que denuncia.

Y finalmente, la crisis moral, la que es efectivamente sentida como tal, es importante para la adaptación social y el desarrollo moral, pues suele ser propiciadora de un salto a niveles sociomorales superiores.

²² Agente que, por demás, es una de las principales causas de la cultura de la ineficacia material y eficacia simbólica del derecho colombiano (García, M., 2009a; 2009b; 2014).

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

III. ¿EL DESARROLLO MORAL ES UNA UTOPÍA?

Para este apartado inicio con las siguientes preguntas: si son tantas las variables que deben desacoplarse y acoplarse de nuevo para que se produzca un cambio moral hacia una etapa o nivel considerado como superior, ¿significa esto que dicho cambio es prácticamente imposible y, por tanto, el desarrollo moral es una utopía? Además, ¿por qué un desarrollo moral si toda sociedad está relativamente acoplada con su sistema normativo que le es funcional?

A pesar de lo complejo de los elementos en juego y de que se pongan en relación acoplativa, el conjunto sociocultural, por su propia dinámica, suele lograr acoples entre ellos, pues de lo contrario el sistema mismo se vería en entredicho. Pero este acople nunca es definitivo, pues esto también liquidaría al sistema social al impedirle el cambio. El acople siempre es relativo o transitorio, dinámico, si se quiere. Claro está que este acople dinámico que se produce no significa que guste a todos los agentes sociales, pues, como ya se dijo, es común que un agente sienta el malestar moral propio de su cultura a la vez que considere que lo que existe no es lo que debería existir moral, jurídica, económica y políticamente, de manera tal que en momentos de generalización de la sensación fuerte de crisis moral se perciba un desacople ideal entre lo que se tiene con lo que se quiere, aunque haya un acople funcional entre el sistema sociocultural y los sistemas normativos reales.

Incluso, en el caso antes descrito del agente-tipo *free rider*, estamos ante un acople sistémico real y funcional, pero para ciertos niveles del desarrollo sociomoral: en las fronteras entre las etapas preconventional y convencional, dicho agente está cómodo, aunque se manifieste como inconforme más allá del malestar que es propio a la cultura, pues está funcionalmente acoplado al sistema real. En este sentido, no hay crisis si *describimos* cómo está funcionando la realidad que vemos, pero sí la hay si valoramos más cómo debería funcionar dicha realidad a cómo realmente funciona. A esto último, si es fuerte y generalizado, es a lo que me he estado refiriendo como *crisis*.

Pero ya aclarado que es posible pasar de un modelo moral a uno que se considere mejor, para reproducir así un sistema social consi-

derado como superior viene una pregunta de muy difícil respuesta: ¿existe una obligación del desarrollo moral? Responder esta pregunta es muy complejo, porque entre los que han dado alguna respuesta positiva suelen encontrarse los defensores de sistemas represivos y totalitarios que, paradójicamente, estarían en estadios inferiores del desarrollo sociomoral. En otras palabras, debo (debemos) ser cautelosos con los argumentos, puesto que, repito, actores perversos han intentado justificar sus acciones crueles (claramente clasificables en los niveles más inferiores de una escala moral) en que con ellas propician el progreso moral del individuo y de la comunidad.²³

Teniendo en cuenta lo anterior, exploremos algunas posibles respuestas. La primera, es que la mayoría de los sistemas democráticos contemporáneos consagran mandatos jurídicos que permiten concluir que hay una obligación (por lo menos desde el derecho internacional y constitucional) de ser mejores moralmente, lo que se lograría si pasamos del *egoísmo preconventional* al *reconocimiento de pautas posconvencionales de conducta*. Esto en virtud de que el derecho, especialmente el internacional y el constitucional, en dichos sistemas, suele consagrar políticas públicas, principios morales y reglas jurídicas de cómo debe ser la sociedad, para lo cual contemplan amplias declaraciones de derechos humanos y mecanismos para el respeto de esos derechos, todo con el fin de permitir una convivencia pacífica y justa (Buchanan, 2013), asunto que suele denominarse *pretensión de corrección* (Alexy, 2003). Pero esto supondría algunos serios problemas: 1) que el desarrollo moral sería fruto de un imperativo jurídico (internacional o constitucional), con lo cual se tendría que la norma básica de (el desarrollo de) la moral sería el derecho, lo cual conduce a no pocos problemas teóricos; 2) que esto podría ser una forma solapada de la tesis del “perfeccionismo moral” que tanto criticó Nino, ya citado, tesis que justificaría, para consolidar

²³ Lo que nos remite a los argumentos escépticos de Nino, basados en Mill, sobre la existencia de una norma que obligue al perfeccionamiento moral, que, en caso de existir, atentaría contra la autonomía del individuo. Los que suelen defender tal tesis, del perfeccionismo, algunas veces están articulados con discursos totalitarios y crueles que reflejan estadios inferiores del desarrollo moral (Nino, 2007, pp. 420 y 421).

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

un supuesto progreso moral, interferir en la autonomía de los individuos y de las comunidades más allá de las exigencias propias de la convivencia social, salvo que la propia Constitución contemple suficientes salvaguardas para que tal cosa no ocurra, y 3) que esta posible respuesta regiría sólo para ciertos sistemas jurídico-políticos: los democrático-contemporáneos, donde se inscribe esta pretensión de corrección.

La segunda, ya desde el campo moral, señalaría que una respuesta positiva a la pregunta nos lleva a una contradicción lógica: si hay una obligación moral para el desarrollo moral, estamos entonces ante una petición de principio, pues la norma básica del sistema normativo moral sería la propia moral. Esto sería el caso de considerar que hay una especie de norma moral de corrección (de mejoramiento), que impone que la moral debe corregirse (mejorarse) continuamente. En ese caso, ¿cuál sería el soporte de esa norma moral que ordena un progreso moral? A lo que sumarían las críticas propias del iuspositivismo analítico al neoconstitucionalismo alexiano que consagra algo muy similar para el derecho: si el derecho (o la moral para el caso que propongo) tiene implícito una norma de corrección, entonces no es posible encontrar un sistema jurídico que no se auto-corrige o un sistema jurídico en retroceso, a menos que se considere que la norma de corrección es accidental, por lo cual no podría ser la base de sistema jurídico ni del mejoramiento que se evidencie.²⁴

La tercera, más empirista o incluso consecuencialista, señalaría que al no tener un parámetro normativo que demuestre que existe un deber de mejorar moralmente, podría acudir entonces a un criterio fáctico, por tanto, verificable, como podría ser, sin excluir otros, la funcionalidad y la utilidad de dicho mejoramiento. Toda sociedad tiene acoplada una moral que le es funcional. Pero si se quiere otro tipo de sociedad, se requerirá otra moral que le sea funcional a lo que se quiere. Y de comparar la sociedad que se tiene con la que se quiere se pueden enunciar ventajas y utilidades que reporta el mejoramiento sociomoral. En conclusión, esto termina

²⁴ Esta es una de las críticas de Bulygin a la “pretensión de corrección del derecho” de Alexy. Véase la recopilación de este debate en Alexy (2001), pp. 41-51 y 85-93.

por llevarnos a otras preguntas: ¿y qué sociedad se quiere y por qué se quiere otra sociedad? ¿Es una obligación querer esa otra sociedad? Y ¿por qué los parámetros comparativos de utilidad expuestos son realmente los mejores para una sociedad? A pesar de estas preguntas, que quedan abiertas, no faltan quienes han intentado demostrar, desde el utilitarismo y desde las teorías consecuencialistas de reglas,²⁵ que las sociedades convencionales son mejores que las preconventionales, y que las sociedades posconvencionales son mejores que las convencionales (como las teorías de la democracia deliberativa de Habermas o de la posición originaria de Rawls, por dar dos casos), acudiendo por ejemplo a parámetros de evaluación de utilidad social, de beneficios obtenidos y de ahorro de recursos. Por decir algo, muchos opinan que la democracia altamente desarrollada, con su correspondiente moral convencional, pero más aun con la posconvencional, sería mejor en tanto ella permite un tipo de sociedad donde los objetivos consensuados se pueden cumplir en menos tiempo, con menos recursos y con mayor aceptación (legitimidad) por parte de los agentes.²⁶

²⁵ El “consecuencialismo de reglas” es un intento de reconciliar la ética basada en reglas con el consecuencialismo o utilitarismo. De la primera acepta que el comportamiento exige seguir unas reglas determinadas, pero, del segundo, acepta que dichas reglas deben ser elegidas de acuerdo con la medición de sus consecuencias o utilidad.

²⁶ Aquí podría enunciar las decenas de trabajos que consideran la democracia, a pesar de sus problemas, como el mejor sistema posible (que es lo mismo que decir que el menos malo de los sistemas posibles). Empezando con el argumento aristotélico [“La democracia es la menos mala de las desviaciones, porque se desvía poco de la forma de la república” (Aristóteles, 1998, p. 341, *Ética nicomaquea*, VIII, 15)], sugiero dos obras sobre el beneficio de la democracia para las sociedades: 1) porque promueve la tolerancia y el pluralismo, lo que significa altos niveles de paz (convivencia) social (Kelsen, 2002); 2) porque la democracia, comparada con otras formas de gobierno, evita la crueldad del totalitarismo, permite el ejercicio de derechos, garantiza mejores niveles de libertad individual, aprueba que las personas gestionen y protejan sus intereses, otorga un nivel alto de autodeterminación, no impide la responsabilidad moral en tanto no la agota en la ley, es la que mejor posibilita el desarrollo humano multidimensional, otorga niveles aceptables de igualdad formal y material, disminuye las probabilidades de guerra internacional y de conflicto armado interno, y, finalmente, consolida la economía permitiendo un sistema más próspero (Dahl, 1999, pp. 55-72).

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

La cuarta, puede ser que ese cambio a un nivel sociomoral mejor no es intencional, sino que es socialmente natural, no en el sentido de un derecho/moral natural y universal que se expresa en la historia indefectiblemente a través de los hombres, sino porque nuestra capacidad biológica y gregaria instalada, si se me permite decirlo de esta manera, así lo establece, de la misma forma en que un niño, con su moral preconventional, se desarrolla a una adolescencia-adulthood con su moral convencional. Empero, esta respuesta no es del todo satisfactoria, pues no sólo supone biologizar cambios sociales que no suceden indefectiblemente, negando por completo cualquier atisbo de voluntad y libertad en la agencia moral, como si esto fuera algo así como el crecimiento de los huesos, además de que conlleva el riesgo de considerar como anormalidad cancerígena sociedades u organizaciones que no están en el mismo camino o no andan a la misma velocidad de lo que se considera un desarrollo material normal o “natural”.

La quinta y última del listado enunciativo de respuestas está en quienes utilizan argumentos, si es que podemos llamarlos así, de cierre o de ruptura para afrontar esta pregunta: debemos mejorar moralmente porque sí, y punto. Pero esto no deja de ser más bien una falacia de autoridad o una creencia que se asume como dogma sin motivo alguno que lo justifique, aunque es una salida fácil a la aporía que puede significar la pregunta formulada.

Ahora, hay otras posibles respuestas pero debo confesar que no hay, ni tengo, una definitiva a la cuestión, en especial porque no se puede demostrar fehacientemente la existencia de un imperativo preexistente al agente que lo obligue al perfeccionismo moral, máxime que los que suelen defender la existencia de tal norma fácilmente terminan por atentar contra la autonomía de los individuos y de las comunidades, y porque una respuesta válida debería ser tan compleja, en tanto que sería la norma básica de un sistema altamente complejo, donde al mismo tiempo confluyen lo psicológico, lo sociocultural (con todos sus subsistemas) y lo normativo. Ante esta situación, acudo como salvavidas a una respuesta algo reduccionista, y que podría ser considerada como propia del modelo de decisión racional-emotiva, en el siguiente orden: 1) ¿es posible pasar de un orden sociomoral a otro? Sí. 2) La sensación generalizada

MORAL, DERECHO Y SOCIEDAD: REFLEXIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE...

de crisis moral ¿conlleva una búsqueda o, por lo menos, un deseo de una sociomoral superior? Sí, generalmente. 3) Entonces, en momentos de sentirse la crisis, ¿quiero o queremos un cambio de orden sociomoral a uno superior? A esto hay dos posibles respuestas: la primera es un “No necesariamente”, de lo que se deduce que no hay fundamento convencional que justifique el cambio; la segunda “Sí, necesariamente”, de lo que se colige que la obligación moral del cambio surge de una decisión (independientemente de dónde provenga) que, además, puede justificarse (mas no demostrarse) desde criterios de utilidad social, económica o política. A lo anterior se puede sumar otro punto: 4) según nuestro modelo jurídico ¿es un mandato jurídico, internacional y/o constitucional el mejoramiento moral? Sí, entonces procede, sólo para este caso, la búsqueda de un desarrollo moral.

IV. ¿CÓMO DESACOPLAR ESE ACOPLE FUNCIONAL PARA DAR LUGAR A UN DESARROLLO MORAL?

A la sazón, si hay acople funcional en la realidad, la crisis moral a la que tanto he aludido en este escrito es una invitación a provocar un desacople con lo que hay que motive el cambio moral; pero, sin dar más vueltas, ¿cómo desacoplar ese acople funcional para dar lugar a un desarrollo moral?

No se trata de dar vueltas, sino de reconocer la complejidad del tema para poderlo abordar sin reduccionismos que terminen por destruir, desde adentro, cualquier posible respuesta positiva al cambio sociomoral. Aquí puedo sentar un principio derivado de la complejidad del sistema: toda respuesta que considere que el sistema se moverá por modificar un (o unos pocos) elemento(s) del sistema, está errada. Ahora, si se encuentra un elemento del sistema que está en condiciones de modificar todo (o la mayor parte de) el sistema, se tiene que no estamos ante un elemento, sino ante una modelación del sistema mismo o un subsistema (integrado por varios elementos) que fue entendido erróneamente como un solo elemento, que tiene tanta fuerza sistémica que puede modificar al conjunto.

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

Una vez aclarado lo anterior, pensemos en dos escenarios. Uno es cuando se solicita un cambio social; pero todo cambio social debe estar aparejado a un cambio de sus sistemas normativos (lo moral y lo jurídico, especialmente), que son los que permiten la reproducción social,²⁷ y de otros subsistemas, como lo económico y lo político; sin embargo, en este escenario muchos agentes en etapas preconventionales y convencionales, los *free rider*, suelen estar conformes con el acople funcional existente a pesar de que: *i*) ellos mismos critiquen, externamente, el acople o la realidad que los rodea, y *ii*) todo sistema moral se siente insatisfecho consigo mismo y con lo que lo rodea (malestar moral). Esta acción de los agentes se suele llamar, moralmente, como “hipocresía”,²⁸ o, desde la hermenéutica heideggeriana, como “habladuría” (Heidegger, 2014, §38). Pero esto es una forma de *estar/ser* en el mundo. En este primer escenario, la crisis, si es que la hay, no es propiciadora de un desarrollo moral.

Otro escenario es cuando ese cambio solicitado se percibe como necesario por (la mayor parte de) los agentes y hay una fuerza (interna y/o externa al sistema) que lo propicia, fuerza que va más allá de la mera adaptación, y que es tan fuerte que desestabiliza la hipocresía y la habladuría. En este segundo escenario, la percepción de crisis es propiciadora (condición *sine qua non*, pero no suficiente) de un desarrollo moral.

Entonces, esta pregunta sólo se puede responder desde el segundo escenario. El sistema (moral-jurídico-económico-político-social) puede modificarse, y, de hecho, se modifica continuamente más de lo que creemos. Pero esos cambios no significan que sean hacia el deseo de un agente o de algunos pocos agentes. Claro está que, como

²⁷ O, en términos de Luhmann, como sistema de inmunidad: “El sistema de derecho sirve al sistema social como sistema de inmunidad, lo cual no quiere decir que el derecho esté fundamentado sólo en esta razón” (Luhmann, Niklas, 1998, p. 337).

²⁸ Entendida por Hegel como saber lo que se debe hacer, pero se establece un doble criterio para que el agente se excluya a sí mismo de tener que acatar lo que sabe que es debido, mas no así aplica dicha regla a los otros: “en ésta acaece la determinación formal de la ficción de presentar al Mal como Bien, en especial para los demás y sobre todo de ponerse externamente como Bueno, concienzudo, devoto y demás cosas semejantes, lo que, de este modo, es solamente una trampa del fraude hacia los demás” (Hegel, 1968, p. 139, §140).

lo dijimos, hay cambios adaptativos, que no son cambios necesariamente hacia etapas superiores ni cambios sistémicos que modifican el rumbo de manera significativa, sino ligeras modificaciones que un sistema hace continuamente para adaptarse a las perturbaciones del entorno, modificaciones que se hacen para que el sistema no cambie en su estructura: se cambia para no cambiar.

Generalizando, los cambios sistémicos no adaptativos (cambios para cambiar) exigen una fuerza (interna y/o externa al mismo sistema) que active el motor reproductivo, pero se requiere que ese motor, una vez activado, mantenga la fuerza que propicie el cambio (esto es, la revisión autónoma o heterónoma de las conductas del agente y del propio conjunto para dirigirse hacia una dirección más o menos definida) y que anule las fuerzas contrarias (cambios para no cambiar) que intentan reconducir al sistema más o menos a lo que era antes. No es una relación simple y cronológica de causa-efecto, sino una correspondencia continua de fuerzas activas y reactivas que se encuentran para fortalecerse o anularse, total o parcialmente.

En el pasado, había instituciones y organizaciones que lograron tal fuerza, que por sí solas pudieron dirigir estos cambios a ciertos fines (otra cosa es si los alcanzaron o no, o si nos gustan o no), como lo fue, por dar un caso, la tensión Iglesia-principado en el medievo.²⁹ Ya en la modernidad, el Estado se perfiló como una fuerza similar; pero vemos que en la actualidad esa fuerza (la estatal) ha perdido capacidad ante otras fuerzas que la han sobrepasado, como algunas económicas (*v. gr.* el mercado y el capital)³⁰ y políticas (ejemplo, la corrupción en los países latinoamericanos). Pero estos ejemplos, dados de forma enunciativa, ponen en evidencia que la fuerza para un progreso moral debe ser significativa, pues son muchas las resistencias que deben ser vencidas.

En este contexto es que algunos creen que el individuo, normativizándose a sí mismo, podría propiciar estos cambios sistémicos

²⁹ Sobre cómo la tensión medieval entre Iglesia y principado, que se tradujo en la tensión entre moral y derecho, marcó el destino de Occidente, véase Prodi (2000 y 2012).

³⁰ Cosa sobre la que han llamado la atención no sólo el marxismo y la teoría crítica, sino también historiadores conservadores como Prodi (2009).

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

(Kant, por ejemplo, con el imperativo categórico),³¹ pero acciones así son características de una sociomoral posconvencional, que sería el ideal para muchos psicólogos, lo que supone algo como lo siguiente: para propiciar el cambio moral debo comportarme como se comportaría el que ya cambió moralmente, lo cual tiene algún sentido desde las reglas de la experiencia, pero, desde una visión analítica, no deja de sonar como aquella metáfora de la autorreferencialidad presente en la divertida anécdota del barón de Münchhausen, quien tira de sí mismo para salir de un pantano, metáfora que da cuenta de los círculos viciosos:

En otra ocasión quise saltar un pantano, y al encontrarme a la mitad del trayecto me pareció que era demasiado crecido, y cuando no, más de lo que yo creyera. Sin perder tiempo, volví grupa sin acortar el impulso, y fui a caer en la misma orilla que acababa de abandonar. No queriendo renunciar al salto tomé mayor carrera; mas también esta vez me equivoqué y caí en el lago, en el cual me hundí hasta el cuello. Allí habría perecido indudablemente si, agarrándome por los cabellos, no me hubiese sacado, juntamente con mi corcel, al que estrechaba fuertemente entre las piernas (Raspe, 1927, p. 60).

Otros consideran, sin negar por ello la respuesta anterior, que si la sociedad civil delibera consigo misma y con la sociedad política, podría dar lugar a esa fuerza sistémica requerida para el mejoramiento moral (es el caso de Habermas con su democracia deliberativa). Y hay muchas otras propuestas (Rawls, Dworkin, Nussbaum, etcétera), pero todas destinadas al mismo fin: el salto cualitativo, como cambio sistémico, de los sistemas normativos, como el moral, y el sistema social en general.

Pero lo que quiero denotar es que esa fuerza debe ser significativa sistémicamente hablando, y las respuestas reduccionistas, como ya dije, no son viables. Por analizar un caso, ha sido una prédica común pontificar que con clases (asignaturas) de ética se podrán pro-

³¹ Que se traduce en dos mandatos: 1) “Obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza”, y 2) “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio” (Kant, 2012, p. 126 (A 52) y p. 139 (A 67), respectivamente).

MORAL, DERECHO Y SOCIEDAD: REFLEXIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE...

picar cambios morales-jurídicos-sociales significativos, lo que es, a lo sumo, insuficiente, por no decir que ingenuo. Y no sólo porque una clase (asignatura) no aporta *per se* una fuerza significativa de cambio (otra cosa es que sea una estrategia que, si se articula con muchas otras acciones dentro y fuera de la educación formal, podría dar lugar, tal vez, a una fuerza social significativa), sino porque se está confundiendo las capacidades (o potencialidades en terminología aristotélica) de la educación institucional formal.³² Una asignatura, dentro de nuestro paradigma educativo, debe volver cognoscible y evaluable su objeto de estudio (de aquí que la mayoría de asignaturas de ética terminan siendo cursos sobre las teorías de ciertos filósofos), y la moral, si bien puede ser cognoscible como teoría (lo que daría lugar a una de las acepciones de ética de las que se partió en un inicio), no basa tanto su fuerza en ello, en la racionalidad con la que sea estudiada, sino más bien en los sentimientos, en las pasiones y en la pertenencia que ella (nos) genera, y por la cual dicha moral constriñe la conducta, cosa que nos recuerda a tantos filósofos (bastaría con citar a Smith, Hume y Nussbaum,³³ entre muchos otros), psicólogos (como el propio Kohlberg)³⁴ y neurocientíficos (como Haidt).³⁵ Añado que,

³² Dice el resumen de este estudio: "Findings from their original US-based sample indicated that neither is the case, suggesting that there is no positive influence of ethical reflection on moral action. In the study at hand, we attempted to cross-validate this pattern of results in the German-speaking countries and surveyed 417 professors using a replication-extension research design. Our results indicate a successful replication of the original effect that ethicists do not behave any morally better compared to other academics across the vast majority of normative issues" (Schönegger y Wagner, 2019, pp. 532-559).

³³ Esta filósofa, por ejemplo, plantea la necesidad de que las humanidades sean transversales al currículo (y no una materia teórica), para lograr mejores ciudadanos, en lo político, y mejores personas, en lo privado, lo que puede lograrse, especialmente, por medio de la literatura (Nussbaum, 1997; 2010, pp. 19-31).

³⁴ Quien considera a Platón como lectura obligatoria para la educación moral, pero no para conocer sus ideas teóricas (pues la madurez moral va mucho más allá de una tarea cognitiva), sino para que el profesor y el estudiante se apropien de la concepción de virtud como conocimiento práctico que debe y puede ser enseñado siguiendo el método socrático (Kohlberg, 1970).

³⁵ Para quien buena parte de la competencia moral para emitir juicios descansa más en intuiciones socioemocionales que en la razón (Haidt, 2001, en especial, pp. 822 y ss.).

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

si las asignaturas de ética lograran mejores comportamientos morales de los estudiantes, esto sería particularmente cierto si los profesores de ética fueran individuos mejores moralmente que sus colegas, para que además de formar éticamente con los contenidos del curso formaran, además, con el ejemplo;³⁶ sin embargo, hay trabajos empíricos que ponen en duda que la condición de profesor de filosofía en general, o de ética en especial, mejora el comportamiento moral de dicho agente (Schwitzgebel y Rust, 2014) y (Schönegger y Wagner, 2019).

Entonces, esta creencia (de que conocer la ética implica ser mejor agente moral) es similar, aunque no igual, a la que considera que por saber la norma (cosa que nuestro sistema educativo puede más o menos garantizar) la cumpliré, asunto que no funciona, por ejemplo, con el corrupto ni con la *corrupción organizacional*,³⁷ quienes suelen especializarse tanto que conocen a la perfección la normativa al respecto, pues esto es un prerrequisito para incumplirla (Botero, 2004). Incluso, por todo lo anterior, me atrevo a pensar que se aportaría un poco más al desarrollo moral del derecho disminuyendo el número de facultades de derecho y de estudiantes de jurisprudencia (que hoy día es excesivo),³⁸ que implementado en tantas facultades la materia de ética.

³⁶ No obstante, ¿por qué un docente de ética debe seguir el camino que le indica a los estudiantes? Él puede ser solo como una señal de carretera, que indica la mejor forma de llegar a un lugar, pero que se queda allí, indicando.

³⁷ Si bien los estudios del tema suelen diferenciar la *corrupción individual* de la *corrupción organizacional* (esta última propia de organizaciones que han logrado crear una cultura y una ritualidad que unen al grupo para mejorar la obtención de beneficios conjuntos), es posible encontrar en ambas formas un fuerte conocimiento de las normas (morales y jurídicas) que intentan evitar la corrupción, altos estándares de eficiencia en la consecución de beneficios y, en especial en la corrupción organizacional, una capacidad de mimetizarse, pues suelen presentarse ante los demás como personas u organizaciones intachables en sus comportamientos éticos (en especial porque son proclives a juzgar con severidad la conducta ajena, con mayor ahínco si el otro es un competidor). Dicho con otras palabras, *free riders*. Sobre la corrupción organizacional y sus formas de actuar, véase Moore (2008), Campbell y Göritz (2014) y Arellano (2017).

³⁸ "Todo esto empezó a cambiar en la década de los 70, y sobre todo en los 90, con un crecimiento acelerado de las facultades de leyes, lo cual trajo consigo una democratización incontrolada del ingreso a la profesión, que a su turno des-

Otra dificultad radica en la creencia, comúnmente acepada gracias a una historia educativa que no podré aquí detallar, de que la formación integral (y, por tanto, una formación en moral) es responsabilidad única o especialmente de una organización social: la educativo institucional (escuelas, colegios, liceos, universidades, etcétera, para hablar claro). Obviamente, las instituciones brindan ámbitos formativos, incluyendo lo moral; pero al ser sólo una parte del sistema, no son los únicos que lo hacen, y, ya es hora de decirlo, en algunos contextos no son los más relevantes para el agente en su proceso de formación moral. Súmese que para que las instituciones formales educativas puedan brindar formación moral que suponga un crecimiento efectivo y significativo en las etapas de desarrollo moral deben recibir y propiciar una cantidad tal de fuerzas (*v. gr.* recibir recursos reales) que puedan apalancar el cambio deseado y volver la ética, por lo menos, una preocupación transversal al currículo [que es un concepto que va más allá de la mera malla de asignaturas y de los documentos oficiales de educación (Torres, 1998)]. Pero, en nuestra realidad, los recursos educativos son muy limitados, entre otras cosas por las ideologías de gobierno, lo que no le obsta a este último, hipócritamente, de exigirle a la educación formal-institucional que dé lo que no puede dar con lo que tiene. Así, la respuesta de cambiar el sistema moral-jurídico-social con clases (asignaturas) de ética en los planes de estudio o de responsabilizar de nuestra crisis a un conjunto como el educativo formal-institucional cuando no se le dan los recursos sistémicos para que pueda apalancar un cambio moral significativo es un acto ingenuo o, incluso, en algunos, una respuesta propia de un *free rider*, el cual, como dijimos, suele ser duro en sus juicios externos, aunque internamente está acoplado a lo que critica, lo que lo lleva a autojustificarse con facilidad.

encadenó una pérdida sustancial de la calidad de los estudios de derecho y un menoscabo de la cultura jurídica y de la justicia// En 2015 se graduaron unos 14.000 abogados. Entre tanto, para el mismo año se graduaron 3.947 ingenieros, 2.352 economistas, 525 zootecnistas y 504 sociólogos. Mientras en medicina o en ingenierías hay filtros que impiden el avance de los malos estudiantes, en derecho casi la totalidad de los que ingresan al sistema se gradúan” (García, M., 23 de marzo de 2018). Igualmente, García, M., 18 de agosto de 2017; 1o. de julio de 2016 y García y Ceballos, 2019.

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

Reitero, para evitar malentendidos, que no rechazo las instituciones educativas ni menosprecio la enseñanza que ofrecen y que pueden ofrecer, sólo que hay que evaluar sus posibilidades reales, con los medios de que disponen, para producir cambios sistémicos, como los que se exigen para pasar de una etapa a otra en el modelo antes visto de Kolhberg con las correcciones ya hechas. Tal vez, si esta apuesta de modificar el sistema educativo institucional formal se articulara con muchas otras estrategias, se reunirían las fuerzas necesarias para el salto deseado ante la crisis; pero el sistema educativo, tal cual como hoy se tiene, por sí solo, no es causa suficiente (incluso, en muchos casos ni siquiera necesaria) para el cambio deseado a un nivel o estadio superior.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ASÍ LAS COSAS, ¿SÓLO QUEDA EL DESCONSUELO Y LA PASIVIDAD?

Supongamos que el panorama es desconsolador, aunque no lo creo. Pero con ánimos de discusión, digamos que sí. En este caso, el desconsuelo puede ser negativo [propio de la “caída” y de la “habladuría”, según Heidegger (2014, § 38)] o positivo (en tanto que al ser destructor propicia lo reparador). Aquí, estamos ante uno positivo. Es que toda propuesta de cambio debe partir, para aumentar la fuerza de la misma propuesta, de reconocer que las cosas no funcionan bien. En este sentido, los cambios no se alcanzarían sin pesimismo iniciales. Más peligrosos pueden ser los optimistas, pues al considerar que todo va bien, terminan por relajar al agente y al sistema en sus intenciones de cambio en caso de sentirse en crisis más allá del malestar.

Pero, como dije, el panorama no es desolador, por lo menos no en su sentido nihilista-negativo, en tanto que el primer paso de un cambio sistémico consiste en reconocer la complejidad real del modelo que se desea reencauzar. Por tanto, las propuestas deben ser lo más complejas (pero no complicadas) posibles atendiendo la misma complejidad del sistema que se desea cambiar. Un ejemplo de lo anterior es reconocer que las personas y los grupos en una misma sociedad tienen niveles de desarrollo moral diferentes, aunque predomine

MORAL, DERECHO Y SOCIEDAD: REFLEXIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE...

cuantitativamente un nivel sobre otros, por lo que las medidas deben ser, en la misma manera, diferenciadas según el destinatario. Entre más bajo sea el desarrollo moral, más deberían fortalecerse los sistemas de coacción (que no es sólo jurídica), pues el miedo —que no es terror—, guste o no, ha sido motor de comportamiento en las etapas iniciales del desarrollo moral, cosa que une a Hobbes con Olivecrona, pasando por el conductismo, al momento de plantearse cómo operan en la realidad las organizaciones de gobierno; otra cosa es hacia dónde se quiere dirigir el comportamiento a partir de infundir miedo al castigo, lo que implicaría hablar del desarrollo moral de quienes ejercen el miedo, que no es cosa menor. En este último caso, los agentes preconventionales pueden estar en el mismo órgano que ejerce el miedo, lo que implicaría, para poder obtener un desarrollo moral, que los que ejercen el miedo tengan miedo a las consecuencias de ejercerlo para fines diferentes al desarrollo moral.

Justo aquí aparece uno de los muchos puntos de conexión entre los dos sistemas normativos más importantes: el derecho se enfoca fundamentalmente, pero no exclusivamente, sobre los agentes morales preconventionales y sobre los agentes que se ubican en el primer estadio del nivel convencional, para motivar o inhibir conductas, mediante *i)* la amenaza de una violencia institucional o la promesa de un premio, y *ii)* la aplicación de la violencia previamente amenazada o de la promesa anunciada. El derecho, junto con otros medios sistémicos (como la educación), coadyuva así a la moral en lo que atañe a la coacción o a la promoción como forma del desarrollo moral. Dicho con otras palabras, la coacción y la promoción jurídica eficaz y prolongada (que se vuelve hábito) puede ayudar a que agentes morales en los estadios 1, 2 y 3 pasen a estadios y niveles superiores siempre y cuando los que crean y aplican la violencia institucional o las promesas sean agentes morales en niveles superiores, o, por lo menos, le tengan miedo a actuar de forma diferente a la que deberían actuar para propiciar el desarrollo sociomoral.

Esto me lleva a plantear que ciertos ideales han logrado vender socialmente la idea de que toda violencia es un mal absoluto para el conjunto. Por esto, muchos analistas, para evitar censuras innecesarias, han intentado diferenciar la violencia-terror (que destruye

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

el sistema social que se tiene o el que se quiere) de la fuerza-miedo (que sería la que permite el sistema social que se tiene o el que se quiere).³⁹ De allí que muchos sociólogos consideren la acción del Estado como *fuerza*, y la de los particulares que se le oponen indebidamente, como *violencia*. Así, la fuerza es buena, y la violencia, mala. Sin embargo, esta clasificación, desde una reflexión como la que propongo, se vuelve innecesaria, por no decir que falaz. Entonces, hay amenazas de violencia y violencias que el sistema normativo (derecho y moral) introducen al sistema social esperando con ello disminuir o reencauzar otras violencias que se consideran más perniciosas.⁴⁰ A lo anterior podría llamarse bioderecho y biomoral, según el caso. Pero el término “bioderecho” ya ha sido *ocupado* por los que trabajan la bioética en lo jurídico, por lo que podría denominarse mejor, siguiendo a Narváez, como *vitalismo jurídico o moral*, según el caso (Narváez, 2017, pp. 93-100). Claro está que la experiencia nos señala que es posible que los sistemas normativos introduzcan violencias que no reducen el balance general de violencia, antes bien, que la incrementan: violencia normativa que incrementa la violencia destructora de las interacciones sociales, incluso de las que pueden ser aceptadas como vitales y necesarias. Esto es lo que podría llamarse como *necroderecho o necromoral*, según el caso, siguiendo de nuevo al texto de Narváez (2017) ya citado.

Pero fuera del vitalismo jurídico o moral, y del necroderecho o necromoral, es importante reconocer que todo sistema normativo tiene aparejado como su principal instrumento de penetración y provocador o inhibidor de conductas la amenaza y, si no funciona, la violencia. Bueno, esto último, si el sistema normativo es eficaz.

Ahora bien, entre más alto es el desarrollo moral de un agente o de una organización, más deberían fortalecerse los sistemas de

³⁹ Por ejemplo, Hobbes y Olivecrona, por citar sólo dos casos. Sobre este último, véase Olivecrona (1959), pp. 113-116 y Botero (2020), pp. 313-326.

⁴⁰ “La violencia no se limita a preceder al derecho ni a seguirlo, sino que lo acompaña —o mejor dicho, lo constituye— a lo largo de toda su trayectoria con un movimiento pendular que va de la fuerza al poder y del poder vuelve a la fuerza... En última instancia, el derecho consiste en esto: una violencia a la violencia por el control de la violencia” (Esposito, 2009, p. 46).

autocontrol y autonomía normativa por medio de la formación en deliberación, argumentación, dialéctica y retórica, aceptando así que la sociedad es dinámica, y la acción de los agentes con niveles morales óptimos (que se forman no sólo en el sistema institucional educativo) inducen, con su autonomía, a cambios significativos en sus microcontextos, y, algo más difuso, pero no imposible, en el macrocontexto, especialmente si se unen esas acciones individuales en una misma o similar dirección, logrando de esta forma una concentración de fuerzas que adquiere, por tanto, la potencialidad de modificar el sistema.

De allí que para ciertos subsistemas y personas, las respuestas que pugnan por el cambio a partir de ciertas acciones individuales (como el imperativo categórico, la ironía contra el hipócrita,⁴¹ la aperturidad al otro, la posición originaria, etcétera) siguen estando sobre la mesa con fuerza, sin ser las únicas, claro está. Pero en todo caso, en cualquier estadio moral, aunque lo que sigue lo entenderían mejor quienes están en estadios posconvencionales, puede concretarse en la siguiente afirmación: cambia y tu entorno inmediato cambiará en similar medida; lo que está en sintonía con algo ya visto, aunque suene ilógico: para propiciar el cambio moral debo comportarme como se comportaría el que ya cambió moralmente. Y esa acción individual podría estar enfocada, también, al progreso moral social, apoyando en lo posible los discursos que pueden aglutinar las fuerzas necesarias para reencauzar (corregir) un sistema atiborrado, como el nuestro, de *free riders*, quienes son, en últimas, para el caso latinoamericano, la principal amenaza y el mayor obstáculo para un desarrollo sociomoral.

En cierto sentido, el gran reto sistémico (que va mucho más allá de meras respuestas que apuntan a mutar uno o dos elementos del conjunto) para los países latinoamericanos es la superación del modelo dominante de agente moral que tenemos: el *free riders*. Pero, atención, es algo propio de un *free riders* creer que el *free riders* es el

⁴¹ Según Hegel, mediante la ironía se somete la conciencia del hipócrita a la necesidad de reconocer el doble criterio por él establecido, desembocando así en un movimiento dialéctico que “pone fin al vagabundear del pensamiento, y tanto más de una opinión subjetiva, y la sumerge en la sustancialidad de la Idea” (Hegel, 1968, p. 145).

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

otro. De allí que una acción urgente para propiciar un cambio social que atienda la crisis moral percibida es la denuncia y la superación del *free riders*, empezando por el que está dentro de mí (lo que nos lleva de nuevo al modelo de cambio para que todos cambien), para seguir con el entorno.

En fin, ya habrá que analizar otras posibles respuestas, acciones diferentes a la indicada anteriormente, pero creo que he brindado un marco de comprensión crítica de los modelos en boga, el cual permitiría al agente que predique el cambio no caer en la ingenuidad.

VI. REFERENCIAS

- ALEXY, R. y BULYGIN, E. (2001), *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*, trad. de Gaido, P., Universidad Externado de Colombia.
- ALEXY, R. (2003), "Justicia como corrección", *Doxa*, núm. 26.
- ARELLANO, D. (2017), "Corruption as an Organizational Process: Understanding the Logic of the Denormalization of Corruption", *Contaduría y Administración*, núm. 62.
- ARISTÓTELES (1998), *Ética nicomáquea*, trad. de E. Lledó, Gredos.
- BLICHNER, L. y MOLANDER, A. (2008), "Mapping Juridification", *European Law Review*, vol. 14, núm. 1.
- BOTERO, A. (2004), "La corrupción: tensión entre lo político y lo jurídico", *Opinión Jurídica: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, vol. 3, núm. 6.
- BOTERO, A. (2012), "Introducción iusfilosófica y crítica a la obra «Facticidad y Validez» de Habermas", en A. BOTERO (ed.), *Filosofía del derecho*, Universidad de Medellín.
- BOTERO, A. (2018), "Moral, derecho y sociedad: reflexiones para el caso colombiano", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*.
- BOTERO, A. (2020), *Positivismos jurídicos (1800-1950), Estudio general de las escuelas y los movimientos iuspositivistas de la época*, UIS.

- BOTERO, A. *et al.* (2005), “Teorema de las relaciones complejas en el discurso interventor: el espacio vital, el maltrato familiar, el individuo y la familia antioqueña”, *Revista Universidad de Medellín*, vol. 40, núm. 79.
- BREMBS, B. (2011), “Towards a Scientific Concept of Free will as a Biological Trait: Spontaneous Actions and Decision-Making in Invertebrates”, *Proceedings of the Royal Society B*, vol. 278, núm. 1707.
- BUCHANAN, A. (2013), “Moral Progress and Human Rights”, en HOLDER, C. y REIDY, D. (eds.), *Human Rights, The Hard Questions*, Cambridge University Press.
- CAMPBELL, J. y GÖRITZ, A. (2014), “Culture Corrupts! A Qualitative Study of Organizational Culture in Corrupt Organizations”, *Journal of Business Ethics*, núm. 120.
- CARUSO, G. (2015), “Free Will Eliminativism: Reference, Error, and Phenomenology”, *Philosophical Studies*, vol. 172, núm. 10.
- DAHL, R. (1999), *La democracia: una guía para los ciudadanos*, trad. de Vallespín, F., Taurus.
- DAMASIO, A. (1995), *Descartes’ error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, Avon Books.
- DAMASIO, A. (2000), “A Neural Basis for Sociopathy”, *Archives of General Psychiatry*, núm. 57.
- DAMASIO, A. (2011), *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*, trad. de J. Ros, Destino.
- ESPOSITO, R. (2009), *Immunitas. Protección y negación de la vida*, trad. de L. Padilla, Amorrortu.
- FARIETA, A. (2015), “Aproximaciones éticas al problema del *free rider*: consecuencialismo, deontología y ética de la virtud”, *Discusiones Filosóficas*, vol. 16, núm. 27.
- GARCÍA, M. (2009a), “Introducción: la cultura del incumplimiento de reglas”, en GARCÍA, M. (dir.), *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas*, Siglo del Hombre Editores.

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

- GARCÍA, M. (2009b), "Los incumplidores de reglas", en M. GARCÍA (dir.), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Siglo del Hombre Editores.
- GARCÍA, M. (2014), *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, 2a. ed., Universidad Nacional de Colombia.
- GARCÍA, M. (2016, julio 1), "Los abogados", *El Espectador*, disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/opinion/los-abogados-columna-640991>.
- GARCÍA, M. (2017, agosto 18), "Los retos del derecho", *El Espectador*, disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/los-retos-del-derecho-columna-708802>.
- GARCÍA, M. (2018, marzo 23), "Aristocracia judicial", *El Espectador*, disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/aristocracia-judicial-columna-746070>.
- GARCÍA, M. y CEBALLOS, M. (2019), *La profesión jurídica en Colombia. Falta de reglas y exceso de mercado*, Dejusticia.
- GARCÍA, A. (2019), "Neurociencia de las emociones: la sociedad vista desde el individuo. Una aproximación a la vinculación sociología-neurociencia", *Sociológica*, vol. 34, núm. 96.
- GAZZANIGA, M. (2006), *El cerebro ético*, trad. de Pino, M., Paidós.
- GAZZANIGA, M. (2007), "My Brain Made me do it", en GLANNON, W., *Defining Right and Wrong in Brain Science*, Dana Press.
- GAZZANIGA, M. (2010), *¿Que nos hace humanos? La explicación científica de nuestra singularidad como especie*, trad. de Forn, F., Paidós.
- GLANNON, W. (2011), *Brain, Body and Mind. Neuroethics with a Human Face*, Oxford, University Press.
- HABERMAS, J. (1987), *Teoría de la acción comunicativa II*, trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus.
- HABERMAS, J. (1991), "Justicia y solidaridad (una toma de posición en la discusión sobre la etapa 6 de la teoría de la evolución del juicio moral de Kohlberg)", trad. de J. de Zan, en APEL, K. et al. (eds.), *Ética comunicativa y democracia. Crítica*.

MORAL, DERECHO Y SOCIEDAD: REFLEXIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE...

- HABERMAS, J. (1992), *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. de J. Muñiz, y R. García, Taurus.
- HABERMAS, J. (1994), *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García, Ediciones Península.
- HABERMAS, J. (1998), *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez, Madrid, Trotta.
- HABERMAS, J. (1999), *La Inclusión del Otro*, trad. de J. Velasco, Paidós.
- HAIDT, J. (2001), "The Emotional dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment", *Psychological Review*, vol. 108, núm. 4.
- HAIDT, J. (2003), "The Moral Emotions", en DAVIDSON, R., SHERER, K. y GOLDSMITH, H. (eds.), *Handbook of Affective Sciences*, Oxford University Press.
- HAIDT, J. y CRAIG, J. (2004), "Intuitive ethics: How Innately Prepared Intuitions Generate Culturally Variable Virtues", *Daedalus*, núm. 138.
- HEGEL, G. (1968), *Filosofía del derecho*, trad. de A. Mendoza, 5a. ed., Editorial Claridad.
- HEIDEGGER, M. (2014), *Ser y tiempo*, trad. de J. E. Rivera, 3a. ed., Trotta.
- HUME, D. (1984), *Tratado de la naturaleza humana*, trad. de F. Duque, Orbis.
- KANT, I. (2005), *Crítica de la razón práctica*, trad. de D. Granja, Fondo de Cultura Económica-UAM-UNAM.
- KANT, I. (2012), *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. de R. Aramayo, Alianza.
- KELSEN, H. (2001), *¿Qué es la justicia?*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara.
- KELSEN, H. (2002), *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo y L. Legaz, Comares.
- KELSEN, H. (2005), *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, 14a. ed., Porrúa.

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

- KOHLBERG, L. (1970), "Education for Justice: A Modern Statement of the Platonic View", en SIZER, T. (ed.), *Moral Education. Five Lectures*, Harvard University Press.
- KOHLBERG, L. (1989), "La comunidad justa en el desarrollo moral. Teoría y práctica", en KOLHBERG, L. *et al.*, *El sentido de lo humano*, 2a. ed., Biblioteca Internacional.
- KOHLBERG, L. (1992), *Psicología del desarrollo moral*, trad. de A. Zubiatur Zárate, Desclée de Brouwer.
- LOZANO, Asucena y OSTROSKY, F. (2011), "Desarrollo de las funciones ejecutivas y de la corteza prefrontal", *Revista Neuropsiquiatría y Neurociencias*, vol. 11, núm. 1.
- LUHMANN, Niklas (1998), "Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general", trad. de S. Pappe y B. Erker, *Anthropos*, Universidad Iberoamericana-CEJA-Pontificia Universidad Javeriana.
- MARTÍNEZ, A. (2018), *Una interpretación habermasiana del discurso mítico y político indígena en la modernidad: el caso del pueblo Nasa, Colombia*, monografía presentada para optar al título de doctor en filosofía, Universidad del Valle.
- MEJÍA, O. (1996), "La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: en torno a «Factizität und Geltung»", *Ideas y Valores*, vol. 46, núm. 103.
- MOORE, C. (2008), "Moral Disengagement in Processes of Organizational Corruption", *Journal of Business Ethics*, núm. 80.
- MUÑOZ, L. (2015), "El desarrollo de la conciencia del juicio moral de Lawrence Kohlberg", *Revista Criterio Libre Jurídico*, vol. 12, núm. 1.
- NARVÁEZ, J. (2017), *#Necroderecho*, Libitum.
- NINO, C. (2007), *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Astrea.
- NUSSBAUM, M. (1997), *Justicia poética*, trad. de C. Gardini, Editorial Andrés Bello.
- NUSSBAUM, M. (2010), *Sin fines de lucro: ¿Por qué la democracia necesita de las humanidades?*, trad. de M. V. Rodil, Katz.

MORAL, DERECHO Y SOCIEDAD: REFLEXIONES INTERDISCIPLINARIAS SOBRE...

- OLIVECRONA, K. (1959), *El derecho como hecho*, trad. de G. Cortés, Roque Depalma.
- PIAGET, J. (1987), *El criterio moral en el niño*, trad. de N. Vidal, Martínez Roca.
- PIAGET, J. (1999), *La psicología de la inteligencia*, trad. de J. Foix, Crítica.
- PIMIENTA, H. (2004), "La corteza cerebral más allá de la corteza", *Revista Colombiana de Psiquiatría*, vol. 33, núm, 1.
- PRODI, P. (2000), *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino.
- PRODI, P. (2009), *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Il Mulino.
- PRODI, P. (2012), *Cristianesimo e potere*, Il Mulino.
- PRODI, P. (2017), "Europe in the Age of Reformations: The Modern State and Confessionalization", *The Catholic Historical Review*, vol. 103, núm, 1.
- RASPE, R. (1927), *Aventuras del barón de Münchhausen relatadas a los niños con ilustraciones de Albert*, Casa Editorial Araluce.
- RUBIA, F. (2004), "La corteza prefrontal, órgano de la civilización", *Revista de Occidente*, núm. 272,
- SCHÖNEGGER, P. y WAGNER, J. (2019), "The Moral behavior of Ethics Professors: A Replication-Extension in German-Speaking Countries", *Philosophical Psychology*, vol. 32, núm. 4.
- SCHWITZGEBEL, E. y RUST, J. (2014), "The moral behavior of Ethics Professors: Relationships Among Self-Reported Behavior, Expressed Normative Attitude, and Directly Observed Behavior", *Philosophical Psychology*, vol. 27, núm. 3.
- TORRES, J. (1998), *El currículum oculto*, 6a. ed., Morata.
- TUCK, R. (1979), "Is There a Free-Rider Problem, and if so, what is it?", en HARRISON, R. (ed.), *Rational Action: Studies in Philosophy and Social Science*, Cambridge University Press.
- TUCK, R. (2008), *Free Riding*, Harvard University Press.

ANDRÉS BOTERO-BERNAL

YÁNEZ, J. *et al.* (2012), “Lawrence Kohlberg, una obra en permanente construcción”, *Folios*, núm. 35.

ZULETA, E. (2017), *Elogio a la dificultad y otros ensayos*, Ministerio de Cultura y Biblioteca Nacional de Colombia.

COMENTARIOS

COMMENTS

PERSPECTIVA NEUROCIENTÍFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA PARA EL DERECHO?*

*NEUROSCIENTIFIC PERSPECTIVE OF THE AGENCY:
IS IT PROBLEMATIC FOR THE LAW?*

María Isabel CORNEJO PLAZA**

Resumen:

La agencia moral kantiana ha sido la base teórica para los fundamentos morales y jurídicos de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, las neurociencias han demostrado que la agencia racional kantiana resulta un traje de difícil calce para el sujeto contemporáneo, de modo que la evidencia nos hace cuestionarnos acerca de sus repercusiones en el ámbito del derecho. Este trabajo trata en primer lugar de constatar las diferencias existentes entre la agencia kantiana y aquella que muestran los estudios neurocientíficos, y, en segundo lugar, reflexionar si esta disonancia pudiera ser problemática para el derecho, y las razones esgrimidas para ello.

Palabras claves:

Agencia, autonomía, libre albedrío, Kant, neurociencias.

Abstract:

Kantian moral agency has served as the theoretical basis for moral and legal foundations of the autonomy of the will. However, neuroscience has shown that Kantian rational agency is not a good fit for contemporary subjects and thus the evidence leads us to wonder about its repercussions in the field of law. This paper begins by noting the differences between Kantian agency and

* Artículo recibido el 24 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2020.

** Profesora de fundamentos filosóficos del Derecho, Universidad Autónoma de Chile, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9116-0947>, correo electrónico: isabelcornejo@derechocivil.cl.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

what neuroscientific studies have found. It goes on to discuss whether this discrepancy could pose a problem for law and the reasons behind it.

Key words:

Agency, Autonomy, Free Will, Kant, Neurosciences.

PERSPECTIVA NEUROCIÉNTIFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La agencia moral kantiana*. III. *La agencia en las neurociencias*. IV. *La agencia kantiana, problemática para el derecho*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

La agencia moral es un requisito previo para actuar en la vida jurídica, puesto que las reglas jurídicas se basan en concepciones morales subyacentes. La agencia moral consta de dos elementos, a saber: libre albedrío *I)*, en que la persona elige una acción causal de la cual se debe hacer responsable, elemento presente en la autonomía de la voluntad, y *II)* responsabilidad. Este modelo de agencia moral kantiana supone un sujeto racional, capaz de decisión. De hecho, el estándar de responsabilidad del hombre racional y del buen padre de familia obedece a este modelo agencial del siglo XIX, el cual fue incorporado al movimiento de la codificación, presente en nuestras culturas jurídicas continentales hasta nuestros días. Junto a esta construcción filosófico-jurídica, estudios neurocientíficos, como los de Benjamín Libet, de 1975, entre otros, han comenzado a constatar las diferencias entre el manto conceptual de agencia moral kantiana y lo que realmente, en términos científicos, ocurre al momento de tomar decisiones. Ciertamente, las cuestiones relativas a la ética y a la neurociencia de la ética evidencian que —y esta es la posición que se adopta en esta tesis— el compatibilismo es la postura más acertada, pues la responsabilidad moral implica aceptar y mostrar dos hechos: *I)* que las acciones provienen de estados mentales determinados por deseos, creencias, motivaciones, elecciones más o menos manipulables y convergentes entre sí, y *II)* que el sujeto es capaz de tomar por sí mismo tales decisiones.

La evidencia neurocientífica demuestra que no existen decisiones enteramente racionales. Tales hallazgos, ¿implicarán realizar ajustes o reinterpretaciones en el derecho a las clásicas concepciones kantianas de agencia o más bien podrán coexistir o superponerse mientras observamos lo que acontece con el cambio de paradigma neurocientífico en materia de comportamiento humano? En este

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

punto, es importante dilucidar si estas diferentes concepciones de agencia provocan alguna disonancia en el derecho.

II. LA AGENCIA MORAL KANTIANA

Tradicionalmente, en filosofía, la capacidad para realizar acciones se conoce como “agencia” (Anscombe, 1957). Agencia se utiliza en un sentido más limitado para denotar el desempeño de acciones intencionales (Schlosser, 2019). Agencia moral, entonces, implica por consiguiente actuar por razones morales. Aunque existen algunas teorías que no demandan una teoría de la racionalidad o razones explícitas para que una acción sea el resultado de agencia moral porque —esgrimen—, se puede actuar racionalmente sin deliberación o actuar irracionalmente con deliberación (Arapaly, 2004).

Sin embargo, en la tradición jurídica, la agencia por antonomasia, para actuar en la vida jurídica implica una agencia moral y racional, en que a través de la razón se permite la deliberación. En efecto, el actual paradigma de agencia racional presente en el derecho proviene esencialmente de las ideas ilustradas del filósofo Immanuel Kant. Como es posible apreciar, en Kant, el principio universal subyacente al derecho implica un sujeto moral gobernado por la razón, capaz de discernimiento y libre albedrío, cuando compromete su teoría del derecho al señalar que “es justa toda acción que, por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales” (Kant, 1943).

Así, el racionalismo propio del mundo moderno, inspirado en las ideas de Galileo, Descartes y Newton, se expandieron hacia la filosofía y el derecho. En efecto, la concepción racionalista podía aplicarse al derecho de dos formas: a lo Kant, es decir, procediendo apriorísticamente, tal como los iusnaturalistas de su tiempo; por ejemplo, Wolff, actualmente fuera del derecho vigente, es decir, fuera de la historia, edificando un derecho abstractamente racional. O bien actuando desde la construcción de principios racionales a partir del propio derecho vigente, que le otorguen validez universal, tal como lo hizo Leibniz. Esta fórmula fue antecedente de la codificación (Mar-

PERSPECTIVA NEUROCIENTÍFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

tínez, 1996: 149-176). Es así como en la Ilustración el racionalismo jurídico se fue consagrando principalmente en Europa continental y en América Latina, por influencia del Código Civil francés, hasta sellarse y alcanzar su máxima expresión en la época de la codificación, en el siglo XIX.

Hoy en día, a pesar de los avances de la neurociencia en el derecho de la infancia y la adolescencia y en materia de discapacidad, todavía subsisten muestras contundentes de la huella kantiana en los preceptos sobre capacidad, competencia, consentimiento, responsabilidad y autonomía de la voluntad, como requisito o fundamento de los negocios jurídicos en que el elemento racionalidad se expresa en una autonomía libre de intervenciones heterónomas (Kant, 2013).

Estos requisitos de autonomía a la Kant requieren una evaluación consciente y explícita de tales consecuencias, más la obediencia guiada conscientemente por principios universales y normas, como el imperativo categórico. Los principios legales fundamentales se derivan de esta concepción de autonomía legal y agencia (por ejemplo, la ignorancia de la ley no permite su desobediencia, las partes de un contrato deben declarar que entienden completamente los términos del acuerdo y deben ser plenamente capaces de juicio racional) (Cáceres & Montemayor, 2019: 99-127).

Los juristas Enrique Cáceres y Carlos Montemayor presentan una aguda crítica a los problemas que la tradicional visión de la agencia kantiana ha provocado en el plano jurídico, lo cual será objeto de análisis en la parte final de este manuscrito (Cáceres y Montemayor, 2019: 99-127).

1. Componentes y desarrollo de la agencia moral kantiana

Dos elementos constitutivos de la agencia moral tradicional son su dimensión activa y su dimensión pasiva. Es decir, la agencia moral supone un agente que actúa motivado por una elección moral y un otro que recibe los efectos de la acción. El principal constreñimiento dentro de la dimensión pasiva es la atribución de agencia moral (Monasterio, 2019: 129-147).

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

En este sentido, la agencia moral no sólo concierne el mundo de los actos o acciones, sino también la percepción y observación de éstos. Estas dos dimensiones bien diferenciadas de la agencia moral (la activa y la pasiva) imponen ciertos estreñimientos al comportamiento moral. Dentro de la dimensión activa, para que se dé la agencia moral ha de asumirse autonomía y/o libre albedrío. Sólo podrán ser considerados genuinos agentes morales quienes estén libres de coacciones externas, sean verdaderamente autónomos y, por supuesto, quienes ejerzan sus acciones en libertad, tal como señala la tradición kantiana.

Se ha asumido la posibilidad de autonomía y libre albedrío, aunque, por supuesto, son conceptos en disputa en la literatura experta (neurocientífica), con posiciones que van desde la defensa de la existencia del libre albedrío (Brembs, 2011: 930-939) hasta su negación (Caruso, 2015: 2823-2833).

2. Discusión del concepto de agencia desde el punto de vista de las neurociencias

La evolución de la agencia moral de la especie *Homo sapiens* —comparándola con otros sistemas orgánicos de la misma o de otras especies— ha sido deficitaria. Es así como los sistemas visuales o auditivos evolutivamente han logrado un desarrollo óptimo; sin embargo, este no es el caso de la agencia humana. Considerando la agencia moral como un dispositivo que se configura por la interacción del sustrato biológico y el contexto ambiental, el ser humano, tras la necesidad de establecer sistemas colaborativos para sobrevivir, no ha logrado resolver los conflictos que trae aparejada la vida en sociedad (Monasterio, 2019: 129-147).

La cuestión es que la capacidad de la moral sí evolucionó para resolver problemas sociales de coordinación, pero no al nivel de optimización de otros sistemas o capacidades, porque las demandas o presiones para que apareciera un sistema moral vinieron tarde a nuestra historia evolutiva (Monasterio, 2019: 129-147).

La agencia moral no ha sido capaz de desarrollar mecanismos de intuición, empatía, solidaridad y altruismo más sofisticados que

PERSPECTIVA NEUROCIÉNTIFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

permitan resolver conflictos destructivos para la propia especie u otras. Los crímenes, los delitos, las guerras, los holocaustos, el exterminio, la opresión, son una muestra de ello.

La agencia moral, a pesar de no haber evolucionado hacia la cooperación y la empatía, no es nada misterioso ni sobrenatural (Greene, 2015: 39-42).

No nos ha sido regalada por una instancia trascendente o divina, sino que es simple y llanamente un conjunto de mecanismos biológicos y culturales para facilitar la cooperación (Churchland, 2017).

Sabido es que nuestra supervivencia en los primeros años de vida se debe a que somos capaces de formar una conexión socioemocional tanto con nuestra madre como con nuestro padre o cuidador. Las interacciones que se derivan de esta conexión primigenia entre el bebé y sus cuidadores son críticas para una verdadera inteligencia intrasubjetiva, intersubjetiva y, en muchos aspectos, para la emergencia de la moralidad (Churchland, 2017).

Durante el siglo XX, Piaget (1932) y Kohlberg (1969) construyeron las principales teorías empíricas del desarrollo moral humano basándose en la filosofía moral de Kant (Piaget, 1932). Fue Piaget quien se aproximó al desarrollo moral a través de las justificaciones y juicios morales que emitían los niños ante dilemas morales (Piaget, 1932). Así, describió seis estadios, con subdivisiones, del desarrollo moral humano (Kohlberg, 1984).

Sin embargo, aunque los trabajos de Piaget y Kohlberg implicaron un enorme avance en el conocimiento del desarrollo moral humano, investigaciones recientes en distintas disciplinas de las ciencias sociales y cognitivas han controvertido sus resultados y criticado sus premisas racionalistas basadas en Kant (Nucci & Turiel, 1978: 400-407). La reciente investigación en ciencias sociales y en ciencias cognitivas afirma que parte de la competencia moral, como emitir juicios, descansa en intuiciones socioemocionales (Haidt, 2001: 814-834).

Acabamos de ver cómo, de acuerdo con una concepción moral de influencia kantiana, se produce el desarrollo moral en nuestra especie. Esta concepción, según los modelos actuales en neurociencias y en neuroética fundamental, exigen correcciones epistémicas o bien matices, que intentaré mostrar en lo que sigue.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

La concepción moral kantiana constituye una base filosófica sobre la cual se teje la construcción occidental de la idea de que la especie *Homo sapiens* decide de acuerdo con un proceso cognitivo fundado en la razón, lo que vendría demostrando la tesis de que ontológicamente somos seres poseedores de libre albedrío, es decir, agentes moralmente autónomos. Este proceso cognitivo eminentemente racional es —a la luz de las neurociencias— susceptible de matices, entendiendo que los procesos de toma de decisiones se inician por una pulsión eminentemente emotiva que, luego, por procesos complejos, se racionalizan de acuerdo con determinados patrones culturales, obedeciendo a causas de sobrevivencia evolutiva.

Los filósofos morales han debatido si los juicios morales deberían basarse en las pasiones (aproximación clásica del filósofo David Hume) o en la razón, propia de la tradición kantiana, que influyó en la dogmática jurídica alemana del siglo XIX, adoptada asimismo por los movimientos codificadores, y que perdura hasta nuestros días.

Desde el punto de vista filosófico, ha existido una tradición kantiana bastante conocida, una cierta episteme kantiana racional, que da cuenta de que a la agencia moral subyace un proceso racional en que el agente, al tomar decisiones, se vuelve libre y autónomo, de modo que la autonomía de raigambre kantiana funciona como un puro principio *a priori*, un hecho de la razón pura (*factum rationis*), desligado de cualquier condición empírica. En la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Kant se refiere a este fenómeno; señala:

Que nadie deje ni siquiera que se le pase por la cabeza querer derivar la realidad de ese principio de la propiedad especial de la naturaleza humana. Pues el deber ha de ser una necesidad práctico-incondicionada de la acción, y tiene así pues que valer para todos los seres racionales (sola y exclusivamente a los cuales puede concernir un imperativo), y únicamente por eso ser ley también para todas las voluntades humanas. Lo que en cambio es derivado de la especial disposición natural de la humanidad, de ciertos sentimientos y tendencias, e incluso, si fuese posible, de una especial dirección que fuese propia de la razón humana y no tuviese que valer necesariamente para la voluntad de todo ser racional, eso puede ciertamente proporcionar una máxima para nosotros, pero no una ley, un principio subjetivo a poder lícitamente obrar

PERSPECTIVA NEUROCIÉNTIFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

según el cual tenemos tendencia e inclinación, pero no un principio objetivo a obrar según el cual se nos intimase aun cuando toda nuestra tendencia, inclinación y configuración natural estuviese en contra, y ello de tal manera que la sublimidad y dignidad interior del mandato en un deber quedan tanto más demostradas cuanto menos están a favor las causas subjetivas y cuanto más están en contra, pero sin por eso debilitar en lo más mínimo la constricción por la ley ni quitar algo a su validez (Kant, 1996).

La autonomía, para Kant, posee carácter ontológico, como condición intrínseca, inherente y propia de la naturaleza humana. El ser humano tiene la condición de autónomo, que se identifica con la de “libre”. No se trata de la libertad empírica siempre condicionada, sino de la libertad metafísica, lo cual implica que nouménicamente el ser humano es ontológica y formalmente autónomo, que es en lo que consiste su condición humana, pero que en el orden fenoménico sus actos pueden estar condicionados y no ser autónomos (Kant, 2002). Sólo las acciones autónomas son morales, y sólo son autónomas las acciones cuando el individuo no renuncia a decidir por sí mismo; esto es, que sus decisiones morales son dispuestas neutralizando posibles intervenciones ajenas a su propio discernimiento.

Los estudios de Kohlberg parecen demostrar que la heteronomía es el modo habitual de conducirse de los seres humanos (Kohlberg, 1984). El desarrollo de la agencia moral comienza desde el nacimiento con el apego del bebé a su cuidador y prosigue según distintos estadios de desarrollo.¹ Sin embargo, la autonomía moral es una cuestión que se alcanza en la madurez, alrededor de los veintisiete años, cuando el sustrato cortical del cerebro alcanza su mayor desarrollo (Ostby *et al.*, 2009). Incluso, el cerebro adulto continúa desarrollán-

¹ Antes de los siete y ocho años los niños siguen estrictamente las reglas dadas por la autoridad (los adultos). Estas reglas son aceptadas como válidas, por complejos mecanismos de recompensa y castigo. En este estadio sólo se tienen en cuenta las consecuencias de las acciones y no las intenciones detrás de las acciones. Entre los once y doce años se alcanza el segundo estadio de desarrollo moral. En este estadio los niños consideran que las reglas son modificables y son fruto del acuerdo social. También descubren que los adultos son algunas veces injustos en sus castigos. En este estadio, además de las consecuencias de las acciones, los niños también tienen en cuenta las intenciones de los agentes.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

dose, debido a que el sistema visual posee una conexión con el cortex frontal; así, la corteza visual primaria no finaliza su madurez en la niñez o en la adolescencia, como se pensaba, sino que prosigue evolucionando hasta los 36 años de vida, aproximadamente (Siu y Murphy, 2018: 25-36). Es posible incluso la maduración del sistema nervioso central de algunos individuos sin necesidad de esperar que el cerebro se desarrolle completamente, incluso si le falta un hemisferio cerebral completo, como es el caso del cerebro dividido (Gazzaniga, 2000: 1293-1326). Esto se debe a la neuroplasticidad cerebral.

El “cómo” un agente moral llega a elaborar una decisión moral, generalmente se ha creído que no es objeto de estudio del derecho, sino más bien pertenece al ámbito de análisis de la filosofía, de la psicología y, más actualmente, de las muchas disciplinas aglutinadas bajo el rótulo “neurociencias” (Lolas y Cornejo, 2017: 62-74). Las nuevas neurotecnologías y las discusiones asociadas a ellas permiten repensar, analizando y reinterpretando viejos conceptos asociados a la voluntad, libre albedrío, agencia, autonomía y responsabilidad, desde una certeza nunca vista, que despeja construcciones especulativas que llegaron a ser casi sagradas, pero que comienzan a evidenciar la necesidad de ajustes y correcciones epistémicas.

III. LA AGENCIA EN LAS NEUROCIENCIAS

La idea de que los seres humanos poseemos una capacidad de elección, conforme ejercemos en libertad entre diversas opciones y disyuntivas, es ciertamente una idea central tanto en el derecho como en la ética (tanto teórica como aplicada), en la religión y en las neurociencias.

Siguiendo a Henrik Walter (Walter, 2001), el libre albedrío posee tres elementos:

- i) Capacidad del agente para elegir entre diversas alternativas (alternativismo).
- ii) Actuar en función de razones, intenciones, deseos o creencias (inteligibilidad).
- iii) Emprender actos y acciones (origen).

PERSPECTIVA NEUROCIÉNTIFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

Estas tres categorías funcionan de modo distinto según los niveles de operación que las hacen factibles; así, vemos que existen niveles más o menos sofisticados en que empieza a actuar la voluntad. En un extremo tenemos la voluntad expresada en el deber cumplido, en la que el individuo, para sortear un sinfín de estímulos, es capaz de, mediante la deliberación y la reflexión, neutralizar las pasiones, deseos y motivaciones por creencias y valores. En un nivel inferior se encuentra la función de representación y cotejo de posibles cursos de acción a través de las decisiones adoptadas; en un nivel más bajo tenemos la selección de acuerdo con contingencias percibidas; por ejemplo, una pelea que impulsa de manera inmediata a la huida, y en el nivel más básico tenemos las acciones dependientes de estímulos que obedecen a reflejos y conductas tróficas (Díaz, 1979).

1. *Posiciones en referencia al libre albedrío*

Existen cuatro posiciones relevantes respecto de la existencia del libre albedrío, necesarias para comprender las modificaciones que las investigaciones neurocientíficas han incorporado a los estudios de agencia moral, que es aquella agencia sobre la cual se deriva la autonomía moral como concepción moral subyacente al derecho.

Según Robert Kane, existe una explicación descriptiva (pormenoriza los tipos de compromisos mantenidos a propósito del libre albedrío) y otra prescriptiva (otorga propuestas para los tipos de compromisos que debieran mantenerse) a la pregunta de si el determinismo es compatible con el libre albedrío, otorgando una respuesta según la posición que se adopte (Kane, 2011).

- a) *Comodatismo o compatibilismo*: existe una conciliación entre las leyes de la naturaleza y el libre albedrío. Esta es la posición de esta tesis.
- b) *Incompatibilismo*: escojemos entre un abanico de opciones, y la fuente de nuestras elecciones depende de nosotros, supeditado a la existencia de una condición de evitabilidad; es decir, debe existir la posibilidad de tener la opción de haber podido actuar de otra manera.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

- c) *Determinismo*: nuestros actos se encuentran condicionados por leyes de la naturaleza y por nuestro pasado. El determinismo duro niega la existencia del libre albedrío. El neurodeterminismo reduce la acción a las bases neuronales del sistema nervioso central.
- d) *Libertarianismo*: en algunas ocasiones disponemos de libre albedrío. Esta es una subclasificación que emana del incompatibilismo.

El primer científico y filósofo en problematizar el concepto de “libre albedrío” en sede científica fue William James. Si bien sus estudios se iniciaron en la escuela de medicina de la Universidad de Harvard, llegó a ser reconocido como el padre de la psicología moderna en Estados Unidos, reconocimiento que le otorgó enorme influencia sobre futuros científicos y filósofos de amplio espectro hasta el día de hoy (Leary, 2020: 53-56). Williams James, en sus trabajos acerca del libre albedrío (1870), sostuvo la célebre frase: “mi primer acto de libre albedrío es creer en el libre albedrío” (Williams, 1956). Posteriormente, acuñó la idea de compatibilismo (1884), en la que reconocía la coexistencia entre un determinismo fisiológico suave —contrario al fatalismo— y un libre albedrío. Posteriormente, Daniel Dennett (1992) sostiene que el libre albedrío existe en un mundo causalmente determinado que, sin embargo, permite a los humanos actuar de manera impredecible o imprevisible (Dennett, 1992).

Dennett establece cuatro alternativas que se pueden dar; dos de ellas se refieren al determinismo (realidad determinada causalmente o bien que exista indeterminación donde la realidad no se encuentra determinada causalmente), y otras dos posibilidades corresponden al compatibilismo y al libertarianismo.

En esta exploración, de acuerdo con la agencia kantiana, los seres humanos deberíamos ser capaces de decidir conforme a nuestro libre albedrío tomando decisiones sujetas a nuestra entera voluntad, lo que significa ejercer la autonomía moral. Sin embargo, las neurociencias, a partir de la década de los ochenta con los estudios de Benjamín Libet, posteriormente replicados y sofisticados por otras investigaciones, han arrojado hallazgos acerca de cómo funciona realmente la agencia desde la perspectiva neurocientífica. Estas in-

PERSPECTIVA NEUROCIÉNTIFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

vestigaciones dan cuenta de que, contrariamente a lo que hemos aprendido, nuestras acciones se generan a partir de la actividad cerebral de la cual no somos conscientes.² Las decisiones que adoptamos se encuentran influenciadas por nuestras experiencias previas, por lo que nuestras trayectorias dan más luces de lo que haremos en el futuro, que el grado o fuerza con que el sujeto es capaz de llevar a cabo sus decisiones, sus intenciones o sus deseos. La voluntad no sería nada más que nuestro cerebro (y mente) decidiendo, sin consultar a nuestra conciencia el mejor curso causal de acción, basándose tanto en nuestras experiencias como en nuestros conocimientos y expectativas.

En esta línea de pensamiento, y a partir de su teoría del cerebro dividido, del psicólogo de la Universidad de California, M. Gazzaniga, entiende que los conceptos de “responsabilidad moral” y “libertad personal” deben ser revisados.

² Etimológicamente “conciencia” tiene su origen en la raíz latina *conscio*, de la unión de *cum*, que significa “con”, y *scio*, que significa “conocer”. Estar en *conscientia* es tener conocimiento de algo y hacerlo presente a alguien o a sí mismo. Significa darse cuenta y saber de sí mismo. En torno a este concepto existen muchas discusiones e intentos a través de la historia por llegar a un consenso. El problema de una definición es un desafío intelectual mayor para disciplinas tan diversas que van desde la neurociencia básica pasando por la psicología hasta la psiquiatría. Desde el punto de vista psicológico, K Jaspers, *Psicopatología general* (Beta 1963), la define del siguiente modo: “por conciencia entendemos, primeramente, la integridad real de la evidencia en oposición a la exterioridad del proceso biológico explorable. En segundo término, la escisión sujeto-objeto (un sujeto que opina es dirigido hacia objetos que percibe, representa y piensa). En tercer lugar, el conocimiento de la conciencia en torno a sí misma (conciencia de sí)”. Podemos decir entonces, que Jaspers destaca tres funciones principales de la conciencia: la función de interioridad, la función de alerta, y la función de reflexividad. Esta última es la más definida en textos, y tiene que ver con la capacidad de la persona para detenerse y comprenderse a sí misma y a su ambiente. El conocimiento de uno incluye todos los sentimientos, actitudes, emociones, impulsos, voluntades y los aspectos de la conducta. Es decir, conocimiento de todas las propias funciones mentales, especialmente las del proceso cognitivo. Pese a que se sabe que algunas áreas del sistema nervioso tienen que ver con ciertas percepciones de la realidad, la conciencia es de por sí pragmática, y esta definición trata de enmarcar un concepto que no tiene sustrato anatómico específico, que no es objetivable. Cfr. M. I. Cornejo Plaza y D. Escorza Pavéz, *Concepto jurídico de persona en los pacientes en estado vegetativo permanente. Análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial* (Académica Española 2014).

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

Considerando estudios experimentales en pacientes con cerebro dividido, Gazzaniga concluye que es posible aislar la parte del hemisferio izquierdo, denominado “módulo intérprete”, responsable de explicar a través del lenguaje las acciones. El módulo intérprete es el que explica y da sentido a los comportamientos, pensamientos y emociones que surgen del resto del cerebro. Por lo tanto, para el autor, este módulo tiene que ser considerado en los estudios sobre la conciencia y el libre albedrío (Gazzaniga, 2007: 1293-1326).

El punto importante de estos descubrimientos es que el libre albedrío se construye a partir de relatos que ejecuta el hemisferio izquierdo del cerebro, que es capaz de fabular, fantasear hechos, según un guion que obedece a una acomodación vivencial. Es decir, si un hecho no puede ser narrado por nuestro cerebro, entonces no existe, o bien queda relegado al mundo inconsciente. Este hecho científico es trascendental para entender que la mente, como proyección del sistema nervioso, posee vida propia en cuanto válida, por así decirlo, acciones y hechos que podrían no constituir ni siquiera un dato en nuestro mundo si no fuera porque son necesarios para hacer fuerza en una narración vivencial, que permite a los seres humanos aparecer en la obra de la vida.

En cuanto a la responsabilidad moral, Gazzaniga la describe como un “concepto público” sobre comportamientos que ocurren desde otros individuos, influenciando el propio. Definiendo su interpretación como un “axioma”, entiende al cerebro humano como un órgano determinado, automático y gobernado por reglas; pero las personas son agentes responsables y libres de tomar sus propias decisiones (Gazzaniga, 2007).

Como podemos apreciar, la pieza del *puzzle* agregada por Gazzaniga da cuenta de una resistencia al determinismo neuronal, para lo cual se vale además de la teoría del caos y de la física cuántica como ejemplos concretos que atentan contra el determinismo causal.

Asimismo, también entiende que los estudios sobre fenómenos emergentes resultan suficientes para rebatir el reduccionismo y la determinación neuronal, según la cual no existe el libre albedrío. Bajo esta interpretación, el pensamiento consciente es una propiedad dependiente, pero emergente, del cerebro. Ambos se desarrollan de manera complementaria, como el *software* y el *hardware* de

PERSPECTIVA NEUROCIÉNTIFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

un sistema informático. Empero, Gazzinaga no ofrece una explicación suficiente sobre esta vinculación. Tampoco sobre la naturaleza y margen de la libertad personal que habilita el tiempo de la conciencia y el módulo intérprete, con implicancias directas en la noción de responsabilidad moral “personal”.

Explicamos lo que hacemos; no obstante, una parte no menor de nuestro cometido puede relacionarse con motivaciones no verbales e irreflexivas. La narración de un hecho es, en alguna medida, una fabulación sobre éste, una interpretación que lo ordena en la memoria y lo presenta a los otros y a nosotros mismos (Rulh, 2009).

Finalmente, para subrayar que los estudios sobre el libre albedrío, aspecto esencial de la conformación de la agencia, son todavía insuficientes y parte de investigaciones en curso, y volviendo sobre las investigaciones de Benjamin Libet, es claro que la actividad cerebral y mental inconsciente pueden llegar a socavar lo que entendemos como “libre albedrío”. En este sentido, según se comprenda la naturaleza física o metafísica del libre albedrío será el marco epistemológico y analítico que adquiera preponderancia, y desde el cual se interpreten a su vez los resultados “experimentales” de Libet. La filósofa Patricia Churchland comprende esta escisión o interpretación de los resultados arrojados por los experimentos de Libet como una manifestación persistente del dualismo cartesiano. En perspectiva reduccionista, sostiene que para entender el libre albedrío el problema debería situarse por fuera de las discusiones metafísicas, y el eje de éstas debería concentrarse en la neurobiología del autocontrol (Churchland, 2017).

La escisión cartesiana todavía nos configura, al parecer, como sujetos herederos de una mentalidad moderna, que necesita dividir para explicar mejor los conceptos y concepciones que modelan nuestro mundo. Los estudios de diversas disciplinas enseñan que la adjudicación de validez (científica) no está exenta de relaciones coyunturales de poder y de su tiempo y espacio (Taylor, 1997).

En esta línea crítica, el filósofo W. Glannon sostiene una perspectiva emergentista y compatibilista contraria al reduccionismo, y especialmente antilocalizacionista en su vasta obra. Su posición defiende la idea holística en la relación mente-cerebro y una con-

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

cepción compatibilista del libre albedrío y la responsabilidad moral (Glannon, 2011).

Según su interpretación, las personas están constituidas por sus cerebros, pero no son idénticas a ellos (Glannon, 2011). La mente (en tanto conjunto de propiedades conscientes y no conscientes, con cierto grado de complejidad) simplemente emerge como resultado de la interacción entre el cerebro, el cuerpo y el medio ambiente natural y social. El objetivo de la emergencia es promover la adaptación y la supervivencia de los individuos. En este marco, el sistema neuronal no puede por sí solo explicar, por ejemplo, lo que es tener una experiencia, ni puede dar cuenta de una representación completa del ambiente, porque el sistema neuronal carece de intencionalidad. En este sentido, algunos estados mentales —como los deseos y las emociones— son intencionales. Descartar esa conformación compleja (entre el cerebro, el cuerpo, la mente y el ambiente) es lo que impulsó la denominación del reduccionismo materialista como “ingenuo” por parte de numerosos críticos (Evers, 2010).

Asimismo, los seres humanos pueden elegir, deliberar o actuar de manera consciente o inconsciente gracias a que la mente es una mente corporeizada. En este sentido, Glannon no solamente rechaza el localizacionismo, sino también el neuroreduccionismo. Según su posición, los seres humanos son más que un conjunto de neuronas, sinapsis y neurotransmisores, y sus acciones y prácticas normativas, más que una función de mecanismos neuronales (Glannon, 2011).

Si bien el cerebro genera y sustenta estados mentales, éste no es propiamente un agente que pueda tener intereses y planes, y ejecutar intenciones en acciones. No es el cerebro sino la persona, la que está constituida por el cerebro, el cuerpo y la mente que actúan e interactúan con otros en el mundo (Glannon, 2011).

Respecto de la responsabilidad moral, Glannon rastrea su origen en los principios metafísicos y epistémicos de la posición aristotélica en la *Ética a Nicómaco*. Bajo ese enfoque, una persona actúa libremente (voluntariamente) y responsablemente cuando no está sometida a ninguna compulsión o coerción, o ignora las circunstancias de la acción. Así, en términos contemporáneos, la reformula-

PERSPECTIVA NEUROCIENTÍFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

ción del libre albedrío y la responsabilidad moral es entendida por Glannon como la capacidad de responder a las razones a favor o en contra de ciertas acciones. En este sentido, existen razones morales (más que prudenciales), puesto que hay una expectativa sobre lo que se debe o no se debe hacer, acerca de ciertas acciones que pueden afectar a terceros. Consecuentemente, la responsabilidad moral sobre el comportamiento propio implica un estado conativo, cognitivo y afectivo, y si alguno de estos aspectos se encuentra ausente, la persona puede ser eximida de responsabilidad (Glannon, 2007).

En la actualidad, el ámbito con mayor impulso dentro de la filosofía moral es, sin duda, el de la neuroética (Pérez, 2013: 9-25). Desde ella se pretende hacer frente a las pretensiones de ciertos neurocientíficos que intentan presentar sus descubrimientos sobre el funcionamiento de nuestro cerebro, o sobre la influencia de las emociones en la formación de juicios morales, como un progreso en el conocimiento del fenómeno moral (Cortina, 2010: 129-148). Entre esos neurocientíficos encontramos al psicólogo norteamericano Jonathan Haidt y su propuesta del intuicionismo social.³

2. Las emociones como impulso del pensamiento reflexivo

El intuicionismo social de Haidt constituye una sugerente propuesta de psicología moral. Haidt establece su modelo en clara oposición a la concepción racionalista del juicio moral, la cual, salvo ciertas excepciones, ha imperado en el ámbito filosófico y, también,

³ Para Pérez Zafrilla, Haidt acierta al señalar que el desconcierto moral es un fenómeno que de hecho sucede entre las personas en determinadas situaciones; acierta también al reflejar cómo muchos de nuestros juicios morales se realizan de manera heterónoma, por la simple asunción acrítica tanto de posicionamientos como de razones tomados de la sociedad. Pero, sobre todo, él, al igual que otros neurocientíficos, realiza una valiosa contribución al mostrar el contenido cognitivo que poseen las emociones, así como el papel que éstas desempeñan en el proceso de la formación de nuestros juicios. Todos estos elementos reflejan que el modelo racionalista tradicional resulta ya anacrónico en el estudio de la moral y que hemos de contar en adelante con factores que hasta ahora eran subestimados de forma generalizada en el ámbito filosófico, como sucede con esa dimensión emocional de la deliberación moral.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

a lo largo del siglo XX, no sólo en las ciencias cognitivas de la psicología, sino también en los estudios de derecho que se fundan en la moral racional. Este modelo tradicional, cuyos icónicos exponentes lo constituyen autores como Platón, Kant, Piaget y Kohlberg, sostiene que el juicio moral se deriva de una deliberación racional sobre un hecho, teniendo en cuenta unas variables relativas a la situación y aplicando unos principios morales determinados (Pérez, 2013). De este modo, el juicio moral sería fruto de un razonamiento alejado de toda influencia de las pasiones. Éstas son percibidas como un obstáculo para la adecuada deliberación, y, por tanto, mermarían la objetividad del juicio. Haidt entiende que esta corriente racionalista ha sobrevalorado el papel de la razón en la formación de los juicios morales. Según Haidt, la razón es raramente fuente de juicios morales. Éstos no surgen a partir de un razonamiento consciente y objetivo acerca de la realidad, sino más bien de respuestas emocionales o afectivas a las que el sujeto no tiene un acceso introspectivo (Pérez, 2013).

Se habla de “emociones morales” cuando se ha transgredido nuestro sistema de valores y creencias individuales. Las emociones, entonces, dependen de deseos socialmente aceptados como buenos y correctos por nuestro grupo cultural (Haidt, 2003: 852-870). Haidt (2003) propone cuatro emociones básicas: *I*) condena, en relación con la ira y el desprecio; *II*) autoconciencia, relacionada con la culpa, el pudor y la vergüenza; *III*) sufrimiento ajeno, relacionado con la compasión, y *IV*) admiración, relacionada con la devoción y la gratitud que mueve a la imitación. La neuroimagen ha detectado que diferentes áreas del cerebro se estimulan ante emociones relacionadas con esos diversos ámbitos. Por ejemplo, la región prefrontal proyecta al tálamo de la corteza cerebral diversa información relevante para el área de la motivación, así como para la planificación de los movimientos previos a la acción. Por su parte, la amígdala, cuya función se asocia con la valoración emocional, se observa excitada en las neuroimágenes cuando es estimulada con emociones primarias como la ira, la agresión y el miedo (Haidt, 2003). La región orbitofrontal se vincula al aprendizaje de valores morales y éticos. Aquí se observa, en los estudios de neuroimagen, una proyección hacia los ganglios basales, en particular hacia los receptores dopaminérgicos

PERSPECTIVA NEUROCIÉNTIFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

involucrados en el sistema de recompensas, y el hedonista vinculado con las descargas de placer (Haidt, 2003). Entonces, el placer que provoca una acción valorada subjetivamente como correcta socialmente descarga a nivel límbico y de las regiones frontales temporales de la corteza parahipocampal y de la amígdala, una dosis alta de dopamina, que impulsa al sujeto a seguir conduciéndose de la manera moralmente valorada como correcta, tanto subjetivamente como por su grupo social. Así, las emociones morales convergen en la toma de decisiones influenciando la acción, prendiendo la chispa que incendia el bosque, por así decirlo.

Daniel González Lagier, desde la filosofía jurídica, ha escrito sobre la relación entre emociones y derecho; señala que las emociones se relacionan con la acción no sólo motivándolas a través de combinaciones de deseos y creencias, sino también mediante mecanismos causales, lo que debería ser tenido en cuenta para la atribución de responsabilidad por nuestras acciones cuando son influidas por emociones, que denominan “acciones emocionales” (González, 2014).

Este autor señala que las emociones se encuentran en tensión con nuestra autonomía, en el sentido de que sustraen, al menos en parte, nuestras decisiones y acciones del control de nuestra voluntad. Explica que, al ser las emociones tributarias de las zonas más primitivas del cerebro (amígdala y el sistema límbico), son asociadas a emociones primarias que se encuentran en zonas diferenciadas del cerebro asociadas a la razonabilidad (lóbulo prefrontal y corteza cerebral). Entonces, si bien las emociones son sólo estados parciales dentro del control del agente (González, 2009), podemos controlarlas cuando aprendemos a conocernos a nosotros mismos. Así, si sabemos que alguna situación nos causa ira, tratar de evitarla parece razonable. Solomon, otro filósofo que ha escrito de emociones, ha acuñado la idea de que “las emociones son voluntarias” (Solomon, 2007) por el hecho de que el agente también puede escoger alejarse o no de una emoción que se podría convertir en la facilitadora de un sentimiento o impulso que envuelve una acción.

Entonces, la incidencia causal de las emociones en la acción se produciría actuando como *i*) filtro de la información que recibe el cerebro del estímulo provocador, modificando la velocidad de pro-

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

cesamiento de dicha información; *ii*) limitando las respuestas que podemos dar. Este segundo efecto se puede explicar a partir de las investigaciones de Antonio Damasio y su teoría de los marcadores somáticos. En ella, Damasio explica que los agentes, al recibir un estímulo, destellan en distintas áreas del cerebro simultáneamente, no de manera secuencial; de modo que aseverar que primero el estímulo se radica en la amígdala y luego en otra zona, y así sucesivamente, es no entender bien cómo funciona el cerebro humano.

La estrategia de la racionalidad es rechazada por Damasio, porque esta idea tradicional y arraigada de que los agentes separan y analizan en términos costo-beneficio todas las opciones posibles en distintos escenarios y plazos resulta demasiado aparatosa, y requeriría tiempo, siendo disuasiva, además. Él cree que, en lo cotidiano, el cerebro no funciona de ese modo, sino que, frente a un estímulo, el cerebro se repleta de imágenes asociadas a distintas alternativas de acción que el agente vincula a una sensación agradable o desagradable. Los marcadores somáticos no serían otra cosa más que emociones que aprendemos desde niños, involucrando factores culturales, como la apreciación de valores y creencias. Obviamente, cuando el marcador somático es positivo, actuará como un incentivo a la acción; por el contrario, cuando el marcador somático es negativo, desalentará la acción.

Los marcadores somáticos son emociones secundarias, aquellas dependientes de la educación y el aprendizaje, a diferencia de las emociones primarias, que conllevan un componente genético.

Finalmente, concordamos con la hipótesis de Damasio, de que las zonas del cerebro encargadas del razonamiento se ocupan también de las emociones y los sentimientos. Es decir, esta división en cerebro emocional y cerebro racional no es neurológicamente correcta, sino que existirían muchas y complejas conexiones entre ellas (Damasio, 2004).

IV. LA AGENCIA KANTIANA, PROBLEMÁTICA PARA EL DERECHO

La agencia moral kantiana es una idealización de la razón, sin matices, distinta a la agencia descrita en las neurociencias.

PERSPECTIVA NEUROCIENTÍFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

Kant sostiene que el ser humano en tanto ente biológico está sometido a las mismas leyes de la naturaleza que cualquier objeto del mundo, pero en el ámbito de la moralidad es un ciudadano libre. Su libertad está garantizada por la buena voluntad, que obedece los designios de la razón. En este sentido, la moral se revela a la conciencia moral, la que hegemónica se presenta como conciencia del deber en su forma de imperativo categórico. Sin embargo, este planteo permite suponer un dualismo cartesiano subyacente, rechazado en parte por el paradigma neurocientífico. En efecto, la visión kantiana de agencia presupone una racionalidad y una voluntad desvinculadas de la realidad cerebral y corporal. En caso contrario, la racionalidad y la voluntad como entidades de raigambre biológica también estarían sometidas a las mismas leyes de la naturaleza, por lo cual el hombre ya no sería un ciudadano “libre”.

Por otro lado, otra forma de sujeción al dualismo cartesiano que perpetúa la visión kantiana de agencia es la polarización emoción-razón, la cual ha llevado a una falaz explicación y división de cómo realmente surge el pensamiento. La relegación de lo emocional a lo femenino o a lo infantil, no deseable en el mundo de lo público, ha traído profundas consecuencias en la manera de modelar la construcción de lo jurídico.

Como se señaló al inicio de este manuscrito, los juristas Enrique Cáceres y Carlos Montemayor han identificado una influencia kantiana en nuestro comportamiento, la cual se puede refutar desde la teoría dual de Kahneman y Tversky. Cáceres y Montemayor señalan como problemático no distinguir la agencia implícita y explícita con la cual se actúa en la cotidianidad de la vida jurídica. Entienden que en muchas ocasiones es deseable un pensamiento automático o sin reflexión, precisamente para que la práctica prospere (Cáceres y Montemayor, 2019: 99-127).

El pensamiento reflexivo no se ajusta siempre a la práctica jurídica, toda vez que un Estado de derecho para ser tal debe regirse por principios y reglas claros, que son de carácter eminentemente técnicos. Entonces, las reglas y principios en general pueden aplicarse de manera casi implícita, excepto en casos difíciles, en que la aplicación de un principio puede llevar más reflexión, lo cual no quiere decir que el operador de justicia deba ser creativo en lo que a derecho se

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

refiere, pues las reglas se establecen mediante una estricta división de funciones, en que el pueblo soberano es quien elige como quiere gobernarse, y bajo qué leyes, reglas y principios.

Otro punto abordado por Cáceres y Montemayor es el relativo a la neurodiversidad. En efecto, la agencia kantiana no reconoce la diversidad cognitiva en aquellos que por edad o condición no han alcanzado el estándar de competencia racional kantiana en la vida jurídica; por ejemplo, en cuestiones relacionadas con el goce de sus derechos sexuales y reproductivos, o bien en decisiones relacionadas con su derecho a la salud, la moral kantiana no se ajusta a las modernas concepciones neurocientíficas en cuanto a la autonomía progresiva en niños, niñas y adolescentes. Tampoco la agencia kantiana es inclusiva con aquellos que poseen alguna condición o enfermedad psíquica e intelectual. La tendencia en discapacidad es hacia un modelo que garantice la plena satisfacción biopsicosocial de los individuos, en que puedan ser respetados en la elaboración de sus proyectos de vida bajo un respeto por su autonomía (Cornejo y Lolas, 2016: 76-87).

Por otro lado, la agencia individual presenta obstáculos al momento de la acción. El comportamiento social difiere del comportamiento individual, y nuevamente vemos que los matices implícito y explícito se encuentran también en la distinción entre agencia moral y epistémica.

La agencia ideal kantiana es problemática, porque de esa visión nacen las reglas y principios ajustados a un estándar de agencia exigente e irreal para la mayoría de los sujetos, que excluye tanto a las personas con capacidades diferentes como a los que padecen una discapacidad psíquica, o bien aquellos que al llegar a la mayoría de edad no han alcanzado a formar un sistema nervioso central maduro, de modo que continúan comportándose de manera impulsiva o prerreflexiva.

Como se puede apreciar, aquello que fundamenta la regla general en materia de agencia termina siendo la excepción, porque en definitiva la mayoría de los actos que ejecutamos a diario, incluso en lo que respecta al ámbito jurídico, son de naturaleza implícita, automática, irreflexiva o prerreflexiva, instintiva, o bien sujeta a un hábito o costumbre sin cuestionamiento.

PERSPECTIVA NEUROCIENTÍFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

V. CONCLUSIONES

Existen diferencias entre la agencia kantiana y los elementos de la agencia que han sido objeto de múltiples investigaciones por las neurociencias. Uno de los elementos más debatidos de la agencia es el libre albedrío. Existen, como vimos, posiciones desde del neurodeterminismo, que lo niegan, hasta aquellas más conciliadoras que aceptan un cierto libre albedrío compatible con un determinismo casual en un nivel subpersonal, no reductible a un nivel personal. Para el derecho, ciertamente la posición compatibilista implica reconocer las concepciones de agencia que le han sido funcionales, sin perjuicio de que exista una actualización desde las neurociencias que sea necesario incorporar a las discusiones enraizadas en el sustrato agencial y los conceptos asociados, como autonomía y responsabilidad. Así, el derecho de raigambre occidental, tributario del influjo kantiano de la Ilustración, está siendo cuestionado por las investigaciones neurocientíficas, entre las cuales cabe recordar las alusivas a la economía del comportamiento, los estudios de autonomía progresiva en niños, niñas y adolescentes, en discapacidad; asimismo, los estudios en derecho penal y criminología, cuyos orígenes se remontan al siglo XIX.

Las neurociencias evidencian que el individuo no tiene un solo modo de ejercer su agencia todo el tiempo. Pudiera ser que grupalmente y en determinados contextos su agencia quede en estado de conciencia a lo Jasper; esto es, se percate de sí mismo y de su entorno, mas no sea necesaria una instancia reflexiva que impulse la acción, máxime si la circunstancia es irrelevante. Además, la función de la agencia reflexiva como imperativo categórico supone un estándar de comportamiento que con frecuencia en prácticas repetitivas, como suelen ser las profesiones u actividades con un alto grado de tecnicidad como es el derecho, no es necesario actuar bajo el imperativo del *sapere aude!* kantiano, incluso este actuar autónomo moral podría ser contraproducente en la práctica judicial, por ejemplo. Tampoco es cierto que las personas utilicen su agencia moral para celebrar contratos en que se garantiza la plena igualdad entre las partes, porque dejando de lado los contratos de adhesión, la mayo-

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

ría de ellos son contratos tipos, parte de un uso corriente en la práctica jurídica.

Otro aspecto de corte más antropológico-materialista es aquel que dice relación con el enfoque binario razón-emoción que las neurociencias han ajustado señalando que el pensamiento nace de un impulso emocional; es decir, la formación de un pensamiento reflexivo necesita como requisito *sine qua non* una emoción que lo ayude a nacer. Además, las emociones también evidencian control y consciencia en la toma de decisiones. En todo caso, la consciencia de un acto ocurre veinte milisegundos después de la acción, según los experimentos de Libet, justamente lo contrario de lo que señalaban los filósofos morales, entre ellos Kant. Para éstos, es claro que primero se es consciente de una decisión y posteriormente se inicia la acción.

Así, la agencia ideal kantiana puede coexistir con otros modelos de agencia, porque el sujeto contemporáneo posee una plasticidad neural que no es lineal ni consta de manera ideal en una abstracción. Cada vez es más patente que la idea kantiana de agencia produce disonancias en múltiples intersticios en el derecho.

Lo anterior da cuenta de que el paradigma neurocientífico requiere de un análisis de la agencia cada vez más sofisticado, que tenga un correlato en el derecho —neuroderecho— a fin de arrojar nos luces sobre nuestra propia y auténtica naturaleza humana, de modo de ajustar las reglas jurídicas a un traje (agencia) con mejor calce.

VI. REFERENCIAS

- ANSCOMBE, G. (1957), *Intention*, Basil Blackwell.
- ARPALY, N. (2004), *Unprincipled Virtue: An Inquiry into Moral Agency*, Oxford University Press.
- BREMBS, B. (2011), "Towards a scientific concept of free will as a biological trait: spontaneous actions and decision-making in invertebrates. Proceedings of the Royal Society B", *Biological Sciences*, vol. 1, núm. 10.

PERSPECTIVA NEUROCIÉNTIFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

- CÁCERES, E y MONTEMAYOR, C. (2019), "Agency and Legal Responsibility: Epistemic and Moral Considerations", *Problema*, núm. 13.
- CARUSO, G. (2015), "Free Will Eliminativism: Reference, Error, and Phenomenology", *Philosophical Studies*, vol. 172, núm. 10.
- CHURCHLAND, P. (2006), "The Big Questions: Do we have Free will?", *The New Scientist*, November, núm. 18.
- CHURCHLAND, P. (2017), "The Brains Behind Morality", *Cerebrum*, October.
- CORNEJO PLAZA, M. I. y LOLAS STEPKE, F. (2016), "Discapacidad, vulnerabilidad e investigación en psiquiatría. Aspectos éticos y jurídicos", *Jurisprudencia Argentina*, núm. 18.
- CORNEJO PLAZA, M. I. y ESCORZA PAVÉZ, D. (2014), *Concepto jurídico de persona en los pacientes en estado vegetativo permanente. Análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial*, Académica Española.
- CORTINA, A. (2010) "Neuroética: ¿las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?", *Isegoría*, núm. 42.
- CURRY, O. *et al.* (2019), "Is it Good to Cooperate? Testing the Theory of Morality as Cooperation in 60 Societies", *Current Anthropology*, vol. 60, núm. 1.
- DAMASIO, A. (2004), *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, trad. de J. de Ros, *Crítica*.
- DAVIDSON, D. (1980), *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press.
- DENNETT, D. (1992), *La libertad de acción*, Gedisa.
- DÍAZ, J. L. (1979), "Un enfoque sistémico de la relación mente-cerebro: hacia una reconciliación del determinismo y el libre albedrío", en FERNÁNDEZ-GUARDIOLA, A. (ed.), *La conciencia*, Trillas.
- EVERS, K. (2010), *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, Katz.
- GAZZANIGA, M. (2000), "Cerebral Specialization and Interhemispheric Communication: does the Corpus Callosum enable the Human Condition?", *Brain*, vol. 7, núm. 123).
- GAZZANIGA, M. (2007), "My Brain Made me do it", en GLANNON, W., *Defining Right and wrong in Brain Science*, Dana Press.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

- GLANNON, W. (2007), *Defining Right and wrong in Brain Science: Essential Reading in Neuroethics*, Dana Press.
- GLANNON, W. (2011), *Brain, Body and Mind. Neuroethics with a Human Face*, Oxford University Press.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2014), "Entre razones y causas. Sobre la relación entre las emociones y las acciones y sus implicaciones para la responsabilidad", en PAPAYANNIS, Diego (coord.), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2009), *Emociones, responsabilidad y derecho*, Marcial Pons.
- GREENE, J. (2015), "The Raise of Moral Cognition", *Cognition*, núm. 135.
- HAIDT, J. (2001), "The Emotional dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach To Moral Judgment", *Psychological Review*, vol. 108, núm. 4.
- HAIDT, J. (2003), "The Moral Emotions", en DAVISON, R. J. *et al.*, *Handbook of Affective Sciences*, Oxford University Press.
- WILLIAMS, J. (1956), *The will to Believe and Other Essays in Popular Philosophy*, Dover.
- JASPERS, K. (1963), *Psicopatología general*, Beta.
- KANE, R. (1996), *The Significance of Free Will*, Oxford University Press.
- KANE, R. (2011) *The Oxford Handbook of Free Will*, Oxford University Press.
- KANT, I. (1943), "Principios metafísicos del derecho", *América*.
- KANT, I. (1996), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel.
- KANT, I. (2002), *Crítica de la razón práctica*, Alianza.
- KANT, I. (2013), *¿Qué es la Ilustración?*, trad. y ed. de Roberto R. Aramayo, Alianza.
- KOHLBERG, L. (1969), "Stage and Sequence: The Cognitive Development Approach To Socialization", en GOSLIN, D. A. (ed.), *Handbook of Socialization Theory*, Rand McNally.

PERSPECTIVA NEUROCIÉNTIFICA DE LA AGENCIA: ¿ES PROBLEMÁTICA...

- KOHLBERG, L. (1984), *The Psychology of Moral Development: The Nature and Validity of Moral Stage*, Harper y Row.
- LEARY, D. (2020), "William James and British Thought: then and Now", *BJPsych Bulletin*, núm. 44.
- LOLAS STEPKE, F. y CORNEJO PLAZA, M. I. (2017), "Neuroética, neurociencias y derecho. Culturas epistémicas y comunidades de práctica", *Jurisprudencia Argentina*, núm. 29.
- MARTÍNEZ, R. (1996), "Leibniz y la ciencia jurídica", *Anales de Derecho*, núm. 4.
- MONASTERIO ASTOBIZA, A. (2019), "Ética para máquinas. Similitudes y diferencias entre la moral artificial y la moral humana", en TOBOSO, Mario, APARICIO, Manuel y LÓPEZ, Daniel, debate "Ética, robótica y tecnología asistencial", *Dilemata*, núm. 30.
- NUCCI, L. P. y TURIEL, E. (1978), "Social Interactions and the Development of Social Concepts in Pre-School Children", *Child Development*, núm. 49.
- PÉREZ ZAFRILLA, P. (2013), "Implicaciones normativas de la psicología moral: Jonathan Haidt y el desconcierto moral", *Revista Internacional de Filosofía*, núm. 59.
- PIAGET, J. (1932), *The Moral Judgment of the Child*, The Free Press.
- RUHL, N. (2009), *Neuroética y responsabilidad. Una discusión sobre el libre albedrío y el determinismo neuronal*, Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Cuyo.
- SATINOVER, J. (2002), *The Quantum Brain: The Search for Freedom and the Next Generation of Man*, Wiley.
- SIU, C. y MURPHY, K. (2018), "The Development of Human Visual Cortex and Clinical Implications", *Eye Brain*, vol. 24, núm. 10.
- SCHLOSSER, M. (2019), "Agency", en ZALTA, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/agency/>.
- SOLOMON, R. (2007), *Ética emocional. Una teoría de los sentimientos*, Paidós.
- TAYLOR, C. (1997), *Argumentos filosóficos*, Paidós.

MARÍA ISABEL CORNEJO PLAZA

- WALTER, H. (2001), *The Neurophilosophy of Free Will*, The MIT Press.
- ØSTBY *et al.* (2009), "Heterogeneity in Subcortical Brain Development: A Structural Magnetic Resonance Imaging Study of Brain Maturation from 8 to 30 Years", *Journal of Neuroscience*, vol. 29, núm. 38.

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA JURÍDICO-ANALÍTICA DE ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN*

*LAW AND THE ORIGIN OF THE WORD. THE LEGAL-ANALITYCAL
PHILOSOPHY OF ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN*

Piero MATTEI GENTILI**

Resumen:

Este trabajo ha sido concebido como un homenaje para Rolando Tamayo y Salmorán por medio del examen de algunas de sus principales aportaciones a la filosofía del derecho. Con esto en mente, el texto parte de un planteamiento panorámico sobre el estado de la filosofía jurídica en México y el ambiente en el que se desarrolla Tamayo. Con posterioridad, se explica que el ensayo estará enfocado en explorar dos aspectos de su obra. Primero, la importancia de conocer el origen de la ciencia del derecho, la *jurisprudencia*, de la formación de sus conceptos, sus fundamentos romanos y los postulados epistémicos que tomaron de los griegos. Segundo, la definición del derecho como una técnica de reforzamiento de la conducta que es posible encontrar en todas las sociedades. De modo tangencial se explica el concepto de norma como herramienta primordial de la técnica jurídica.

Palabras clave:

Tamayo, homenaje, ciencia jurídica, Roma, *jurisprudencia*, técnica jurídica, norma.

Abstract:

This work was conceived as a tribute to Rolando Tamayo y Salmorán and examines some of his main contributions to legal philosophy. With this in mind,

* Artículo recibido el 30 de noviembre de 2021 y aceptado para su publicación el 10 de diciembre de 2021.

** Candidato a investigador de doctorado en la Universidad de Girona.

PIERO MATTEI GENTILI

the text begins with an overview of the state of legal philosophy in Mexico and Tamayo's environment. The essay then focuses on exploring two aspects of his work. The first is the importance of knowing the origin of the science of law, the Jurisprudentia, the emergence of its concepts, its Roman foundations and the epistemic tenets taken from the Greeks. The second is the definition of law as a behavior reinforcement technique that is found in every society. The concept of rule as a basic tool of legal technique is briefly explained.

Keywords:

Tamayo, Tribute, Legal Science, Rome, Jurisprudentia, Legal Technique, Norm.

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Tamayo versus la predicación: sobre la jurisprudencia*. III. *Un persistente objeto llamado derecho*. IV. *En el ojo del huracán*. V. *Epílogo*. VI. *Referencias*.

I. PREÁMBULO

En los años cuarenta del siglo pasado, Josef Kunz se embarcó en la labor de investigar y conocer el estado de la filosofía jurídica latinoamericana (sus principales exponentes, sus ideas, sus orígenes, sus influencias y sus tendencias). El resultado de esta labor sería plasmado en la obra *Latin-American Philosophy of Law in the Twentieth Century* (Kunz, 1950). El manuscrito es un gran retrato de la inquietud intelectual que abundaba de manera generalizada en la región; un entusiasmo que en buena medida se había reflejado en sus juristas, quienes buscaron también explorar el pensamiento filosófico de su época para trasladarlo a la reflexión acerca del derecho. Pero, a pesar de que en diversos países de la región era posible encontrar numerosos iusfilósofos con buena formación y propuestas sugestivas, Kunz concluía sin dudar que los dos países con mayor desarrollo en la materia —tanto por calidad como en cantidad— eran México y Argentina. Poco más de una década después, Kunz (1964: 278 y 279) reafirmaría esta opinión, sumando algo más de entusiasmo respecto del panorama mexicano, en el cual consideraba que la filosofía jurídica tenía gran estima, había alcanzado grandes resultados, y, además, siempre continuaban apareciendo nuevos pensadores. Por otro lado, manifiesta una fuerte aflicción en relación con el panorama argentino frente a lo que considera como el desplome de la teoría egológica y de la escuela de Carlos Cossio —si bien destaca la presencia de un joven e inteligente— Ambrosio L. Gioja en el panorama del país.

En efecto, a mediados del siglo pasado, el panorama para esta disciplina en tierras mexicanas era abundante, y su futuro parecía prometedor, con la guía de reconocidas figuras, como el laudado Eduardo García Máynez¹ y el famoso discípulo de José Ortega y Gasset, Luis

¹ Como muestra de la avidez intelectual de este iusfilósofo latinoamericano, es menester mencionar que en 1951 publicó su obra *Introducción a la lógica jurídica*,

PIERO MATTEI GENTILI

Recaséns Siches. Asimismo, con menos prestigio a nivel internacional, pero con fuerte reconocimiento e influencia nacional, también se encontraban Rafael Hernández Preciado, reconocido tomista y estudioso crítico de Hans Kelsen, y Guillermo Héctor Rodríguez, seguidor del neokantianismo de la escuela de Marburgo con Rudolf Stammler, y posteriormente con el mismo Kelsen (Vázquez y Lujambio, 2002: XV y XVI). Pero desde los tiempos en que Kunz escribió, la fortuna de la filosofía del derecho en México cambió para tornarse inconsistente. Y es que tanto el estímulo intelectual que habían propiciado los refugiados españoles republicanos, junto con el entusiasta panorama de investigación y formación académica que había acarreado el programa de consolidación de la Universidad Nacional, pronto comenzaron a desvanecerse de cara a una suerte de enajenación de la academia, que enfrentó a una escena política que procuró su politización y manipulación.

De tal modo, mientras que el hecho de que Ambrosio Gioja asumiera la dirección del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires involucraría un refugio de la política y un semillero de incitación intelectual que asistiría a la formación de grandes pensadores como Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Genaro Carrió, Roberto Vernengo o Carlos S. Nino, en México, gran parte de los jóvenes entusiastas de la filosofía jurídica que habían sido alentados a estudiar en el extranjero retornaron para realizar un vida académica breve y con pocos estímulos, eventualmente prefiriendo otras opciones de vida, como la carrera política (Pérez Carrillo, 1997: 197). No obstante, algunos persistieron en la empresa universitaria, como el alumno de Rafael Preciado Hernández, Javier Esquivel Pérez, y el personaje que ocupa la atención de este trabajo, Rolando Tamayo y Salmorán, que nunca ha dejado de reconocer la influencia que Guillermo H. Rodríguez ejerció en él y en su primer acercamiento al pensamiento kelseniano (Tamayo y Salmorán, 2002: 198 y 199).

mostrándose como pionero en esta materia —en la que continuaría su desarrollo con varias obras posteriores— puesto que es el mismo año en que se publican dos obras referentes a nivel mundial: el famoso artículo “Deontic logic”, de George von Wright, y la primera edición de *Juristische Logik*, de Ulrich Klug.

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

Frente a este panorama, es interesante encontrar al “sobreviviente” filósofo del derecho, Rolando Tamayo y Salmorán, un personaje de rigor filosófico que no se limitaría en replicar la doctrina kelseniana, y apoyándose también de la filosofía anglosajona en autores como Bentham, Austin, Hart o Raz (aunque sea israelí), así como alentado por su gusto por la filología, el estudio de los griegos y el pensamiento jurídico romano, desarrolló una importante y original obra en materia de filosofía jurídica analítica digna de discusión internacional.

Orgulloso de sus orígenes oaxaqueños, Rolando Tamayo y Salmorán creció en un ambiente estimulante. Hijo de la primera mujer ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, María Cristina Salmorán, en el seno de su casa conoció a algunos de los más grandes juristas mexicanos de la época, personajes cultos y de mundo. Su admiración por ellos orientó la vocación del joven Rolando; él quería ser abogado, pues en esa profesión había encontrado a los personajes con formación más completa.

No es extraño encontrar en la biografía de algunos connotados iusfilósofos que éstos no tuvieran un peculiar gusto o interés por el derecho, sino por la ciencia o la filosofía, y que decidieran iniciar sus estudios en éste por la perspectiva profesional y económica que la abogacía presenta; son tales los casos de Joseph Raz (Ruiz Manero, 1991: 321) y del mismo Hans Kelsen (Métall, 1976: 11-13). Sin embargo, Rolando Tamayo, de personalidad curiosa, quería ser no literato, no físico; no filósofo, sino abogado; más propiamente, jurista en toda la extensión de la palabra. Desde temprana edad, familiarizado con los tribunales, esto no lo encasilla, y su personalidad curiosa lo acerca —inicialmente a través de amigos suyos, como Ulises Schmill— a Guillermo H. Rodríguez y su pasión por la helenística, así como a la Facultad de Filosofía y Letras, experiencia de la cual nunca deja de destacar, fue alumno de Eduardo Nicol. Karl Popper y Hans Kelsen se vuelven lecturas recurrentes para el estudiante de derecho, que encuentra en la obra del jurista vienés un buen sustento respecto de la teoría del conocimiento del afamado filósofo de la ciencia, buena razón para leerlo y admirarlo, pues con ello rechazaba un iusnaturalismo tradicional, que siempre le ha causado resistencia (Tamayo y Salmorán, 2002: 198).

PIERO MATTEI GENTILI

Sin buscar profundizar más en la biografía del profesor Tamayo y Salmorán, por no estar capacitado para ello, y no ser el objetivo primario de este ensayo, basten estos pocos rasgos antecedentes para señalar su origen. Un hombre de profunda inquietud intelectual, pero con un amor arraigado por el derecho y la abogacía, él admite que no fue un camino fácil el procurar ambos frentes, inicialmente no causándole mucha gracia su “forzado” alejamiento de la práctica jurídica por la academia; pero en la figura de Hans Kelsen encuentra la inspiración de poder mantener un pie en los dos semblantes, el práctico y el académico, lo que —me parece— en su visión constituye precisamente el ser un gran jurista. Por ello, de manera anecdótica, no es de extrañar que aun hoy en día el profesor Tamayo pueda hablar con total soltura y una agilidad admirable de casos jurídicos prácticos a la par de todo su conocimiento dogmático, filosófico, e incluso filológico, tanto como para ilustrar a un estudiante como para asesorar a un abogado en la formulación de un alegato.

Es este el filósofo del derecho ante el que nos encontramos, uno que ante todo piensa como abogado, pero con la claridad de un filósofo analítico que busca elucidar el mundo y, a su vez, con un repertorio de conocimientos históricos y filológicos que le permiten manejar y desenmascarar las imprecisiones del lenguaje con excepcional agudeza para desarrollar con una racionalidad aguda el argumento que sustenta su caso.

Entonces, como una especie de reseña intelectual, el presente artículo busca explorar algunas de las principales aportaciones del pensamiento de Rolando Tamayo a la teoría jurídica, en donde se resaltan —al parecer de quien suscribe— no sólo la exigencia del uso riguroso del lenguaje, sino una fuerte compulsión por conocer el origen preciso del significado de los términos en los que se formula el derecho. Salvando las distancias entre concepciones y pensamientos en general, no parece precipitado señalar que, a la Michel Foucault, lo que hace peculiar la aportación del reconocido iusfilósofo mexicano a la teoría del derecho sea justamente lo que puede ser entendido como la puesta en práctica de una arqueología analítica del conocimiento del fenómeno jurídico. Por cierto, una aportación no menor si se tiene en consideración la frecuente apatía de los iusfilósofos analíticos por emprender labores de indagación acerca

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

de la historia de las ideas. En este sentido, la aportación de Tamayo trasciende la barrera del conocimiento filosófico presentando a la par una excelsa contribución histórico-filológica al conocimiento de la ciencia jurídica. No en balde, es recurrente encontrar en sus obras una declaración sobre la que fielmente arraiga su labor científica (Tamayo y Salmorán, 2015: 86):

...participo de la idea de que muchos complejos de la filosofía política, la ética, y la jurisprudencia, son mejor entendidos cuando se estudian en el momento en que surgieron, en circunstancias relativamente simples y no en las formas interpoladas en que posteriormente se conocen.²

En este tenor, para el iusfilósofo mexicano, su labor científica —en tanto jurista— consiste primordialmente en responder a la pregunta sobre las condiciones que gobiernan el uso de los predicados de la dogmática jurídica, para lo que es necesario el retorno a sus significados originarios.

De tal modo, siendo muy amplia la labor de sintetizar en un único ensayo la pluralidad de temas que Rolando Tamayo y Salmorán ha abordado en sus más de cuarenta años de labor académica,³ el presente trabajo buscará centrarse en la exposición condensada de dos (o tres)⁴ de ellos sobre los cuales considero que es particularmente notable su exposición. Los temas por tratar serán: la exposición del origen de la ciencia del derecho y en qué consiste su formulación (*more geometrico*) romana, y la definición del derecho, tanto como

² Véase también Tamayo y Salmorán, 2004: 16, 133.

³ El primer dato con que cuento de la producción intelectual de Rolando Tamayo y Salmorán sería su tesis de grado denominada *La Constitución como una teoría general del derecho* (México, 1967), posteriormente su tesis doctoral *L'État sujet des transformations juridiques*, defendida en la Faculté de Droit et Sciences Economiques de l'Université de Paris. Su primer artículo presentado en una revista académica "La imputación como sistema de interpretación de la conducta", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año IV, núm. 12, México, septiembre-diciembre de 1971. Y, su primera obra *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

⁴ Adelanto que en el apartado sobre la definición del derecho se abordará tangencialmente el concepto de norma, aunque sin buscar agotarlo.

PIERO MATTEI GENTILI

dictum como técnica de reforzamiento de la conducta. Tangencialmente al segundo tema, se explicará el concepto de “norma”, sin pretender agotarlo. Finalmente, se buscará discutir algunos de los aspectos expuestos de la obra de Tamayo para ilustrar la forma en que se colocan en algunos de los debates persistentes de la filosofía jurídica analítica.

A modo de advertencia, de antemano me disculpo con el lector y con el profesor homenajeado por cualquier posible imprecisión en la exposición de las ideas, efectivamente atribuyendo éstas a mi persona, y, en definitiva, no al autor originario de las ideas presentadas. Al respecto, cabe señalar que parte de la solidez académica de Rolando Tamayo y Salmorán se encuentra en el rigor y claridad de la exposición de su pensamiento.

II. TAMAYO VERSUS LA PREDICACIÓN: SOBRE LA *JURISPRUDENTIA*

Nuestro pensamiento jurídico, nuestro método y nuestra forma de intuición, toda nuestra educación jurídica, en una palabra, son romanos.

([HERING, 1998 [1877]: 10).

Los abogados del mundo latino nos asumimos herederos —de alguna manera— de la tradición jurídica romanista. En nuestra formación pasamos cursos de derecho romano, repasamos la historia de dicha civilización, aprendemos fórmulas a las que coloquialmente denominamos “latinajos”, y estudiamos sus instituciones, a las que nuestros profesores enaltecen, por ser la inspiración de nuestro derecho civil contemporáneo y, finalmente, un tanto de modo tangencial, se nos señala que los romanos crearon la ciencia del derecho o *jurisprudencia*, sin profundizar mucho en lo que esto significa o cómo es que lo hicieron.

No obstante nuestra asumida herencia, actualmente el estudiante de derecho que desee profundizar en la disciplina de la filosofía jurídica podrá consultar inmensidad de fuentes sobre diversos te-

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

mas, estudiar las ya clásicas teorías de John Austin,⁵ Hans Kelsen, Alf Ross, H. L. A. Hart o Norberto Bobbio, e incursionar en los contemporáneos Ronald Dworkin, Joseph Raz, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli o Eugenio Bulygin (por mencionar algunos); todas son posturas internacionalmente reconocidas, y a pesar de ese denso itinerario iusfilosófico recorrido, no tener noción acerca de en qué consiste la “ciencia jurídica” y el papel relevante de la influencia romana que se encuentra tanto en los ordenamientos como en las teorías que con ahínco ha estudiado y analizado.

Hasta qué punto sea reprochable al estudioso de la filosofía del derecho su desconocimiento sobre los orígenes de la *jurisprudentia* romana y en qué consiste ésta⁶ es debatible. Lo cierto es que la literatura al respecto, particularmente en lengua hispana, no es abundante. Los libros de derecho romano suelen enfocarse en las instituciones como resultado del derecho positivo de la época; la literatura de corte histórico poco profundiza sobre los métodos, y se centra en los sucesos como explicación de la evolución jurídica. Aunado a lo anterior, me atrevería a añadir otros dos factores a dicho problema. El primero, aunque ciertamente los estudiosos de la filosofía jurídica no siempre han obviado el estudio del pensamiento romanista,⁷ lo cierto es que en tiempos contemporáneos poco o nada se refiere a la relevancia de ésta en la literatura iusfilosófica, y extrañamente se remite en ésta a quienes lo trataron. El segundo, que las obras clásicas

⁵ Respecto de John Austin, aunque su famosa obra *The Province of Jurisprudence Determined* no enfatiza la importancia del derecho romano, en su lección “Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia”, este autor reconoce la importancia de sus métodos y axiomas, que, aplicados al análisis del derecho comparado, son de utilidad para elaborar una teoría general del derecho. Austin, 2011 [1828].

⁶ Especificando, no me refiero a que el estudiante desconozca la historia y las instituciones propias de lo que comúnmente denominamos “derecho romano” sino al razonamiento propio que subyace a la *jurisprudentia*.

⁷ Es sabido que la famosa Escuela Histórica del Derecho fundada por Friedrich Karl von Savigny y Gustav Hugo, y posteriormente su rebelde e ilustre discípulo Rudolf von Jhering, tomarían como referencia siempre al estudio del pensamiento romanista, particularmente el de sus estudios medievales (Floris Margadant, Guillermo, 1986: 326-335). Asimismo, son dignas de destacar las obras de Schulz, 1936, Kaser, 2013, Stein, 2004, Viehweg, 2007, y nuevamente Austin, 2011 [1828].

PIERO MATTEI GENTILI

de quienes trataron y estudiaron el pensamiento iusromanista —por razones editoriales, falta de traducción, o incluso económicas— no suelen ser de fácil acceso en las lenguas romances modernas.⁸

Por lo tanto, me parece destacable la labor del profesor Rolando Tamayo, quien no ha perdido la ocasión de hacer asequible a quien desee adentrarse en los estudios de filosofía jurídica la exposición —y relevancia— sobre en qué consiste la *jurisprudencia* romana y su evolución. Sin embargo, es menester destacar que dicha labor no pasa por lo meramente anecdótico, y, en cambio, es el resultado de la fuerte convicción de que el estudio, análisis y comprensión de los fenómenos no puede ser realizado racionalmente si no es desde los postulados de un método científico. En el caso del jurista que desee abordar los problemas del mundo jurídico de manera racional,⁹ éste cuenta con una serie de métodos, axiomas y conceptos que forman parte de la “ciencia del derecho”, la cual, si bien ha evolucionado con el tiempo, encuentra sus primeros postulados en la labor de los *jurisprudentes* romanos.¹⁰ Así, de manera contundente afirma Tamayo (2011 [1989]: 124) que “[l]a influencia del derecho romano no se limita a las instituciones que tomamos de él, de por sí enormemente importante, sino a su jurisprudencia”.

De este modo —si bien no recuerdo que alguna vez lo haya indicado explícitamente—, siempre he imaginado que la persistencia a las referencias de la *jurisprudencia* romana por parte del profesor Tamayo obedece a su creencia de que ésta será inequívocamente de utilidad a quien quiera adentrarse en los estudios de filosofía jurídica,¹¹

⁸ Al respecto, me parece digna de destacar como una buena aportación la obra de Aldo Schiavone, 2009.

⁹ Por “racional” refiero lo opuesto a “meramente intuitivo”, o que carece de un método de recolección de información, sistematización y verificación.

¹⁰ De acuerdo con Tamayo y Salmorán, el momento en que propiamente se puede hablar de ciencia es cuando los *iurisprudentes* romanos pasan de la mera acumulación de la experiencia a la realización de afirmaciones generales, que son producto de un método científico aplicado a los enunciados que componían el *ius*, del único que conocían, el de los geómetras y el lógico-deductivo. Cfr. Tamayo y Salmorán Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, Fontamara (1984), 2011, pp. 130 y 131.

¹¹ Aprovecharé este espacio para señalar que, de acuerdo con Tamayo, la diferencia entre filosofía y ciencia jurídica obedece a una distinción de objetos de estu-

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

pues solamente los análisis y conclusiones que partan del conocimiento de la ciencia podrán ser distinguidos de la mera predicación sobre el derecho. En este sentido, respecto de su labor, no escatima en señalar (Tamayo y Salmorán, 2015: 25):

Cuando abordo conceptos de la ciencia jurídica, no intento introducir una nueva ciencia del derecho, lejos de ello, hablo de la ciencia del derecho que existe *hic et nunc*; yo no me alejo de los conceptos dogmáticos forjados por manos de juristas, no he renunciado a ellos.

Como consecuencia, la explicación del surgimiento de la ciencia del derecho no puede partir sino exponiendo el surgimiento mismo de la ciencia misma y de las condiciones en que ésta surge, es decir, de la irrupción del λόγος (razón) en el mundo.

“Thales de Mileto vs. Resto del mundo” es el escrito en que el profesor Tamayo explica por primera vez a sus lectores el origen de la ciencia para, posteriormente, hilarlo a la explicación del origen de la *jurisprudencia* en su obra *Razonamiento y argumentación jurídica*.¹² Con elocuencia, el profesor señala que Thales de Mileto es el capítulo inicial de esta labor —y de la historia de la ciencia de la filosofía y de la ciencia— por ser el primero en “hablar diferente a como hablaba el resto del mundo. Thales introduce un nuevo discurso, una nueva forma de hablar. A esa nueva forma de hablar se le llamaría ἐπιστήμη («ciencia»)” (Tamayo y Salmorán, 2004: 24).

Entre finales del siglo VI e inicios del V a. C., la ciudad de Mileto vive una etapa de prosperidad económica y paz, condiciones propicias del ocio, que promueve la actividad intelectual desinteresada. Sumado a ello, el constante intercambio comercial y cultural había atenuado notablemente la influencia mitológica y teológica de las

dio, donde la primera analiza los conceptos y procedimientos de la primera, la cual, a su vez, se enfoca en la descripción y explicación del derecho. El profesor reconoce que la delimitación de la línea divisoria entre la filosofía y la ciencia puede ser difícil en la práctica, lo que no oscurece la distinción. Asimismo, le resulta importante destacar que ambas se necesitan recíprocamente (Tamayo y Salmorán, 2011 [1984]: 140 y 141).

¹² Originalmente aparecido en el número 14 de la revista *Isonomía*, en abril de 2001, este artículo pasaría a formar parte del capítulo primero de su obra *Razonamiento y argumentación jurídica*.

PIERO MATTEI GENTILI

formas de pensar, con lo que Mileto, como las demás *póleis*, se encontraba liberada de las formas teocráticas sociales en que vivían sus vecinos orientales (Tamayo y Salmorán, 2004: 27). Es en este contexto en el que Thales irrumpe, y, sin invocar a ninguna deidad, sin intentar persuadir, ignorando sentimientos o pasiones, declara (Tamayo y Salmorán, 2004: 28):

Quando dos líneas rectas se intersectan,
los ángulos opuestos son iguales.

Con este simple enunciado se presenta el inicio del fin de *doxa*. Los discursos que explican al mundo ya no son teológicos, *physis* (la naturaleza) ya no refiere a la genealogía de los dioses; el lenguaje deja de ser invocativo, patético y persuasivo. La fuerza del lenguaje ya no depende de la fuerza de la “fuente” que sostiene lo dicho, sino del hecho de que lo dicho es verdadero con independencia de quién no enuncie. Ha aparecido *lógos* (la razón), para abandonar el *káos* y dar lugar al *cosmos* (orden) (Tamayo y Salmorán, 2004: 26 y 27). En otro sitio, al respecto, Tamayo señala (1976: 16):

Physis, que al origen era completamente gobernada por dioses y demonios, va, paso a paso, a emanciparse de los dioses. Estos se convierten en elementos, fuerzas o propiedades de la naturaleza. *Physis*, se encuentra sometida a medidas, a reglas que le son inmanentes; *Physis* se transforma en *cosmos*.

¿Cómo opera episteme?

Lógos significa tanto la “palabra” o “el pensamiento que a través de ella es expresado” como la “razón” o “el propio pensamiento”. Puede entenderse, en el primer sentido, como discurso o enunciado, o bien como una narración. En el segundo, “de lo que se habla”, es pensamiento, “prueba” o “fundamento” (*kata logón*: “conforme a la razón”). Así, *λόγισμός* (*logismos*) significa “argumento”, “conclusión”, “razonamiento”. *Lógos* no tiene una traducción satisfactoria en lengua castellana, pero era expresada por los griegos como forma de dar cuenta del trasfondo del conjunto de los fenómenos que se les

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

presentaban, explicando la forma y manera particular en que efectivamente existen (Tamayo y Salmorán, 2004: 29 y 30).

Los enunciados propios del *lógos*¹³ son declarativos, y su fuerza semántica no radica en su emisor o en su fuente, sino en su verificabilidad a partir de la experiencia. Con estos enunciados se crea un lenguaje universal que denomina con nombres comunes fenómenos particulares¹⁴ que comparten características similares, con independencia del lugar y tiempo en que se presenten. El mundo se compondrá de enunciados que nombran fenómenos, y cuyo significante se encuentra respaldado en un referente propio de la experiencia, generando así lo que Tamayo denomina una “comunidad de lo real” (Tamayo y Salmorán, 2004: 33 y 35), en donde todos contamos con un mismo término y una misma explicación para referirnos a fenómenos de características similares, con independencia de que Pedro lo presencie en la Ciudad de México y Arnaldo lo haga en San Salvador de Jujuy.

De manera anecdótica, la constatación de diversas concepciones de la justicia entre civilizaciones y la misma transformación de la vida espiritual griega sentaría las bases para el potencial nacimiento de una ciencia jurídica helénica, concretamente por el nacimiento de un escepticismo creciente que originalmente separaría a la ética del orden objetivo del mundo; consecuentemente, alcanza la destrucción de la creencia en un orden jurídico objetivo (Verdross, 1983: 31). *Physis* se había separado de *Diké* (la justicia, e hija de Zeus y Themis), con lo que nace un nuevo pensamiento jurídico, que desprende al derecho de la subjetividad humana, independiente de un derecho objetivo que va más allá de la conciencia. El movimiento sofista —que pone al hombre como medida de todas las cosas— presenta como parte de su programa una distinción y oposición de términos entre ciencia y fe religiosa. En este sentido, sometieron a crítica el fundamento de la validez del derecho consuetudinario, negando que la costumbre y la tradición tuvieran una obligatoriedad intrínseca. La diferencia entre legislaciones e instituciones de

¹³ Tamayo, didácticamente, los denomina “enunciados α ”.

¹⁴ El mundo está compuesto de fenómenos singulares; la ciencia se compone de enunciados universales que refieren a clases de cosas. “¡No existe ciencia de lo singular!” (Tamayo y Salmorán, 2004: 77).

PIERO MATTEI GENTILI

una *polis* a otra les permite ver a *nomos* como un producto humano, contingente, mutable; en suma, convencional, muy distinto a la permanencia e inmutabilidad de *physis* (Tamayo y Salmorán, 1976: 18-20). Lamentablemente, esta línea de pensamiento es efímera y se interrumpe. Rolando Tamayo culpa de ello —no sin razón— a Platón, por poner nuevamente de moda la búsqueda del absoluto y colocar a la deidad como medida de todas las cosas, con lo que los sistemas metafísicos, los tratados políticos buscan inútilmente la respuesta absoluta y definitiva a las modalidades jurídicas del comportamiento humano (Tamayo y Salmorán, 1976: 20).

Pero, dice Tamayo (2004: 91) “...la ciencia que no crearon los griegos... se la encargaron hacer a los romanos, con instrucciones precisas”.¹⁵ El profesor refiere a la existencia específica de la profesión jurídica¹⁶ en Roma como un factor fundamental que propició el nacimiento de una ciencia jurídica en esta civilización. Desde sus orígenes, los romanos vivieron siempre al lado de los *iuspruden-*

¹⁵ Sin embargo, parece importante mencionar que hay quien considera que los griegos efectivamente desarrollaron una ciencia jurídica propia (véase Calhoun, 1923, 296 y 297). Rolando Tamayo no realiza una afirmación tan contundente; es cauto al exponer su postura sobre si los griegos llegaron a producir una ciencia jurídica. Señala que, efectivamente, los griegos no realizaron un cuerpo sistematizado de principios y enunciados, reglas hermenéuticas y de razonamiento jurídico, todo separado de la filosofía política, como sí lo hicieron los romanos. Sin embargo, “...si por «ciencia del derecho» entendemos meramente la disciplina especializada de los juristas por la cual se determina el derecho aplicable, entonces los griegos conocieron una incipiente jurisprudencia” (Tamayo y Salmorán, 2011 [1984]: 199). Considero que si bien no se puede afirmar contundentemente que los griegos hayan realizado propiamente una ciencia del derecho, de lo que no debe haber duda es que varios de los problemas del fenómeno jurídico los trataron con el rigor propio de la racionalidad científica que habían venido desarrollando, sentando así las bases de cualquier ciencia jurídica. El propio Michel Foucault sostiene indicios de éstos al exponer que son los griegos los primeros en elaborar un proceso para determinar cómo producir la verdad, en qué condiciones, qué formas han de observarse y qué reglas han de aplicarse; es decir, establecieron al derecho —cual producto racional— como el derecho subjetivo de oponer la verdad al poder o a la fuerza bruta (Foucault, 2013 [1978], 66 y 67). El propio Tamayo realiza una exposición bastante detallada que sustenta lo dicho por Foucault (véase Tamayo y Salmorán, 2010).

¹⁶ Es decir, en Roma, a diferencia de la antigua Grecia, existían personas cuya labor profesional estaba enfocada al estudio y a la interpretación del derecho.

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

tes, cuyo oficio no era nada rudimentario, pues su dominio requería de recursos intelectuales sofisticados. El desarrollo de técnicas de interpretación y conceptos específicos para determinar cuál era el *ius* y su alcance fue facilitado originalmente por los colegios de pontífices y su hermetismo, con lo que cambiaron radicalmente el significado de las *Doce Tablas*, extendiendo su alcance a situaciones nuevas que éstas no preveían (Tamayo y Salmorán, 2011 [1984]: 124 y 125). No obstante, aunque esta labor fue adquiriendo prestigio e importancia, en un principio los romanos no la llamaron *scientia* (Tamayo y Salmorán, 2004: 94 y 95).

Es frecuente encontrar que el esplendor de la *jurisprudencia* romana se alcanza a finales de la República, a mediados del siglo II a. C., a partir de una fuerte acentuación de la moda helénica, y continuó su desarrollo a lo largo del periodo clásico (Ruiz Miguel, 2009: 58-60). El paso decisivo a la formación de una ciencia jurídica *stricto sensu* se presenta con la adopción de la moda helenística, con el sorprendente resultado del desarrollo de la jurisprudencia dentro del marco de la ciencia griega. De este modo, la jurisprudencia romana “pasa de ser cautelar y práctica hacia una fase en la que se convierte en un *sistema*” (Tamayo y Salmorán, 2004: 98 y 99).

Para hacer ciencia del derecho, los romanos se basaron en el único libro (manual) sobre cómo hacer ciencia que conocían, *Analytica posteriora* (Segundos analíticos) de Aristóteles. Aunque en éste el estagirita exploya el método de hacer ciencia respecto de los fenómenos naturales, método que él mismo lo consideraba aplicable a otro tipo de ciencias (Tamayo y Salmorán, 2004: 105). Al respecto, es el propio Aristóteles quien señala a la *frónesis* (*prudentia*) como producto del *lógos*, en cuanto “ajustándose a la razón”, busca la acción humana racional, justificada. De este modo, la *prudentia*, como producto racional, responde a las cuestiones ¿qué es? y ¿qué hacer? (Tamayo y Salmorán, 2004: 92 y 93).

El cambio en la jurisprudencia es sustancial en varios aspectos. Anteriormente los *jurisprudentes* habían sido cautelosos respecto de la abstracción, considerando que un exceso en ésta podría ser peligroso, haciendo al *ius* incapaz de resolver casos concretos y, por ende, confiando más en la fórmula concreta de las *acciones* (Schulz, 1936: 42 y 43). Asimismo, al descubrir que los sustantivos y los ver-

PIERO MATTEI GENTILI

bos podrían ser clasificados sobre la base de sus similitudes en sus formas, se introduce a la analogía como técnica en la jurisprudencia (Stein, 2007: 6). Estos pasos se sintetizan en la *epagoge* (inducción) como método que permite resolver el problema general de la ciencia —al igual que en las ciencias naturales— de que el objeto de la experiencia (*empeiria*) se componga en entidades singulares. Por medio de este procedimiento se generan “clases de cosas” que serán divididas en *genera* y *partes* (Tamayo y Salmorán, 2004: 103). Las “clases de cosas” serán así los “primeros principios” de la ciencia, que constituyen hipótesis, axiomas y definiciones (*horoi*) (Tamayo y Salmorán, 2004: 84). Aplicados a la *jurisprudencia*, por medio de este procedimiento se generan las *regulae iuris* (proposiciones generales), que permiten la aplicación sencilla de los *praecepta* a nuevos casos que se presenten a la experiencia (Tamayo y Salmorán, 2004: 101-103), cerrando así —momentáneamente— el procedimiento científico mediante la aplicación de un *silogismo* (deducción), conformado por el “primer principio” como premisa mayor y por el nuevo hecho experimentado como premisa menor, generando una respuesta *racional* a manera de conclusión. Como señala Aldo Schiavone (2009: 2013-2014), este método —aplicado inicialmente y con rigor por Quintus Mucius Scaevola— le confirió al *ius civile* una solidez y certeza que nunca antes había podido adquirir.

Llegado a este punto, cito textualmente al profesor Tamayo (2004: 118) para ilustrar la claridad expositiva que lo distingue al mostrar cómo funciona el método de la *jurisprudencia* para, a su vez, generar dogmática jurídica:

Representemos el conjunto contrato (*pactum*) como un subconjunto del derecho (*ius*) compuesto de clases de contratos.

$$PACTUM = \{E, C, H, L, M a, M u, P, S\}$$

Donde ‘E’ designa (el conjunto de) *emptio venditio*; ‘C’, *commodatum*; ‘H’, *hypotheca*; ‘L’, *locatio conductio*; ‘M a’, *mandatum*; ‘M u’, *mutuum*, ‘P’, *pignus* y ‘S’, *societas*. Asumamos que este conjunto contiene la totalidad de (clases de) contratos romanos. Las entidades de cada clase de contrato (*E, C, H, L, et sit cetera*), ciertamente, son contratos singulares que comparten características comunes. Observación empírica que permite

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

a los juristas agruparlos en una clase. Ahora bien, los juristas romanos se percatan de que las entidades (*i. e.* los contratos) del conjunto *E* están acompañadas de la *actio empto*; las del conjunto *C*, de la *actio commodati*; las de *H*, de la *actio hypothecaria*; las de *L*, de la *actio conducti*; las de *Ma*, de la *actio mandati*; las de *Mu*, de la *actio certæ creditæ pecuniæ*; las de *P*, de la *actio pignoratitia* y las de *S*, de la *actio pro socio*.

De la anterior observación se sigue que todos los contratos romanos están acompañados de una *actio*. La *actio* asegura que las *obligationes* derivadas de los contratos sean cumplidas. La *actio* garantiza que el cumplimiento de las *obligationes ex contractu* no quede a la voluntad de las partes. Si este es el propósito de la *actio* que acompaña a los contratos, entonces existe un *principio* (*i. e.* una *regula iuris*) que penetra e informa todo el derecho romano de los contratos: el principio de *pacta sunt servanda* (todos los contratos deben ser puntualmente cumplidos).

Todos los contratos están garantizados judicialmente. El cumplimiento de los contratos no se deja a la voluntad de los contratantes. *Pacta sunt servanda* es, así, extraída de la experiencia jurídica romana y, en tanto, *regula iuris* (principio), se encuentra en la cúspide del sistema, conjuntamente con otros principios (*regulæ iuris*).

III. UN PERSISTENTE OBJETO LLAMADO DERECHO

En su más reciente obra, *Costumbre o eficacia*, Tamayo (2015: 25) indica:

[I]o que expongo en este libro se inscribe dentro de la corriente de la teoría jurídica analítica en tanto se ocupa del esclarecimiento del marco general del pensamiento jurídico. Sin embargo, la forma como abordo el problema se mantiene fuertemente ligada a la tradición jurídica romanista; por tanto, a la larga cadena de autores que han dado forma a la ciencia del derecho del mundo occidental.

Por supuesto, el párrafo anterior se aplica a la generalidad de su producción académica. Su convicción sobre la exigencia de esclarecimiento del pensamiento jurídico —y el lenguaje en que se formula— así como de mantenerse fiel a la observancia de la “ciencia del derecho que existe *hic et nunc*” disciplinadamente y de manera rigurosa.

PIERO MATTEI GENTILI

Esto es fácilmente observable no sólo en el empeño que ha puesto en exponer la *jurisprudencia* romana, sino en el método con el que desarrolla cualquier tema de filosofía jurídica.

En este sentido, a modo de ejemplificación de su método puesto en acción, el presente apartado se propone realizar una exposición sucinta de la explicación del concepto “derecho” por parte de Rolando Tamayo y Salmorán.

Partiendo de la controversia existente por el problema de la definición del derecho, el profesor Tamayo inicia su exposición con Hart señalando que pocas cuestiones referentes a la sociedad humana han sido preguntadas con tanta persistencia y contestadas de formas tan diversas, extrañas e, incluso, paradójicas, como la cuestión “¿qué es el derecho?” (Hart, 1994: 4). Sin embargo,

[I]a ciencia jurídica, desde su origen ha tenido muy claro qué cosa es el derecho (no hubiera habido ciencia del derecho, si eso no hubiera sido posible)... Para la profesión jurídica, desde tiempos clásicos, la descripción del derecho ha sido clara e inteligible (Tamayo y Salmorán, 2011: 3).

De este modo, los postulados metodológicos de la ciencia del derecho dictan que debemos partir de la experiencia en la determinación de su objeto, sin mitos, catequesis o conjeturas. Para esto, se cuenta con un dato irrefutable: el uso de la palabra “derecho” y expresiones relacionadas encuentra un equivalente en otros idiomas, y esto es innegable. De modo que el análisis del lenguaje que se usa para hablar de “derecho” será la herramienta adecuada para proceder.

Ahora, conforme informan los estudiosos del lenguaje, sabemos que “toda palabra que pertenezca a un lenguaje necesariamente nombra algo”. Esta máxima funciona como axioma inicial (Tamayo y Salmorán, 2011: 4). Es inobjetable que todos los idiomas modernos contienen la palabra “derecho” o sus equivalentes (*law*, *Recht*, *diritto*, etcétera), con lo cual sabemos que esta expresión no refiere a localismos (boludo, guay, chido, pana, etcétera), ni es exclusivo de un cierto idioma. Aunado a lo anterior, la historia proporciona evidencia contundente de la persistencia de dicho vocablo. Con esto

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

se sigue que, de algún modo, “derecho” es algo inseparable de las comunidades humanas. A partir de lo expuesto, obtenemos un segundo axioma: *ubi societatis ibi ius* (Tamayo y Salmorán, 2011: 6-8).

Sin embargo, a pesar de la persistencia del objeto, si en una comunidad solicitamos que nos muestren el derecho, se nos señalarán distintas entidades que no nos conduzcan a una respuesta inequívoca sobre lo que éste es. Posiblemente nos muestren un libro, algún edificio, una persona uniformada que porta un arma y una placa, otra persona vestida impecablemente con un portafolios o un sujeto que por alguna extraña razón porta una peluca blanca con rizos y una toga negra. Ante este problema, podemos concluir que “derecho” no es un concepto definible de manera ostensible, *i. e.*, no es susceptible de ser simplemente mostrado (Tamayo y Salmorán, 2013: 63).

El hecho de que el derecho no sea susceptible de ser definido ostensiblemente significa que debemos recurrir a otro tipo de enunciados o bien al uso de la perífrasis. Así, sabemos que el derecho es el producto de sus predicados; sólo éstos nos dicen lo que el objeto es para que muestre sus propiedades (*res latente*), de manera que debemos crear las condiciones para su observación (...*explicare definendo*) (Tamayo y Salmorán, 2013: 62 y 63); este es un caso de lo que Rudolf Carnap y Gilbert Ryle denominarán propiedades “disposicionales” (Tamayo y Salmorán, 2011: 9). El caso paradigmático que el profesor Tamayo ha utilizado para explicar la calidad disposicional o *res latente* de los objetos es suministrado por Ernesto Garzón Valdés, sobre la solubilidad del azúcar. Al respecto, el profesor cordobés señala (Garzón Valdés, 2011 [1992]: 19 y 20):

Si se acepta que el juicio de estabilidad es de naturaleza descriptiva, habrá que indicar cuáles son los datos empíricos de los que depende su verdad o falsedad... Para nuestro tema basta señalar que los enunciados que predicen propiedades disposicionales indican que la persona o cosa de que se trata tiene una cierta capacidad, tendencia o propensión. No son informes sobre estados de cosas observados ni narran incidentes, pero están íntimamente vinculados con éstos pues sólo son verdaderos si los satisfacen.

PIERO MATTEI GENTILI

Tomando estos postulados, tanto Tamayo como Garzón señalan que podemos afirmar la propiedad de la solubilidad del azúcar sin que por ello incurramos en predicaciones metafísicas o mágicas (Tamayo y Salmorán, 2013: 64). Simplemente debemos crear la condición para que dicha disposición (*res latente*) sea verificable, y, consecuentemente, se exponga como verdadera, es decir, poner un cubo de azúcar dentro de un recipiente que contenga agua (y probablemente agitarlo un poco, de lo contrario la propiedad tarda mucho en manifestarse). Tamayo, además, destaca que la condición de disponibilidad o *res latente* es relevante, pues una vez creadas las condiciones para su manifestación, siempre es verificable, no constando de un hecho aislado en el tiempo y fortuito, es decir, la misma condición de verdad se mantiene cual enunciado declarativo, pues todas las veces que tengamos curiosidad podremos poner el azúcar en agua y verificar que es soluble (Tamayo y Salmorán, 2013: 64 y 65).

¿Cuáles son las condiciones que gobiernan el uso de “derecho”?

Tamayo ilustra que la respuesta de los juristas es simple (aunque no fue simple encontrarla). Para que aparezca el derecho, para que sea verificable su existencia, basta la condición de *decirlo* (Tamayo y Salmorán, 2011: 11); el propio lenguaje es circunstancia de su existencia. Refiriendo nuevamente a los *jurisprudentes* romanos, el profesor indica que éstos se percatan de que la expresión *ius* es un topónimo que indica el lugar en que éste se pronuncia, el acto o el lugar de la “administración de *justitia*” (Tamayo y Salmorán, 2013: 66).

La conclusión expuesta no sólo nos habla de la condición para la manifestación del derecho, sino que nos ilustra bastante sobre su misma creación. Así, con la *ius-dictio*, Rolando Tamayo —siguiendo a Rudolf von Jhering— indica que el origen y el desarrollo del derecho no datan sino a partir de la creación de las funciones judiciales (Tamayo y Salmorán, 2011: 12 y 13). En similar línea, destaca Joseph Raz (1975: 105 y 106) que aunque una de las características prominentes de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es la de contar con instituciones específicamente legislativas, no se trata

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

de un rasgo universalmente verificable a lo largo de la historia del derecho, y, en cambio, las instancias aplicadores de normas (*i. e.*, los jueces) sí son una constante en todo ordenamiento jurídico.

Si se busca profundizar, siguiendo la línea de razonamiento planteada, lo anteriormente desplegado nos puede decir algo más sobre el derecho. Si la condición de verificabilidad del derecho es “ser dicho” y necesariamente son los jueces los que lo expresan en primera instancia, es también un dato empírico comprobable temporal y espacialmente el hecho de que los enunciados dictados por los jueces expresan mandatos que se pueden parafrasear en términos de obligaciones impuestas sobre las partes. La obligación se compone de un enunciado deóntico, que se puede expresar mediante un antecedente y un consecuente, que tiene una doble expresión en la conducta del sujeto al que está dirigida. Cuando por medio de un imperativo se le indica a un sujeto “obligatorio que p” (Op), se le señala que su conducta tiene dos modalidades implícitas de realización que lo restringe en su actuación; por un lado, para cumplir con el deber impuesto ha de tener “permitido que p” (Pp) (Bulygin y Mendonca, 2005: 15-26); pero tal no es una permisión simple o facultativa, sujeta a su arbitrio, pues implícitamente el mandato también lo compele a “prohibido que no p” (Ph-p), es decir, no puede abstenerse de realizar la conducta p. De esta manera, la norma se compone de la siguiente manera $N(Op_{(Pp\&Ph-p)})$ y complementada por una disyuntiva correspondiente a la sanción, que puede ser representada de la siguiente manera $v S(-p \rightarrow e)$. Componiendo la fórmula completa:

$$N[Op_{(Pp\&Ph-p)}] v S(-p \rightarrow e)$$

Donde “N” refiere a la resolución del juez expresada en un enunciado normativo, “p” a la conducta establecida, “S” a la sanción, y “e” la consecuencia de ésta.

De este modo, si el derecho originalmente se compone del conjunto de resoluciones de los jueces, que constituyen mandatos expresados en enunciados deónticos que sirven como parámetros de

PIERO MATTEI GENTILI

evaluación de la conducta; *i. e.*, normas (*nomos*),¹⁷ no es extraño que incluso en su versión primitiva, históricamente se pudiera identificar al derecho como un conjunto de normas, tal cual lo hacen los profesionales del derecho (Tamayo y Salmorán, 2015: 31 y 32).

Bajo un razonamiento similar, Rolando Tamayo explica que el derecho, además de ser un lenguaje mediante el cual se expresa un mandato, es una técnica social específica de reforzamiento de la conducta (Tamayo y Salmorán, 2011: 21-24), dirigida a otros individuos, mediante normas que reducen las opciones de comportamiento. Esto es, ilustra a la norma como una técnica dirigida a generar un dilema (Tamayo y Salmorán, 2015: 36 y 37) en el comportamiento del agente, en donde lo que se ordena es la no realización de un determinado curso de acción:

$$\phi \psi - \phi \rightarrow \pi$$

Donde ϕ es la meta variable que cubre cualquier conducta prevista, ψ el símbolo que representa el dilema y π un acto de coacción fuertemente inhibitorio.

IV. EN EL OJO DEL HURACÁN

Comparto la idea de que una manera de dilucidar la calidad de una obra reside en gran parte de su capacidad de hacernos reflexionar, y de ser susceptible de ser discutida con otras ideas que a pesar del tiempo siguen siendo valoradas de manera positiva. Esto es, una obra tiene calidad cuando cuenta con la capacidad de colocarse en el corazón de los debates que importan a una disciplina. En este tenor, no creo equivocarme al señalar que la mejor manera de homenajear a un pensador es estudiarlo y discutirlo en el contexto de las ideas más debatidas de su disciplina.

Hasta este punto he buscado exponer algunos de los aspectos que considero más particulares de la obra del profesor Rolando Tamayo,

¹⁷ Para una exposición detallada sobre cómo el concepto de “norma” es adoptado en lenguaje jurídico a partir de su origen significativo como “patrón de medición”, véase Tamayo y Salmorán, 2004: 112 y 113.

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

y he procurado dejar entrever que una de sus principales aportaciones a la teoría jurídica contemporánea consiste en rescatar el método científico adoptado por los jurisprudentes romanos y la forma en que los axiomas de éste pueden ser extrapolados para indagar en el concepto de derecho, y así, asentar las bases para la realización de una teoría del derecho a partir de la elucidación de su componente más elemental: la norma jurídica. En este sentido, hasta el momento el trabajo se ha mantenido en un tono prominentemente laudatorio. Pero, a continuación, esta labor de homenaje tomará un giro para buscar debatir con Rolando Tamayo y mostrar la forma en que su pensamiento se inserta en algunos de los debates prominentes que han compelido a la filosofía jurídica analítica y a algunos de sus principales expositores.

Considero que una de las principales virtudes de la obra del profesor Rolando Tamayo reside en el sustento historiográfico que pone sobre la reconstrucción del derecho a partir de la perspectiva de la profesión jurídica, y en particular, de la función judicial. En esta línea, no obstante, me surge la duda de si la reconstrucción teórica que él propone para el derecho parte de lo que los profesores Alchourrón y Bulygin (1975: 208) denominan la “perspectiva del juez”. Hasta donde he podido verificar, Tamayo nunca explicita este presupuesto; pero me inclino a asumir que este es el caso, puesto que, siguiendo lo expuesto, quienes por excelencia expresan y determinan el derecho aplicable son los jueces, motivo por el cual históricamente éstos han constituido la fuente primigenia de constatación del derecho vigente por parte de los juristas; incluso, la reconstrucción de los *regulae iuris* por parte de los primeros jurisprudentes partió de encontrar los aspectos comunes entre las diversas resoluciones que estudiaban de los jueces. Esto es, los *regulae* constituirían clases de normas identificadas por los jueces (por diversas fuentes) en la aplicación del derecho, pero clasificadas y expuestas de manera ordenada por los jurisprudentes. Incluso, en refuerzo de esta suposición, para Tamayo los *actos* de aplicación del derecho involucrarían (en contrapartida) también la creación de normas. En este sentido, es la función judicial aquella que por antonomasia cuenta con la labor de aplicar el derecho, y al hacerlo, participaría en una forma privilegiada del fenómeno de la *normodinámica* (Tamayo y Salmorán, 2015: 43-45). Si-

PIERO MATTEI GENTILI

guiendo el esquema de Tamayo, en la identificación del derecho los jueces partirían por identificar o interpretar normativamente el resultado de un acto que los condiciona (un acto-condición), que sería una norma o un conjunto de ellas, y la aplicación de éstas sería, a su vez, un acto-consecuencia, cuyo resultado sería otra u otras normas jurídicas (Tamayo y Salmorán, 1976: 93).

El hecho de que estos actos y sus resultados se encuentren *interrelacionados* hace partícipe al profesor Tamayo de una idea muy potente y que, como ha resaltado Raz (1980: 1 y 2), ha distinguido al positivismo jurídico analítico contemporáneo, y ésta es, que algo que distingue al derecho es ser un *sistema*, lo que implica que entre las normas jurídicas no son meramente un conjunto, sino que entre ellas existen diversas relaciones que regulan la identificación, creación, aplicación, e incluso derogación de normas que pertenecen al ordenamiento jurídico. Como señala Caracciolo (1988: 15), “cualquier conjunto constituye un sistema si incluye sus consecuencias lógicas, y cualquier conjunto que tenga algunas consecuencias lógicas normativas es un sistema normativo”.

Pero asumir que el derecho es un sistema normativo invita a discutir algunos aspectos sobre la obra de Tamayo, en particular sobre el concepto de norma. Como es sabido, la teoría jurídica de Hart ha sido denominada *practice theory* con motivo de su explicación de las normas como resultado de la práctica convergente entre los miembros de una comunidad. En este tenor, Tamayo se encuentra influenciado por Hart, y, considero, esta influencia se asoma en la exposición de tipo comportamental que adopta; esto es, en su énfasis en los *comportamientos jurídicos* que dan lugar a la creación y aplicación de normas (Tamayo y Salmorán, 1976: 93). No obstante, para Hart (1994: 79-81), el derecho es un sistema propiamente de reglas o normas,¹⁸ que resulta de la unión de reglas primarias (normas de

¹⁸ Por brevedad expositiva utilizo los términos “regla” y “norma” como sinónimos, aunque no siempre son entendidos como equivalentes. En el caso de Hart, explicaba al derecho como un sistema de reglas (*rules*) y, en este sentido, es posible equiparar el término con el de normas. Tamayo, no obstante, distingue entre normas y reglas, en donde las segundas serían producto de un comportamiento habitual de un grupo de personas, mientras que por normas —en particular, las normas jurídicas— no podrían ser subsumidas a regularidades de comportamientos, pues

comportamiento) con reglas secundarias (normas de cambio, de adjudicación y de reconocimiento). Tamayo, por su parte, agrega un elemento a la noción de sistema, y señala (1976: 95):

[u]na multitud de comportamientos jurídicos forman un sistema de normas, si estas normas poseen, cuando menos, un acto-condición común a todas ellas. Po tanto, *todas las normas que poseen un acto-condición común forman un orden o sistema de normas jurídicas*, son entidades de un mismo sistema. Una norma pertenece al sistema que su acto-condición más mediato origina o constituye, es decir, una norma pertenece al orden jurídico que su acto-condición más mediato hace posible.

Si bien los *actos* proporcionan rendimiento explicativo a la exposición, agregar a los actos como elementos del sistema jurídico genera perplejidad. Los sistemas y las normas que los componen son objetos conceptuales producto de interpretaciones y abstracciones que realizamos. Los *actos*, por su parte, son hechos, y entre hechos no hay relaciones lógicas ni normativas (Alchourrón y Bulygin, 1981: 126), motivo por el cual, en rigor, los actos no pueden formar parte de los sistemas. No he encontrado que este problema haya sido enfrentado por el profesor Tamayo, quien, de hecho, parece que, en efecto, sostiene que los actos (entendidos como hechos materiales) forman parte del sistema (Tamayo y Salmorán, 2011: 251). Considero que una posible solución a esta cuestión sería entender a los *actos* no rigurosamente como hechos materiales, sino como el concepto del *acto* que es concretado por un hecho material que es interpretado como su realización o concretización. No obstante, he de admitir que no confío en que ésta sea una solución satisfactoria, puesto que si el acto-condición es un elemento conceptual, no encuentro impedimento para señalar que éste forma parte de la norma precedente que fundamenta la creación de una norma subsecuente (lo que, además, proporcionaría economía conceptual a la exposición del sistema).

Esto invita, a su vez, a indagar sobre el concepto de norma jurídica avanzado por Tamayo. El tema de la adecuada conceptualiza-

no siempre son habitualmente obedecidas. Asimismo, las reglas refieren a reglas generales, mientras que el derecho contiene numerosas normas individuales (o individualizadas). Tamayo y Salmorán, 1976: 41-44.

PIERO MATTEI GENTILI

ción de las normas y, en específico, de las normas jurídicas, es uno de los más fecundos en la filosofía jurídica, en donde se han encontrado pocos acuerdos y subsisten no pocas controversias. Como señala Ross (1968: 78), con motivo de este desacuerdo entre los teóricos del derecho, el concepto de norma jurídica suele ser utilizado sin siquiera ser definido en lo absoluto. En este tenor, Tamayo (2013: 175) resalta que para subsanar este problema y dar cuenta del derecho, los juristas y los teóricos suelen operar con intuiciones básicas que asociamos con las normas jurídicas (son promulgadas, prescriben conductas, son el fundamento de las decisiones judiciales, etcétera). No obstante, como hemos visto, Tamayo no huye al problema.

En la conceptualización de la norma jurídica, Tamayo muestra sus influencias en Kelsen y Austin, considerando que las normas son el resultado de signos declarativos de volición¹⁹ sobre la conducta que debe observar una persona o clase de personas (Tamayo y Salmorán, 2011: 29). En esta línea, como hemos visto, las normas jurídicas ínsitamente tienen un carácter imperativo, cuya finalidad es reducir las opciones de conducta de sus destinatarios. Esta característica intrínseca en las normas jurídicas reflejaría el carácter del derecho como una técnica de reforzamiento de la conducta.

Pero Hart enfatizó que nuestra concepción del derecho se distorsiona demasiado si nuestra imagen del derecho se centra exclusivamente en normas coercitivas que acarrearán sanciones, puesto que el derecho no sólo está pensado para imponer deberes y obligaciones, sino que también asiste a los individuos para cumplir sus deseos otorgándoles poderes para crear derechos y deberes dentro de un marco estructurado (Hart, 1994: 26 y 27). El profesor Tamayo no escapa a esta observación originalmente dirigida a la teoría de Austin, y, con esta finalidad, señala que los *actos* contenidos en el sistema jurídico también dan lugar a las facultades jurídicas; de hecho, la

¹⁹ Este aspecto también daría lugar a otro debate, pues no queda claro que todas las normas sean producto de actos de voluntad en rigor, como las normas que son producto de la costumbre, en donde decir que son producto de la “voluntad colectiva” no podría ser entendido sino como una alegoría. Asimismo, Raz (1980: 67) también ha enfatizado que la concepción voluntarista de las normas no lograría dar cuenta de muchas normas de creación judicial, pues en muchas ocasiones los jueces crean normas sin darse cuenta de ello.

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

facultad es clave para entender al derecho como un sistema dinámico, pues sería el elemento que permitiría la creación y aplicación de actos de derecho y, como consecuencia, de su evolución (Tamayo y Salmorán, 2011: 245 y 246). En este sentido, las facultades parecerían entenderse como un tipo de normas; no obstante, no podrían ser subsumidas en la caracterización de Tamayo, puesto que no acarrearían sanción o no necesariamente están directamente respaldadas por un acto coactivo. Cuanto menos, esto invitaría indagar más sobre el concepto de norma jurídica, sus clases, y si es que en verdad cuentan con una característica ínsita en común.

Finalmente, un último aspecto que considero amerita ser mencionado para la reflexión (aunque sea de manera sucinta) recae en la autoría del sistema jurídico. El profesor Tamayo propone un cuadro divisorio entre niveles de reflexión disciplinaria y sus objetos. Así, una cosa es el derecho como fenómeno, un lenguaje, que es producto de la labor de los jueces y juristas en el desempeño de sus labores, y otra cosa sería la jurisprudencia o ciencia del derecho, entendida como un metalenguaje producto de la exposición ordenada del producto de la actividad de los juristas (Tamayo y Salmorán, 2011 [1984]: 141). Esta distinción, no obstante, cuando se habla de *sistemas* no es tan nítida como aparenta ser a primera vista. La creación de normas jurídicas, incluso cuando es regulada por el derecho mismo, no suele arrojar productos necesariamente consistentes entre sí, y a menudo es posible encontrar inconsistencias (algunas profundas) en el material jurídico, el cual, por sí solo no parece exponer su solución. Este problema parece sugerir que el derecho, por sí mismo, no es un sistema. Así, por decir, Giovanni Tarello (1979: 94) señalaba que

...il carattere di essere sistema non è un carattere dell'insieme delle norme di un diritto, ma è piuttosto un carattere del *modo di guardare* adottato da chi prende in esame l'insieme delle norme di un diritto. Non è il diritto in sé che è un sistema, ma è il diritto *in quanto guardato* come insieme di norme collegate... che appare come un sistema...²⁰

²⁰ "...el carácter de ser sistema no es un carácter del conjunto de las normas de un derecho, es más bien el carácter del *modo de observar* el derecho adoptado por

PIERO MATTEI GENTILI

Esto es, el *sistema jurídico* sería un producto propio de la ciencia jurídica, que presenta al derecho como un producto estructurado y jerarquizado cuando, como fenómeno, en realidad es bastante enredado. No obstante, Tamayo parece mantener que es el derecho, el fenómeno que es objeto de la ciencia jurídica, el que es propiamente un *sistema* (Tamayo y Salmorán, 2011: 256), pues son las normas jurídicas las que determinan la cadena de validez del derecho. Por supuesto, la postura de Tarello no es la imperante, y Tamayo no está sólo en su planteamiento, que sin duda también era sostenido por Kelsen (1982 [1960]: 233-236), por decir. No obstante, considero que el tema amerita mayor indagación por parte de los filósofos del derecho, puesto que la dogmática y la ciencia del derecho que es elaborada por juristas y teóricos en no pocas ocasiones es el producto de jueces y practicantes del derecho que en ocasiones realizan esta labor, y, a su vez, aquellos jueces y practicantes del derecho que no tienen la pretensión académica de hacer dogmática o ciencia jurídica suelen encontrarse influenciados por las obras de los teóricos, de modo que las normas que identifican y aplican en la realización de su labor en no pocas ocasiones tienen como fuente una doctrina o una teoría que explica qué son conceptos como la responsabilidad civil, o el dolo eventual, por ejemplificar. Así, por decir, el derecho romano que conocemos es un producto ordenado en *genera* y *partes* por parte de los jurisprudentes, pero que es reflejo de los conceptos y argumentos que los abogados y los jueces invocaban en los procesos.

V. EPÍLOGO

El presente trabajo ha sido solamente una breve exposición sobre dos temas ampliamente desarrollados con agudeza por el profesor Rolando Tamayo y Salmorán —profesor emérito por la Universidad Nacional Autónoma de México—. Con este trabajo se pretende realizar una invitación a profundizar en el pensamiento y en la obra

quien examina el conjunto de normas de un derecho. No es el derecho el que en sí mismo es un sistema, sino el derecho *en tanto visto* como un conjunto de normas relacionadas... que se presenta como un sistema...”

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

filosófica de este jurista mexicano para aquellos que lo desconocen o, habiendo escuchado su nombre, no hayan tenido particular ánimo de leerlo. Dicha invitación es acompañada con una promesa por parte de quien suscribe. De conocer a Rolando Tamayo mediante sus obras, uno podrá no estar de acuerdo en muchos aspectos, debatir con él de manera hipotética distintas ideas (como personalmente lo he hecho), pero nunca se quedará con una sensación de desilusión ante el rigor y la forma sugerente con la que expone los temas y sus ideas. También, como advertencia, incluso cuando se trate de un ejercicio hipotético de debate, Rolando Tamayo resulta un rival mordaz para discutir ideas.

Adicionalmente, me gustaría resaltar la utilidad de leer a Tamayo para cualquiera que profundice en los estudios jurídicos, especialmente si son de corte analítico. Como se expuso en el ensayo, el profesor Rolando Tamayo está comprometido con la filosofía del derecho para juristas y como jurista; su labor no consiste en mera especulación, y mucho menos en una predicación de fe. Su trabajo constituye un compromiso por esclarecer los conceptos jurídicos propios de la dogmática y presentar un material adecuado para que el jurista, en el ejercicio de sus labores, tenga un marco conceptual adecuado para comprender e interpretar la práctica jurídica. Esto explica que Tamayo continúe estudiando los problemas relativos al significado de los conceptos dogmáticos del derecho con los que todo jurista se enfrenta día a día desde los orígenes de esta profesión: “personalidad jurídica”, “responsabilidad”, “obligación”, son sólo algunos de los ejemplos de temas que nunca se han desentendido de una tradición, y que frente al terreno por explorar en un mundo siempre cambiante, su origen en el pensamiento jurídico es un asunto que los nuevos estudiosos no habrían de ignorar.

VI. REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

PIERO MATTEI GENTILI

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1981), “La concepción expresiva de las normas”, en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- AUSTIN, J. (2011 [1828]), *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de F. González Vicén, México, Fontamara.
- BULYGIN, E. y MENDONCA, D. (2005), *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons.
- CALHOUN, G. (1928), “Greek Law and Modern Jurisprudence”, *California Law Review*, vol. 11, núm. 5.
- CARACCILO, R. (1988), *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CASTIGNONE, S., GUASTINI, R., y TARELLO, G. (1979), *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Génova, ECIg.
- FOUCAULT, M. (2013 [1978]), *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de E. Lynch, Buenos Aires, Gedisa.
- GARZÓN VALDÉS, E. (2011 [1992]), *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, 5a. ed., México, Fontamara.
- HART, H. L. A., 1994 [1961], *The Concept of Law*, BULLOCH, P. A. y RAZ, J. (eds.), 2a. ed., Oxford, Clarendon Press.
- JHERING, R. (1998 [1877]), *El espíritu del derecho romano*, vol. 1, trad. de E. Príncipe y Satorres, Granada, Comares.
- KASER, M. (2013), *En torno al método de los juristas romanos*, trad. de Juan Miquel, México, Ediciones Coyoacán.
- KELSEN, H. (1982 [1960]), *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de R. Vernengo, México, UNAM.
- KUNZ, J. (1950), *Latin-American Philosophy of Law in the Twentieth Century*, Nueva York, Inter-American Law Institute.
- KUNZ, J. (1964), “An Introduction to Latin-American Philosophy of Law”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 15, núm. 2.
- MARGADANT, G. Floris (1986), *La segunda vida del derecho romano*, México, Miguel Ángel Porrúa.
- MÉTALL, R. (1976), *Hans Kelsen, vida y obra*, trad. de J. Esquivel Pérez, México, UNAM-IIJ, 1976.

EL DERECHO Y EL ORIGEN DE LA PALABRA. LA FILOSOFÍA...

- PADOVANI, A. y STEIN, P. (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 7, *The Jurists' Philosophy of Law From Rome to the Seventeenth Century*, Springer, Dordrecht.
- PÉREZ CARRILLO, A. (1997), "Presentación del libro *Racionalidad jurídica, moral y política* de Javier Esquivel", *Isonomía*, núm. 6.
- RAZ, J. (1975), *Practical Reason and Norms*, Oxford, Clarendon Press.
- RAZ, J. (1980), *The Concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press.
- RUIZ MANERO, J. (1991), "Entrevista con Joseph Raz", *Doxa*, núm. 9.
- RUIZ MIGUEL, A. (2009), *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, 2a. ed., Madrid, Trotta.
- SCHIAVONE, A. (2009), *Ius, la invención del derecho en Occidente*, trad. de G. Prósperi, Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2009.
- SCHULZ, F. (1936), *Principles of Roman Law*, trad. de M. Wolff, Oxford, Oxford University Press.
- STEIN, P. (2004), *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press.
- STEIN, P. (2007), "The Roman Jurists' Conception of Law", en PADOVANI, A. y STEIN, P. (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Vol. 7, *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*, Springer, Dordrecht.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (1976), *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM-IIJ.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2001), "Thales de Mileto vs. Resto del mundo", *Isonomía*, núm. 14.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2002), "Rolando Tamayo y Salmorán", en VÁZQUEZ, R. y LUJAMBIO, J. (comps.), *Filosofía del derecho contemporánea en México*, 2a. ed., México, Fontamara.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2004), *Razonamiento y argumentación jurídica*, 2a. ed., México, UNAM-IIJ.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2010), *El origen del proceso (a la luz de la obra de Hans Julius Wolff)*, México, UNAM, Facultad de Derecho-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

PIERO MATTEI GENTILI

- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2011 [1984]), *El derecho y la ciencia del derecho*, México, Fontamara.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2011 [1989]), *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, México, Ediciones Coyoacán.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2011), *Introducción analítica al estudio del derecho*, 2a. ed., México, Themis.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2013), *Juris prudentia, More geometrico*, México, Fontamara.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. (2015), *Costumbre o eficacia*, México, Fontamara.
- TARELLO, G. (1979), “«Sistema girudico», «ordinamento giuridico»”, en CASTIGNONE, S., GUASTINI, R., y TARELLO, G., *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Génova, ECIG.
- VÁZQUEZ, R. y LUJAMBIO, J. (comps.) (2012), *Filosofía del derecho contemporánea en México*, 2a. ed., México, Fontamara.
- VERDROSS, A. (1983), *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, 2a. ed., trad. de M. de la Cueva, UNAM, México.
- VIEHWEG, T. (2007), *Tópica y jurisprudencia*, 2a. ed., trad. de L. Díez-Picazo, Pamplona, Thompson-Civitas.

RESEÑAS

REVIEW ESSAYS

HART, H. L. A. *El concepto del derecho* (capítulos III y V). Una aproximación a la propuesta de reglas primarias y secundarias de H. L. A. Hart.*

El objetivo de este trabajo consiste únicamente en presentar una reseña de los capítulos III y V de *El concepto de derecho* de H. L. A. Hart, por lo que los siguientes párrafos son meramente expositivos. En ese sentido, cabe destacar que me limito al planteamiento de las ideas originales del autor, sin contrastarlas con críticas propias o con otras teorías. De tal manera, la estructura que se sigue aquí respeta fielmente el orden y desarrollo de ideas que el propio Hart presenta en su obra. La intención de este trabajo es ofrecer al lector, como el título lo indica, una aproximación breve, pero atinada, a una de las principales tesis de Hart: *El derecho como unión de reglas primarias y secundarias*.

La relevancia de la tesis elaborada por H. L. A. Hart sobre el derecho como unión de reglas primarias y reglas secundarias es tal, que hasta nuestros días la misma tesis es causa de debates académicos. Es, también, un punto de partida para nuevas propuestas de investigación; es un referente para replanteamientos y explicaciones sobre el derecho. Y es, por otro lado, objeto de críticas y réplicas, que actualmente generan polémica, pues el aporte de esta tesis es tal, que se mantiene vigente como un parteaguas en la teoría y en la filosofía del derecho contemporánea.

En el capítulo V de *El concepto de derecho*, Hart, al elucidar sobre el derecho, lo expone como unión de reglas primarias y reglas secundarias. Para tal objetivo, él considera necesario distinguir dos tipos de reglas, que además están relacionadas.

...las reglas que pueden ser consideradas del tipo básico o primario, son las que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Mientras que, las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las re-

* Reseña recibida el 20 de octubre de 2021 y aceptada para su publicación el 29 de noviembre de 2021.

RESEÑAS

glas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas (Hart, 1962, p. 81).

Personalmente, me sumo a la aceptación, y también defiendiendo que todo sistema jurídico, necesariamente, presenta estos dos elementos. Es decir, las reglas primarias, por un lado, y las reglas secundarias, por el otro; sin embargo, difiero con Hart en que estos dos elementos o características sean suficientes. Dice él:

Hay, pues, don condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que necesitan satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno “por su cuenta” y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y las ajenas. Por supuesto, también es cierto que habrá además muchas reglas primarias que se aplican a los funcionarios en su capacidad meramente personal, reglas que ellos únicamente necesitan obedecer (Hart, 1962, pp. 116 y 117).

Hay varias cosas que destacar a partir de la cita anterior. Lo primero es que, como lo comentaba, no me resulta suficiente voltear a ver únicamente la unión de reglas primarias y reglas secundarias cuando se habla sobre la existencia de un sistema jurídico, porque Hart tomó en cuenta, al igual que Joseph Raz, que todo derecho necesariamente pertenece a un sistema jurídico (Raz, 1980, p. 1). En ese sentido, esto nos permite considerar —de forma necesaria— la pretensión de autoridad del derecho (Raz, 1985, p. 47). Consecuentemente, si el derecho no pretende autoridad, no resulta suficiente contar con reglas primarias y reglas secundarias. En mi opinión, li-

RESEÑAS

mitarnos a explicar un sistema jurídico a partir —únicamente— de la unión de reglas primarias y reglas secundarias no nos permite distinguirlo de manera más robusta frente a otro tipo de sistema normativo. En otras palabras, me resulta un tanto limitada —no errónea— tal explicación.

Simplemente, sólo plantearé la pregunta en aras de intentar denotar que me resulta limitado considerar como suficiente la unión de reglas primarias y reglas secundarias cuando elucidamos sobre el derecho. Para empezar, si el derecho no pretende autoridad, no podría hacerse exigible a los funcionarios que aceptaran la regla de reconocimiento, y, por otro lado, siguiendo y reaccionando a la misma propuesta de Hart, si éstos —funcionarios— no aceptan la regla de reconocimiento, no se crean reglas; si no se crean, los particulares no tienen material jurídico que observar ni adoptar. Ahora bien, si los funcionarios sí aceptan efectivamente la regla de reconocimiento, y crean reglas del primer tipo, los particulares tienen que ver en ellos y en las reglas que ellos crean, un elemento de autoridad. Como dice Raz, tienen que ver en ello una razón para comportarse de acuerdo con las reglas que ellos mismos crean, pues el derecho se presenta como tal razón (Raz, 1985, p. 47).

Consecuentemente, una forma más completa de estudiar o —como dice Hart— de elucidar sobre el derecho es si además de la unión de reglas primarias y reglas secundarias consideramos otros elementos que se encuentran presentes —de forma necesaria— en todo sistema jurídico. Uno de ellos es el elemento de autoridad, pues nos permite no sólo explicar la naturaleza de un sistema jurídico, sino, además, identificarlo y diferenciarlo de entre otro tipo de sistemas normativos, sea este un sistema normativo moral, un sistema normativo canónico o uno religioso, sólo por mencionar algunos ejemplos.

Insisto, no es que no comparta la explicación de Hart sobre el derecho como unión de reglas primarias y reglas secundarias. Claro que lo hago y, además, estoy de acuerdo con él. Es, simplemente, que me resulta más enriquecedor y completo al explicar un sistema jurídico, ofrecer al mismo tiempo otro tipo de características —necesarias— que nos ayudan a distinguirlo. Lo veo de la siguiente manera: si hablo de animales, y quiero explicar qué hace que un ovíparo sea

RESEÑAS

un ovíparo, me esforzaría por explicar, además, aquellas características necesarias que distinguen a un ovíparo del resto de animales en el planeta Tierra. Por ejemplo, qué lo distingue frente a los mamíferos, qué característica tienen, particularmente, los ovíparos que no tengan los mamíferos. En donde, continuando con la analogía, los sistemas jurídicos son aquí los ovíparos, mientras que otro tipo de sistema normativo —moral, por ejemplo— no presenta. Personalmente, este tipo de aportes me resultan más satisfactorios. Lo anterior ha sido únicamente una reacción, no necesariamente una crítica (pues el espacio no me lo permite), a la tesis de la obra en comento. Ahora paso a exponer la tesis del autor.

H. L. A. Hart reacciona frente al modelo simple de órdenes coercitivas y sostiene que existen una diversidad de normas jurídicas. Por lo tanto, refiere que un sistema moderno cuenta con una variedad de normas jurídicas, de las cuales no todas pueden ser consideradas como tal, debido a un carácter coercitivo. Por otro lado, Hart parte del mismo punto de partida de la teoría del derecho como órdenes coercitivas, es decir, que en donde hay normas jurídicas —indica—, la conducta humana se hace en algún sentido no optativa u obligatoria.

Sin embargo, él introduce su argumento a partir de la explicación de reglas primarias y reglas secundarias. Y paralelamente va presentando una serie de objeciones al modelo simple, tales como: no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo, no todas las normas jurídicas son legisladas ni todas son órdenes dadas a otros. En ese sentido, estas objeciones las atiende a partir de: *i)* el contenido de las normas jurídicas; *ii)* el origen de las normas jurídicas, y *iii)* el ámbito de aplicación de las normas jurídicas.

Ciertamente —dice Hart—, hay normas jurídicas que obedecemos o desobedecemos, como es el caso del derecho penal. En otras palabras, las normas de derecho penal exigen un “deber”. Por lo que, sin importar el propósito que sirva la pena o sanción de las normas penales, tal sanción busca crear un motivo para que las personas se abstengan de hacer o no hacer *X* acción.

Como se puede ver, las normas penales y sus sanciones tienen ese aspecto fuerte de órdenes generales respaldadas por amenazas. Pero este carácter —continúa Hart— no está presente en to-

RESEÑAS

das las normas que componen un sistema jurídico. Una prueba de ello —refiere— son las reglas jurídicas que regulan la realización de contratos, la celebración de matrimonio, la emisión de un testamento, entre otras. Este tipo de reglas facilitan la realización de ciertas acciones entre las personas, pues establecen criterios, procedimientos específicos, condiciones particulares, otorgan potestades o facultades.

Todo esto —enfatisa Hart— queda oscurecido si se representa al derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas. Para dar más luz a este argumento, uno de los ejemplos que Hart utiliza es el del otorgamiento de un testamento. Al otorgar un testamento —dice—, podemos cumplir o no con lo establecido en la ley, que indica toda la serie de requisitos para emitir un testamento válido. En otras palabras, si la ley *X* determina que para emitir un testamento válido hay que cumplir con *P*, *Y*, *Z*; si no se cumplen esas tres características, el testamento será un acto nulo; por tanto, carecería de efectos jurídicos.

Pero el hecho de que yo no cumpla con la cláusula legal *Z*, por ejemplo, no implica —necesariamente— que he cometido una infracción, una violación o un delito. Y eso es precisamente lo que Hart intenta esclarecer, invitándonos a pensar la idea de sistema jurídico fuera de ese esquema de reglas respaldadas por amenazas. Una manera de evitar esa confusión es, en términos de Hart, si reconocemos en un sistema jurídico su diversidad de reglas jurídicas. Ciertamente, podemos encontrar algún parecido análogo entre el derecho penal y las órdenes respaldadas por amenazas, al igual que con las expresiones “obedecer” o “desobedecer”; pero de ello no se sigue que esto sea el elemento central que distingue a la diversidad de normas de un sistema jurídico.

En otras palabras, Hart no niega que exista tal carácter coercitivo; incluso señala a las normas penales como los mejores ejemplos frente a la idea de órdenes coercitivas. Lo que él apunta es que no es una característica que todas las reglas de un sistema jurídico deban tener para ser reglas, es decir, para tener tal estatus de regla jurídica.

Una característica que las reglas comparten —señala Hart— es que tanto aquellas que confieren potestades como las de derecho penal constituyen pautas o criterios de conducta para la apreciación

RESEÑAS

y realización de crítica de acciones determinadas. En ese sentido, lo que él intenta describir es la identidad fundamental de las reglas. Y mientras lo hace, lo contrasta al mismo tiempo con distintas versiones de normas, expuestas por otras teorías, las cuales —según Hart— reducen la variedad de las reglas jurídicas. Por ejemplo, aquellas teorías que hacen de la sanción un elemento central.

Paralelamente, Hart intenta demostrar que es perfectamente concebible el derecho sin sanciones. Aquellas teorías —insiste— deforman las diferentes funciones sociales que los distintos tipos de reglas cumplen. Precisamente, una de las conclusiones a las que Hart llega es que una de las características distintivas del derecho, si no la característica distintiva de éste, consiste en la función de tipos diferentes de reglas.

Por lo tanto, uno de los principales puntos de partida de H. L. A. Hart es, frente al modelo simple del derecho como órdenes coercitivos del soberano, que este modelo no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico. En ese sentido, él señala cuáles son las principales razones por las cuales este modelo simple fracasa. El primer argumento en contra del modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas —dice— oscurece incluso la noción misma de normas penales, pues, aunque análogamente podrían encontrarse semejanzas entre una norma penal y una orden respaldada por amenaza —puesto que las normas penales son las que generalmente prohíben y prescriben ciertas acciones bajo castigo— éstas difieren de las órdenes respaldadas por amenazas. Y no es trivial tal diferencia —continúa—, puesto que las normas penales se aplican también a quienes las sancionan, y no simplemente a otros.

Dentro de esa variedad de normas —indica— están aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar, bien para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas privadas, ninguna de ellas, necesariamente, implica que haya una orden respaldada por una amenaza. Por otro lado, hay reglas que difieren en su modo de origen, porque ellas no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita —puntualiza—.

Todas estas nociones —dice Hart— desfiguraron el entendimiento del derecho, puesto que han sido construidas a partir de la noción

RESEÑAS

de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, sin incluir la idea de regla, la cual nos permite elucidar una de las formas más elementales de derecho. En este sentido, Hart introduce la distinción entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Por un lado, dice que tenemos las reglas de tipo básico o primario; éstas prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no, mientras que las del otro tipo —continúa—, dependen, en cierto sentido, de las del primero o son secundarias con relación a ellas.

En otras palabras, las reglas del primer tipo se refieren, en términos de Hart, a acciones que implican movimiento o cambios físicos, mientras que las del segundo tipo —señala— prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones. En este punto podríamos preguntarnos qué implica la afirmación de que en determinado grupo social existen reglas primarias y reglas secundarias.

Pues bien, cuando Hart presenta esta noción de reglas primarias y reglas secundarias, él mismo enfatiza que con ello no quiere decir, ni afirma que, en todo momento uno se refiera a derecho, necesariamente se tiene que ver dicha relación. Únicamente, lo que él sostiene es que la idea de reglas primarias y reglas secundarias puede clarificar y ayudarnos a entender mejor la noción de derecho. En ese sentido, él ubica, como elemento central del entendimiento del derecho, estos dos tipos de reglas y la relación que existe entre ellas.

Para entender adecuadamente la tesis del derecho como unión de reglas primarias y reglas secundarias, Hart se centra en exponer lo que él llama el aspecto interno y el aspecto externo de las reglas. El punto de vista externo se ve manifiesto en aquel observador que se limita a registrar las regularidades de conducta observables de conformidad con las reglas del sistema, limitando su noción de orden social únicamente a la observación de conductas, predicciones y probabilidades de las desviaciones de los miembros de la sociedad. En otras palabras, Hart dice que el observador externo no hace de las reglas una razón para actuar, sino un signo de lo que sobrevendrá si se incumple.

Mientras que la explicación del punto de vista interno la introduce Hart a partir de la propia contemplación de conducta que un

RESEÑAS

individuo tiene hacia sí mismo y hacia el resto de los individuos que conforman el grupo social, entonces, el punto de vista interno de las reglas es visto, como Hart señala, desde el propio punto de vista interno de los miembros de la sociedad que conforman ese grupo. Dicho en otros términos, alguien que observa las reglas desde el punto de vista interno ve en estas reglas una *razón* para actuar, una razón para recibir una sanción o castigo, si es el caso. Mientras que un observador externo —continúa— rechaza las reglas y las considera como *signos* de un posible castigo.

Ahora bien, para explicar la idea de reglas primarias y reglas secundarias, así como la relación que existe entre ellas, Hart parte de la noción misma de reglas primarias, pues si éstas son consideradas como reglas de obligación, su propio funcionamiento exige la existencia de otro tipo de reglas, ya sea para delegar potestades, hacer cumplir lo establecido por las reglas primarias, etcétera. Es decir, para hacer posible los actos contemplados en las reglas primarias tiene que haber otro tipo de reglas: reglas secundarias.

Este tipo de reglas, siguiendo a Hart, tienen características particulares, y las ubica en un nivel distinto a las primarias, pues —continúa— éstas son acerca de las reglas primarias. En otras palabras, las reglas secundarias dan certeza sobre la existencia de las otras reglas —primarias—, ya que son las pautas que permiten la introducción, eliminación, modificación y exigibilidad de las reglas primarias, las cuales se ocupan de las acciones de los individuos. Por lo tanto, las reglas primarias se complementan con las reglas secundarias, y la unión e interacción entre ellas apunta a la existencia de un sistema jurídico.

Ahora bien, Hart introduce tres formas distintas de las reglas secundarias; estas son: la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación. La regla de reconocimiento la explica como aquella regla que especifica algunas características que ha de poseer una regla para poder ser considerada como una regla del sistema. Puesto de otra manera, la regla de reconocimiento indica las pautas a ser observadas para que una regla adquiera tal carácter de forma definitiva y, por tanto, dotada o revestida de autoridad. Una de las características cruciales de esta regla es el reconocimiento que se le tiene a ésta con un carácter revestido de au-

RESEÑAS

toridad. En donde hay tal reconocimiento —señala Hart—, hay una *forma* de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.

Por otro lado, Hart introduce aquello que él llama “reglas de cambio”, presentándolas también como otra forma de regla secundaria. Esta regla, —apunta— es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias y dejar sin efecto las reglas anteriores. En ese sentido, una de las características que Hart enfatiza es que, a partir de la regla de cambio han de ser entendidas las ideas de creación y derogación de normas jurídicas por la vía legislativa, y no en términos de las órdenes respaldadas por amenazas. En otras palabras, Hart dice que la regla de cambio, además de especificar las personas que han de legislar, pueden definir en forma más o menos rígida el procedimiento a ser seguido en la legislación.

Finalmente, las reglas de adjudicación son aquellas que Hart expone como otra forma de reglas secundarias, las cuales consisten en conferir facultades especiales. Hart refiere que estas reglas, además de identificar a los individuos que pueden juzgar, también definen el procedimiento a seguir. Ellas no imponen deberes, sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un estatus especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones. Otra característica de estas reglas —indica— es que de alguna manera definen algunos conceptos jurídicos, tales como el de juez, tribunal, jurisdicción y sentencia.

Dicho lo anterior, ahora es posible ver la relación que existe por un lado entre las reglas secundarias en sí, y por el otro, entre las reglas primarias y reglas secundarias. Si existe regla de cambio, la regla de reconocimiento necesariamente incorpora una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas, es decir, del procedimiento legislativo. Mientras que la relación entre la regla de reconocimiento y la regla de adjudicación se ve manifiesta al momento en que los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida. Por lo tanto —continúa Hart—, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así pues, la regla que

RESEÑAS

confiere jurisdicción es una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una “fuente” de derecho.

Recapitulando: Hart concluye que la estructura que resulta de la combinación de reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación no sólo da luz a la médula de un sistema jurídico, sino que, además, es una herramienta para el análisis del derecho. Adicionalmente, Hart hace énfasis en que esta relación permite tener una aproximación más certera al análisis y definición de conceptos como el de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción. Consecuentemente, el estudio del derecho como unión de reglas primarias y reglas secundarias nos brinda un panorama más amplio y con una estructura mejor definida que nos permite elucidar el propio concepto de derecho. Sin embargo, como Hart refiere, la unión de reglas primarias y reglas secundarias está en el centro de un sistema jurídico; pero no es el todo.

Yanara SUENAGA OLMEDA **

** Estudiante visitante de posgrado en la Universidad de León, España, área de filosofía del derecho.