

ISSN (versión impresa): 2007-4387
ISSN (versión electrónica): 2448-7937

PROBLEMA

ANUARIO DE FILOSOFÍA Y TEORÍA DEL DERECHO **19**

Enero-Diciembre de 2025



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Directora

Dra. Mónica González Contró

Secretario académico

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación de Revistas

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 19, núm. 19 (enero-diciembre de 2025) 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. Editora responsable: Sandra Gómora 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.

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca
Cuidado de la edición: Celia Carreón Trujillo, Ricardo Hernández Montes de Oca, Alejandro Montiel Velázquez, Enrique Rodríguez Trujano.

PROBLEMA
Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho

Dra. Sandra Gómora Juárez
Directora/Editora

Asistente de la revista
Ramsés Guerrero

Coordinación editorial
Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca

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: [@problemaij](https://twitter.com/problemaij)

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

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

COMITÉ EDITORIAL

Andrés Botero-Bernal. Universidad Industrial de Santander. Colombia
Enrique Camacho-Beltrán. Universidad Nacional Autónoma de México. México
Flavia Carbonell. Universidad de Chile. Chile
Sebastian Lewis. Universidad de Surrey. Reino Unido
Carmen Patricia López-Olvera. Universidad Nacional Autónoma de México. México
Álvaro Núñez-Vaquero. Universidad de Murcia. España
Silvia Zorzetto. Università degli Studi di Milano. Italia

COMITÉ CIENTÍFICO

Federico Arena. Universidad Blas Pascal. Argentina
Marina Gascón Abellán. Universidad de Castilla La Mancha. España
Patricia Mindus. Uppsala University. Suecia
Julieta A. Rábanos. Universidad de Girona. España
Lorena Ramírez-Ludueña. Universitat Pompeu Fabra. España
Veronica Rodriguez-Blanco. University of Surrey. Reino Unido
Josefa Dolores Ruiz-Resa. Universidad de Granada. España
Alexander Sager. Portland State University. Estados Unidos

COMITÉ ASESOR

Enrique Cáceres Nieto. Universidad Nacional Autónoma de México. México
Imer B. Flores. Universidad Nacional Autónoma de México. México
Carla Huerta Ochoa. Universidad Nacional Autónoma de México. México
Javier Saldaña Serrano. Universidad Nacional Autónoma de México. México
Juan Manuel Vega Gómez. Universidad Nacional Autónoma de México. México

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: 5 de marzo de 2025

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 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0).

Contenido

Discusión.

Problemas del Estado constitucional y democrático de derecho

Introducción	e20017
Imer B. Flores	
Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales"	e19523
Roberto Gargarella	
Una conversación entre iguales de Roberto Gargarella: comentarios críticos para abordar la tensión entre constitucionalismo y democracia	e19596
Itzel Mayans Hermida	
Legal reasoning under dialogic and procedural turns	e19513
Gabriel Alejandro Encinas Duarte	
Democracia limitada, interpretación y supremacía constitucional en Hans Kelsen	e19594
Imer B. Flores	
La época de la democracia, la época del populismo	e19576
Fernando Atria	
Toward the critique of punitive populism	e19531
Alejandro Nava-Tovar	
¿Jueces como protectores del Estado? Sobre populismo, democracia y Estado de derecho en México	e19592
Francisco M. Mora-Sifuentes	
Retos en la garantía de derechos humanos frente a la desaparición del INAI	e19511
María de los Ángeles Guzmán García	

Artículos

- Respeto, verdad y eliminación del error en el proceso: un balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba e19527
Edgar Aguilera
- Dimensiones y fuerzas de los enunciados probatorios. e18534
Renato Lira Rodríguez
- Perspectiva ontológica sobre los animales como seres sintientes en Colombia e18534
Wilkar Simón Mendoza Chacón
- El Estado moderno de derecho y su influencia en la tensión entre las actividades de creación y aplicación del derecho e19486
Camila Matamala
- La moralidad constitucional de Waluchow y la razón artificial del Common Law e18773
Kevin Bouchard
- Sistema Tierra y derecho: el razonamiento jurídico y su argumentación en la segunda revolución copernicana. e18617
Gabriel Isaac López Porras
Luis Javier Pineda González
- La relevancia jurídica del soft law 19489
Juan José Iniesta Delgado
- Escepticismo jurídico y convenciones. Los límites del convencionalismo y el desafío de Dworkin e19534
Federico José Arena

Reseñas

- Herrera Fragoso, A. (2022). Derechos humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas, tomo I: Sustento histórico y filosófico de los derechos humanos. Tirant lo Blanch e19427
Javier Saldaña Serrano

Discusión.

Problemas del Estado constitucional y
democrático de derecho

Introducción

Imer B. Flores

 <https://orcid.org/0000-0003-2744-3461>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: imer@unam.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.20017>

Recordar que, este año, marca las bodas de oro de la publicación de *La crisis de la democracia: Informe sobre la gobernabilidad de las democracias a la Comisión Trilateral*, en 1975, nos ofrece una ocasión propicia para preguntar por nuestras democracias y sus crisis permanentes y hasta perpetuas. Parecería que mientras más democrático sea un país más susceptible a ser vulnerable a las presiones. Cabe advertir que muchas veces éstas no vienen de afuera sino de adentro. Es más, resulta que las democracias mueren no a manos de sus antítesis sino de sí mismas o mejor dicho por sí mismas. Aun cuando estábamos acostumbrados a reconocer las tensiones entre constitucionalismo y democracia, resulta que caracterizábamos la relación como simbiótica, a grado tal que la tendencia era asumir que eran democracias constitucionales: donde hay constitucionalismo hay democracia y viceversa.

Así, los diferentes textos analizan las problemáticas de nuestros estados democráticos y constitucionales de derecho, *i.e.*, democracias constitucionales, contemporáneas. Lo anterior, a partir de la estrecha relación entre el constitucionalismo y la democracia, así como de reconocer las tensiones existentes. De un lado, sobre todo el problema de la omnipotencia de la mayoría, la cual puede dar lugar a una tiranía de la mayoría dominante —no necesariamente numérica— por encima de la(s) minoría(s). Del otro, el problema que genera la atribución contramayoritaria concedida a las cortes supremas o tribunales constitucionales, para controlar por la vía ju-

dicial la constitucionalidad de los actos de órganos electos por voto popular, tanto del congreso o parlamento, como del presidente de la República.

Las aportaciones nos recuerdan a los clásicos de la división de poderes desde John Locke y Charles Montesquieu hasta la célebrima polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, sobre quién debería ser el guardián o protector de la Constitución, y revisan la literatura contemporánea. Después de algunas de las recientes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos surgirán nuevas interrogantes, entre ellas: ¿bastará con elegir a las personas juzgadoras para responder a la objeción contramayoritaria? ¿Será oportuno eliminar los organismos constitucionales autónomos (OCA) para reconcentrar el poder en la persona titular del ejecutivo? ¿Regresará el presidencialismo fuerte? ¿Degenerará la democracia, ya sea en demagogia, populismo o de plano en su antítesis, *i.e.*, autocracia? ¿Continuarán las tendencias populistas, entre ellas el populismo punitivo? ¿Marcará el populismo una nueva época o será una mera etapa o faceta de la democracia?

Las diferentes contribuciones a esta discusión abordan en mayor o menor medida estas cuestiones y ya más en específico:

Roberto Gargarella, de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), en "Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales"", examina la relación entre constitucionalismo y democracia. Para ello, explora cuatro lecturas para re-pensar y hasta resolver la vieja tensión entre ambas: 1) contra la democracia; 2) a favor del constitucionalismo (o "por la restauración constitucional"); 3) contra el constitucionalismo, y 4) a favor de la democracia (o "por la restauración democrática"). Después de analizar críticamente cada una de las alternativas, Gargarella aboga por la última, como la más plausible al corresponder con su defensa de la "conversación entre iguales".

A continuación, Itzel Mayans Hermida, del Instituto Mora (México), en "*Una conversación entre iguales* de Roberto Gargarella: comentarios críticos para abordar la tensión entre constitucionalismo y democracia", reacciona críticamente a la propuesta de Gar-

garella sobre dicha relación. Si bien, coincide con el diagnóstico sobre la necesidad de robustecer la democracia deliberativa y su calidad mediante la implementación de mecanismos de democracia directa, plantea algunas dudas y reservas sobre la deseabilidad de replantear la idoneidad y el contenido de los derechos fundamentales. Lo anterior, no solamente por ser resultado de batallas ciudadanas históricas y como tales conquistas cívicas importantes, sino por las implicaciones opresivas y hasta regresivas que esto puede llegar a tener.

Gabriel Encinas, de FAU Erlangen-Nuremberg (Alemania), quien ahora realiza una estancia en Oxford University (Reino Unido), en “El razonamiento jurídico bajo giros dialógicos y procedimentales”, retoma el tema de si la democracia puede ser reconciliada con el control judicial de la constitucionalidad, al contrastar las aportaciones en materia de argumentación jurídica tanto del constitucionalismo dialógico como del giro procedimental e inclusive trata de integrar ambas. Así, identifica claramente el problema con el núcleo central de la crítica de Jeremy Waldron en contra del control judicial de constitucionalidad como un mecanismo contramayoritario. Revisa las reacciones y respuestas ofrecidas, así como su eventual reintegración, a partir de una reconstrucción crítica de esos conceptos para reforzar la posibilidad de un control democrático.

En mi contribución, *i. e.*, “Democracia limitada, interpretación y supremacía constitucional en Hans Kelsen”, retomo los problemas del estado constitucional y democrático de derecho, con especial atención a la constante presión a la cual están sometidas las democracias constitucionales, a partir de una revisión del pensamiento del jurista vienés. Aun cuando Kelsen aboga por una teoría pura del derecho, rechaza la autocracia y defiende a la democracia. Así mismo, resiste la idea de una democracia ilimitada y adopta una forma limitada. Lo anterior, a partir de la defensa de la garantía del principio de la supremacía constitucional y de la necesidad de controlar todos los actos de creación-aplicación del derecho, a través de la interpretación jurídica y constitucional.

Fernando Atria, de la Universidad de Chile (Chile), en “La época de la democracia, la época del populismo”, discute la estrecha correlación entre la democracia y las instituciones democráticas que le dan sustento y viceversa. Lo hace a partir de una comprensión realista de la democracia, como la defendida por el mismo Kelsen en su *Esencia y valor de la democracia*. Con ello, sugiere que hay una inesperada continuidad entre la teoría democrática y la crítica “populista”. La provocación nos debería llevar a cuestionar y hasta revisar la posibilidad o no de la democracia en nuestra época. En otras palabras, la pregunta obligada es: si el populismo inaugura una era en sí; o bien, si el populismo es una mera fase más de la democracia.

Por su parte, Alejandro Nava Tovar, de la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco (México), en “Hacia una crítica del populismo punitivo” presenta críticamente las tesis principales del concepto de populismo punitivo. Al respecto, reconoce que es un fenómeno complejo, el cual entrecruza a la política criminal con la política, la criminología y hasta el moralismo en las redes sociales. En su esbozo crítico, tanto del concepto como de las medidas legislativas y penales propias del populismo punitivo, además presenta una propuesta normativa tendiente a reducir los efectos de éste.

Francisco M. Mora Sifuentes, de la Universidad de Guanajuato (México), en “¿Jueces como defensores del Estado? Sobre populismo, democracia y Estado de Derecho en México”, analiza críticamente las relaciones entre estos conceptos, a partir de la controversial reforma a la Constitución mexicana, en materia judicial, publicada en la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación*, el 15 de septiembre de 2024. Dicha reforma representa para él el triunfo de la retórica populista por dos razones principales: de un lado, al destituir a todas las personas juzgadoras para que ahora sean electas por voto popular, anula al poder judicial como un órgano imparcial e independiente y trastoca el principio de división de poderes, y, del otro, al establecer el Tribunal de Dis-

ciplina Judicial introduce un mecanismo de control político, el cual condiciona el actuar del poder judicial.

Finalmente, Ángeles Guzmán, de la Universidad Autónoma de Nuevo León (México), en “Retos en la garantía de derechos humanos frente a la desaparición del INAI”, analiza críticamente otra reforma a la Constitución mexicana, en materia de simplificación orgánica, publicada en la edición vespertina, del DOF, el 20 de diciembre de 2024. Dicha reforma extingue siete OCAs, entre ellos: el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, mejor conocido como INAI. Así, evalúa el impacto en la autonomía institucional y técnica necesaria para la protección de derechos humanos asociados con la información, el acceso, la transparencia y la protección de datos personales.

Versiones anteriores de los textos incluidos en la discusión fueron presentados en diferentes espacios académicos, tales como el Special Workshop 104: “Is Democracy Under Pressure?”, del XXXI Congreso Mundial de la Asociación Internacional para la Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR) “El estado de derecho, la justicia y el futuro de la democracia”, Seúl, Corea del Sur, 12 de julio de 2024. En el seminario permanente del Proyecto PAPIIT IG300922 “Los problemas del estado constitucional y democrático de derecho” e inclusive en una serie de seminarios cerrados, por invitación, durante los primeros días de noviembre de 2024. En ellos, participaron, además de ponentes, algunas personas que fueron invitadas para discutir éstos: Alejandro Sahuí, de la Universidad Autónoma de Campeche (México); Oscar Ucha Bonilla, Universidad Autónoma Metropolitana-Cuajimalpa (México); y Ariadna Valdés Gómez, Universidad del Valle de México (México).

Introduction

Imer B. Flores

 <https://orcid.org/0000-0003-2744-3461>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: imer@unam.mx

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.20017>

Remembering that this year marks the golden anniversary of the publication of *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission* in 1975, offers us a suitable occasion to examine our democracies and their permanent and seemingly perpetual crises. It would appear that the more democratic a country is, the more susceptible it becomes to pressures. It's worth noting that these pressures often come not from outside but from within. Moreover, it turns out that democracies die not at the hands of their antitheses but by themselves or rather through themselves. Even though we were accustomed to recognizing the tensions between constitutionalism and democracy, we characterized the relationship as symbiotic, to such a degree that the tendency was to assume they were constitutional democracies: where there is constitutionalism there is democracy and vice versa.

Thus, the different texts analyze the problems of our contemporary democratic and constitutional states of law, *i.e.*, constitutional democracies. This is based on the close relationship between constitutionalism and democracy, as well as recognizing existing tensions. On one hand, especially the problem of the omnipotence of the majority, which can give rise to a tyranny of the dominant majority—not necessarily numerical—over the minority or minorities. On the other hand, the problem generated by the counter-majoritarian attribution granted to supreme courts or constitutional tribunals to control through judicial means the constitutionality of acts

by bodies elected by popular vote, both from congress or parliament, and from the president of the Republic.

The contributions remind us of the classics of the division of powers from John Locke and Charles Montesquieu to the famous controversy between Hans Kelsen and Carl Schmitt about who should be the guardian or protector of the Constitution, and review contemporary literature. After some of the recent reforms to the Political Constitution of the United Mexican States, new questions will arise, including: Will it be enough to elect judges to respond to the counter-majoritarian objection? Will it be appropriate to eliminate the Autonomous Constitutional Bodies (OCAs) to reconcentrate power in the head of the executive? Will strong presidentialism return? Will democracy degenerate, either into demagoguery, populism, or plainly into its antithesis, *i.e.*, autocracy? Will populist tendencies continue, including punitive populism? Will populism mark a new era or will it be a mere stage or facet of democracy?

The different contributions to this discussion address these issues to a greater or lesser extent, and more specifically:

Roberto Gargarella, from the University of Buenos Aires (Argentina), in "Four readings on the constitutionalism-democracy relationship. In defense of the "conversation among equals"", examines the relationship between constitutionalism and democracy. To do this, he explores four readings to rethink and even resolve the old tension between both: 1) against democracy; 2) in favor of constitutionalism (or "for constitutional restoration"); 3) against constitutionalism; and 4) in favor of democracy (or "for democratic restoration"). After critically analyzing each of the alternatives, Gargarella advocates for the latter as the most plausible, corresponding to his defense of the "conversation among equals."

Next, Itzel Mayans Hermida, from the Mora Institute (Mexico), in "*Una conversación entre iguales* by Roberto Gargarella: critical comments to address the tension between constitutionalism and democracy", critically responds to Gargarella's proposal on this relationship. While she agrees with the diagnosis on the

need to strengthen deliberative democracy and its quality through the implementation of direct democracy mechanisms, she raises some doubts and reservations about the desirability of reconsidering the suitability and content of fundamental rights. This is not only because they are the result of historical citizen battles and as such important civic achievements, but because of the oppressive and even regressive implications this may have.

Gabriel Encinas, from FAU Erlangen-Nuremberg (Germany), who is now on a stay at Oxford University (United Kingdom), in "Legal reasoning under dialogic and procedural turns", returns to the question of whether democracy can be reconciled with judicial review of constitutionality, by contrasting contributions in the field of legal argumentation from both dialogic constitutionalism and the procedural turn, and even attempts to integrate both. Thus, he clearly identifies the problem with the central core of Jeremy Waldron's critique against judicial review of constitutionality as a counter-majoritarian mechanism. He reviews the reactions and responses offered, as well as their eventual reintegration, based on a critical reconstruction of these concepts to reinforce the possibility of democratic control.

In my contribution, *i.e.*, "Limited Democracy, Interpretation and Constitutional Supremacy in Hans Kelsen", I return to the problems of the constitutional and democratic state of law, with special attention to the constant pressure to which constitutional democracies are subjected, based on a review of the Viennese jurist's thinking. Although Kelsen advocates for a pure theory of law, he rejects autocracy and defends democracy. Likewise, he resists the idea of an unlimited democracy and adopts a limited form. This is based on the defense of the guarantee of the principle of constitutional supremacy and the need to control all acts of creation-application of law, through legal and constitutional interpretation.

Fernando Atria, from the University of Chile (Chile), in "The age of democracy, the age of populism", discusses the close correlation between democracy and the democratic institutions that support it and vice versa. He does this based on a realistic under-

standing of democracy, as defended by Kelsen himself in his *Essence and Value of Democracy*. With this, he suggests that there is an unexpected continuity between democratic theory and “populist” criticism. The provocation should lead us to question and even review the possibility or impossibility of democracy in our time. In other words, the obligatory question is: whether populism inaugurates an era in itself; or whether populism is merely another phase of democracy.

For his part, Alejandro Nava Tovar, from the Autonomous Metropolitan University-Azcapotzalco (Mexico), in “Towards the critique of punitive populism”, critically presents the main theses of the concept of punitive populism. In this regard, he recognizes that it is a complex phenomenon, which intersects criminal policy with politics, criminology, and even moralism in social networks. In his critical outline, both of the concept and of the legislative and penal measures typical of punitive populism, he also presents a normative proposal aimed at reducing its effects.

Francisco M. Mora Sifuentes, from the University of Guanajuato (Mexico), in “Judges as a State Gatekeepers? On Populism, Democracy and Rule of Law in Mexico”, critically analyzes the relationships between these concepts, based on the controversial reform to the Mexican Constitution, in judicial matters, published in the evening edition of the Official Gazette of the Federation (DOF), on September 15, 2024. This reform represents for him the triumph of populist rhetoric for two main reasons: on one hand, by removing all judges so that they are now elected by popular vote, it nullifies the judicial branch as an impartial and independent body and disrupts the principle of separation of powers; and, on the other hand, by establishing the Judicial Discipline Tribunal, it introduces a mechanism of political control, which conditions the actions of the judicial branch.

Finally, Ángeles Guzmán, from the Autonomous University of Nuevo León (Mexico), in “Challenges in guaranteeing human rights regarding the dissolution of the INAI”, critically analyzes another reform to the Mexican Constitution, in matters of organic

simplification, published in the evening edition of the DOF, on December 20, 2024. This reform extinguishes seven OCAs. Among them the National Institute of Transparency, Access to Information and Protection of Personal Data, better known as INAI. Thus, the text evaluates the impact on the institutional and technical autonomy necessary for the protection of human rights associated with information, such as access, transparency, and protection of personal data.

Earlier versions of the texts comprising the discussion were presented in different academic spaces, such as Special Workshop 104: "Is Democracy Under Pressure?", of the XXXI World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) "The Rule of Law, Justice and the Future of Democracy", Seoul, South Korea, July 12, 2024. In the permanent seminar of PAPIIT Project IG300922 "The Problems of the Constitutional and Democratic State of Law" and even in a series of closed seminars, by invitation, during the first days of November 2024. In these, in addition to speakers, some people who were invited to discuss these participated, including: Alejandro Sahuí, from the Autonomous University of Campeche (Mexico); Oscar Ucha Bonilla, Autonomous Metropolitan University-Cuajimalpa (Mexico); and Ariadna Valdés Gómez, Universidad del Valle de México (Mexico).

Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la “conversación entre iguales”¹

Four readings on the constitutionalism-democracy relationship. In defense of the “conversation among equals”

Roberto Gargarella

 <https://orcid.org/0000-0003-1579-5427>

Universidad de Buenos Aires. Argentina
CONICET. Argentina

Universidad Pompeu Fabra. España
Correo electrónico: roberto.gargarella@gmail.com

Recepción: 17 de septiembre de 2024

Aceptación: 20 de octubre de 2024

Publicación: 21 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19523>

Resumen: En este trabajo examino la vieja tensión entre el constitucionalismo y la democracia, examinando algunas de sus reverberaciones contemporáneas. Exploro, entonces, cuatro lecturas diferentes acerca de cómo re-pensar y resolver esa tensión: 1) contra la democracia; 2) a favor del constitucionalismo (o “por la restauración constitucional”); 3) contra el constitucionalismo, y 4) a favor de la democracia (o “por la restauración democrática”). En el texto, y luego de introducir y comentar críticamente a cada una de estas cuatro alternativas, daré algunas razones para considerar a la última de tales posturas (“por la restauración de la democracia”), como la más plausible, y en línea con lo que denominé “la conversación entre iguales”.

Palabras clave: democracia; constitucionalismo; igualdad; deliberación; populismo.

Abstract: In this paper I discuss the long-standing tension between constitutionalism and democracy, looking at some of its contemporary reverberations. I explore, then, four different readings of how to rethink and resolve that tension:

¹ Project funded by the European Union (ERC, Project 101096176 - ICDD). The views and opinions expressed are solely those of the author and do not necessarily reflect those of the European Union or the European Research Council. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

1) Against democracy; 2) Towards constitutionalism (or “for constitutional restoration”); 3) Against constitutionalism, and 4) Towards democracy (or “for democratic restoration”). Following the introduction and critical commentary on each of these four alternatives, I will provide some reasons to consider the latter (“for democratic restoration”) as the most plausible and consistent with what I have called “conversation among equals”.

Keywords: democracy; constitutionalism; equality; deliberation; populism.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Contra la democracia*. III. *A favor del constitucionalismo (o “por la restauración constitucional”)*. IV. *Contra el constitucionalismo*. V. *A favor de la democracia (o “por la restauración democrática”)*. VI. *Síntesis final*. VII. *Referencias*.

I. Introducción

Desde hace décadas, la teoría constitucional viene reflexionando sobre la tensa relación que se advierte entre las ideas de Constitución y democracia: ¿cómo pensar el vínculo entre ambas nociones? Y ¿cuál de entre ellas debe prevalecer, por qué y de qué modo, en caso de conflicto?² Se trata de una tensión que resulta, en buena medida, fundacional para el derecho: aquella a partir de la cual — podría decirse— se origina o resulta “todo lo demás” (i. e., nuestra reflexión sobre los derechos, sus alcances y límites; nuestra reflexión sobre el autogobierno, sus alcances y límites, etcétera).

La tensión a la que me refiero emerge a partir del convencimiento compartido de que ambas nociones, fuertemente relacionadas entre sí, resultan de fundamental importancia en la vida pública moderna (todos, de un modo u otro, parecemos estar comprometidos, a la vez, con tales ideas), al mismo tiempo que ellas se encuentran, de cierta forma, enfrentadas (sino directamente atadas por una relación de “suma cero”). En efecto, la idea de constitucionalismo nos habla de límites (sobre todo, pero no solamente, límites sobre el gobierno) que debemos respetar de manera rigurosa (típicamen-

² Un excelente, ya clásico, estudio en la materia puede encontrarse en Elster y Slagstad (1988).

te, límites que se manifiestan como irrenunciables, inviolables, inalienables derechos individuales y colectivos); mientras que la idea de democracia apela, de una u otra forma, a ideales de autogobierno que no se llevan bien con la existencia de límites estrictos, particularmente límites impuestos de manera heterónoma (por una persona, grupo o generación diferente de aquella que queda limitada en sus acciones o decisiones, por esa decisión que viene de “afuera”).

Según parece, la conclusión que se deriva de lo anterior es la de que, a mayor peso del constitucionalismo (cuanto más intensas sean las limitaciones impuestas por restricciones como las que establece una lista de derechos individuales), menor es el espacio que le queda a la democracia (menores son las posibilidades que le quedan a la comunidad para determinar, por sí misma, qué es lo que quiere hacer, o cómo es que quiere autoorganizarse). Del mismo modo —podría decirse— cuanto mayor sea el espacio que ocupa la democracia (en otros términos, cuanto mayor sea la libertad de una comunidad para autoorganizarse o para actuar del modo en que decida hacerlo), menor será el peso de las restricciones jurídicas en esa comunidad (menor será el valor o sentido de tener una lista de derechos). En este texto, y en lo que sigue, presentaré cuatro aproximaciones diferentes, contemporáneas, a esa conflictiva relación entre constitucionalismo y democracia.

Se trata —según veremos— de cuatro respuestas diferentes frente a las principales preguntas planteadas por aquella tensión original. Me referiré a esas cuatro diferentes respuestas designando a cada una con un nombre distinto. Los nombres con que designaré a cada una de tales posturas son los siguientes: 1) contra la democracia; 2) a favor del constitucionalismo (o “por la restauración constitucional”); 3) contra el constitucionalismo, y 4) a favor de la democracia (o “por la restauración democrática”). A continuación, me ocuparé de introducir y comentar críticamente a cada una de estas cuatro alternativas, y daré algunas razones para considerar a la última de tales posturas (“Por la restauración de la democracia”), como la más plausible, particularmente si es que uno pien-

sa a la democracia (como propongo hacerlo) en línea con la idea de la “conversación entre iguales”, que he presentado y defendido en otros trabajos (Gargarella, 2022).³

II. Contra la democracia

La primera lectura que quisiera explorar, en torno a cómo pensar la relación democracia-constitucionalismo, es la que he denominado “contra la democracia”. Tal vez el nombre que le asigno a esta alternativa suene exagerado, sin embargo, creo que el mismo resume bastante bien el contenido esencial de esta visión. De hecho, tomo ese nombre del título de un libro más o menos reciente, publicado por Jason Brennan (2017). De modo más general, pienso en una serie de autores que, ya varias décadas atrás (aproximadamente a mediados del siglo XX), reconocieron —con enorme lucidez, quisiera agregar— que el sistema institucional se encontraba “bajo amenaza”, en razón de crecientes, y en apariencia irrefrenables, demandas ciudadanas. Se trataba de demandas sociales fuertes y masivas que “recargaban” y “recalentaban” al sistema institucional, y que hasta ese momento no habían sido advertidas o reconocidas como relevantes. Como veremos, fue la aparición de esa “sobrecarga” de demandas sobre el constitucionalismo, la que llevó a muchos autores a sugerir modos de *contener o limitar la*

³ La concepción de la democracia como “conversación entre iguales” forma parte de la “gran familia” de visiones agrupadas bajo el paraguas de la “democracia deliberativa”. Con ellas, considera que las decisiones públicas se encuentran más o menos justificadas conforme al tipo de acuerdo democrático que las sustente: las normas más justificadas serían, en principio, aquellas que resulten de un debate público robusto. En todo caso, y a diferencia de varias otras visiones inscriptas dentro de dicha “familia”; la idea de la “conversación entre iguales” pone un especial acento en el valor de las discusiones públicas inclusivas y horizontales (más que en aquellas centradas primordialmente en la clase dirigente o los representantes electos); a la vez que propone trascender la idea original de la democracia deliberativa, que parecía asociar la discusión colectiva, exclusivamente, a procesos de intercambios de argumentos racionales, tornando dependiente a la misma de “la fuerza del mejor argumento”. La visión que suscribo, en cambio, reconoce que hay otras formas de participar en la discusión pública, que incluyen emociones, protestas, movilizaciones (silenciosas o meramente ruidosas), etcétera.

democracia como única manera de mantener a salvo al sistema constitucional que veían amenazado e incapacitado para responder a tales exigencias de raíz democrática.

Seguramente, el cambio institucional más importante de los que se concretaron en aquellos años —el que mejor explica la “revolución social” o democrática que empezaba a producirse entonces— fue la llegada del *sufragio universal*, que comenzó a consolidarse en todo el mundo occidental, muy lentamente, desde finales del siglo 19 (Nueva Zelanda fue el primer país en consagrar el voto femenino, en 1893; en Europa los países nórdicos comenzaron a establecerlo entre 1906 y 1915; en los Estados Unidos el principio de “una persona, un voto” —destinado a incluir a las minorías afroamericanas— recién se terminó por consolidar a mediados de los años sesenta, a través de la *Civil Rights Act* de 1964, la *Voting Rights Act* de 1965, y varias decisiones de la llamada “Corte Warren”). Este masivo ingreso de votos al sistema político cambiaría, radicalmente y para siempre, la vida pública occidental. De manera similar, la extensión del sistema de la *educación pública*; la disminución del analfabetismo; la aparición de movimientos sociales poderosos; el surgimiento de fuerzas políticas que desafiaban al orden establecido, fueron todos elementos que, en parte, expresaban la llegada de cambios definitivos en la organización política-social, y en parte ayudaban a consolidar esos mismos cambios.

No fue casual, entonces, que en ese contexto, y en ese tiempo, comenzaran a aparecer reflexiones y textos llamando a circunscribir, de algún modo, a ese repentino aluvión de demandas democráticas: como si las compuertas y exclusas del “dique constitucional” se hubieran dañado, y el sistema completo estuviera a punto de estallar. Una obra decisiva al respecto, en aquellos años —reveladora de las preocupaciones que turbaban entonces a la elite dirigente— fue la que publicara el economista austríaco Joseph Schumpeter, en 1942: el ahora clásico *Capitalism, socialism and democracy* (2008). En dicho libro, Schumpeter examinaba los problemas derivados de concepciones participativas de la democracia, como las que él veía en boga. En el citado trabajo, Schumpeter exploró

las inexactitudes del enfoque “clásico” de la democracia y las patologías que parecían surgir de él. Para él, la posibilidad de encontrar el “bien común” (que las concepciones clásicas de la democracia procuraban “descubrir” y expresar) era simplemente imposible. Mucho más que eso, Schumpeter objetó entonces a los fundamentos mismos de la democracia participativa, haciendo referencia a la irracionalidad y la falta de conocimiento propia —inevitable y distintiva— en una mayoría de los votantes. Su respuesta frente a dicha situación —la propuesta que terminaría por hacer conocida y simbolizar a su obra— fue la de una *concepción minimalista (elitista) de la democracia*, en donde la democracia pasaba a ser entendida como un mecanismo destinado a posibilitar la competencia entre partidos. Conforme a dicha visión, la democracia pasaba a ser entendida como (en paralelo a) un mercado económico, en donde los ciudadanos votaban con el propósito de seleccionar élites competidoras. Esta era, para él, la única respuesta razonable que podía ofrecerse frente a una opinión popular que —conforme a Schumpeter— era fácilmente manipulable, y en donde los ciudadanos parecían incapaces de tomar decisiones políticas inteligentes.

En mi opinión, sin embargo, los trabajos que mejor expresaron la necesidad de limitar a la democracia con el fin de “salvar” al sistema institucional, fueron los producidos por Samuel Huntington y una serie de científicos sociales, durante la década del 60. Pienso, en particular, en escritos como el famoso *Tri-lateral Commission’s report on the governability of democracies*, publicado por Huntington, Michel Crozier y Joji Watanuki, orientado a describir el surgimiento de un abismo cada vez mayor entre las expectativas y demandas sociales existentes, y la capacidad del sistema institucional para satisfacer esos reclamos. El sistema político —sostenían tales autores— se había “sobrecargado” (*overloaded*) de demandas de la ciudadanía. En su opinión, los cambios económicos y políticos producidos a comienzos del siglo XX habían elevado el nivel de expectativas y demandas populares sobre el gobierno, lo cual tendía a socavar la autoridad gubernamental y a poner en crisis —en definitiva— a todo el sistema democrá-

tico (Crozier et al., 1975; Huntington, 1983). Curiosamente o no, la mayoría de tales estudios concluyeron sugiriendo la necesidad de limitar la democracia como la única “cura” razonable al problema de ese sistema institucional “sobrecargado” (Schumpeter, 2008; Dahl, 1956; Crozier et al., 1975; Huntington, 1983 y Lechner, 1991). De lo que se trataba era de moderar el nivel de las exigencias democráticas. Para ellos, “la operación efectiva de un sistema político democrático” requería “cierta medida de apatía y no involucramiento por parte de algunos individuos o grupos”.

Contemporáneamente, pueden encontrarse preocupaciones con la democracia —preocupaciones en algún sentido similares a las que expresara el reporte de la Comisión Trilateral— en algunas secciones importantes de la filosofía y la economía política, y en la teoría constitucional. Por ejemplo, la llamada *public choice theory*, ha venido sosteniendo desde años una crítica fuerte a la democracia, basada en el argumento del votante como “ignorante racional”. La idea es que los individuos son racionales (no se desafía aquí, sino que se afirma, el supuesto de que el votante es racional), pero que —por cálculo racional— prefieren mantenerse “ignorantes” sobre la mayoría de los temas de interés público. Ello así, porque (y cuando) advierten que informarse sobre determinados temas, muy complejos (típicamente, temas relacionados con la organización económica), resulta una operación muy “costosa” (una pérdida de tiempo, finalmente) con costos que superan los beneficios potenciales que podrían obtenerse informándose sobre la materia. Las consecuencias que pueden seguirse de este tipo de supuestos resultan, por supuesto, muy graves, ya sea en relación con la (baja) calidad de las decisiones que pueden esperarse de una democracia; ya sea en cuanto a la (implícita o no) sugerencia de delegar el gobierno en una “tecnocracia” racional e informada (Brennan y Lomasky, 2008; Buchanan y Tullock, 1999). De manera similar, y a partir de similares supuestos, los filósofos argentinos Guido Pincione y Fernando Tesón han hecho referencia a la tendencia inevitable de que los ciudadanos crean en (y voten por) propuestas falsas o erradas, por completo contrarias a las sostenidas por las ciencias

sociales empíricamente fundadas. Por ello, proponen reducir el espacio de la “política mayoritaria” y expandir el lugar que ocupan los mercados en la determinación de la vida pública (Pincione y Tesón, 2017).

Relacionada con posiciones como las anteriores, y de manera todavía más radical y provocativa, han tomado fuerza, en los últimos años, posturas explícitamente “epistocráticas”, que reclaman el gobierno de los que más saben. Destacan, en este sentido, libros como *Against democracy*, de Jason Brennan (2017). Brennan sostiene que la democracia debe ser juzgada por sus resultados; que sus resultados no son buenos; y que ello se debe a que la democracia se ha convertido en el gobierno de los ignorantes y los irracionales. En el mismo sentido, Ilya Somin ha venido sosteniendo que el principal problema de las democracias contemporáneas tiene que ver con el hecho de que la mayoría de los votantes son ignorantes sobre los asuntos principales de gobierno (2013). La solución que se ofrece, una vez más, es la de la restricción de la democracia, bajo el supuesto de que la mayor participación política y la mayor deliberación democrática sólo pueden empeorar más a las personas (sus decisiones se convierten en más irracionales y mezquinas) y, consecuentemente, a los gobiernos (Brennan, 2017).

Como resulta claro, lo que sostienen este tipo de posturas, y lo que afirman concepciones de la democracia como las que aquí quiero defender, se encuentran en las antípodas: una postura aparece como contracara directa de lo que sostiene la otra. Por el momento, me limitaré a señalar que los desacuerdos entre tales posturas son enormes, y posiblemente irresolubles, dado que ellas parten de supuestos incompatibles. Mencionaré, simplemente, las dos principales líneas de desacuerdos a las que me refiero. Pienso, por un lado, en *desacuerdos descriptivos*, relacionados con el modo en que cada una de tales posturas concibe a la ciudadanía y sus capacidades; a la racionalidad colectiva; a las aptitudes políticas de las mayorías; y a las posibilidades operativas del sistema institucional. Desde el punto de vista de la “conversación entre iguales” se asume, primeramente, que todos tenemos capacidades similares, somos si-

milares en nuestra racionalidad limitada, imperfecta (lo que implica rechazar, por tanto, las distintas formas de la epistocracia: desde el gobierno de los tecnócratas, hasta el elitismo judicial); del mismo modo en que se reconoce la existencia de procedimientos políticos que pueden ayudar a mejorar, o perfeccionar, los procesos de toma de decisiones y los sistemas destinados a “limpiar” las preferencias de todos —*laundry preferences*—, en la terminología de Goodin (1986). En tal sentido, me contentaré con señalar (por el momento, y a los fines de avanzar con este trabajo) que desde el paradigma de la “conversación entre iguales” (entre otros posibles) se afirma que los *procedimientos institucionales* tienen la capacidad y potencia de perfeccionar las decisiones colectivas. Quiero decir: no pienso aquí en eventos mágicos, sino en buenos procedimientos, como los del sistema de jurados. Típicamente, y en las latitudes más diversas, los procedimientos del jurado tienden a transformar las posturas potencialmente más agresivas (mal informadas, prejuiciadas, etcétera) en posturas sensatas (más parsimoniosas que las de los jueces profesionales), a partir de la fijación de ciertas reglas básicas: la publicidad de los argumentos; la obligación de escuchar a las dos partes; el fin del anonimato, etcétera.

Por otro lado, el proyecto de la “conversación entre iguales” y la lectura “contra la democracia”, muestran evidentes *desacuerdos normativos* en relación con las posturas arriba revisadas (“contra la democracia”) que comienzan con el lugar que le otorgan al principio de la “igual dignidad moral” (un principio que ocupa un lugar central y fundante en los modelos dialógicos de la democracia), y que se extienden —de modo particularmente prominente— al modo en que valoran los procesos de discusión pública. El proyecto de la “conversación entre iguales” aparece anclado en la idea milleana conforme a la cual “cada persona es el mejor juez de sus propios intereses” (Mill, 1859/2003), y deriva de allí una defensa fuerte de la libertad de expresión; la crítica política y, sobre todo, el debate democrático. Se defiende, por tanto, el debate colectivo sobre temas de interés público, no por meras razones de humanidad, o por tolerancia, sino por razones epistémicas: se propone

consultar, en principio, a “todos los afectados”, porque se considera que de ese modo la decisión pública se enriquece, favoreciendo la imparcialidad de los procesos de toma de decisiones (Habermas, 1996; Landemore, 2013, 2020). En todo caso, y asumiendo la imposibilidad de saldar una discusión tan profunda en un espacio tan breve, dejaré la comparación y contraste entre tales posturas opuestas, en este punto.

III. A favor del constitucionalismo (o “por la restauración constitucional”)

La segunda lectura que quisiera explorar, en torno a cómo pensar la relación democracia-constitucionalismo, difiere de la anterior de manera significativa: 1) por un lado en el foco, ya que la lectura anterior concentraba su atención en la democracia, y los problemas generados por ella; mientras que ésta se focaliza en el constitucionalismo, y los problemas o ataques que el mismo padece, y 2) por otro lado en la orientación, ya que la primera lectura procuraba establecer límites sobre la democracia (a la luz de sus alegados “excesos”), mientras que esta segunda procura revitalizar al constitucionalismo, frente a las amenazas y ataques que —según se sostiene— y lo han afectado, debilitando sus fuerzas (*i. e.*, su capacidad para limitar al poder político).

Son muchos los autores y textos que pueden ser relacionados con esta postura. Ellos pueden ser identificados por una común preocupación que les motiva, relacionada con un problema que reconocen como distintivo de nuestro tiempo, y al que tienden a denominar de la misma forma: la “erosión democrática” (Dixon, 2018). La literatura sobre la materia ha crecido en número, y se ha sofisticado mucho, en estos años (Bermeo, 2016; Graber *et al.*, 2018; Landau, 2013; Levitsky y Ziblatt, 2018; Luo y Przeworski, 2019; Sunstein, 2018). De entre todos los trabajos que se han escrito al respecto, en estos años, aquí voy a concentrarme de manera particular en uno —tal vez el más influyente, completo y ambicioso

de ellos— escrito por los comparativistas Tom Ginsburg y Aziz Huq, y galardonado recientemente con el Premio del Libro ICON-S 2019: *How to save a Constitutional Democracy* (Ginsburg y Huq, 2018).

El libro de Ginsburg y Huq nos puede servir para tener una idea más precisa del significado, los límites y alcances de esta segunda visión. Para comenzar, entonces, por la tarea conceptual que necesitamos, diría que el libro de Ginsburg y Huq —como toda la literatura a la que aquí me refiero— parte de una distinción entre el pasado y el presente, para llamar nuestra atención sobre un fenómeno particularmente saliente durante el siglo XX: el de la “erosión democrática”. Según ellos, este fenómeno “nuevo” debe distinguirse de otro que fuera típico en décadas anteriores (particularmente en el siglo XX): el del “colapso autoritario”, los “golpes de estado” o la “muerte súbita” de la democracia (tan habituales, por caso, en la América Latina del siglo anterior). Contra lo que pudo ser habitual en el siglo XX, nos veríamos enfrentados hoy a un fenómeno diverso del anterior, que podría ser descrito como de “muerte lenta” de la democracia: la “muerte a partir de 1000 cortes”. En el libro de Ginsburg y Huq, se describe a este riesgo propio de nuestra era como un “proceso de deterioro incremental, pero en última instancia aún sustancial, en los tres predicados básicos de la democracia: elecciones competitivas, derechos liberales de expresión y asociación y el estado de derecho” (Ginsburg y Huq, 2018, pp. 43 y 44). El resultado habitual de este tipo de deterioro lento sería “algún tipo de estructura autoritaria competitiva” (Ginsburg y Huq, 2018, p. 39). Afirman, al respecto, nuestros autores: “En la última década del siglo XX, la democracia liberal parecía haber triunfado en todas partes. Sin embargo, hoy existe una creciente preocupación de que la forma de democracia proporciona una fachada para el comportamiento antidemocrático” (Ginsburg y Huq, 2018, p. 9).

Lo hemos visto todos, de manera especialmente notable, en los últimos años: gobernantes y políticos movidos por ánimos autoritarios que toman decisiones destinadas a expandir su propio poder, y/o a limitar (o directamente impedir) los controles sobre ellos

mismos. Ninguna de tales medidas, mirada en sí misma, parece claramente inválida, pero el conjunto de ellas genera un deterioro del sistema de *checks and balances*: las “tuercas y tornillos” que sostienen a la maquinaria constitucional son “aflojados” de a poco, hasta que —al final del día— terminamos por encontrarnos con un sistema constitucional distinto, ya irreconocible, con un rostro que parece más propio de un régimen autoritario. Trump en los Estados Unidos, Erdogan en Turquía, Orban en Hungría, Bolsonaro en Brasil, son algunos de los ejemplos habituales a los que se recurre para dar cuenta de este nuevo fenómeno.

Como todos los autores inscriptos dentro de esta corriente, Ginsburg y Huq han dedicado parte de sus trabajos a sugerir una lista de medidas capaces de (o, al menos, orientadas a) “curar” estos males que afectan al sistema constitucional, hasta restablecer así, en la medida de lo posible, el viejo sistema de “frenos y balances”. Entre los muchos mecanismos y cambios que ellos exploran, encontramos sugerencias tan variadas como las siguientes: una “articulación más cuidadosa y completa de los derechos [democráticos básicos]” en la Constitución (Ginsburg y Huq, 2018, p. 198); el establecimiento de “órganos electorales independientes”, “comisiones electorales no partidistas” (Ginsburg y Huq, 2018, p. 199); la “supervisión efectiva de los procesos electorales y protección contra la corrupción” (como se hizo en México en los últimos años); el uso de una disposición legislativa de “escalada supermayoritaria” para la autorización de poderes de emergencia (como la sugerida recientemente por Bruce Ackerman) (Ginsburg y Huq, 2018, p. 201); el aumento de las protecciones legales de la autonomía burocrática (Ginsburg y Huq, 2018, p. 225); o la designación de autoridades nuevas —como la de los defensores del pueblo— a cargo de identificar el fraude y los abusos de poder (Ginsburg y Huq, 2018, p. 225).

Por supuesto, el problema general que identifican estos autores es real —presenciamos consistentes, reiterados y fuertes ataques a la estructura de los *checks and balances*—, es grave, y merece atención y remedio. Desde una perspectiva como la que definiendo —la de la “conversación entre iguales”— uno puede reconocer fá-

cilmente la seriedad de ese problema, y la necesidad de afrontarlo de modo urgente: necesitamos, sin dudas, reparar una maquinaria constitucional que, en buena medida, se ve incapacitada para cumplir con sus viejos (y loables) propósitos (impedir los abusos de poder, preservar derechos, etcétera.). Sin embargo, creo que también son muchos y muy serios los problemas propios de esta visión (problemas que, insisto, no pretenden —ni están dirigidos a— desmentir la importancia de las dificultades que desde esta perspectiva se identifican).

Comienzo por realizar dos aclaraciones en apariencia menores, pero que tienen su importancia: el “nuevo” fenómeno de la “erosión democrática” no parece, en verdad, un fenómeno “nuevo”, ni tampoco un problema esencialmente “democrático”. Ante todo, y sobre la “novedad” del problema, cabría decir que se alude aquí a una cuestión que tiene detrás de sí una larga historia —típicamente, en América Latina— en donde la vida constitucional se ha visto gravemente deteriorada (a veces aceleradamente, a veces de forma lenta y gradual) desde el “minuto uno” de la independencia, y a partir del desgaste generado “desde arriba”, por gobernantes todopoderosos (en lo que Carlos Nino denominara “hiperpresidencialismo”), sobre la estructura constitucional destinada a controlarlos (Nino, 1996).

Del mismo modo, y de manera más relevante, el problema referido aparece fundamentalmente relacionado con el “constitucionalismo”, aunque se hable del mismo aludiendo a la “erosión democrática”. Se trata, en verdad, y en todo caso, de la “erosión constitucional” —la que afecta al sistema de “frenos y balances”—. Esta cuestión es central, como diré, porque entonces, los “remedios” que autores como Ginsburg y Huq sugieren no vienen a “curar” los males que afectan a la democracia, sino —en todo caso— a menguar el deterioro que viene sufriendo la estructura constitucional de los *checks and balances*. De allí que tenga sentido hablar (como propongo hacerlo) de una visión que viene a “restaurar” al constitucionalismo, antes que de uno orientada a revigorizar a la democracia.

Quisiera detenerme en esta cuestión algunos instantes, porque entiendo que nos refiere a un tema muy relevante, y muy común en esta porción de la literatura: nos encontramos aquí, de manera habitual, con autores que “superponen” o confunden (conflata) los problemas de la democracia con los problemas del constitucionalismo.

En efecto, libros como *How to save a constitutional democracy* (Ginsburg y Huq, 2018) combinan dos cuestiones diferentes, que deberían haber sido objeto de un examen diferente y por separado. Así, en su análisis de las causas que contribuyen a la erosión de la democracia liberal constitucional, una obra como la referida sobrepone los problemas que tienen que ver con el ámbito del constitucionalismo (problemas relacionados con el establecimiento de límites al poder) con otros problemas relacionados con el ámbito de la democracia (digamos, la creciente —y comprensible— falta de compromiso y adhesión ciudadana hacia la democracia). Se superponen entonces estas dos “causas” como si necesariamente trabajaran juntas, o como si implicaran al final una y la misma cosa. Pero el hecho es que las dificultades que afectan al constitucionalismo contemporáneo, y las que afectan a la democracia en nuestro tiempo, son de naturaleza muy diferente y requieren de una atención separada. Imaginemos, por caso, que de alguna manera —algo milagrosamente— lográramos restaurar la vieja maquinaria de “frenos y contrapesos”. Imaginemos, así, que ponemos fin a la práctica extendida de los abusos del Ejecutivo; que finalmente pone fin a la extendida práctica de dismantelar de todos los dispositivos de control existentes, etcétera. Ahora, incluso si mágicamente lográramos esos ambiciosos objetivos, una parte central de nuestro problema de “erosión de la democracia” todavía estaría en su lugar, fundamentalmente intacto. En tales circunstancias, esperablemente, la gente seguiría sintiéndose alienada del poder y desconectada de la democracia. Y esto sería así porque los problemas que plantea la crisis del constitucionalismo difieren significativamente de los que plantea la crisis de la democracia. En otras palabras, la ciudadanía no se siente alienada políticamente por-

que, digamos, los jueces no controlan al Ejecutivo; los legisladores son demasiado deferentes con el presidente, o el Ejecutivo no está debidamente controlado. “Nosotros, el Pueblo” nos sentimos distanciados de la política porque —con razón— reconocemos que nuestra vida política nos ofrece muy pocas posibilidades de participar significativamente en la decisión y discusión de nuestros propios asuntos, los que más nos afectan (el rumbo de nuestra economía; las medidas de seguridad y de educación que se toman; etcétera).

En definitiva, las “soluciones” que, desde esta porción de la literatura se proponen para remediar los males constitucionales en curso prometen dejar intactos —intocados— los males que, desde hace décadas, vienen afectando a nuestras democracias. Otra vez: no se trata de que no deban repararse los “desajustes de tuercas y tornillos” producidos sobre la estructura constitucional. Se trata de que esos necesarios “ajustes” no van a servir, esperablemente, para “remediar” el gravísimo problema (desde mi perspectiva, el más importante) que sufrimos, a nivel institucional: el deterioro de nuestras democracias, nuestra pérdida de fe en el valor y el sentido de contribuir en la construcción de una comunidad más democrática.

Muchos de los problemas que aparecen en trabajos como los de Ginsburg y Huq, pero también en los de Przeworski o Levitsky, parecen derivar del enfoque “minimalista y restrictivo de la democracia” —schumpeteriano— que Ginsburg y Huq —como los demás mencionados— suscriben, tal vez innecesariamente, en su trabajo (2018, pp. 10 y 14).⁴ Lo dicho, según entiendo, expli-

⁴ De hecho, Ginsburg y Huq toman como base para su análisis una comprensión explícitamente schumpeteriana de la democracia según la cual la democracia se describe como un “arreglo institucional para llegar a decisiones políticas en el que los individuos adquieren el poder decidir mediante la lucha competitiva por el voto del pueblo” (2018, p. 8). Los autores pueden decir, en defensa de esta suposición minimalista sobre la democracia, que querían poder describir y comparar sistemas institucionales muy diferentes en todo el mundo. Esto explicaría por qué eligieron un concepto tan delgado de democracia: esta definición les permitiría “capturar” la más amplia variedad de regímenes democráticos existentes. En otras palabras, no querían excluir de su análisis comparativo, digamos, cierta democracia “modesta” o que funciona mal, simplemente porque no cumple con los estándares sofisticados esta-

ca por qué autores como los citados miran con escepticismo, desconfianza o sospecha a algunos de los “remedios democráticos” más interesantes, aparecidos en nuestro tiempo, remedios celebrados desde la perspectiva de la “conversación entre iguales,” como el de las “asambleas ciudadanas”, que exploraremos más adelante.

Por lo mismo, no resulta extraño comprobar de qué modo, a la hora de pensar sobre problemas democráticos como los citados, académicos tales concentren su atención en lo que describen como una creciente e injustificada “apatía democrática”, en lugar de focalizar su mirada sobre los elementos institucionales/estructurales que pueden llegar a explicar, y justificar también, el alejamiento ciudadano respecto de la política profesional.⁵ Muchos de nosotros bien podríamos (re)describir ese apartamiento popular de la política como un *producto endógeno* de un sistema institucional que, desde su nacimiento, desalienta antes que promueve la intervención ciudadana en la esfera pública; no se interesa por crear foros para la deliberación y decisión democrática; cultiva un modelo re-

blecidos por su robusto ideal de democracia preferido. De mi parte, sin embargo, resistiría a este enfoque de la democracia, tanto a nivel descriptivo como normativo. En primer lugar, el enfoque schumpeteriano parece no solo minimalista, sino también particularmente —y por razones como las examinadas más arriba— poco atractivo. Es poco atractivo, en particular, por el fuerte sesgo que incorpora contra la participación política: la participación aparece, para esta visión, limitada al acto de votar (Ginsburg y Huq parecen estar satisfechos, más que preocupados por el hecho de que “la movilización electoral sigue siendo el principal y más importante canal de participación pública en los Estados Unidos y otras democracias” (2018, p. 244)). Además, según este punto de vista, la estabilidad de la democracia depende de la existencia de una apatía generalizada y de una incompetencia política generalizada. Pero: ¿por qué nuestra definición de democracia debería ser tan resistente al valor de la participación política? Y, de nuevo: ¿es la apatía política una característica común o básica de la mayoría de las democracias modernas? ¿Debe considerarse como tal?

⁵ En un párrafo particularmente revelador, al respecto, Ginsburg y Huq señalan que “no hay democracia sin una medida decente de compromiso popular con la democracia. Mantener ese compromiso depende de lo que la gente siga queriendo en términos de gobierno, en términos de un país para ellos y sus hijos. Se trata de creencias y preferencias, no de incentivos o estrategias, que se transmiten al interior de las familias, escuelas, iglesias, mezquitas, sinagogas, lugares de trabajo y redes sociales. Sin esas creencias, sin un simple deseo de democracia por parte de la mayoría, el mejor diseño institucional y constitucional del mundo probablemente será en vano.” (2018, p. 244). De manera sorprendente, ellos subrayan —sin mayor apoyo empírico— el hecho de que esa apatía resulta de “creencias y preferencias”, antes que de “incentivos o estrategias,” cuando muchos podríamos sugerir —como lo haré— conclusiones directamente opuestas a las que ellos afirman.

presentativo basado en la “separación estricta” entre ciudadanos y representantes; favorece la concentración, más que la desconcentración o democratización del poder, etcétera.

Concluiría la presentación de esta segunda alternativa —la que llamara “a favor del constitucionalismo”— insistiendo sobre lo siguiente: esta visión acierta en llamar la atención sobre los embates públicos tendientes a socavar la estructura constitucional de los frenos y controles; pero falla al descuidar, menospreciar o malentender los (tan o más) graves problemas que, desde hace décadas, erosionan el valor y sentido de nuestra organización democrática.

IV. Contra el constitucionalismo

Puestos a estudiar la relación entre constitucionalismo y democracia, hemos examinado ya una primera lectura o aproximación al tema, a la que llamamos “contra la democracia”, y una segunda a la que denominamos “a favor del constitucionalismo”. A continuación, vamos a examinar un tercer enfoque, al que denominaré “contra el constitucionalismo”. La tarea de identificar a esta tercera versión, y definir su contenido, se encuentra en buena medida facilitada por la reciente publicación de un libro importante, escrito por el prominente jurista inglés Martin Loughlin, y que lleva por título, justamente, el citado: *Against constitutionalism* (2022). No se trata sólo de una coincidencia: escojo este nombre, asociado con este libro, porque entiendo que el trabajo de Loughlin constituye una excelente expresión de lo que esta tercera visión —a mi criterio— propone. Me referiré, entonces, y en lo que sigue, a una tercera visión bien resumida y representada a través del último libro de Loughlin, pero que finalmente refiere a una corriente que lo trasciende, y que doctrinariamente podemos identificar con lo que se ha denominado (en Inglaterra, en particular), el *political constitutionalism* (Tomkins, 2005; Bellamy, 2007).

Comienzo entonces esta indagación, de la mano del libro de Loughlin, subrayando una coincidencia muy fuerte que advierto

entre la empresa acometida por Loughlin, entre otros, y la que es propia de posturas como la que sugiero, es decir, la de la “conversación entre iguales”. Reconozco, en efecto, un muy sólido y relevante punto de acuerdo entre ambos emprendimientos, en relación con el modo en que ambos encaran la denunciada tensión entre constitucionalismo y democracia: ambos enfoques, según diré, centran su atención, fundamentalmente, en la necesidad de revigorizar a los componentes democráticos de nuestro sistema institucional. En efecto (lo que parece ser) la regla común entre una mayoría de doctrinarios, frente a las tensiones en juego, es la de sostener o fortalecer al “cuerno constitucional” del esquema, ya sea “reparando” a la maquinaria de “frenos y controles”; ya sea conteniendo o reprimiendo las presiones que provienen del “cuerno democrático”. Contra tales comunes aproximaciones, lo que propone Loughlin —y con él, diría, el “constitucionalismo político”, y la “conversación entre iguales”— es revitalizar a la democracia. En otros términos, desde este punto de vista es el constitucionalismo, y no la democracia, el que debe dar un paso atrás en esta relación de disputa. La idea es que la crisis institucional actual no debe llevarnos a limitar (una vez más) a la democracia, para permitirle encajar dentro del “traje estrecho” cada vez más estrecho del constitucionalismo, sino todo lo contrario. Lo que debe hacerse es permitir la expansión de la democracia, librándola de la “camisa de fuerza” dentro de la cual hoy aparece atrapada, en nombre del respeto de las reglas constitucionales. En mi opinión, Loughlin acierta, a través de su libro, en situar allí —en el reforzamiento de la democracia— el principal interés de la obra. Lo hace, además, teniendo en mira una noción fuerte, atractiva, de la democracia.⁶

⁶ En efecto, Loughlin toma en cuenta una versión robusta de la idea de democracia, que incluye la idea de “elecciones periódicas basadas en el sufragio universal” (2022, p. 196), pero que va mucho más allá. De hecho, según Loughlin, para que todo el proceso electoral tenga sentido debe haber “una cultura de participación política activa facilitada por una prensa libre, asociaciones de la sociedad civil dinámicas y transparencia en la toma de decisiones públicas”, además de una cierta “igualdad de condiciones”. Esto implica no solo “un aumento [...] en el número de quienes tienen derecho a participar en la toma de decisiones, sino también en el número de arenas en las que se puede invocar este derecho” (2022, p.

En este sentido, podría decirse, la indagación que presenta Loughlin sobre las tensiones entre constitucionalismo y democracia representa, quizá, una de las aportaciones más interesantes de su nuevo libro. A favor del mismo podría decirse que los puntos de vista que allí se presentan, en torno al tema que aquí nos ocupa, son innovadores, poco comunes y muy atractivos. *Against constitutionalism* retoma muchas de las críticas dispersas que hoy encontramos, en torno al constitucionalismo, y articula esas objeciones fragmentarias y desconectadas entre sí, en una narrativa común y consistente.

Esencialmente, el reciente libro de Loughlin viene a decirnos que la actual crisis institucional no se le puede imputar a la democracia (a lo que el autor denomina “la democracia constitucional”), sino al constitucionalismo o, más precisamente, a “la forma en que el constitucionalismo desenfrenado transforma las democracias constitucionales” (Loughlin, 2022, p. 198). Ello, en particular —nos dice el autor— a partir del exagerado, injustificable énfasis puesto por el constitucionalismo en los derechos y en la protección judicial de esos derechos. Dicha insistencia —señala Loughlin— es la que más ha contribuido a socavar el contenido democrático de nuestros sistemas institucionales. De esta forma —concluye— problemas que eran fundamentalmente colectivos se han transformado en problemas individuales; cuestiones que llamaban a la intervención de legislaturas, sindicatos y organizaciones colectivas, terminan quedando en manos de tribunales y abogados —nuestras elites jurídicas—, y controversias que eran esencialmente políticas terminan despolitizadas —expropiadas de la esfera democrática— y sujetas a la autoridad final de los magistrados.

En ese decurso radicalmente crítico, Loughlin embate contra muchos de los “trofeos” o lugares sagrados del constitucionalismo contemporáneo. Así, él objeta duramente la glorificación que ha

196). Para Loughlin, lo que se requiere es una “sociedad civil activa” y educada, sumada a “partidos políticos fuertes que convierten los diversos puntos de vista en una voluntad común”, una “relativa igualdad de ingresos y riqueza”, y una “cultura cívica que tolera la diferencia” (2022, p. 196).

habido de la llamada *revolución de los derechos* (nos dice: “la revolución de los derechos trabaja primordialmente para fortalecer a las elites liberales en contra de los cambios políticos que amenazan su estatus” (2022, p. 134)); el entusiasmo que despierta en muchos el *litigio en materia de derechos económicos y sociales* (Loughlin denuncia dicha práctica como “una respuesta a la menguante capacidad de las legislaturas para implementar programas redistributivos, que da completo apoyo a la idea de un litigio individualizado, monitoreado por las cortes constitucionales”, (2022, p. 186)); la aparente sofisticación de las técnicas judiciales y doctrinarias de *interpretación constitucional* (Loughlin habla de la “locura colectiva” que parece propia de la interpretación constitucional en nuestro tiempo (2022, p. 137)); la admiración e ilusión generadas por los procesos de *internacionalización del derecho* (Loughlin es particularmente duro contra las “instituciones internacionales” —instituciones que incluirían, de manera decisiva, a las cortes internacionales llamadas a ejercer funciones gubernativas, de modo creciente, a la vez que “aisladas de los tradicionales métodos de control y responsabilización” (2022, p. 197)); etcétera.

Sobre esta línea de críticas características del reciente libro de Loughlin quisiera comenzar diciendo tres cosas. En primer lugar, diría que hay algo de innecesario y exagerado en las críticas que avanza Loughlin contra el constitucionalismo. Se trata de críticas que, según diré, no son inhabituales pero, tal como están presentadas, parecen ser demasiado ambiciosas, o ir —innecesariamente— demasiado lejos. Piénsese en la sola idea que da título al libro *Against constitutionalism*: es que ese tipo de críticas —no inhabituales— al constitucionalismo (la crítica a la revisión judicial; al discurso de los derechos; etcétera) implican una postura *contraria al constitucionalismo*. Parece demasiado. Somos muchos los que transitamos ese espacio de crítica, y —según entiendo— la mayoría de quienes lo hacemos no asumimos estar defendiendo una postura anticonstitucional o enemiga del constitucionalismo. En particular, diría, desde el punto de vista con el que me siento más cómodo —el de la “conversación entre iguales” — uno puede ser un crítico

radical de muchas de las prácticas hoy distintivas de nuestras democracias constitucionales, sin convertirse en un enemigo del constitucionalismo. Más bien lo contrario —según diré—. La defensa de una idea fuerte de la democracia no sólo es compatible, sino que requiere, la defensa de ciertas reglas de juego democráticas, definidas por la Constitución.

En segundo lugar, mencionaría el carácter *nostálgico* que parece ser propio de la obra de Loughlin. Quiero decir, la misma aparece demasiado anclada en una historia ya ida. Loughlin avanza en su libro una línea de críticas finalmente afín a la que, hace medio siglo, y en un contexto diferente, encabezara paradigmáticamente John Griffith en *The politics of the judiciary* (1977), y que ganara espacio dentro de una porción significativa de la academia jurídica británica, en particular dentro de la corriente denominada *political constitutionalism*, una corriente que tiene en Loughlin a uno de sus principales referentes.⁷ Se trata de una línea de críticas al constitucionalismo, el liberalismo, y sobre todo al elitismo judicial, que no sólo es tradicional (en particular, dentro de Inglaterra), sino que también es algo anticuada. En este sentido, puede describirse al reciente libro de Loughlin como una obra que es —también, de modo relevante, y entre muchas otras cosas— *nostálgica de un pasado que no va a volver*. En efecto, el ideal político y normativo que parece animar al libro no sólo es algo vago y dudoso (en cuanto a su atractivo), sino que parece hablar más del pasado que del futuro. Se trata de un ideal que mira y señala hacia atrás, hacia aquellas democracias basadas en una cultura política robusta, con legislaturas activas, sindicatos y partidos políticos fuertes, y un estado de bienestar eficiente. Quiero decir, un ideal que nos remite a sociedades del pasado (como la sociedad británica que tuvo a Clement Attlee como primer ministro y líder del Partido Laborista, 1935-1955), incapaz de volver a la vida. En otras palabras, y paradójicamente para un libro que es en muchos sentidos un libro de vanguardia,

⁷ Véase, por ejemplo, Griffith (1977 y 1979); Loughlin (1992; 2003 y 2010, p. 213); Tomkins (2005) y Bellamy (2007).

el punto de vista en el que Loughlin busca apoyo parece demasiado antiguo.

Obviamente, no tiene sentido objetar al trabajo de Loughlin sólo porque muchas de las críticas que presenta son antiguas y conocidas (aunque en parte lo son, y eso es un problema). Lo que ocurre es que, en muchos casos, tales críticas resultan desfasadas. Quizás, en estos momentos de ataque a la jurisprudencia sobre el aborto (casos como *Dobbs*), o de renacimiento de políticas homofóbicas (como en Hungría o Polonia), es necesario fortalecer, en lugar de seguir atacando, el liberalismo político. Quizás, en tiempos de “erosión democrática” y de debacle de los sistemas representativos, tenga sentido ver cómo las viejas críticas a las élites judiciales (su defensa de los privilegios, su resistencia al cambio, su hostilidad hacia los movimientos de protesta, etcétera) merece extenderse a los poderes políticos del Estado. Quizás, en tiempos en que los ciudadanos carecen de medios institucionales efectivos para decidir y controlar el poder, es necesario resistir las invitaciones de los líderes autoritarios y “populistas”, invitaciones en las que Loughlin parece encontrar más promesas que peligros.

Aquí en las referencias que Loughlin hace en torno al “populismo” (y con él, más generalmente, toda una serie de autores afines a su línea de trabajo) aparece el tercer punto al que quería hacer referencia. Según entiendo, enfoques como los citados tienen problemas no sólo en el modo en que piensan al constitucionalismo (en la idea de ir “contra el constitucionalismo”), sino también en el modo en que piensan la democracia. Se trata, según creo, de una mirada demasiado sensible a, o tolerante con, los modos propios de la concentración del poder —una mirada demasiado *schmittiana*— (Atria, 2016).⁸

⁸ Más contemporáneamente, han comenzado a ganar espacio académico y político posturas más claramente inclinadas hacia la derecha del arco político, y que directamente pueden ser clasificadas como *schmittianas* (por su implícita o explícita asociación con la filosofía constitucional que fuera expuesta a mediados del siglo XX por Carl Schmitt). Así, por caso, y entre muchos ejemplos, Posner y Vermeule (2010); Negretto y Aguilar Rivera (2000). En algunos de los escritos más distintivos de estas posturas —pienso, en particular, en los trabajos de Eric Posner y Adrian Vermeule— se pretende, en particular, un reforzamiento de

En su libro, por ejemplo, Loughlin se refiere a las reacciones “populistas” actuales como “la respuesta política inevitable al giro reflexivo que ha tomado el constitucionalismo contemporáneo” (Loughlin, 2022, p. 199), una afirmación que parece empíricamente infundada (ya que es difícil encontrar una conexión causal relevante entre lo segundo y lo primero), y políticamente errónea (pues se puede entender el cansancio de la mayoría ante políticas abusivas, pero ello de ninguna modo torna aceptable las políticas verticalistas, jerárquicas, autoritarias, de tantos líderes que desafían al *statu quo* invocando —antes que consultando— al pueblo).⁹

los poderes del Ejecutivo, a costa de los propios de las restantes ramas de gobierno. La justificación de este tipo de medidas tendría que ver —según con tales autores— por un lado, con los déficits informativos que afectarían al congreso y el Poder Judicial; y por el otro, con los problemas operativos que serían propios de tales secciones del gobierno, problemas relacionados con dificultades que cada uno de tales poderes enfrentaría, a su interior, ya sea para actuar colectivamente, ya sea para actuar de manera coordinada. En resumen, la idea sería que ambas ramas de gobierno (la rama legislativa y la judicial) quedan enfrentadas a dificultades severas, que les impiden actuar con el conocimiento, la celeridad y la capacidad de reacción que los tiempos y problemas actuales requerirían (Posner y Vermeule, 2010, p. 215; Posner y Vermeule, 2006). Lo que emerge del panorama anterior, es un fenómeno que críticos de dicha visión han descrito como la formación de “presidencias imperiales”, es decir, ejecutivos poderosos, con una creciente capacidad de actuar de forma discrecional (Ackerman, 2010; Dyzenhaus, 2011). Sin embargo, para los defensores de este modelo —y este es un punto crucial en la argumentación— el resultado obtenido no es de temer. Ello así, ante todo, porque el pánico frente al Ejecutivo fuerte provendría de un equivocado “legalismo liberal”, que tiende a confundir la falta de controles legales, formales, sobre el presidente, con la completa ausencia de controles sobre el mismo (Posner y Vermeule, 2010, p. 4). Contra dicha idea —se agrega— las presidencias de nuestros tiempos se enfrentan en verdad con una serie significativa de controles que no son de tipo legal, sino de tipo político. Estos frenos incluyen desde el control reeleccionario, que permite que la población tenga un poder de veto periódico y decisivo sobre la política (sobre una clase política que teme efectivamente las sanciones populares); hasta otro control más difuso y permanente, derivado de los avances extraordinarios que se han dado en materia de comunicaciones, y que hacen que, con costos reducidos, resulte más sencillo para el público el control del Ejecutivo (Posner y Vermeule, 2010, 209). La lección que viene a dejarnos esta postura sería —según entiendo— la siguiente: abandonar el paradigma madisoniano de los frenos y contrapesos, para aceptar la vigencia de un paradigma schmittiano, conforme al cual, “los rápidos cambios que se han producido en el ámbito de las políticas públicas, y la incapacidad que es propia de las legislaturas y los tribunales, para ofrecer los ajustes de política necesarios, convierten al gobierno del Ejecutivo en algo inevitable” —y es más—, en algo que no tenemos razones para seguir temiendo (Posner y Vermeule, 2010, p. 16; Schmitt, 1994).

⁹ En una línea de objeción similar, véase la crítica de David Dyzenhaus al trabajo de Loughlin hace años, señalando que “si la mayor parte de lo que sobrevive en el pensamiento de muchos de los portadores de la tradición de izquierda es su hostilidad hacia el liberalismo, no sorprende que Loughlin, uno de los principales abanderados del pensamiento de iz-

En línea con lo que Loughlin pretende en su libro, y tal como veremos, el ideal de la “conversación entre iguales” también apunta a fortalecer el lado democrático de nuestras democracias constitucionales. Sin embargo, y contrariamente a lo que sugiere Loughlin, la “conversación entre iguales” pretende situar a la propia ciudadanía y al diálogo público en el centro del escenario político. En este sentido, el ideal dialógico termina siendo crítico de visiones como las defendidas por Loughlin en sus dos aspectos principales: tanto en el modo en que se opone al constitucionalismo, como en el modo en que piensa la democracia. En su reivindicación de una deliberación inclusiva, el proyecto de la “conversación entre iguales” resulta, por un lado 1) crítico frente a cualquier alternativa que pretenda fortalecer los poderes del Ejecutivo, por el carácter socialmente excluyente de esta solución (el fortalecimiento del Ejecutivo implica maximizar la concentración del poder, más que democratizar el poder), y por otro 2) crítico frente a cualquier alternativa plebiscitaria (¿o “populista”?), por el carácter habitualmente anti deliberativo de este tipo de soluciones (los plebiscitos —comúnmente organizados por quienes detentan el poder— no favorecen la deliberación, sino que suelen sustituir a dicha deliberación colectiva, discusión).

V. A favor de la democracia (o “por la restauración democrática”)

La última lectura que quisiera explorar, en torno a la relación constitucionalismo-democracia, es la que propone una revigorización de la democracia —y a la que denomino— “A favor de la democracia”. Esta visión aparece como contracara de la primera de las posturas que exploramos (“contra la democracia”); se diferencia de la segunda (“a favor del constitucionalismo”) por el lugar en donde

quiera en el Reino Unido, debieron inspirarse en una figura de otra tradición política (como Schmitt” (Dyzenhaus, 2004, p. 23).

está focalizada centralmente su atención (esencial, aunque no exclusivamente, en la “cura” de la democracia), y se distingue a la vez de la última (“contra el constitucionalismo”) porque —a pesar de coincidir con esta tercera visión en la necesidad de revitalizar la democracia— no considera que el fortalecimiento de la democracia requiera ir “contra” el constitucionalismo. Desde este punto de vista, y tal como adelantara, el constitucionalismo aparece como un medio indispensable en tren de volver a dar vida a la organización democrática, aun cuando se reconozca que, tal como hoy se encuentra establecido, el constitucionalismo (en lugar de contribuir al fortalecimiento democrático) tiende a limitar, sino directamente a socavar, las bases democráticas de la sociedad.

En los últimos años, han sido varios los textos importantes que se han dirigido a reflexionar sobre el tema. En ellos podemos encontrarnos con indagaciones acerca del carácter democrático del constitucionalismo —así, por ejemplo—, en uno de los últimos libros publicados por Robert Dahl, es decir, *¿How democratic is the American Constitution?* (2013); o directamente con críticas a un modelo de organización constitucional que es descrito como hostil al principio del autogobierno democrático —así, por ejemplo— en el renombrado trabajo de Sanford Levinson que lleva por título *Our undemocratic constitution* (2008).

De modo más reciente y notable —en algún trabajo referido a la necesidad de “restaurar la democracia en sociedades multirraciales” — el politólogo norteamericano Steven Levitsky ha comenzado a indagar acerca del carácter, significado e implicaciones de los diferentes elementos antidemocráticos/antimayoritarios que resultan —todavía hoy— distintivos de la Constitución norteamericana (Levitsky, 2022). Se trata de rasgos sencillos de reconocer, para quienes miramos al constitucionalismo norteamericano desde fuera, y que aparecían ya identificados en obras como las citadas (Dahl, 2013; Levinson, 2008), y que Levitsky había comenzado a examinar en el *best seller* que publicara junto con Daniel Ziblatt en 2018, sobre *Cómo mueren las democracias* (Levitsky y Ziblatt, 2018). Y se trata de rasgos que, a su vez, contribuyen a dar forma a sistemas

de gobierno débilmente democráticos, una vez que se activan y comienzan a actuar en conjunto. Permítanme dar un ejemplo muy visible al respecto, un ejemplo que ocupa un lugar relevante dentro de las preocupaciones que motivan el trabajo de Levitsky. Si, como en los Estados Unidos, tenemos un Colegio Electoral que decide la elección presidencial y permite que —como en el caso reciente de Trump— resulte electo un presidente que ha perdido por mucho (más de un millón de votos) en la votación democrática; y tenemos además un Senado que —otra vez— viene a representar al territorio (los distintos estados) antes que al número, la cantidad de ciudadanos que viven en el país; y luego tenemos a un sistema judicial que, en su cúpula (pensemos, en particular, en la Corte Suprema), resulta de los acuerdos que se establezcan entre ese presidente (que pudo perder la elección, en términos democráticos) y ese Senado (que representa al territorio, confiriendo así un peso extraordinario a Estados muy poco poblados). Luego, al final del día, terminamos por encontrarnos con una organización de poderes que, en sus columnas centrales —la Presidencia, el Senado, la Corte Suprema— aparece como contramayoritario (al menos, en el sentido de no expresar la voluntad democrático-mayoritaria de la Nación).

A la luz de este tipo de situaciones —que nos refieren a un constitucionalismo que ayuda a construir un sistema de organización de poderes no democrático— es que autores como Levitsky, Dahl o Levinson han comenzado a bregar por una reforma sustantiva del sistema constitucional (en su caso, la del constitucionalismo norteamericano, que tal vez exagere estos resultados patológicos). Lo que ellos sugieren es, entonces, modificar al constitucionalismo, para que el mismo le abra un lugar mayor a la democracia —una democracia que merece ser *restaurada*—; una democracia que aparecería hoy asfixiada o indebidamente constreñida, dentro de los muy estrechos —injustificados— límites que le impone el constitucionalismo.

Desde el punto de vista de la “conversación entre iguales”, encuentro una gran sintonía con esta cuarta lectura sobre la rela-

ción constitucionalismo-democracia. Creo que se trata de una mirada esencialmente acertada, en este respecto, desde el momento en que pone el foco en el costado “olvidado”, postergado o combatido: el “costado” democrático de la relación. Entiendo, con autores como los citados, que entre los muchos problemas urgentes que deben ser atendidos, dentro de nuestra vida institucional, el primero es el que se relaciona con la democracia. Y considero, además, con ellos, que la atención de ese problema nos exige encarar modificaciones relevantes dentro de la maquinaria constitucional. Más todavía, y de forma más precisa: coincido con ellos en que la “restauración democrática” no requiere que nos posiciones “en contra” del constitucionalismo, sino que reorientemos al constitucionalismo, para ponerlo al servicio de la democracia, y no en su contra.

Ahora bien, aunque no tengo dudas en ubicar al proyecto de la “conversación entre iguales” dentro de este marco —digamos—, dentro de esta cuarta lectura sobre la relación democracia-constitucionalismo quisiera agregar también que mis acuerdos (significativos, profundos) con esta mirada, resultan también parciales, antes que completos. La diferencia que separa —todavía, de un modo relevante— al proyecto de la “conversación entre iguales” del tipo de proyecto que Levitsky, Dahl o Levinson proponen tiene que ver, esencialmente, con el modo en que pensamos la democracia. Y aunque, entre autores como los citados, no existe unanimidad en cuanto al modo en que entender la democracia, resulta claro, sin embargo, que ninguno de ellos piensa a la democracia como se la piensa en la “conversación entre iguales,” esto es, en relación con un debate público inclusivo. Defiendo una noción de la democracia “robusta” —antes que “minimalista”, como la que Dahl sostuviera durante muchos años— y centrada en la conversación horizontal, antes que en la mera aplicación de la regla mayoritaria. He presentado ya, más arriba, algunos contrastes entre el ideal de la “conversación entre iguales” y el de la “democracia minimalista”. Permítanme sólo insistir, en este punto, que —contra el proyecto de la “democracia minimalista” (restaurada)— el ideal de la

“conversación entre iguales” subraya, por un lado, la importancia de la “inclusión social” en los procesos de toma de decisiones: dicha conversación requiere, en principio, y como objetivo relevante, que la ciudadanía en su conjunto —antes que los representantes— tengan a su cargo la decisión sobre los asuntos más importantes de la vida en común. Por otro lado, el modelo de la “conversación entre iguales” considera indispensable que la toma de decisiones resulte de un proceso (no sólo amplio o extenso, sino también) profundo de discusión colectiva, y no de la mera agregación (mayoritaria) de preferencias. Lo que importa, desde este punto de vista, es fundamentalmente otra cosa: no la acumulación (*fair*) de las preferencias de todos, sino su (posible) transformación o “limpieza”, a través de procesos que permitan y alientan la comprensión y corrección mutuas.

Permítanme ahondar un poco sobre la cuestión, distinguiendo ahora entre el proyecto de la “conversación entre iguales”; y el de restaurar (la competencia entre partidos, y con ella) el significado pleno de la regla mayoritaria —un proyecto que defiende, de modo especial, Steve Levitsky. Las diferencias entre ambos modelos resultan, según entiendo, demasiado notables, tanto en términos de voces, como de inclusión, como de debate. Adviértase lo siguiente. En primer lugar: imaginemos que, de alguna manera, logramos “curar” o al menos remediar grandemente todos los males institucionales que denuncia Levitsky en su trabajo —males relacionados con la influencia de los filibusteros, la sobre representación de ciertos intereses, el Colegio Electoral, un poder judicial que en su vértice parece cada vez menos vinculado con el pensamiento mayoritario, etcétera. Aún si lográramos todos esos objetivos, que hoy parecen imposibles de lograr, nuestras instituciones representativas seguirían siendo insensibles a la diversidad de “voces” que caracterizan nuestras democracias multirraciales y por lo tanto tendrían problemas para procesar y eventualmente satisfacer esas demandas. De acuerdo con el ideal de la “conversación entre iguales”, al menos, la democracia exige inclusión social, discusión social, encuentros, intercambios airados o apasionados,

debates sobre los matices de cada propuesta legislativa, etcétera (Nino, 1996). Por lo tanto, el gobierno de la mayoría es necesario —y la “restauración” del poder del gobierno de la mayoría también es crucial en las condiciones actuales— pero no es suficiente —está lejos de ser suficiente— para los fines aquí perseguidos. El proyecto de la deliberación inclusive exige fundamentalmente otra cosa (i. e., contar con foros públicos apropiados; incentivos para la participación en los asuntos públicos, etcétera).

Segundo, y de manera más significativa: en el contexto de una democracia multirracial, las minorías ciertamente tienen múltiples demandas políticas, sociales e institucionales que hacer. Sin embargo, no resulta para nada claro que la reivindicación del mayoritarismo figure o deba figurar entre sus prioridades. Quizá lo contrario. Pensemos, por tomar un caso, en un ejemplo como el siguiente: estamos viviendo en una democracia multirracial, donde encontramos minorías españolas, minorías chinas, minorías japonesas y minorías italianas, y en un momento comenzamos a debatir sobre los derechos lingüísticos, dado que la sociedad en la que vivimos sólo tiene el inglés como su idioma oficial. En el contexto de tal democracia multirracial, y en medio de una discusión política sobre los derechos lingüísticos, no estoy seguro de que nuestras diferentes minorías étnicas y raciales requieran primero —o, al menos, entre sus demandas iniciales— restaurar el valor del gobierno de la mayoría. En esas condiciones, la regla de la mayoría simple tendería a ocultar o socavar, en lugar de favorecer o fortalecer, las demandas de los grupos minoritarios. Lo que todos estos grupos necesitan es algo diferente (para algunos, derechos constitucionales sostenidos, idealmente, por el sistema judicial; para otros, como en mi caso, espacios de encuentro y de conversación pública; y el resguardo de las reglas procedimentales de la conversación democrática).

VI. Síntesis final

En las páginas anteriores, presenté, distinguí y examiné críticamente cuatro respuestas diferentes relacionadas con cómo pensar la relación democracia y constitucionalismo, y lo hice desde un punto de vista particular —desde una particular concepción de la democracia— “la democracia como conversación entre iguales”. Llamé a esas cuatro respuestas: “contra la democracia”; “a favor del constitucionalismo”; “contra el constitucionalismo” y “a favor de la democracia”. Según sostuve, la mirada que defiendo sobre la democracia —la de la “conversación entre iguales”— resulta directamente antitética con la primera respuesta; acuerda en su esencia, pero considera insuficiente, la segunda respuesta; objeta a la tercera, al considerar que la restauración de la democracia no requiere de asumir una postura contraria al constitucionalismo; y se considera inscripta dentro de la cuarta lectura, aunque difiere de muchos de los autores relacionados con ella, por partir de una concepción de la democracia diferente, más robusta, y que toma por centro a un debate público inclusivo.

VII. Referencias

- Ackerman, B. (2010). *The decline and fall of the American republic*. Harvard University Press.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- Bellamy, R. (2007). *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge University Press.
- Bermeo, N. (2016). Democracy backsliding. *Journal of Democracy*, 27(1), 5-19.
- Brennan, G. y Lomasky, L. (2008). *Democracy and decision*. Cambridge University Press.
- Brennan, J. (2017). *Against democracy*. Princeton University Press.

- Buchanan, J. y Tullock, G. (1999). *The calculus of consent*. Liberty Fund Press.
- Crozier, M., Huntington, S., y Watanuki, J. (1975). *The crisis of democracy: report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*. New York University Press.
- Dahl, R. (1956). *A preface to democratic theory*. The University of Chicago Press.
- Dahl, R. (1989). *Democracy and its critics*. Yale University Press.
- Dahl, R. (2003). *How democratic is the American Constitution?* Yale University Press.
- Dixon, R. (2018). How to save a democracy? *Jotwell*. <https://www.law.uchicago.edu/news/ginsburg-and-huqs-how-save-constitutional-democracy-reviewed-one-absolute-best>
- Dyzenhaus, D. (1997). Legal theory in the collapse of Weimar. *The American Political Science Review*, 91(1), 121-134.
- Dyzenhaus, D. (2004). The left and the question of law, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17(23).
- Dyzenhaus, D. (2011). *Constitutionalism in an old key: legality and constituent power*. Discussion Paper. WZB Rule of Law Center, 802.
- Elster, J. and Slagstad, R. (1988). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge University Press.
- Ginsburg, T. y Huq, A. (2018). *How to save a constitutional democracy*. The University of Chicago Press.
- Goodin, R. (1986). Laundering preferences. En J. Elster y A. Hylland (Eds.). *Foundations of social choice theory* (pp. 75-101). Cambridge University Press.
- Griffith, J. (1977). *The politics of the judiciary*. Fontana Press.
- Griffith, J. (1979). The political constitution. *The Modern Law Review*, 42(1), 1-21.
- Graber, M., Levinson, S., y Tushnet, M. (Eds.). (2018). *Constitutional democracy in crisis?* Oxford University Press.
- Habermas, J. (1996). *Between facts and norms: contributions to a discourse theory on law and democracy*. MIT Press.

- Huntington, S. (1983). *American politics: the promise of disharmony*. Harvard University Press.
- Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, 47(189).
- Landemore, H. (2013). *Democratic reason*. Princeton University Press.
- Landemore, H. (2020). *Open democracy. Reinventing popular rule for the twenty-first century*. Princeton University Press.
- Lechner, N. (1991). A la búsqueda de la comunidad perdida. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 8(129).
- Levinson, S. (2008). *Our undemocratic constitution*. Oxford University Press.
- Levitsky, S. (2022). Restoring democracy in a multiracial society. *California Law Review*.
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *How democracies die*. Crown.
- Loughlin, M. (1992). *Public law and political theory*. Clarendon Press.
- Loughlin, M. (2010, mayo 25). John Griffith obituary. *The Guardian*. <http://www.theguardian.com/education/2010/may/25/john-griffith-obituary>
- Loughlin, M. (2003). *The idea of public law*. Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2010). *Foundations of public law*. Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2022). *Against constitutionalism*. Harvard University Press.
- Luo, Z. y Przeworski, A. (2019). *Subversion by stealth: dynamics of democratic backsliding*. manuscript in file with the author.
- Mill, J. (2003). *On liberty*. Dover Publications. (Publicado originalmente en 1859)
- Negretto, G. and Aguilar Rivera, J. A. (2000). Liberalism and emergency powers in Latin America: reflections on Carl Schmitt and the theory of constitutional dictatorship. *Cardozo Law Review*, 21(5-6), 1797-1823.
- Nino, C. (1996). *The constitution of deliberative democracy*. Yale University Press.

- Pincione, G. y Tesón, F. (2017). *Rational choice and democratic deliberation*. Cambridge University Press.
- Posner, E. y Vermeule, A. (2006). *Terror in the balance*. Oxford University Press.
- Posner, E. y Vermeule, A. (2010). *The executive unbound. After the Madisonian Republic*. Oxford University Press.
- Schmitt, C. (1994). *The crisis of parliamentary democracy*. The MIT Press.
- Schumpeter, J. (2008). *Capitalism, socialism and democracy*. Harper Classics.
- Somin, I. (2013). *Democracy and political ignorance*. Stanford Law and Politics.
- Sunstein, C. (Ed). (2018). *Can it happen here? Authoritarianism in America*. Library of Congress.
- Tomkins, A. (2005). *Our republican Constitution*. Hart Publishing.

Cómo citar

IJ-UNAM

Gargarella, Roberto, "Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales"", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19523. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19523>

APA

Gargarella, R. (2025). Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales". *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19523. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19523>

Una conversación entre iguales de Roberto Gargarella: comentarios críticos para abordar la tensión entre constitucionalismo y democracia

*Una conversación entre iguales by Roberto
Gargarella: critical comments to address the tension
between constitutionalism and democracy*

Itzel Mayans Hermida

 <https://orcid.org/0000-0002-4395-6200>

Instituto Mora. México
Correo electrónico: itzel.mayans@gmail.com

Recepción: 9 de octubre de 2024
Aceptación: 10 de diciembre de 2024
Publicación: 25 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19596>

Resumen: En este artículo discuto, críticamente, la propuesta que plantea Roberto Gargarella sobre la relación entre la democracia y el constitucionalismo en *Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la “conversación entre iguales”* y en *El derecho: una conversación entre iguales* (2020). En primer lugar, coincido con Gargarella en el diagnóstico que realiza sobre la necesidad de robustecer la calidad de la democracia deliberativa y de que los mecanismos de democracia directa sean propuestos, encauzados y al servicio de los intereses ciudadanos. En segundo lugar, sin embargo, planteo serias dudas sobre la deseabilidad de que la democracia directa tenga el propósito de replantear la idoneidad y contenido de los derechos fundamentales de las personas. Argumento que la deliberación democrática sobre los derechos fundamentales deba versar sobre las implicaciones opresivas que estos pueden tener en casos concretos y sobre personas usualmente marginadas. Sin embargo, ella no debe llevar a replantear, de forma permanente, su contenido, con el riesgo de devaluar su valor. Los derechos fundamentales son producto de batallas ciudadanas históricas y, por ello, son también conquistas cívicas importantes. En tercer lugar, argumento que, a menos que la democracia deliberativa adopte mecanismos robustos de democracia directa, es poco probable que las élites sociales y políticas estén al margen de las deliberaciones democráticas como Gargarella sugiere. Finalmente, cuestiono

que el criterio normativo de relevancia que guíe la deliberación democrática sea *el requisito de sinceridad*, y sugiero que existan otros filtros normativos que permitan a la ciudadanía identificar y evitar los sesgos que pueden estar presentes en el intercambio democrático que, entre ellas, tenga lugar.

Palabras clave: democracia directa; derechos humanos fundamentales; requisito de sinceridad; sesgos; implicaciones opresivas; constitucionalismo.

Abstract: This article critically discusses Roberto Gargarella's proposals about the relationship between democracy and constitutionalism, in *Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales"* and *El derecho: una conversación entre iguales* (2020). Firstly, I agree with the author in the diagnosis he establishes in what respects to the several failures that democratic deliberation faces and in that direct democracy's mechanisms should be proposed, guided and in the service of citizen's interests. Secondly, I seriously doubt that direct democracy should have the purpose of permanently reviewing the content and main purposes of fundamental human rights. Instead, I argue that democratic deliberation on human rights should concern the identification of oppressive implications that they could have on specific cases and on vulnerable people. Nevertheless, it should not lead to permanently reviewing its content and main purposes because this could have the unfortunate implication of devaluing its value. Fundamental human rights are the product of historic citizen's battles and, therefore, they are important civic conquest. Thirdly, I also argue that unless democratic deliberation establishes a robust mechanism of direct democracy, it is unlikely that social and political elites remain out of the political conversations as Gargarella suggests. Finally, I detach from the position that suggests that *the sincerity requisite* is what is at stake in democratic deliberation, and I suggest that other normative filters should be used in order that citizens can identify and avoid possible bias in the democratic exchange that takes place among them.

Keywords: direct democracy; fundamental human rights; sincerity requisite; biases; oppressive implications; constitutionalism.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Las fallas del sistema representativo: obstáculos a una conversación entre iguales*. III. *Una conversación entre iguales: implicaciones de la discusión abierta, continua e inacabada en materia de derechos fundamentales*. IV. *Sobre por qué, a menos que se establezca un modelo robusto de democracia directa, es difícil evitar la participación de las élites en los debates legislativos*. V. *Crítica sobre la pertinencia de que el requisito de sinceridad ciudadana sea lo que guíe a una conversación entre iguales*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. Introducción

Roberto Gargarella en: *Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la “conversación entre iguales”* presenta una tipología sobre las cuatro posibles formas de entender la relación de tensión persistente entre las posiciones del constitucionalismo y la democracia, vigente —en mayor o en menor medida— en las democracias constitucionales contemporáneas alrededor del mundo. Las cuatro posturas son: (1) contra la democracia; (2) a favor del constitucionalismo; (3) contra el constitucionalismo, y (4) a favor de la democracia (por la restauración democrática).

Desde mi punto de vista, dichas lecturas constituyen un muy buen punto de partida para entender todos los aspectos que están en juego en la tensión y que, en algunos casos, priorizan proteger el ámbito de los contrapesos (*checks and balances*) y, en otros, el de la participación popular robusta. Hay que decir que la propuesta de Gargarella de *una conversación entre iguales*, a pesar de privilegiar la centralidad de la posición (4) a favor de la democracia, se distancia de los aspectos menos deseables de las dos posiciones extremas (1 y 3) por buscar excluir, de plano, la relevancia que tendría en un sistema político justo, ya sea el tomar en cuenta las voces ciudadanas en la construcción de instituciones (1), por un lado, o la protección de los derechos (humanos y políticos) como parte de un sistema de equilibrios y contrapesos, por el otro (3).

La pretensión de este artículo es emitir algunas observaciones críticas a la postura de Gargarella de *una conversación entre iguales*. Debo decir que comparto con el autor su posición intermedia sobre la relevancia de conservar las dos partes de la ecuación (tanto los contrapesos como la activa participación política ciudadana); sin embargo, a diferencia de él, considero que para poder arribar a una efectiva conversación entre iguales hace falta idear un verdadero sistema basado en la implementación de mecanis-

mos de democracia directa,¹ que pueda traducir, de forma efectiva, la participación ciudadana en política pública. De otro modo, me temo que la posición de igualdad en la conversación ciudadana sobre todos los temas que nos afectan tenderá a diluirse en favor de las posiciones que las élites políticas y sociales favorezcan en cada circunstancia y coyuntura histórica.

Dicho de otro modo, considero que, en contextos de democracias representativas débiles, jóvenes o con diseños institucionales imperfectos y enormes desafíos estructurales (como la mexicana),² desestimar la relevancia de los derechos en favor de un tipo de democracia participativa³ que cuente con el objetivo específico de revisar el contenido de los derechos para buscar modificarles (lo cual generalmente se lleva a cabo a través de referendos, plebiscitos o participación en asambleas ciudadanas) tiene el efecto de contribuir a fortalecer las posiciones de ciertos actores políticos que pertenecen a las élites⁴ (el Poder Ejecutivo, los poderes económicos

¹ David Altman (2022) menciona que “Los mecanismos de democracia directa, especialmente si son de iniciativa ciudadana, son las instituciones que mejor encarnan el concepto de soberanía popular, donde los ciudadanos son todos libres e iguales”, (p. 30) y distingue entre varios modelos según quién los propone (el poder político o la ciudadanía) y según si tienen objetivos “defensivos”, “facultativos”, “abrogativos” o “propositivos” (pp. 27-29).

² Existen muchos indicadores y evidencias que revelan que el compromiso categórico con la protección de los derechos humanos en México está en regresión. Uno de los más importantes desafíos es el de combatir la impunidad en torno a la perpetración de muy serios crímenes como el sucedido en el mes de septiembre de 2014, cuando cuarenta y tres estudiantes normalistas, de la Escuela Normal Rural “Isidro Burgos” de Ayotzinapa, fueron desaparecidos a manos del crimen organizado en colaboración con funcionarios del Estado, policías municipales e, incluso, se presume que con integrantes del Ejército mexicano (Roninger, 2018, pp. 155-171).

³ Hay que decir aquí que Gargarella menciona expresamente que él busca defender un tipo de participación iniciada por los ciudadanos y que contribuye a fortalecer a la ciudadanía (Gargarella, 2021, p. 351). Sin embargo, considero que si ello está hecho a costa de debilitar los propios derechos ciudadanos (incluidos el de la participación política o el de la libertad de expresión), hay un riesgo muy real de que ello implique establecer una “tiranía de las mayorías” (Mill, 2003, p. 61), o que ello signifique una ventaja política para las representantes que asuman las posiciones políticas más populares entre los ciudadanos.

⁴ En *Liberal virtues*, Stephen Macedo (1992) menciona que: “Frecuentemente, leyes adecuadamente propuestas reflejan nada menos que la posición de una bien posicionada, financiada o poderosa minoría. [...] No debemos de olvidar que *la tiranía de la mayoría* era el principal vicio temido por los legisladores de la ley fundamental de América”, (p. 168). Y más adelante, en relación a cómo interpretar la Constitución, señala: “La constitución como un icono nos invita a leerla bajo un lente de globalidad —las ideas morales de justicia, libertad

de un país o un partido político, por ejemplo). Esto va en detrimento de los derechos humanos y políticos ciudadanos cuyo diseño ha sido el resultado de haber emprendido batallas políticas y sociales históricas, es decir, precisamente de la participación ciudadana activa y continua expresada a lo largo de varias décadas —como en el caso de los derechos reproductivos de las mujeres (Lamas, 2017), el derecho ciudadano a tener acceso a la información pública (López Ayllón et al., 2024, pp. 65-95), el derecho a la libre expresión de las ideas o a la asociación política (artículo 19)—.⁵

Como sugieren acertadamente Francisca Pou y Sofía Treviño (2024, pp. 171-198) no hay que olvidar que muchos de los derechos constitucionales, sobre todo los contenidos en las partes dogmáticas de las constituciones políticas de las democracias, fueron tanto ideados como defendidos a partir de la organización política ciudadana, gracias a la cual las élites políticas no tuvieron otro remedio que aceptarles de forma gradual y paulatina; un proceso que, a la larga, cristalizó en su inclusión y garantía constitucional.

De manera que las posiciones (3) contra el constitucionalismo y (4) a favor de la democracia (por la restauración democrática), tienden a desestimar, según mi punto de vista, que los derechos humanos, políticos y sociales más importantes sean resultado de procesos democráticos de larga data y que protejan, además, intereses humanos de mucha relevancia. Y no precisamente porque se quieran imponer prioridades políticas a las generaciones por venir, sino porque la historia nos ha mostrado, de diferentes maneras, que protegen esferas básicas de libertad e igualdad política y so-

y equidad— que preserva de manera conjunta tanto nuestra lealtad como nuestra integridad moral [...] Los ciudadanos liberales, quienes son críticamente reflexivos sobre la justicia de sus instituciones políticas, entienden que la constitución, para ser vinculante, debe de ser capaz de ser leída como una aproximación razonable a los *principios que pasan la prueba de la justificación pública*” (p. 171) (énfasis añadido).

⁵ Es posible apreciar los múltiples obstáculos que ha enfrentado, en las últimas décadas, la libertad de expresión en México a partir de constatar las cifras de periodistas asesinados en este país. La organización independiente Artículo 19 ha documentado que, “del año 2000 a la fecha *Article 19* ha documentado 167 asesinatos de periodistas en México, en posible relación con su labor. De estos, 47 se han registrado durante el gobierno actual de Andrés Manuel López Obrador y 47 en el mandato de Enrique Peña Nieto” (Artículo 19).

cial que tenemos buenas razones en conservar más allá de las dinámicas políticas coyunturales o de contar, en un momento histórico específico, con gobiernos más o menos favorables a su protección.

Es decir, los derechos humanos, políticos y sociales gozan de dicho estatus porque, lejos de ser sacados de la arena política como Gargarella sugiere (2024, p. 11), han sido políticos desde el inicio. Además, han sido defendidos con la vida y libertad de un sinnúmero de conciudadanos,⁶ quienes han gozado de la convicción de que su defensa y protección equivale a establecer unas mejores condiciones iniciales de libertad, igualdad y dignidad, desde las cuales las batallas de otras generaciones puedan partir.

La organización del artículo será la siguiente. En la sección I introduciré la propuesta central de Gargarella de *una conversación entre iguales*; mencionaré las fallas que enfrenta actualmente el sistema de democracia representativa, coincidiré con el autor en su diagnóstico sobre dichas fallas y retos institucionales que padece tanto la representación política como la deliberación ciudadana; aunque me distanciaré de la solución que él propone. Considero que, como mencioné anteriormente, adoptar *una conversación entre iguales*, sin prever contrapesos, puede ser perjudicial para la protección de los derechos fundamentales de las personas. En la sección II abordaré más detenidamente cuáles son las implicaciones de mantener un tipo de discusión *abierta, continua e inacabada* en materia de derechos fundamentales y por qué la concepción *humanista* (Gilabert, 2011), o de lo *no decidible* (Gargarella, 2021) sobre los derechos tiene una función práctica que desempeñar, a la par de la concepción *política* (Beitz, 2011; Gilabert 2011) o de lo *decidible* (Gargarella, 2021), para proteger, suficientemente, cada uno de los intereses humanos que los derechos fundamentales buscan preservar. En la sección III mencionaré por qué considero que, a menos que se establezca un modelo robusto e institucional

⁶ Los derechos económicos y sociales de la Constitución mexicana de 1917 es un buen reflejo del esfuerzo de introducir garantías que fueron —y han sido— sumamente importantes para las conquistas sociales ancestrales, aunque, en los hechos, hayan tenido alcances y logros más limitados.

de democracia directa, es difícil evitar la participación de las élites en los debates legislativos y ciudadanos que, desde mi lectura, implica —indirectamente— la propuesta de Gargarella. En la sección IV hablaré también de por qué, a la par de que se garantice *una conversación entre iguales* sobre los temas de interés público, deben contemplarse restricciones normativas sobre cómo los ciudadanos deben conversar y que superen el requisito de sinceridad, es decir, el supuesto de que nuestra deliberación ciudadana se conducirá bien siempre y cuando las personas ofrezcan las mejores formulaciones que, desde su punto de vista, tengan los valores políticos que cada discusión particular requiera.

En la conclusión resaltaré el importante aporte de Gargarella a la reflexión sobre qué modelo de democracia es idóneo ante el conjunto de retos que enfrentamos en la actualidad; aunque expongo mis dudas sobre cómo implementar su propuesta en contextos sociales de fragilidad democrática institucional y de polarización política (de izquierda o derecha). También resalto la enorme preocupación de que, a pesar de que no asumo ninguna posición de elitismo cognitivo y confío en la capacidad ciudadana para autorrepresentar sus intereses, considero necesario preservar también las ventajas que algunos sistemas expertos (como el judicial) proveen en la protección de los derechos fundamentales de las personas.

II. Las fallas del sistema representativo: obstáculos a una conversación entre iguales

En este apartado desarrollaré el diagnóstico de Gargarella en lo que respecta a su propuesta de cómo entender los derechos fundamentales y cuáles son sus implicaciones concretas desde la perspectiva de *una conversación entre iguales*.

En primera instancia, me gustaría expresar que coincido con él en el diagnóstico global del que parte sobre los aspectos del sistema democrático que distan de funcionar adecuadamente. Garga-

rella menciona, con razón, que “nosotros, el pueblo” nos sentimos distanciados de la política porque —con razón— reconocemos que nuestra vida política nos ofrece muy pocas posibilidades de participar significativamente en la decisión y discusión de nuestros propios asuntos, los que más nos afectan” (2021, p. 8) y, en su libro, nos plantea la pregunta: “¿cuáles dimensiones deberían privilegiarse, a los fines de asegurar la representación plena o, al menos, la más plena posible de la sociedad?” (Gargarella, 2021, p. 115), dado que las personas tenemos una multiplicidad de rasgos que contribuyen, simultáneamente, a definir nuestra identidad social (género, religión, identidad sexual, ideología, etcétera). En esta línea de ideas, también señala que “la cuestión no es tanto que la ciudadanía pueda decidir mal, sino que no tenga la oportunidad de conversar, para clarificar en el diálogo lo que quiere expresar y los matices de su pensamiento” (Gargarella, 2021, p. 139).

Hasta aquí, considero que Gargarella tiene razón en que el sistema representativo no ha logrado traducir las demandas ciudadanas en acciones de gobierno, entre otras razones, porque nuestras representantes populares poseen incentivos para congraciarse con las élites políticas y sociales, quienes las proponen en las listas a los cargos de representación popular, por un lado, a la vez de que, efectivamente, tampoco ha existido una genuina conversación entre ciudadanas y ciudadanos, por el otro. Ello debido a que, en nuestras sociedades democráticas, las personas con mayores recursos económicos y políticos pueden traducir dicho capital económico y social en mejores oportunidades para, por ejemplo, expresar sus puntos de vista, lograr intercambiar favores con los funcionarios públicos en turno, y poder incidir, a partir de establecer relaciones estrechas con el poder político, en la política pública. De manera que, claramente, el sistema representativo adolece de diversas debilidades institucionales, por lo que la participación ciudadana, como Gargarella (2021, pp. 136 y 137) lo argumenta, se ha limitado a la participación electoral, en detrimento de la variable deliberativa.

Sin embargo, a partir de dicho diagnóstico, atribuye muchos de los males de la democracia a la existencia de contrapesos (*checks and balances*) propios de las posiciones (1) *contra la democracia* y (2) *a favor del constitucionalismo*:

La frase que resume de modo perfecto el objetivo que define al sistema tanto como su principal virtud y defecto: evitar las mutuas opresiones entre mayorías y minorías resulta muy importante, pero el coste de darles un poder institucional equivalente resulta descomunal en términos democráticos. (Gargarella, 2021, p. 146)

De manera que, para Gargarella, los defectos de la democracia representativa han impedido la consolidación de una democracia deliberativa que involucre a la ciudadanía, de forma más activa, en la conversación sobre las iniciativas de ley y de políticas públicas, por un lado; mientras que los representantes populares no han trabajado realmente a favor del interés público, ya que su voluntad ha sido frecuentemente capturada por las élites (2021, p. 202). Todo ello se explicaría —en alguna buena medida— a partir de que a las minorías se les ha dotado de un poder descomunal frente a las mayorías. A su vez, dicho poder descomunal con el que cuentan las minorías sería atribuible, entre otras cosas, a que gozan de derechos inalienables defendidos por jueces, quienes bloquean o impiden que su contenido sea sometido a deliberación o escrutinio por parte de dichas mayorías a través del control de constitucionalidad (Gargarella, 2021, p. 205).

Sobre esta segunda parte del diagnóstico que realiza el autor no estoy de acuerdo por dos razones. La primera es que no me parece que la existencia de derechos fundamentales inalienables (basados en la misma concepción de Gargarella de que constituyen protecciones robustas a intereses humanos) sea una de las causas de las fallas de la democracia representativa —o al menos en el libro no se muestra convincentemente que sea así—. Las flaquezas del sistema representativo podrían ser atribuibles, en parte, a la tendencia inherente del propio sistema democrático a fallar tanto

de forma teórica (entendida como ideal) como práctica, como argumenta Axix Z. Hug (2020). De forma sintética, dichos problemas estructurales estarían relacionados con: a) el problema de quién debe estar incluida o excluida de la participación (*the boundary problem*); b) la tensión considerada irresoluble entre guiarnos, por un lado, por la regla de la mayoría a la vez de intentar favorecer el interés público, por el otro; c) el reto de buscar consenso o unanimidad social sin aplastar la diversidad en el camino; d) los diferentes sesgos epistémicos o morales que enfrentan las ciudadanas a la hora de identificar el interés público o individual; e) los problemas que conciernen al federalismo vs. el centralismo en la construcción de mayorías democráticas; y f) las fallas de diseño e incentivos de los distintos sistemas políticos a lo largo del mundo, entre los más destacados (Hug, 2020, pp. 11-49). De esta forma, habría que analizar hasta qué punto (y en qué medida) las fallas de la democracia representativa y electoral son efectivamente producidas por la clausura deliberativa sobre los derechos fundamentales más importantes; o, por el contrario, por muchos de los problemas inherentes a la democracia, especialmente sobre cómo, a partir de una cierta ingeniería electoral, se traduce la obtención de votos en legitimidad política y en la autorización para llevar a cabo ciertos mandatos de leyes o de políticas públicas que resultan ser perjudiciales a los intereses de las mayorías (o, incluso, de algunas minorías).⁷

La segunda razón para distanciarme de Gargarella es que considero que otro de los problemas que explican las fallas de la democracia representativa contemporánea no es la clausura en el debate de los derechos *per se*; en contraste, consiste en que ellos no han

⁷ Al propósito de la efectividad de las elecciones para adoptar decisiones públicas, Adam Przeworski (2022) menciona: "Las elecciones —las herramientas con que un colectivo decide quién debe gobernarlo y cómo— son el mecanismo central mediante el cual se procesan los conflictos en las democracias. Sin embargo, ese mecanismo sólo funciona bien si lo que está en juego no es demasiado, si perder una elección no constituye un desastre y si las fuerzas políticas derrotadas cuentan con posibilidades razonables de ganar en el futuro. Cuando llegan al poder partidos profundamente ideológicos que procuran eliminar obstáculos institucionales con el fin de consolidar su ventaja política y ganar discrecionalidad en la elaboración de políticas, la democracia se deteriora o «retrocede»" (p. 167).

sido suficientemente garantizados a la mayoría de la población. De manera que el problema sí consistiría en la afectación a los intereses de la mayoría, pero no debido a que se haya omitido entrar a una discusión sobre sus contenidos. Al contrario, considero que los contenidos —en muchos casos, como en el de los derechos reproductivos— pueden ser correctos, pero no se han garantizado de forma equitativa al conjunto amplio de personas que viven en un territorio (ciudadanas y no ciudadanas). Es decir, si fuese una realidad que todas y todos gozamos de poder acceder a juicios justos, muchas de las críticas al sistema judicial, en la opinión de muchos, probablemente no tendrían lugar porque todas y todos tendríamos acceso a los privilegios que la formalidad de la ley, en teoría, nos confiere.

III. Una conversación entre iguales: implicaciones de la discusión abierta, continua e inacabada en materia de derechos fundamentales

En *Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la “conversación entre iguales”*, Gargarella no se detiene a explicar cómo impacta su propuesta —tanto teórica como práctica— en la prioridad de la que ha gozado la protección de los derechos fundamentales de las personas, y se limita a argumentar a favor de promover una participación política muy extendida (robusta versus minimalista) de todas las personas, en relación con los problemas y temáticas (asuntos públicos) que pudiesen afectarle de forma directa

Sin embargo, en el libro *El derecho: una conversación entre iguales* (Gargarella, 2021) en donde sí desarrolla estas implicaciones, queda mucho más claro que su propuesta implica ver a los derechos como producto de acuerdos sociales y que, lejos de adscribirles dentro de la *esfera de lo indecible* (al provenir de una “ley natural” según la tradición), pertenecen, por el contrario, a la *esfera de lo decidible* (es decir, susceptibles de ser modificados según

el mandato popular). Favorecer esta posición, significa cuestionar aquella que teóricos como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli o Ernesto Garzón Valdés defienden y que consiste en ver a los derechos como entidades o construcciones que se encuentran (y que deben situarse) más allá de los asuntos coyunturales sobre los que las mayorías democráticas pudiesen tener injerencia.

Al margen de plantearnos la importante pregunta sobre cuál es el origen de la normatividad de los derechos —que no es el tema que busca atenderse en este artículo—, considero importante plantear, en su lugar, la pregunta sobre cuál es el papel práctico que es deseable que asuman en contextos de democracia participativa, de desacuerdo razonable y de desigualdad respecto a su garantía y protección.

Pablo Gilibert (2011), en su *Humanist and political perspectives on human rights*, anticipa que una de las críticas que puede recibir la posición *humanista* (o la esfera de lo *no decidible* en palabras de Gargarella) de los derechos humanos frente a la *política* es, precisamente, sobre la forma de justificarlos: “los derechos abstractos, en que la postura humanista se centra, presuponen circunstancias asociales que son radicalmente discontinuas con las circunstancias actuales en que los derechos de la *Declaración* son formulados” (Gilibert, 2011, p. 444). Sin embargo, y en respuesta a esta crítica, el propio autor comenta:

La posición humanista todavía puede mencionar que, en cualquier contexto social, las personas tienen exigencias abstractas a las condiciones para desarrollar su agencia normativa, para evitar formas de degradación concreta y un tipo de tratamiento inequitativo, o para desarrollar ciertas capacidades humanas centrales. (Gilibert, 2011, p. 444)

Desde este punto de vista, las posiciones *humanista* y *política*, tienen una función social complementaria. La primera conduce nuestra mirada a encontrar aquellos derechos cuya relevancia se encuentra en la protección de intereses, tales como son la autonomía, evitar formas de degradación moral o de tratamiento inequitati-

vo y/o para encontrar aquellas capacidades humanas (Nussbaum, 2002) sin las cuales la vida de las personas se torna menos valiosa y cuya existencia justifica la formulación de un derecho correspondiente que le proteja. Por otro lado, la segunda posición contribuye a reconocer las prácticas políticas relevantes, en cada contexto y circunstancia histórica, para sugerir de qué forma pueden y deben ser formulados los derechos fundamentales, dentro de la tradición legal respectiva y teniendo en cuenta las restricciones institucionales e históricas concretas. De tal manera, lejos de que dichas posiciones estén enfrentadas y sean mutuamente excluyentes, son complementarias en el trabajo que realizan, tanto normativo (encontrar el interés moral en el que descansan cada uno de los derechos) como en el de establecer su viabilidad práctica concreta.⁸

Desde esta perspectiva, el papel práctico que los derechos deben asumir es el de constituirse como una guía normativa para identificar el conjunto de intereses, capacidades humanas centrales y esferas de infranqueabilidad que, en conjunto, conforman las condiciones mínimas que es necesario garantizar para que las personas podamos desempeñarnos apropiadamente tanto como personas que gozamos de una *concepción del bien*, a la vez de una *concepción de la justicia* y, en esa medida, debemos ser tratadas como libres e iguales (Rawls, 2006, pp. 326-341).

Estoy de acuerdo con Gargarella, y, en sintonía con los mecanismos de democracia directa cuando ellos son iniciados por la

⁸ En *The idea of human rights*, Charles Beitz menciona, a este respecto, que los derechos humanos internacionales es el nombre de una empresa política colectiva —una práctica— con propósitos y modos de acción distintivos. El entendimiento de dichos propósitos y modos de acción es esencial para aprehender la naturaleza de los derechos humanos. Sin embargo, no establece cuestiones sobre su contenido o fundamentos. Dicha perspectiva permite que las personas puedan estar de acuerdo sobre la naturaleza de los derechos humanos internacionales, pero estar en desacuerdo sobre su contenido o tipos de consideraciones que la sustentan. Ello no significa que no necesitemos razones para que los derechos humanos nos importen —simplemente que no es parte de su práctica que cualquiera que acepte y actúe sobre la base de la doctrina pública necesite compartir las mismas razones para aceptarles (Beitz, 2011, pp. 103 y 104)—. El establecimiento de la viabilidad práctica de los derechos humanos depende, entonces, de poder hallar, en cada momento histórico y social, los contenidos específicos que las personas podamos aceptar, teniendo en cuenta que los desacuerdos sobre su interpretación y alcance persistirán.

ciudadanía, en que las instituciones —los jueces, según él— deberían permitir que “la comunidad decida acerca de sus propios asuntos, por medio del diálogo colectivo (en razón de la prioridad de éste frente al «hecho del desacuerdo»)” (Gargarella, 2020, p. 242). Sin embargo, me pregunto si todas las decisiones sobre cualquier asunto público de relevancia son igualmente legítimas cuando son tomadas por una mayoría social y frente al innegable hecho del desacuerdo. Stephen Macedo (1992) menciona, por ejemplo, que Abraham Lincoln “sostuvo que lo bueno y lo malo dependen de estándares de pensamiento independientes de la mera opinión” (p. 174), y que, por ello,

*el sentido de justicia*⁹ así como la *empatía hacia los congéneres*, te indican que el pobre negro tiene derechos naturales por sí mismo y que aquéllos que se los niegan, y que los mercantilizan, merecen que se les patee, así como ser despreciados y la muerte. (Macedo, 1992, p. 174)

Es decir, desde la perspectiva normativa sugerida por Macedo al recuperar a Lincoln, no es la *mera opinión* ni del juez ni de la moralidad social ampliamente compartida, sino el sentido de la justicia lo que tendría que guiar regulativamente la interpretación que se haga de los valores constitucionales.

Frente a ello, Gargarella podría afirmar que su propuesta deliberativa parte, precisamente y a diferencia la condición de esclavitud que padecieron los afroamericanos hasta mediados del siglo XIX, de gozar de la condición de igualdad en la conversación¹⁰ —finalmente la igualdad es un concepto normativo—. Sin embar-

⁹ Énfasis añadido.

¹⁰ “En lo que aquí interesa, pensaré el diálogo apropiado en relación con las pautas establecidas y defendidas en las páginas anteriores —deliberación, inclusión, igualdad, temas de interés público—, enfocado dentro del marco de la Constitución; es decir, específicamente, la conversación constitucional. Aclararé, entonces, que, en una democracia, la discusión sobre la Constitución y los principios subyacentes a ella debe ser producto de una conversación igualitaria e inclusiva entre todos los potenciales afectados” (Gargarella, 2021, p. 282). Aquí queda mucho más claro que la deliberación democrática no es exclusivamente sobre el contenido de cualquier política pública, sino sobre los contenidos mismos de la Constitución política.

go, y frente a esta réplica, hay que notar que las y los ciudadanos tenemos también diferentes interpretaciones sobre el significado de la igualdad,¹¹ y muchas de ellas no cumplen suficientemente los requisitos para poder protegerla apropiadamente.¹² De manera que la pregunta es si las personas debemos guiarnos, en el contexto de la deliberación democrática, por nuestras propias visiones sobre la igualdad, la libertad, etcétera, influidas incluso por nuestros sesgos, prejuicios o concepciones morales, o si hay necesidad de que dicha libertad se exprese, para fines de dotar de contenido a las leyes de justicia básica o constitucional, a partir de tener en cuenta ciertas restricciones deliberativas¹³ o de contar con algunos contrapesos —el denostado poder judicial, por ejemplo— que contribuya, con su interpretación constitucional, a equilibrar

¹¹ Rawls distinguió los significados de un *concepto* y una *concepción* (Rawls, 2001, p. 65). En este caso, habría un concepto de igualdad, pero varias concepciones, algunas más válidas que otras, para efectos de ampliar o limitar la protección de nuestros derechos fundamentales entendidos adecuadamente dependiendo de la esfera de interés que se propongan proteger.

¹² Por ejemplo, en la Carta apostólica *Mulieris Dignitatem* del Papa Juan Pablo II, queda clara que *la dignidad propia de las mujeres*, aunque se conciba como de igual valor respecto a la masculina, no corresponde a la igualdad social, moral y política que recuperan los tratados internacionales en la materia (como el de *la CEDAW* o *El Cairo*). Por lo tanto, no debería fungir como sustrato de nuestras leyes y políticas públicas de justicia básica o fundamental: “La mujer —en nombre de la liberación del «dominio» del hombre— no puede *tender a apropiarse de las características masculinas*, en contra de su propia «originalidad» femenina. Existe el fundado temor de que por este camino la mujer no llegará a «realizarse» y podría, en cambio, deformar y perder lo que constituye su riqueza esencial. Se trata de una riqueza enorme. En la descripción bíblica la exclamación del primer hombre, al ver la mujer que ha sido creada, es una exclamación de admiración y de encanto que abarca toda la historia del hombre sobre la tierra. Los recursos personales de la femineidad no son ciertamente menores que los recursos de la masculinidad; son sólo diferentes. Por consiguiente, la mujer —como por su parte también el hombre— debe entender su «realización» como persona, su dignidad y vocación, sobre la base de estos recursos, de acuerdo con la riqueza de la femineidad, que recibió el día de la creación y que hereda como expresión peculiar de la «imagen y semejanza de Dios»” (Juan Pablo II, 1988).

¹³ John Rawls (2006, p. 43) famosamente argumentó que las *doctrinas morales comprensivas* deben quedar fuera de la deliberación democrática cuando se trata de discusiones, tanto de funcionarios públicos como de ciudadanas, que son susceptibles de dotar de contenido a lo que él denominó como *esencias constitucionales* (en ellas se incluyen tanto los principios fundamentales que definen la estructura general del Estado y el proceso político, a la vez de los contenidos de los derechos y libertades básicos de los y las ciudadanas).

(idealmente) la probable presencia de prejuicios¹⁴ que son susceptibles de informar nuestro criterio en un sinnúmero de materias.

A este respecto, coincido con Gilabert (2011) en que, si no rescatamos suficientemente el papel de guía epistémica y moral de la que goza la posición *humanista* sobre los derechos, contribuimos a degradar su relevancia al insinuar o presuponer que ésta sólo se encuentra en las prácticas sociales y en la manera en que se ha logrado cristalizar su importancia, histórica y contingentemente, en tratados internacionales de derechos humanos:

Con relación al contenido, argumento que la perspectiva humanista identifica una serie de *derechos abstractos* que contribuyen a seleccionar apropiados derechos específicos que la perspectiva política demanda que persigamos. Con relación a la justificación, propongo un *equilibrio reflexivo deliberativo* en el cual las consideraciones humanistas provean una capa substantiva de razonamiento que pavimente nuestra habilidad tanto para defender como para cristalizar los aspectos vigentes de la práctica de los derechos humanos. (Gilabert, 2011, p. 141)

Por ello, me parece que existe un falso dilema en la propuesta de Gargarella de tener que optar por una tradición particular de los derechos humanos (la tradición de derecho natural v. la tradición benthamiana), y de que la posición *humanista*, o de la *esfera de lo indecible*, es defectuosa en tanto que coloca en un plano inamovible un constructo (los derechos) que debería estar sujeto a deliberación continua. El significado concreto de tener derecho a gozar de un juicio justo, como argumenta Gilabert, no sólo se explica a partir de la existencia de juzgados, leyes o de figuras como la de los jueces o magistrados, sino por el interés humano de ser

¹⁴ Siguiendo a Macedo, "La constitución no es simplemente democrática sino republicana y liberal, pliega al gobierno a asegurar a cada Estado, no sólo una forma de gobierno democrática sino también republicana; garantiza los derechos liberales mucho más allá de quienes pugnan por la apertura y equidad de los procesos democráticos. El proceso gubernamental debe de acatar estándares básicos de razonabilidad a partir de los cuales, algunas cosas, no están permitidas independientemente de la calidad del proceso seguido" (Macedo, 1992, p. 176).

tratadas y tratados de forma equitativa y con imparcialidad (2011, p. 445).

Ahora bien, a partir de entender a los derechos humanos como construcciones históricas y contingentes que reconocen intereses humanos importantes, aunque no por ello son *naturales* o se encuentren al margen de ser discutidos o revisados permanentemente, Gargarella deriva que la deliberación en torno tanto a la relevancia como al significado de cada uno de ellos deba de ser “abierta, continua, inacabada” (2021, p. 287).

Frente a esta propuesta concreta, considero que falta detallar qué significa que la deliberación en torno a ellos goce de estas tres características, ya que es posible vislumbrar, por lo menos, dos posibilidades de cómo entenderla. En primer lugar, una discusión *abierta, continua e inacabada* podría significar que existe la necesidad de que, tanto ciudadanía como legislaturas, se mantengan permanentemente alertas sobre las posibles formulaciones, interpretaciones o implicaciones que puedan distorsionar o comprometer el papel que dichos derechos deben de cumplir para garantizar que el interés fundamental que cada uno de ellos protege sea debidamente garantizado. En segundo lugar, la discusión *abierta, continua e inacabada* podría, sin embargo, significar que la pertinencia de proteger el propio interés que subyace a la protección del derecho —y que, incluso, lo justifica— sea puesto en duda y revisado siempre que surja una inquietud sincera (en la sección IV hablaré sobre este tema) sobre su pretendida utilidad o conveniencia social.

En el ejemplo sobre la importancia de gozar de un derecho a enfrentar un juicio justo que mencioné anteriormente, entablar una discusión *abierta, continua e inacabada* también admitiría dos interpretaciones posibles. Por un lado, implicaría evaluar de qué manera, por ejemplo, se entiende qué significa enfrentar un juicio justo o equitativo, si ello corresponde efectivamente con los estándares internacionales que se prevén para dichos fines, si las personas consideran ser tratadas con justicia o si su identidad social (de clase o étnica) afecta al resultado del juicio, si hay corrupción en el poder judicial que comprometa seriamente el resulta-

do, entre otras variables. Aquí se puede apreciar que la *discusión abierta, continua e inacabada* busca tanto identificar como mejorar el conjunto de significados, prácticas y sesgos que afectan seriamente el acceder a gozar de un juicio justo. Considero que, bajo esta primera interpretación, se admitiría que se incluyan distintos puntos de vista sobre el significado de enfrentar un juicio justo¹⁵ (recuperando las condiciones sociales e históricas concretas pertinentes), así como el conjunto de propuestas sobre cómo dirimir dichos desacuerdos y posibles tensiones. Sin embargo, el punto fundamental que quiero subrayar es que el hecho de enfrentar una *discusión abierta, continua e inacabada* no gira en torno a replantear, de forma indefinida, el interés humano fundamental de ser tratada con equidad y respeto, sino sobre cómo tendría que verse el procedimiento y los estándares de aceptabilidad con los que deben de contar todos los juicios que, efectivamente, cuenten como *suficientemente justos*.¹⁶

Debo decir que si esta es la posición que defiende Gargarella, estoy de acuerdo con ella, ya que tanto la ciudadanía como los poderes de la Unión deben permanecer alertas y vigilantes de que tanto las formulaciones de los derechos como sus aplicaciones correspondan con el espíritu o propósito fundamental que cada derecho persigue. Para ello, es necesario que permanezca abierta la posibilidad de que exista una reinterpretación constitucional,

¹⁵ Rawls establece la noción de *equilibrio reflexivo* precisamente frente a las circunstancias en que “tenemos una mente dividida y [...] nuestros juicios entran en conflicto con los de otras personas, habrá momentos en que tengamos que revisar, suspender o retirar esos juicios, si es que queremos lograr el objetivo práctico de alcanzar un acuerdo razonable en cuestiones de justicia política” (2001, p. 56), para poder revisar tanto nuestros juicios ponderados con los hechos y evidencias fácticas, a la vez de ajustar nuestros juicios frente al hecho del desacuerdo razonable.

¹⁶ Gargarella es un tanto ambiguo sobre el significado que tiene el que las y los ciudadanos mantengan una conversación entre iguales a lo largo del tiempo. En su libro menciona que los ciudadanos: “no esperan que la discusión se agote un día ni que quede congelada por obra de las reglas que escriben; como es esperable, discrepan sobre la interpretación de esas mismas reglas, y lo seguirán haciendo” (2021, p. 36). Aquí se da a entender que los desacuerdos que persistirán son, principalmente, sobre la interpretación de las mismas reglas que se asumen y reconocen como vinculantes; aunque ello no excluye que puedan darse otro tipo de desacuerdos que versen más sobre la deseabilidad de cambiar o conservar dichas reglas.

con la finalidad de distinguir cuáles son las versiones interpretativas, en cada caso, que son más adecuadas para el propósito de proteger el interés humano que se busca preservar.

Por otro lado, y en contraste, la segunda interpretación de lo que significaría mantener una discusión *abierta, continua e inacabada* sobre tener derecho a gozar de un juicio justo implica que se revise permanentemente o se someta a votación legislativa o social mayoritaria —en el mejor escenario con un procedimiento de escrutinio impecable en donde se incluya a todas las personas que sean potencialmente afectadas— la deseabilidad de que exista tal derecho y de que las confrontaciones (epistémicas o sociales) sobre quién tiene razón en una polémica determinada se decidan de una forma novedosa, por ejemplo, a partir de que una o varias personas valoren las evidencias del caso pero sin requerir de gozar de los estándares de imparcialidad e independencia que son exigidas, desde *El segundo tratado sobre el derecho civil* de John Locke (2006), como condiciones mínimas y necesarias para acceder a un juicio justo.

Es en esta segunda interpretación de lo que implica mantener una conversación *abierta, continua e inacabada*, en donde están colocadas las alarmas sobre las posibles implicaciones que dicho ejercicio tendría para asegurar la adecuada vigencia de los intereses humanos en cuestión, ya que, como vimos, lo que se cuestiona no es solamente la necesidad de adaptar el significado del derecho a gozar de un juicio justo al contexto sociohistórico específico o de mejorar las condiciones para que el derecho pueda ejercerse de forma apropiada, sino que se pone en riesgo la certeza jurídica de gozar del derecho a partir de cuestionar la deseabilidad misma de su existencia.

Un ejemplo sobre cómo la primera interpretación del significado de entablar discusiones *abiertas, continuas e inacabadas* es correcta para combatir las posibles *implicaciones opresivas* que ciertas formulaciones de los derechos reproductivos pueden conllevar, se encuentra en la revisión que realiza la abogada afroamericana Dorothy Roberts, en *Killing the black body: race, reproduction, and*

the meaning of liberty, en relación a por qué los derechos reproductivos no han servido al propósito fundamental al que debían encaminarse. En efecto, las “políticas reproductivas en Norteamérica inevitablemente implican políticas raciales” (2017, p. 9), ya que han funcionado con un doble rasero. Por un lado, han promovido la natalidad entre mujeres blancas hasta donde ha sido posible, o políticas de anticoncepción para prevenir embarazos no deseados; sin embargo, no han fomentado tal ejercicio de la libertad reproductiva entre mujeres negras a quienes se ven como portadoras de una herencia genética pobre, transmiten “costumbres morales dudosas” y a quienes no se ha dudado en esterilizar, de manera forzada, cuando las élites políticas —invocando al interés colectivo— así lo han considerado necesario. Este caso constituye un ejemplo de la existencia de un prejuicio racial que distorsiona la generalidad y equidad con las que deben de funcionar los derechos. Y siguiendo la lógica de la perspectiva de *lo decidible* o *política* que recupera Gargarella, los significados tanto de la libertad como de los derechos reproductivos deben ser modificados para eliminar el sesgo opresivo que han padecido en detrimento de la igualdad de las ciudadanas afroamericanas.

Como las personas afroamericanas tienen el irrenunciable interés de gozar de libertad reproductiva y de elegir libremente sobre su cuerpo y reproducción, entonces los sesgos con los que han operado los derechos reproductivos deben de ser identificados y combatidos. Sin embargo, encontrar dichos sesgos no debería llevar a replantearnos la existencia misma de tales derechos ni a buscar desestimar su garantía en la vida de las personas.

En *El triple estándar de la razón pública* (2014), Moisés Vaca y yo argumentamos que, con la finalidad de que todos los asuntos de justicia básica y constitucional sean lo suficientemente aceptables desde un punto de vista ciudadano, la formulación de las leyes de justicia básica, los artículos constitucionales y los derechos fundamentales deben seguir tres planos de discusión importantes: en primer lugar, saber cuáles argumentos no son válidos para conformar las leyes y, en dicha medida, sean descartados de la discu-

sión (*razones dependientes*); en segundo lugar, qué argumentos pasan los requisitos mínimos de aceptabilidad normativa (*razones accesibles*); y finalmente, cuáles reflejan apropiadamente todos los valores políticos que tenemos razón en valorar en cada discusión particular sobre derechos fundamentales (*razones aceptables*) y, consecuentemente, puedan informar sobre el contenido de nuestros derechos y leyes de justicia básica fundamentales.

El triple estándar de la razón pública posee implicaciones importantes para el tema que nos ocupa. Recuperando el ejemplo de cómo los derechos sexuales y reproductivos pueden proteger la libertad reproductiva de las mujeres blancas, al tiempo que genera discriminación y exclusión para las mujeres racializadas, la propuesta del *triple estándar* nos guía en poder identificar las formulaciones que, sobre dichos derechos, son las aceptables mientras nos muestra cuáles de ellas deben de ser desechadas poco después de haber sido formuladas; descartadas en segunda instancia al carecer de un diseño adecuado o de plausibilidad científica y, finalmente, relegados en última instancia al no ser lo *suficientemente justas* (Vaca y Mayans, 2014, p. 85). Aquí simplemente es necesario agregar que, al menos de manera hipotética, habría varias versiones de dichos derechos que, al incorporar todos los valores que nos interesa preservar (igualdad, libertad reproductiva, imparcialidad, entre otros) al tiempo de proteger suficientemente la salud reproductiva de las mujeres, serían suficientemente justas y, en dicha medida, aceptables para la deliberación democrática.

Concretamente, sobre el ejemplo particular que presenta Dorothy Roberts sobre por qué tanto la libertad como los derechos reproductivos han sido problemáticos en Estados Unidos, las herramientas del *triple estándar* indicarían que ésta falla (aunque habría que detenernos si también su formulación formal) al recuperar “consideraciones fundadas en prejuicios sociales extendidos” (Vaca y Mayans, 2014, p. 76). Ninguna formulación o recuperación de los derechos fundamentales debe tener implicaciones discriminatorias al asumir, de forma explícita o tácita, prejuicios sociales que se tra-

duzcan en el goce selectivo de dichos derechos y en detrimento de poblaciones vulnerables.

El punto que quiero enfatizar es que la formulación o recuperación de un derecho claramente puede fallar; y lo que corresponde hacer, desde mi punto de vista, es mantener una conversación *abierta, continua e inacabada* sobre dichas implicaciones opresivas para evitarlas. Sin embargo, buscar mantener *abierta* la posibilidad misma de revocar por completo los derechos reproductivos, bajo el argumento de que algunas de sus implicaciones prácticas han sido reprobables al ser discriminatorias, sería una respuesta incorrecta. Lo anterior abre la puerta para que las mujeres de esta generación tengamos que volver a movilizarnos y a exigir la protección de nuestros derechos reproductivos como ya lo hicieron nuestras madres y abuelas con el riesgo de cancelarlos como sucedió ya en Estados Unidos, en junio de 2022, con la anulación de la famosa resolución de la Suprema Corte de Justicia de dicho país *Roe v. Wade* que había estado vigente desde 1973. Ello, desde mi punto de vista, constituye una gran injusticia en materia de libertad reproductiva además de que se retroalimenta la creencia —ampliamente compartida en contextos que tienen una cultura androcéntrica— de que las mujeres somos incapaces de tomar una decisión acertada e informada que favorezca nuestros propios intereses, con independencia de cuántas personas consideren (en un hipotético plebiscito) que el valor intrínseco de la vida humana deba de prevalecer por encima de los derechos reproductivos de las mujeres.

En *Una conversación entre iguales* y en *Cuatro lecturas sobre la relación constitucionalismo-democracia. En defensa de la "conversación entre iguales"*, Gargarella asume que promover y defender la democracia implica asumir un compromiso fuerte con la deliberación ciudadana y con su influencia en las soluciones vinculantes que se tomen. Sin embargo, considero que soslaya la importancia de que dichas soluciones sean efectivamente justas al no prever mecanismos deliberativos que guíen normativamente la discusión pública, corrijan las intuiciones morales socialmente adquiridas

(que llevan a la construcción de estereotipos perniciosos) o protejan los derechos fundamentales de las personas, sean estas parte de las mayorías, de las minorías privilegiadas o de las mayorías o minorías oprimidas (como las mujeres, integrantes de colectivos LGBTIQ+, personas racializadas o excluidas en función de su identidad social).

Una propuesta adecuada de deliberación democrática debería prever que las personas que se involucren en ella se reconozcan, en efecto y no solamente de palabra, como iguales; y que la ingeniería deliberativa cuente con mecanismos que ayuden a identificar los sesgos, prejuicios, distorsiones o resultados contraintuitivos que puede padecer una deliberación democrática genuina y que se presuponga como mínimamente legítima y sincera.

IV. Sobre por qué, a menos que se establezca un modelo robusto de democracia directa, es difícil evitar la participación de las élites en los debates legislativos

El funcionamiento democrático adecuado requiere de una importante participación política ciudadana. Ello ha sido reconocido ampliamente por partidarios de un tipo de democracia más procedimental (Dahl, 2018) y por partidarios de una democracia más robusta, en la que se asigna a la ciudadanía un papel importante en el desarrollo y conservación de ciertas virtudes cívicas (Macedo, 1992; Gutmann y Thompson, 1996) que permitan garantizar el mantenimiento del sistema político creado sobre firmes bases de moral pública compartida.

La participación política admite varias interpretaciones. Una de ellas es la que se limita a promover la elección de representantes populares por parte del electorado, sin involucrar demasiado a la ciudadanía en los temas substantivos de los que se ocupan las élites, tanto económicas como políticas. Otra forma de entender la participación política es a partir, precisamente y siguiendo el modelo de democracia deliberativa, de tomar con seriedad a la

virtud ciudadana como criterio normativo indispensable de la virtud del sistema en su conjunto. La condición de posibilidad del desarrollo de tales virtudes (tolerancia, respeto, reciprocidad, participación política), así como de la calidad en la argumentación pública, es precisamente a partir del involucramiento ciudadano activo en las deliberaciones políticas, así como del hecho de haber sido expuestos a la diversidad social y de opiniones, que permitan perfeccionarlas (Macedo, 2003, p. 160).

Este modelo de participación política robusta¹⁷ también considera recomendable la cercanía entre representantes y representados, una relación en la que se espera que los primeros asuman los intereses, aspiraciones y posturas, incluso, de su electorado. Una segunda versión de este modelo es aquella en la que se establece una distancia más amplia entre representantes y representados, en la que los primeros asumen un margen de discrecionalidad importante en el que no necesariamente deben rendir cuentas sobre el sentido de sus votaciones particulares a sus representados. La idea normativa detrás de esta postura es que para que los representantes puedan desempeñar adecuadamente su función, deben actuar siguiendo sus propias convicciones, así como seguir su mejor interpretación sobre lo que está en juego en cada una de sus propuestas de iniciativas y del sentido de su voto en las plenarios. La razón que se ofrece para aceptar este margen de discrecionalidad de los representantes públicos es que, una vez electa la representante, ella debe gozar de la independencia necesaria para ponderar en qué consiste servir al interés público y ejercer, hasta cierto punto, cierta autoridad epistémica (Gargarella, 2021, p. 81). Aunque reconozco las virtudes y fortalezas de esta posición (Fuerstein, 2020, pp. 154-179) considero que una de sus consecuencias es que la captura o intervención de las élites en el sentido de la representación es más fácil que si hubiera mecanismos de rendición de cuentas

¹⁷ Amy Gutmann y Dennis Thompson mencionan que "cuando los ciudadanos deliberan, buscan el acuerdo sobre principios morales substantivos que pueden ser justificados sobre la base de razones mutuamente aceptables" (1996, p. 55).

más estrictos entre representantes y representados en las democracias representativas (Gargarella, 2021, p. 111).

Por ello, considero necesario poner sobre la mesa la necesidad de discutir la pertinencia de prever diseños constitucionales en los que se incluyan mecanismos diversos de democracia directa (Altman, 2019, pp. 17-50), como alternativas al modelo de democracia representativa actual en la que las representantes poseen varios tipos de conflicto de interés y riesgos de captura política.

Finalmente, creo que también el Poder Judicial y concretamente los jueces corren los mismos riesgos de captura que padecen los representantes populares frente al poder de las élites o de intereses particulares. Sin embargo, la salida que vislumbro consiste en hacer más sólida la división de poderes —al contrario de debilitarla como sucede actualmente en México con la reforma judicial presentada por el presidente de la República al Congreso de la Unión en 2024 (Astudillo, 2023, pp. 292-294)— para que ellos funcionen como contrapesos respectivos, a la vez de establecer, constitucionalmente, mecanismos de democracia directa.

V. Crítica sobre la pertinencia de que el requisito de sinceridad ciudadana sea lo que guíe a una conversación entre iguales

En la propuesta de *una conversación entre iguales*, Gargarella presupone (2021, pp. 40 y 41)¹⁸ que el propio hecho de ser incluidos

¹⁸ “Si, en nuestro ejemplo, Aída —la única disidente en relación con las creencias religiosas de la mayoría— no hubiese estado presente en las deliberaciones, los demás habrían decidido mal (más aún, de un modo que los habría avergonzado) por la falta de reconocimiento de ese punto de vista disidente: no habrían tenido la capacidad o la posibilidad de percatarse por ellos mismos de la presencia de creencias diferentes ni del daño que podían causar por no asignarles el cuidado y el respeto que se merecían” (Gargarella, 2021, p. 34). En esta cita, resulta revelador que se asuma que la sola presencia de Aída a la discusión pública en cuestión preservaría su derecho a disentir religiosamente, en primer lugar, a la vez de que se considera que el conocimiento sobre el daño que ella recibe a partir de prohibirle la oportunidad de expresarse será casi automático al momento en que los otros reciban el mensaje. En contraste, como menciona Ángela Davis (2019), los prejuicios sociales tienen

en una conversación sobre los temas que nos afectan debería traducirse en que se adopte un cambio de rumbo sobre el sentido de muchas de las leyes y políticas públicas que más nos afectan a nivel global (calentamiento climático, desigualdad social extrema, crisis económicas, etcétera). Y a pesar de que considero que la participación democrática individual o colectiva debe ser garantizada como un derecho humano, y pueda además presuponerse la sinceridad a la hora de participar a favor de una cierta solución a un problema que nos afecta de manera directa, no hay ninguna garantía de que la participación política se traduzca en la elección de las políticas que, efectivamente, favorezcan el interés público —o el interés de la mayoría, a la vez de proteger los intereses y derechos de las minorías— en cada discusión específica.

En este contexto, Nancy Fraser (2015, pp. 221-243) considera que uno de los niveles más graves de injusticia consiste, precisamente, en ser excluida de la circunscripción de participantes de los temas que nos afectan. Asimismo, otros muchos consideran que la democracia electoral está lejos de promover una democracia más substantiva (Gutmann y Thompson, 1996, pp. 52-94), en donde las y los ciudadanos sean los principales agentes del destino colectivo y cuya calidad se mida por las virtudes cívicas y el involucramiento ciudadano en la conformación de las soluciones que a todas nos atañen.

Considero que el requisito de sinceridad se ha sobrevalorado (Mayans, 2019, pp. 92 y 93) en el marco de las discusiones sobre democracia deliberativa, debido a que aun cuando

una capacidad para distorsionar la humanidad de las personas y es a partir de la lucha social que se consiguen conquistar derechos fundamentales. Por ejemplo, las mujeres burguesas y los hombres negros tuvieron que emprender una batalla ardua que implicó el establecimiento de alianzas, sin precedentes, entre ellos para poder empezar a cambiar tanto la misoginia como el racismo. Un pasaje de un discurso expresado por Angelina Grimké en 1837 es recuperado por Davis (2019): “La negación de nuestro deber de actuar es una descarada negación de nuestro derecho a actuar; y si no tenemos derecho a actuar, entonces, bien podríamos ser calificadas de «las esclavas blancas del Norte», ya que al igual que nuestros hermanos cautivos, debemos sellar nuestros labios con silencio y desesperación” (p. 52).

sea efectivamente necesario para que las discusiones públicas se conduzcan bajo estándares de civilidad mínimamente aceptables, éste no debe de ser visto como un requisito suficiente para que, en cada caso, un grupo de ciudadanos (o representantes públicos) sean capaces de encontrar razones mínimamente justas dentro de una discusión específica. La razonabilidad general (es decir, la existencia de compromisos genuinos con la cooperación social equitativa) tanto de los ciudadanos como de sus posturas públicas no es lo que hace que cualquier razón que interpongan, sinceramente, deba de ser tomada en cuenta. (Mayans, 2019, pp. 92-94)

Por ello, considero que Gargarella tiene razón en que la participación ciudadana activa en la discusión pública tiene rendimientos importantes tanto en la autodeterminación ciudadana (en la que yace el genuino poder soberano) como en el desarrollo de virtudes cívicas, que, a su vez, contribuyen a la consolidación y permanencia del sistema político democrático a lo largo del tiempo. Sin embargo, hallar las soluciones de política pública más acertadas o compatibles con los valores, derechos ciudadanos o con los estándares de justicia social no se encuentran, necesariamente, dentro de sus resultados. Como sabemos, las personas nos podemos equivocar en nuestras elecciones, muchas de las cuales pueden llevarnos lejos de nuestro mejor interés o bienestar, aunque sean tomadas sinceramente y sin interferencias ilegítimas.¹⁹ En dicha medida, los derechos humanos fundamentales, contribuyen a la protección robusta de los intereses humanos que tenemos razones en valorar según

¹⁹ Martha Nussbaum (2002) en *Las mujeres y el desarrollo humano*, menciona, que la noción de *preferencias adaptativas* se refieren a “la idea de que algunas preferencias están deformadas por la ignorancia, la malicia, la injusticia y el hábito ciego tienen hondas raíces también en la tradición liberal de filosofía política: en las ideas de Adam Smith sobre la avaricia y el enojo, en las ideas de Mill sobre los sexos, en las ideas de Kant sobre las diferentes maneras en que la gente se acostumbra a tratarse mutuamente como medios más que como fines, en las ideas de John Rawls sobre las maneras en que condiciones sociales injustas de fondo marcan el deseo y la elección” (pp. 65 y 66). Esa misma idea está presente cuando Philip Petit (2012) cita a Isaiah Berlin a propósito de la implausibilidad de que incrementemos significativamente nuestra libertad a partir de adaptar nuestras preferencias a las opciones que ofrece el mundo social: “enseñar a un hombre que, si no puede conseguir lo que desea, él debe aprender a desear sólo lo que puede obtener, puede contribuir a su felicidad y su seguridad; pero no incrementará su libertad civil o política” (p. 31).

los estándares de justicia social a los que me he referido, aunque no seamos capaces de reconocer nuestros intereses genuinos en una situación social e histórica concreta.

Este punto cuestiona que, a pesar de que la deliberación democrática se conduzca teniendo en cuenta los valores que nos interesa preservar, es importante contar con la división del trabajo profesional de jueces, quienes, a partir de su labor de interpretación en cada rama legal y tema concreto, pueden encontrarse en una mejor posición para interpretar la Constitución de una forma más acertada. A su vez, y a pesar de que considero que el *requisito de sinceridad* conforma una de las condiciones necesarias en que debe de conducirse la deliberación democrática equitativa, no considero que sea un requisito suficiente para garantizar que la interpretación que tenemos sobre los valores políticos democráticos, muchas veces influidos por sesgos poderosos, sea la que deba prevalecer cuando de lo que se trata, en el contexto de una democracia constitucional, es de favorecer el bienestar de las personas, nuestros intereses comunes y evitar interferencias mutuas ilegítimas, no solamente satisfacer las preferencias existentes entre las ciudadanas.

VI. Conclusiones

A lo largo de este artículo he buscado realizar una crítica constructiva a la propuesta de Roberto Gargarella de *una conversación entre iguales*. Dicha crítica parte del innegable reconocimiento de que necesitamos robustecer el aspecto deliberativo de nuestras democracias constitucionales, y de que los mecanismos de democracia directa sean realmente propuestos, encauzados y al servicio de los genuinos intereses ciudadanos, y no por las élites sociales o por los funcionarios públicos en turno. Por dicha razón, la crítica de Gargarella al estado actual de la democracia constitucional asume, correctamente desde mi punto de vista, que no ha existido una genuina conversación entre iguales y que el sistema ha distorsionado,

para satisfacer diferentes intereses, la voz ciudadana. Cabe señalar que estoy de acuerdo con el autor en todos los puntos anteriores. Sin embargo, la crítica que he buscado realizar consiste en señalar las implicaciones de su propuesta en la comprensión que tenemos del papel práctico de los derechos humanos fundamentales.

En primer lugar, mencioné que es imprescindible pensar en los detalles del modelo de democracia directa que habría que implementar para poder estar en condiciones de traducir, de forma efectiva, la voz ciudadana en mejores leyes y políticas públicas. De otro modo, parece remoto que la influencia de las élites vaya a desaparecer de las decisiones públicas que se tomen a partir de llevar a cabo una conversación ciudadana mediada por su influjo. Quizá Gargarella haya pensado en dichos detalles, aunque no los incluyó en su libro o en el artículo de este volumen.

En segundo lugar, consideré que la conversación entre iguales no debería de debilitar el papel de los derechos humanos al perder o diluir la vertiente *humanista*, o de lo *no decidible*, de su función práctica de orientar nuestra mirada para encontrar los intereses humanos que se busca proteger, y que, más allá de las limitaciones o posibles opresiones en que estos derechos incurran, no se debe de correr el riesgo de eliminarles o de replantear su significado de forma permanente. Por ello, me incliné por la opción de que la discusión que se haga de ellos consista en evaluar sus implicaciones inequitativas o discrecionales, al tiempo de cuidar, sin embargo, que ésta no consista en someter su existencia a escrutinio o votación mayoritaria.

En tercer lugar, mencioné que el *requisito de sinceridad*, a pesar de ser necesario para que las decisiones públicas se lleven a cabo de forma respetuosa y razonable, finalmente no garantiza (por sí solo) que se encuentren las mejores interpretaciones de cada valor político o derecho fundamental que esté en cuestión. Por ello, considero fundamental que las discusiones públicas se conduzcan teniendo en cuenta restricciones normativas, para que cada uno de los intereses humanos que se busca proteger con los derechos fun-

damentales sean suficientemente protegidos y ampliados a toda la ciudadanía.

VII. Referencias

- Altman, D. (2019). *Ciudadanía en expansión, orígenes y funcionamiento de la democracia directa contemporánea*. Siglo XXI. Artículo 19 México y Centroamérica. <https://articulo19.org/periodistasasesinados/>
- Astudillo, C. (2024). La reforma al Poder Judicial. Efectos en el estatus y la mecánica de elección —por voto popular— de sus integrantes. En S. López Ayllón et al. (Coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Beitz, C. (2009). *The idea of human rights*. Oxford University Press.
- Dahl, R. (2018). *La democracia*. Ariel.
- Davis, A. (2019). *Mujeres, raza y clase*. Akal.
- Fraser, N. (2015). *Fortunas del feminismo*. Instituto de Altos Estudios Nacionales; Traficantes de Sueños.
- Fuerstein, M. (2020). Democratic representatives as epistemic intermediaries. En M. Schwartzberg y D. Viehoff (Eds.), *Democratic failure*. Nomos LXIII; New York University Press.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran —por fin— al diálogo ciudadano*. Siglo XXI.
- Gargarella, R. (2024). *Cuatro lecturas sobre la relación contitucionalismo-democracia. En defensa de la “conversación entre iguales”* [Manuscrito inédito].
- Gilbert, P. (2011). Humanist and political perspectives on human rights. *Political Theory*, 39(4), 439-467.
- Gutmann, A. y Thompson, D. (1996). *Democracy and disagreement*. Harvard University Press.

- Hug, A. Z. (2020). Democracy as failure. En M. Schwartzberg y D. Viehoff (Eds.), *Democratic failure*. Nomos LXIII; New York University Press.
- Lamas, M. (2017). *La interrupción legal del embarazo, el caso de la Ciudad de México*. Fondo de Cultura Económica; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Locke, J. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Tecnos.
- López Ayllón, S., Ojeda, L., Hernández, C. y Cejudo Ramírez, G. (2024). Extinción de órganos constitucionales autónomos (reforma administrativa). En S. López Ayllón et al. (Coords.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Macedo, S. (1992). *Liberal virtues: citizenship, virtue, and community in liberal constitutionalism*. Oxford University Press.
- Macedo, S. (2003). *Diversity and distrust, civic education in a multicultural democracy*. Harvard University Press.
- Mayans, I. (2019). *La controversia del aborto desde la perspectiva de la razón pública*. Universidad Autónoma de la Ciudad de México; Instituto Mora.
- Mill, J. S. (2003). *Sobre la libertad*. Alianza Editorial.
- Nussbaum, Martha. (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano*. Herder.
- Petit, P. (2012). *On the people's terms. A republican theory and model of democracy*. Cambridge University Press.
- Pou, F. y Treviño, S. (2024). Gender and constitutionalism in Mexico. En F. Pou Giménez, R. Rubio Marín y V. Undarraga Valdés (Eds.), *Women, gender, and constitutionalism in Latin America*. Taylor and Francis.
- Przeworski, A. (2022). *La crisis de la democracia, ¿adónde pueden llevarnos el desgaste institucional y la polarización? Siglo XXI*.
- Rawls, J. (2001). *La justicia como equidad, una reformulación*. Paidós.
- Roberts, D. (2017). *Killing the black body, race, reproduction, and the meaning of liberty*. Vintage Books.

Roninger, L. (2018). *Historia mínima de los derechos humanos en América Latina*. El Colegio de México.

Sumo Pontífice Juan Pablo II. *Carta apostólica Mulieris Dignitatem*. <https://es.catholic.net/op/articulos/2500/cat/159/mulieris-dignitatem.html#IV>

Vaca, M. y Mayans, I. (2014). El triple estándar de la razón pública. *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 46(138), 65-91.

Cómo citar

IJ-UNAM

Mayans Hermida, Itzel, "Una conversación entre iguales de Roberto Gargarella: comentarios críticos para abordar la tensión entre constitucionalismo y democracia", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19596. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19596>

APA

Mayans Hermida, I. (2025). *Una conversación entre iguales* de Roberto Gargarella: comentarios críticos para abordar la tensión entre constitucionalismo y democracia. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19596. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19596>

Legal reasoning under dialogic and procedural turns

El razonamiento jurídico bajo giros dialógicos y procedimentales

Gabriel Alejandro Encinas Duarte

 <https://orcid.org/0000-0002-4338-9146>

FAU Erlangen-Nuremberg, Alemania
Correo electrónico: gabriel.alejandro.encinas@fau.de

Recepción: 31 de agosto de 2024

Aceptación: 10 de diciembre de 2024

Publicación: 17 de febrero de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19513>

Abstract: This article zeroes in on the traits of legal reasoning under the innovations associated with dialogical constitutionalism and procedural turns in adjudication. A critical reconstruction of concepts is followed upon two different crossed oppositions for each development: First, regarding the proposals associated with the dialogical turn, stock is taken of “power” and “voice”-related justifications, as well as formal and informal venues for deliberation. Second, the discussion of a procedural turn in legal reasoning is structured upon the distinction of “system” and “case”-based reasoning, as well as “exclusionary” and “merits-based” reasons. As a result, an explanatory priority is accorded to standards of review which incorporate reasons stemming from deliberative procedures, reinforcing the possibility of democratic control by those subject to decisions. This article is mainly analytical and reconstructive, integrating diverse debates under a common frame. Its main innovation is the proposal of a novel matrix of criteria to compare the diversity of debates related to a dialogic and a procedural turn, within legal reasoning itself. Finally, the different innovations are meant less as an alternative, and more as a supplement to the substantive discussion implied in democratic decision-making.

Keywords: dialogic constitutionalism; procedural turn; power and voice; exclusionary reasons; legal standards.

Resumen: Este artículo se propone identificar los rasgos de la argumentación jurídica bajo las innovaciones asociadas al constitucionalismo dialógico y a los giros

procedimentales en la jurisdicción. Se sigue una reconstrucción crítica de conceptos a partir de dos oposiciones cruzadas diferentes para ambos desarrollos: Primero, con respecto a las propuestas asociadas al giro dialógico, se ofrece un balance de cómo sus justificaciones se relacionan con el “poder” y la “voz”, así como a espacios formales e informales de deliberación. Segundo, la discusión de un giro procedimental en el razonamiento jurídico se estructura a partir de la distinción entre razonamientos basados en el “sistema” y en el “caso”, así como entre las razones “excluyentes” y “de fondo”. Como resultado, se reconoce una prioridad explicativa a los estándares de escrutinio que incorporan razones derivadas de procedimientos deliberativos, reforzando la posibilidad de control democrático por parte de aquellos sujetos a las decisiones. Este artículo es principalmente analítico y reconstructivo, integrando diversos debates bajo un marco común. Su originalidad reside principalmente en la propuesta de una matriz novedosa de criterios con los cuales comparar la diversidad de los debates relacionados con un giro dialógico y otro procedimental, en el razonamiento jurídico mismo. Por último, las distintas innovaciones se plantean menos como alternativas y más como complementos a la discusión material que supone una toma de decisiones democrática. **Palabras clave:** constitucionalismo dialógico; giro procedimental; poder y voz; razones excluyentes; estándares jurídicos.

Sumario: I. *Introduction.* II. *Dialogic turns and institutional innovations.* III. *Procedural turns and law-applying operations.* IV. *Conclusion.* V. *References.*

I. Introduction

We experience a time of deep disagreements regarding the practices of constitutional democracy. Those disagreements and contestations are not confined to debates on legal thought (the focus of this article), but they are also echoed at the level of political and state reform (the motivation for this article). Our current discussion is framed by the question “Is Constitutional Democracy Under Pressure?”,¹ at a point in which constitutional democracies witness to great expectations,² but also great pressures stemming from a combination of staggering polarization among constituencies and, complementarily, a centralization of political power through

¹ Special Workshop convened by Imer Flores at the IVR World Congress 2024, Seoul, South Korea.

² See, e.g., Ewe (2024), who characterizes 2024 in terms of the “ultimate election year”.

judicial capture.³ Indeed, among other notable developments, as of August 2024, the ongoing debate on a constitutional amendment in Mexico looms large, including its proposal of enacting judicial elections across the federal judiciary (Cámara de Diputados, 2024), and denouncing “the erosion of credibility in their acts and the demise of legitimacy in their decisions” (Cámara de Diputados, 2024, p. 1).

It is in this context that the reciprocal justification of constitutionalism and democracy must be revisited. How is it possible to reconcile democracy with judicial⁴ review? My main claim is that a version of the *procedural turn* in legal reasoning has an explanatory priority in this conundrum. However, this should not be taken to mean that the other innovations, techniques, and proposals to be discussed are without merits. On the contrary, most of them are highly salutary, some even urgent, contributions.

The reason to privilege merits-based legal reasoning incorporating a procedural turn—under certain conditions and limitations—is that it buttresses an irreducible expectation, namely, that authoritative decisions are contestable and justifiable to each potentially affected individual, considering their basic needs and interests, as well as the functioning of constitutional democracies. The historical struggles and achievements of rights-based constitutionalism should not be sacrificed in the altar of deference.⁵ Thus, expressed in the boldest terms possible: Without a procedural merits-based review, any reconciliation of democracy and judicial review is unlikely to redeem the egalitarian promise of justifiable and endorsable decisions regarding those affected, beyond power disparities.

Our aims require a synthesis of debates across diverse disciplines. For this daunting task, my methodological postulate will be the critical reconstruction of concepts. I will reorganize the differ-

³ See Castillo-Ortiz & Roznai (2024, pp. 6 and ff) with further references, Gardbaum (2024, p. 3).

⁴ On *non-judicial review*, see *below*, sec. II.2.B.

⁵ See Lafont (2020b, pp. 98 and ff) on *politically* blind deference.

ent proposals and discussions along opposite argumentative pairs, and these opposite pairs form poles, or axes.⁶ The perspectives to be considered are diverse, no doubt, but they relate to a common set of exemplars, experiences, and expectations. Hence, it is their engagement with persistent questions of democratic constitutionalism which makes them comparable and manageable through reconstruction.

II. Dialogic turns and institutional innovations

Theories which ascribe to a dialogic turn in constitutionalism tend to take an oppositional stance to *judicial supremacy*.⁷ This will be one of our guiding points in this section. After gathering the two axes which will structure our discussion, the next subsections will take stock of *notwithstanding* clauses and varieties of *non-judicial review* (II.2), parliamentary human rights committees (II.3), and open and direct democratic innovations (II.4). The last subsection will draw a preliminary balance (II.5).

1. Two axes: power and voice, formal and informal

A. Power and Voice

Our first axis is composed by *power* and *voice*, two fundamental interests underpinning the institutional arrangements in constitutional democracies. Constitutionalism may well be characterized as a joint, intergenerational project of setting reasonable limits to political power.⁸ And democracy is based on people being co-creators,

⁶ Thus, this method may also be called “geometric”, see Roth-Isigkeit (2018, pp. 221 and ff).

⁷ See Bateup (2006); Tushnet (2009); Gardbaum (2010); Gargarella (2016, pp. 120-121); Jhaveri (2019, p. 812); Giuffré (2023a, p. 143); cf. Friedman (1993); Benhabib (2020, pp. 511-512). See further Bello Hutt (2017). The further question on whether (and if so, how) supremacy is accorded to the legislative or other departments may be left open for our purposes.

⁸ See Waluchow & Kyritsis (2023).

and not just coerced or subjected, in the exercise of political power.⁹ Rainer Forst thus reminds us of the foundational role of the question of power, as “the first question of justice”,¹⁰ all the while he discusses a “basic structure of justification among free and equal persons” as “the first demand of justice”. Comparably, Cohen (1999, p. 412) describes deliberation and direct citizen participation as the “two fundamental democratic values”. And Dworkin (2011, p. 5) held that “an equal voice and an equal stake in the result” distinguished the role of the citizen in a genuine partnership democracy as opposed to a merely statistical one.

A central locus is the critique of *judicial supremacy*; a commonality in cognate debates on political or popular constitutionalism, dialogic constitutionalism, and democratic innovations. Our cue will be taken from Waldron (2006) who seminally defined *judicial supremacy* in the following terms:

a situation in which (1) the courts settle important issues for the whole political system, (2) those settlements are treated as absolutely binding on all other actors in the political system, and (3) the courts do not defer to the positions taken on these matters in other branches (not even to the extent to which they defer to their own past decisions under a limited principle of stare decisis). (p. 1354)

These conditions express well the targets which relevant bodies of scholarship aim to change, even under different conceptualizations.¹¹ One may note that condition 1 refers to *power* in concrete issues, condition 2 refers to *power* in the general system, and condition 3 entwines *power* and *voice* in the general political system. In the following subsections, I will mention some of the most salient proposals which may be related to a dialogic turn in constitu-

⁹ See Habermas (1996, p. 33). See also Frost (2023) on “political voice” with a view to transnational “vertical” and “horizontal” dimensions.

¹⁰ Forst (2015 *in fine*); cf. Giuffré (2023b); Gargarella (2022, p. 180 and ff).

¹¹ For further discussion see Bello Hutt (2017).

tionalism, remarking, where appropriate, their connotations in terms of Waldron's conditions, power, and voice.

B. *Formal and informal deliberation*

Our second axis is conformed by *formal* and *informal* venues for deliberation. One of the most influential contributions by Habermas (1996), in *Between Facts and Norms*, was to flesh out the idea of formal and informal settings of deliberation in his "two-track" or "feedback-loop" model of democracy.¹² Incorporating insights stemming from his first major work, *Structural Transformation of the Public Sphere*,¹³ Habermas (1996) noted that democratic will-formation and communicative power were not only and not primarily created in the formal institutions of the state, but rather in "an open and inclusive network of overlapping, subcultural publics having fluid temporal, social, and substantive boundaries" (p. 307).

In a recent overview, Giuffré (2023b) notes that this Habermasian understanding aims at an *inclusive* dialogue (as opposed to *interjudicial*, *transjudicial*, or *interinstitutional* varieties), in going beyond the institutions of the state and involving society itself, a goal which may also be found in posterior concrete proposals for more participative institutional innovations. In this regard, and also considering the institutional innovations be noted in a following subsection (II.4), the crucial questions are whether these are meant to be either *supplements* or *alternatives* to extant arrangements,¹⁴ and, relatedly, whether they are meant to either *bypass* or *empower* the control of all subjected.¹⁵

¹² For discussion, see Cohen (1999); Lafont (2020a, pp. 24, 171 and ff); Landemore (2021).

¹³ Habermas (1962/1991). On their continuities, see Kempf (2024, pp. 47 and ff).

¹⁴ See Cohen in Mansbridge et al (2022, pp. 2-3); Lafont (2023, pp. 354 and ff).

¹⁵ See Lafont (2020b, p. 103).

2. Formal, power to power: notwithstanding clauses and non-judicial review

A. Notwithstanding clauses

A widespread point of reference to frame the debate is the “new commonwealth model” of constitutionalism,¹⁶ whose most distinctive feature, marking it apart from “legislative” or “judicial supremacy” is having “a formal legislative power to have the final word on what the law of the land is by ordinary majority vote”.¹⁷ Pride of place is given to the example of the *notwithstanding* clause in §33(1) of the Canadian Charter which enshrines the possibility of enacting a law by parliament “notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15”, for up to five years. Although this clause has found limited use, it provides a safety valve to safeguard parliamentary enactments even against judicial review.¹⁸ Likewise, it has provided inspiration for dialogue-seeking theories of constitutionalism,¹⁹ and for transplanting comparable override clauses meant to nuance or replace strong-form judicial review.²⁰

Under idealized conditions, *notwithstanding* and override clauses would enlarge the scope of voice for those affected, while tackling Waldron’s conditions (1) and (2) of judicial supremacy. The legislative is put in a position to decide on the content of law within the terms of the notwithstanding clause fostering an inter-branch dialogue. Arguably, however, condition (3), on judicial deference, is rendered redundant.

¹⁶ See Gardbaum (2010); Jhaveri (2019); Rodríguez Peñaranda (2023, p. 267).

¹⁷ Gardbaum (2010, p. 169).

¹⁸ For discussion, see Tushnet (1995); Jhaveri (2019); Moreso (2022, p. 8); Rodríguez Peñaranda (2023, p. 270); Law & Tushnet (2023).

¹⁹ See Gargarella (2013, p. 4), on how reforms and practices such as the notwithstanding clause are “precisely those which led us to discuss constitutional dialogue”.

²⁰ See, e.g., in the context of Israel, Dodek (2016).

B. Non-judicial review

Although controversial as an *alternative* arrangement, analytically, it is possible to distinguish judicial review from constitutional review. Habermas (1996) thus discussed “whether the legislature could not also scrutinize its decisions, exercising a quasi-judicial review of its own” (p. 241).²¹ For Tushnet (2003), more sanguinely, “non-judicial institutions around the world are involved in the process of constitutional review [...] with seemingly decent performance” (pp. 453-454). In much the same vein, Zurn (2002) carefully distinguishes constitutional review from “the judicial institutionalization of such review” (p. 479). More recently, Fukuda (2023) proposes an “institution-independent” concept of constitutional review, centered upon a *second-order* reasoning (i.e., incorporating reasons for review, as opposed to a *first-order* decision on the merits) and standards of political independence (p. 402), which may therefore be entrusted to the judiciary, the executive, the legislative, a “co-equal” arrangement, or independent organs. Fukuda draws examples from Finland, Japan, and the Netherlands.

It bears noting that, while Japan and Finland enshrine a constitutional review in both judicial and legislative institutions, only the Netherlands has a constitutional prohibition on judicial review, which grants discussing the latter model as it appears as an *alternative*, as opposed to a *supplement* to judicial review.

Indeed, the Netherlands has been highlighted as a case study in non-judicial review given that, as put by De Visser (2022), constitutional scrutiny carried by the Council of State or other advisory committees and agencies *ex ante*, i.e., before legislative enactment, is all the more emphasized in such a context (pp. 228 and ff). Two provisions attenuate the limitation of judicial review in the Netherlands, namely: the obligation of constitutionally conform-

²¹ Ultimately, Habermas recognized the plausibility of a “second level of appeal” in the legislative, nevertheless rejecting the executive’s role as a “guardian of the constitution”, explicating the differentiation of constitutional courts as independent bodies for this task. Cf. Zurn (2002, pp. 521 and ff).

ing interpretation as well as the direct constitutional incorporation of international legal obligations contracted by the state (including conventionally conforming interpretation).²² As a result, the legitimacy of the Netherlands' model seems quite situated and path dependent. The "long-term issue"²³ is that, while *ex ante* constitutional review is prevalent, this is rendered moot in lieu of an *ex post* and concrete constitutionality review of the sort deployed by courts, a situation which may come to exacerbate a failure to consider the intersection of inequalities and vulnerability.²⁴

3. *Formal, voice to voice: parliamentary human rights committees*

Arguably, leading cases where the quality of parliamentary deliberation was considered in review²⁵ have converged with calls for the development of independent committees for the scrutiny of human rights within national parliaments (parliamentary human rights committees). The Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/38/25, "Contribution of parliaments to the work of the Human Rights Council and its universal periodic review" (UN Human Rights Council, 2018) envisages an important set of draft principles to reinforce or create independent oversight mechanisms and committees within national parliaments,²⁶ furthering the "procedural embedding" of human rights issues and inclusive, structured deliberation within legislative deliberation.²⁷

²² See De Visser (2022, p. 228).

²³ Fukuda (2023, p. 447): "the long-term issue in the Netherlands: the lack of *ex post* review in concrete cases".

²⁴ A converging discussion, considering also the application of the procedural standard of review at the European Court of Human Rights (ECtHR), can be found in Aldao & Clérico (2021).

²⁵ See below, sec III.4.

²⁶ For discussion, see Roberts Lyer (2019).

²⁷ On the characteristics of legislative balancing, see Sieckmann (2019); Oliver-Lalana (2023).

Much in this vein, the Council of Europe has emitted a handbook, “National parliaments as guarantors of human rights in Europe”,²⁸ with recommendations ranging from the creation of independent human rights scrutiny committees with a broad mandate, requiring “the executive to attach a detailed human rights memorandum to every piece of proposed legislation”, and having parliamentarians “choose to prioritise for detailed scrutiny those legislative proposals that they consider to have the most significant implications for human rights and the rule of law”. These serve in large part to make good upon the incentives provided by the ECtHR of assessing the quality of discourse and deliberation at the legislative seat.²⁹ As put by Zurn (2002), “a form of constitutional self-review of statutes within legislatures themselves would significantly reduce the collisions between a constitutional court and the legislature” (p. 534).

This mechanism would especially address Waldron’s conditions (1) and (3), transforming the relationship between the three branches into a matter of principled or joint inter-branch constitutional interpretation.

4. *Informal to formal: open and direct democratic innovations*

A practice which has become entrenched and consolidated after the beginning of the discussion of dialogic constitutionalism is *consultation and free, prior, informed consent*, especially in topics related to indigenous rights, property, and land. Other things held constant, consultation effectively gives voice to the affected in ways which were previously impossible.³⁰

²⁸ Council of Europe (2018).

²⁹ See Spano (2018, pp. 488 and ff); Saul (2021, p. 289).

³⁰ For discussion, see Rodríguez-Peñaranda (2023); cf. Gargarella (2013) who called attention to how the practice of such mechanisms would have to take seriously a greater and more horizontal participation which would go beyond the logic of inter-institutional “checks and balances” (pp. 24, 26-27).

From a different angle, María Luisa Rodríguez-Peñaranda (2023) demonstrates the synergy of dialogic constitutionalism with citizen-wide political rights of standing (in the form of *Acción pública de inconstitucionalidad*) in Colombia, which “may be filed by citizens with few formalities, without representation by an attorney, and without having to demonstrate a specific legal interest in the subject matter of the claim” (Cepeda-Espinosa, 2004, p. 555).³¹

Going from extant practices into proposals a persistent point of reference for deliberative institutional innovations are citizen forums, or “mini-publics”, which straddle the formal and informal sites of communicative power. In a nutshell, mini-publics include “Deliberative Polls, Consensus Conferences, Citizens’ Juries, Planning Cells,” and they are guided by the search for “groups small enough to be genuinely deliberative, and representative enough to be genuinely democratic” (Goodin & Dryzek, 2006, p. 220), oftentimes through randomized means. While promising in their own right, randomly selected mini-publics are not immune from capture by private or economic power or from being used to bypass instead of empowering the subjected citizens.³² Thus, discussing Gargarella’s conceptualization, Lafont (2023) forcefully notes that mini-publics are liable to exclude all subjected by resort to the “mirror” and the “filter” presuppositions:

if one assumes that a few randomly chosen ones may adequately represent the citizenship in virtue of their ascriptive features (the mirror), and that it is only them who may deliberate under adequate epistemic conditions (the filter), then excluding the rest of the citizenship from debate on political decision-making affecting them seems neither problematic nor antidemocratic. (p. 356)

In a related vein, while recommending a supplementation of judicial review with a composite institutional arrangement involving

³¹ See further Roa Roa (2023); cf. Jiménez Ramírez (2024, pp. 69-70).

³² See Hutton Ferris (2023).

“civic constitutional fora”, Christopher Zurn (2011) has discussed proposals for constitutional review by juries through three desiderata: (1) political independence, (2) legal systematicity, and (3) democratic sensitivity. Zurn notes that such proposals tend to explicitly disavow the functions of judicial lawmaking or doctrinal elaboration, given that, “(e)ven if sortition models political equality better than electoral representation”, lawmaking would fall short of “the ideal that citizens should be subject only to constitutional law they can understand themselves as the collective author” (Zurn, 2011, p. 85).

Finally, it bears remarking that democracy is impacted by digitalization and its new spaces for social interaction, but democratic institutions may also utilize digitalization’s new tools.³³ In this vein, Helene Landemore has identified “cryptocurrency-based online communities” as “aligned with the spirit of open democracy”.³⁴ In this sense, decentralized autonomous organizations (DAOs) have garnered special attention due to their new forms of interaction and their potential economic salience, which some of its advocates aim to harness in order to counteract the political power vested in transnational platforms and corporations.³⁵

5. Preliminary Balance

The promotion of new constellations of *power* and *voice* in formal institutions, or new institutions to straddle the two tracks of democracy, is matter of sustained interest to redeem the expectation that private and public autonomy coincide, i.e., to make people co-authors to the laws and powers to which they are subjected. Such proposals call for attention to exemplary practices which, as formulated by Ferrara (2014), articulate “new normative standards and political values – as a way of promoting the public priority of certain ends

³³ On both aspects of digitalization, see Burchardt (2023).

³⁴ Landemore in Mansbridge et al. (2022, p. 8). See also Landemore (2021).

³⁵ For a critical overview, see Garon (2022, pp. 175 and ff); see also the *political voice* deficit diagnosis in Frost (2023); Landemore (2020, pp. 210 and ff).

through good reasons that set the political imagination in motion” (p. 212).

At the same time, two types of control are required. One is concerned with the political possibility of participating in will-formation and the control of representatives, the other is concerned with the legal possibility of contesting and requesting justification for each exercise of political power, answering to the human rights of each individual as well as to the preconditions of democratic practices.

III. Procedural turns and law-applying operations

After gathering the two axes which will structure our discussion, the next subsections will take stock of system-based and exclusionary strategies identified simply as “red lines” (III.2), case-based and exclusionary strategies identified as “bespoke tests” (III.3), and a contributive conception of procedurally oriented review (II.4).

1. *Two axes: system and case, exclusionary and merits-based reasons*

A. *System and case*

Our first axis is conformed by *system-based* and *case-based* approaches.³⁶ What we call a system-based approach emphasizes validity and criteria of pedigree or membership; the case-based approach will tend to emphasize the applicability of suitable legal standards.³⁷ While system and case feed into each other,³⁸ it remains true that different pragmatics stem from a system-based

³⁶ On the system and the case, see Habermas (1996, pp. 243 and ff); see further on cases Di Martino (2021, pp. 968-971); Etxabe (2023, pp. 1025 and ff).

³⁷ See especially the distinction of application-based, criteria-based, and efficacy-based conceptions of the legal system in Sieckmann (2012, pp. 203 and ff). See also the distinction of validity and applicability in Carpentier (2018).

³⁸ On the relation among discourses of justification and discourses of application, see Habermas (1996, pp. 439 and ff); Alexy (1996, pp. 1031 and ff).

and a case-based perspective. The former tends to look at a macro perspective, considering future application and political relations, especially inter-branch and inter-authority relations. In a case-based approach, the concrete circumstances of (hard) cases and *balancing problems* require a priority relation,³⁹ and it is this perspective which requires to, at a certain step, “dislodge powerful assumptions” (Etxabe, 2023, p. 1026) across institutional sites, in order to look at the merits as informed by all applicable norms, arguments and relevant information.

This distinction has acquired heightened importance as the case and the individual is the focus of our requirements of respect for our rights, and eventually the protection for the conditions of legitimacy and democracy.⁴⁰ Only the concrete circumstances of an issue call us to recognize how inequalities and disadvantages only intersect but build upon each other, creating a serious claim to bracket systemic presumptions.⁴¹ Similarly, it is the case at hand and the invoked legalities by the parties which express the entanglements which are potentially applicable insofar as they inform the legal positions of persons subject to multiple sources of law,⁴² to afterwards consider and justify how exclusionary reasons may or not apply.

B. *Exclusionary and merits-based reasons*

Our second axis is formed by *exclusionary* and *merits-based* reasons. While first-order and merits-based reasons are mostly parallel, exclusionary reasons conform a subset of reasons which occupy a *second-order* and which are usually non-merits-based.⁴³

This way, merits-based reasons will be taken to refer to the solution of problems concerning human rights, collective goods,

³⁹ On *balancing problems*, see Sieckmann (2012, p. 38) and Atienza (2023, pp. 369-370).

⁴⁰ See a recent account in Etxabe (2024, pp. 1025 and ff); Cohen-Eliya & Porat (2013, Chapter 6).

⁴¹ See Aldao & Clérico (2021).

⁴² See Klabbers (2023, pp. 32 and ff).

⁴³ See Raz (1975, p. 487).

or basic needs and interests as considered in *first-order* reasoning. In contrast, exclusionary reasons differ from the merits of the concrete issue at hand. They refer, e.g., to authority, legitimacy, democracy, subsidiarity, the separation of powers. And they establish, at a second order, a presumption that deliberation has already been carried out and that a decision has authoritative bindingness, i.e., it should prevail.⁴⁴ In this conceptualization, the exclusionary pieces of second-order reasons admit of degrees in terms of scope,⁴⁵ but also weight or strength.⁴⁶

2. Exclusionary and system-based reasons: red lines

A first strategy would consist in drawing “red lines”. These “red lines” would aim to exclude subject matters, as a whole or in some core, from judicial review. To explain this operation, we may gather the misgivings expressed by Habermas (1999) regarding the limits of adjudication: “Once a judge is allowed to move in the unrestrained space of reasons that such a “general practical discourse” offers, a “red line” that marks the division of powers between courts and legislation becomes blurred” (p. 447).⁴⁷ A comparable idea has also been identified in a different context, where Armin von Bogdandy & Spieker (2019) speak of “red lines”, either as “negatively determining what is not allowed, without positively determining how it should be instead” or, regarding, fundamental rights, concentrating “on their ‘essence’” (p. 423).

Abstracting from the above, we may note an exclusionary logic is already at work in some domains where determinate subject matters are seemingly marked as off-limits from judicial review. This approach is typically treated as providing definitive, exclusionary

⁴⁴ For discussion, see Sieckmann (2012, pp. 8 and ff); Arnardóttir (2017); Wang (2017); Fukuda (2023).

⁴⁵ Raz (1975, p. 487); see further Moreso (2024).

⁴⁶ See Sieckmann (2012, pp. 169 and ff); Wang (2017).

⁴⁷ In turn, Alexy (2010, p. 179) undercuts any recourse to an “unrestrained space of reasons” by emphasizing the compatibility of “a *prima facie* priority of authoritative reasons” with law *qua* special case of general practical discourse.

reasons and it is primarily “systemic”, in the sense of opposed to case based.

For example, economic policy is held to be essentially a matter for democratic decision-making and Mexican constitutional doctrine has enshrined a limited judicial review in the subject, ever since the earliest decisions which adopted proportionality analysis.⁴⁸ However, as economic policy entwines materially with fundamental rights and democratic preconditions, this has meant a defeasible presumption for a limited review.⁴⁹

One of the conceptions of fundamental rights casts them (or a subset) as deontological in the sense of limiting legal reasoning, especially adjudication.⁵⁰ Where the constituent assembly or relevant authorities already decided on a (high) absolute protection of a fundamental right, the matter is, allegedly, never to balance, but always to apply said right. Apart from some core cases of absolute rights (e.g. the prohibition of torture), we find the impossibility of determining completely the scope of application of a right in the abstract to render superfluous a consideration of its concrete interferences and collisions. Given the unavailability of considering the authoritative decisions along with merits reasons and the concrete circumstances of their collision with other norms, recent proposals tend to plea for a reconciliation of both ideas through bespoke, multi-pronged tests, categorizations, or standards (which will henceforth be treated as coextensive).

3. *Exclusionary and case-based reasons: bespoke tests*

A second approach at the level of legal reasoning may be characterized in terms of fostering “bespoke tests” which guide (and,

⁴⁸ See Cossío Díaz (2006, p. 320); Roa Jacobo (2020, pp. 35 and ff).

⁴⁹ The shift from a limited into a full review might be especially visible under the circumstances of the *PSPP* judgment of the German Federal Constitutional Court. See Baroncelli & Mooij (2022).

⁵⁰ See Sieckmann (2012, pp. 139-140, 149 and ff); Barak (2012, pp. 493 and ff); Greene (2018); Tamir (2023).

to a degree, constrain) deliberation.⁵¹ Freedom of expression is a paradigm right with its own multipart critical questions and categories, and similar relevance has been accorded to the standards of review related to the evaluation of suspect classifications in the right to equality and non-discrimination.⁵² Comparable multiprong standards are ubiquitous in personal and subject-matter jurisdiction in the USA, a structural feature that leads Bloom (2009) to conclude that jurisdiction “focuses adjudicative energy, encourages judicial caution, constrains jurisdictional discretion, and eases structural tension—even if we know it false” (p. 1030).

Indeed, for many, categorical reasoning enshrines deference to legislatively enacted statutes or administrative agencies, as adjudicators would engage less actively in open-ended practical reasoning and the further development of law. Furthermore, the relevant tests would incorporate a series of priority rules in order to properly pay heed to typically important considerations in each concrete case.

While reliance on such tests promises to guide or constrain courts, these standards tend to run on “distinctions of degree” (Holmes, 1894, p. 7) and general clauses such as reasonableness, interest analysis, and other “pockets of pliability and places where firm rules bend” (Bloom, 2009, p. 1030). It is important to note, though, that this flexibility is oftentimes explicitly justified in both law-making and law-applying operations. Conversely, Barak (2012) admonishes: “Categorization tends to be less transparent. The reasons underlying the categorical choice are typically not made explicit” (p. 488). However, the application of categorizations which may lead to balancing can be understood as a further way to introduce order or structure into deliberation, as put by Sieckmann (2012): “There may be reasons to exclude arguments from consideration at earlier or later stages of the balancing. But at some point each argument must have been taken into account” (p. 169, fn 17).

⁵¹ On this formulation, see Tamir (2023); cf. Schlag (1985).

⁵² See Greene (2018, pp. 40-47); Barak (2012, pp. 506-513).

A more fundamental risk remains, however, in that such standards may be interpreted and defined to strictly bind adjudicators to narrow down their deliberations into a previously fixed subset of reasons, which may lead courts to exclude or ignore the otherwise legally relevant arguments and information, triggering questions on the legitimacy of such a decision by an authority.⁵³

The question immediately arises as to how these legal provisions may be drafted or interpreted in more nuanced, less exclusionary terms. In this vein, Tamir (2023) has recently proposed a continuum which enables lawmakers to innovate in adjudication methodologies (e.g., combining a more robust legitimacy stage or categorizations with proportionality analysis), functioning as a “speeding up mechanism that tries to quicken the process of induction from experience to the creation of doctrinal rules or categories” (p. 240).

4. *Merits-based and system to case-based reasons: reasoning-process review*

Although sometimes presented as part of dialogic approaches, one may note that discussion of a “procedural turn” focuses our attention straightaway on legal reasoning, adjudication and review. In Europe, the procedural turn tends to refer to the evolving dynamics among the European Court of Human Rights and national institutions;⁵⁴ elsewhere, the procedural turn may tend to refer to the domestic setting,⁵⁵ but it may also encompass international law.⁵⁶ These evolutions across contexts are of a piece in that they build second-order concerns from democratic legitimacy and the separation of powers, horizontally or vertically (subsidiarity-based), into legal reasoning itself.

As an encompassing characterization of the *procedural turn*, we may point generally to how the quality of deliberation (espe-

⁵³ Green (2024); cf. Sieckmann (2012, pp. 13, 169).

⁵⁴ See Arnardóttir (2017); Brems (2017); Spano (2018); Popelier (2019).

⁵⁵ For a recent overview, see Gardbaum (2024).

⁵⁶ See Kleinlein (2017); Takata (2022, pp. 6 and ff) with further references.

cially in legislative procedures, but also considering administrative authorities),⁵⁷ regarding a norm (or decision) has come to be considered, impacting the arguments and the outcome of judicial review. In general terms, the procedural turn is a democracy-seeking development, insofar as it not only demarcates the separation of powers but also enshrines or incentivizes a proper deliberation which embeds the substantive standards and includes the affected and relevant voices.⁵⁸

And yet, many different practices fit into this deliberately broad characterization, some of which might even turn out to be incompatible with the constitutional ideals of justifiability and democratic participation.⁵⁹ This makes a refinement necessary, which we may intimate through three distinctions:

A first distinction concerns (a) procedural positive obligations which are related or “read into” rights and (b) procedural review “*stricto sensu*”, with a focus on how procedural elements figure “among the balance of reasons when the Court pronounces on the substantive merits and assesses the proportionality or reasonableness of a measure” (Arnardóttir, 2017, p. 14).⁶⁰

A second distinction concerns (a) “pure” procedural review and (b) a “mixed” model (Bar-Siman-Tov, 2012; Arnardóttir, 2017; Gardbaum, 2020, p. 1448; Etxabe, 2023, p. 1015). The former would act as an *alternative* to substantive judicial review or balancing; the latter would be a *supplement* or a contributive, non-exclusive, factor to the overall balance of reasons.

A third distinction is concerned with the impact of procedural review. Arnardóttir (2017, pp. 20 and ff) thus distinguishes a function of procedural review in permitting (a) “complete deference” or (b) a “partial deference”.⁶¹

⁵⁷ See Gerards (2017, pp. 137-138).

⁵⁸ Further on the relevant standards, see Oliver-Lalana (2023); cf Nino (1996, p. 199).

⁵⁹ Cf. Zysset (2022, pp. 228-231).

⁶⁰ Cf. Gerards (2017, pp. 127-128); Zysset (2022, p. 217); Lawson (1996, p. 318); Zurn (2002, p. 519).

⁶¹ Cf. Spano (2018, pp. 480 and ff).

We will focus on a conception of procedural review which gathers the second term in each pair, i.e., a procedural review which looks at the process of deliberation and decision-making as a contributing factor to balancing in a broad sense, and which may eventually grant a partial or conditional deference.

It is important to note, however, that the three oppositions we have gathered may oftentimes be blurred,⁶² and separating them is fraught with doctrinal difficulties. This is especially true regarding the distinction of degree among a “pure” and a “mixed” procedural review. The doctrine of “general measures” in the leading case *Animal Defenders International v The United Kingdom* (App. No. 48876/08, Grand Chamber, judgment, 22 April 2023) effectively makes the doctrine approximate an *alternative* to substantive balancing in the concrete circumstances. As put by the ECtHR, “the more convincing the general justifications for the general measure are, the less importance the Court will attach to its impact in the particular case” (para. 109).⁶³ Nonetheless, a different approach is possible, and at least formally, this is also the tack taken by the ECtHR when disavowing that a general presumption may replace a concrete review.⁶⁴

In duly incorporating a review on the reasoning, deliberative process undertaken for a decision, along with the possibility of each subjected individual to duly contest and receive a justification for the political decisions which affect them, the deliberative democratic ideal of *reasonable endorsement* becomes a possibility. It bears noting that Alain Zysset (2022) has presented a thoughtful argument against the claim “that the emphasis put on the domestic procedure in fact strengthens the right to justification domestically”, as this is rendered moot insofar as a procedural review marginalizes “the Court’s own review of proportionality” (Zysset, 2022, p. 231), which holds all the more so if a Court, as Zysset suggests, may sanc-

⁶² Cf. Zysset (2022, pp. 221-222); Gerards (2017, p. 129).

⁶³ A rigid application of this general presumption fails to consider vulnerable and disadvantaged individuals, see Aldao & Clerico (2021); Ní Chinnéide (2024, pp. 158 and ff).

⁶⁴ See Gerards (2017, pp. 134 and ff).

tion laws enshrining particular forms of the good life.⁶⁵ In my view, this critique is quite right if we consider a procedural review tending towards a “pure”, exclusive or definitive, focus on procedures as an *alternative*, or at the cost of, independent balancing (and towards a *complete* deference as opposed to a partial or defeasible presumption). Alas, we cannot simply rely on our stipulation of a conception of procedural review which embraces the second pair, as if we believed that the procedural turn will automatically tend towards a contributive and partially deferential understanding. The upshot is that significant doctrinal and institutional efforts will be required to tailor the doctrine’s sensitivity to procedural democracy *and* substantive individual justification.

IV. Conclusion

After all (and leaving to a side the matter of striking the right interpretation and doctrinal safeguards), a contributive procedural review strikes me not only as normatively desirable, but also explanatorily prior regarding the rest of the proposals for building greater deference in legal reasoning or institutions providing for a more participative, dialogic, practice.

To begin with, the alternatives which aim to build democratic deference into legal reasoning itself, such as “red lines” or “bespoke tests”, while worthwhile, may incorporate a stronger tendency towards authority-based justifications if they are not accompanied by an all things considered balancing which also looks at procedures. The procedural turn is thus not only a structuring supplement to balancing, but also part of its bridging to other forms of regulation and priority rules. In its absence, we have no account of how the different institutional sites conceive of their appropriate relations.

⁶⁵ Cf. Nino (1996, p. 204).

It is further relevant that the practice of legislative balancing has for a long time remained opaque and extracted from the duty that “in a culture of justification, even after authority has been assigned, the authorized body must still provide justification for all of its decisions”.⁶⁶ Much like the *voice* or dialogue-enhancing institutional proposals such as the consolidation of independent parliamentary human rights committees,⁶⁷ the procedural turn looks straightaway at the balance of reasons provided in legislation. We should not presuppose a conception of reasons (concerning parliamentary debates,⁶⁸ just as much as practical reasoning)⁶⁹ which “block” deliberations or render lawmaking opaque. The same holds true for *power* in dialogical proposals, as a contributive procedural review seems part and parcel of the aim to go beyond “last word”-based dichotomies. In much the same way, a contributive procedural review is a safety-valve (among others) against capturing mechanisms meant to straddle the two tracks of democracy.

Finally, not only is it desirable to domestically embed human rights and international standards which apply anyway, but this provides a foundational block for closing the gap in the rule of law beyond the state, as international bodies rely chiefly on procedural engagement and in turn they may “reopen” deliberations which may have been cut short.⁷⁰ The idea is to overcome unilateral discussions, neither purely domestic nor purely international, and neither entirely determined by the adjudicator, but also not confined into extant power asymmetries.

⁶⁶ Cohen-Eliya & Porat (2013, p. 113).

⁶⁷ See *above*, sec. II.

⁶⁸ See Bar-Siman-Tov (2011).

⁶⁹ One may recall Raz (1986, p. 39): “Reflection on the merits of actions required by authority is not automatically prohibited by any authoritative directive, though possibly it could be prohibited by a special directive to that effect”.

⁷⁰ See Lafont (2020a, pp. 212 and ff).

V. References

- Aldao, M. & Clérico, L. (2021). La proporcionalidad en concreto y el registro de la opresión multidimensional: género y pobreza. In F. de Fazio (Ed.), *Principios y proporcionalidad revisitados*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Alexy, R. (1996). Jürgen Habermas's theory of legal discourse. *Cardozo Law Review*, 17(4-5), 1027-1034.
- Alexy, R. (2010). The dual nature of law. *Ratio Juris*, 23(2), 167-182. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2010.00449.x>
- Arnardóttir, O. M. (2017). The "procedural turn" under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance. *International Journal of Constitutional Law*, 15(1), 9-35. <https://doi.org/10.1093/icon/mox008>
- Atienza, M. (2023). Defeasibility and balancing. In M. Brigaglia y C. Roversi (Eds.). *Diritto & Questioni Pubbliche* (Special issue), 355-377.
- Barak, A. (2012). *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge University Press.
- Baroncelli, S. and Mooij, A. M. (2022). What kind of judicial review for the European Central Bank?: all institutions are equal but some are more technical than others. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 29(4), 413-433. <https://doi.org/10.1177/1023263X221105650>
- Bar-Siman-Tov, I. (2011). The puzzling resistance to judicial review of the legislative process. *Boston University Law Review*, 91(6), 1915-1974.
- Bar-Siman-Tov, I. (2012). Semiprocedural judicial review. *Legisprudence*, 6(3), 271-300. <https://doi.org/10.5235/17521467.6.3.271>
- Bateup, C. (2006). The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, 71(3), 1109-1180.
- Bello Hutt, D. E. (2017). Against judicial supremacy in constitutional interpretation. *Revus: Journal for Constitutional Theory & Philosophy of Law*, 31. <https://doi.org/10.4000/revus.3659>

- Benhabib, S. (2020). Dialogic constitutionalism and judicial review. *Global Constitutionalism*, 9(3), 506-514. <https://doi.org/10.1017/S204538172000012X>
- Bogdandy, A. von & Spieker, L. D. (2019). Countering the judicial silencing of critics: article 2 TEU values, reverse solange, and the responsibilities of national judges. *European Constitutional Law Review*, 15, 391-426. <https://doi.org/10.1017/S1574019619000324>
- Brems, E. (2017). The “logics” of procedural-type review by the European Court of Human Rights. In J. Gerards & E. Brems (Eds.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases* (pp. 17-39). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316874844.002>
- Bloom, F. M. (2009). Jurisdiction’s noble lie. *Stanford Law Review*, 61(5), 971-1032.
- Burchardt, D. (2023). Does digitalization change international law structurally? *German Law Journal*, 24(3), 438-460. <https://doi.org/10.1017/glj.2023.31>
- Carpentier, M. (2018). Validity versus applicability: a (small) dose of scepticism. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 18(1), 107-132.
- Castillo-Ortiz, P. & Roznai, Y. (2024). The democratic self-defence of constitutional courts. *ICL Journal*, 18(1), 1-24. <https://doi.org/10.1515/icl-2024-0001>
- Cámara de Diputados. (2024, February 5). Iniciativa del Ejecutivo federal con Proyecto de decreto, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia del reforma del Poder Judicial. *Gaceta Parlamentaria*. 27(6457-15). <https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-15.pdf>
- Cepeda-Espinosa, M. J. (2004). Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, 3(4), 529-700. https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol3/iss4/2

- Cohen, J. (1999). Reflections on Habermas on democracy. *Ratio Juris*, 12(4), 385-416. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00132>
- Cohen-Eliya, M. and Porat, I. (2013). *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge University Press.
- Council of Europe. (2018). *Handbook for parliamentarians. Document prepared by Dr Alice Donald and Ms Anne-Katrin Speck, Middlesex University, London (United Kingdom), in co-operation with the secretariat of the Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe*. <https://pace.coe.int/en/pages/jur-handbook>
- Cossío Díaz, J. R. (2006). La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(15), 319-330. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5778>
- De Visser, M. (2022). Nonjudicial constitutional interpretation: The Netherlands. In D. S. Law (Ed.), *Constitutionalism in Context* (pp. 216–235). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108699068.011>
- Di Martino, A. (2021). The importance of being a case. collapsing of the law upon the case in interlegal situations. *The Italian Law Journal*, 7(2), 961-984. <https://doi.org/10.23815/2421-2156.ITALJ>
- Dodek, A. (2016). The Canadian override: constitutional model or bête noire of constitutional politics? *Israel Law Review*, 49(1), 45-65. <https://doi.org/10.1017/S0021223715000187>
- Dyzenhaus, D. (2012). Constitutionalism in an old key: legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, 1(2), 229-260.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. Harvard University Press.
- Etxabe, J. (2023). A dialogical model of human rights adjudication. *International Journal of Constitutional Law*, 21(4), 1011-1040. <https://doi.org/10.1093/icon/moad085>
- Ewe, K. (2024, July 29). Midway through the ultimate election year: how the world has voted so far. *Time Magazine*. <https://time.com/6991526/world-elections-results-2024/>

- Ferrara, A. (2014). *The democratic horizon: hyperpluralism and the renewal of political liberalism*. Cambridge University Press.
- Forst, R. (2015). Noumenal power. *Journal of Political Philosophy*, 23(2), 111-127.
- Frost, N. (2023). The global "political voice deficit matrix". *International Journal of Constitutional Law*, 21(4), 1041-1068. <https://doi.org/10.1093/icon/moad084>
- Friedman, B. (1993). Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*, 91(4), 577-682.
- Fukuda, K. (2023). Towards an institution-independent concept of constitutional review. *Columbia Journal of Transnational Law*, 61(2), 387-452.
- García Amado, J. A. (1985). Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. *Anuario de filosofía del Derecho*, (2), 297-316.
- Gardbaum, S. (2010). Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 8(2), 167-206. <https://doi.org/10.1093/icon/moq007>
- Gardbaum, S. (2020). Comparative political process theory. *International Journal of Constitutional Law*, 18(4), 1429-1457. <https://doi.org/10.1093/icon/moaa084>
- Gardbaum, S. (2024). Comparative political process theory II. *Global Constitutionalism*, 1-19. <https://doi.org/10.1017/S2045381724000029>
- Gargarella, R. (2013). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. 14(2). <https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/10615>
- Gargarella, R. (2016). Scope and limits of dialogic constitutionalism. In T. Bustamante & B. G. Fernandes (Eds.), *Democratizing Constitutional Law* (pp. 119-146). Springer.
- Gargarella, R. (2022). *The law as a conversation among equals*. Cambridge University Press.
- Garon, J. M. (2022). Legal implications of a ubiquitous metaverse and a Web3 future. *Marquette Law Review*, 106(1), 163-242.

- Gerards, J. (2017). Procedural review by the ECtHR: a typology. In J. Gerards & E. Brems (Eds.), *Procedural review in European fundamental rights cases* (pp. 127-160). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316874844.006>
- Giuffré, J. I. (2023a). De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico. *Revista Derecho del Estado*, (55), 141-169. <https://doi.org/10.18601/01229893.n55.09>
- Giuffré, C. I. (2023b). Pushing the boundaries of deliberative constitutionalism. From judicial dialogue to inclusive dialogue. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 50. <https://doi.org/10.4000/revus.9695>
- Goodin, R. E. and Dryzek, J. S. (2006). Deliberative impacts: the macro-political uptake of mini-publics. *Politics & Society*, 34(2), 131-304. <https://doi.org/10.1177/0032329206288152>
- Green, M. S. (2024). Authority and interest analysis. In R. Banu, M. S. Green & R. Michaels (Eds.), *Philosophical foundations of private international law* (pp. 139-161). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192858771.003.0007>
- Greene, J. (2018). The Supreme Court 2017 term – foreword: rights as trumps? *Harvard Law Review*, 132(1), 28-132.
- Habermas, J. (1991). *The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society*. MIT Press. (Original work published 1962)
- Habermas, J. (1996). *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. MIT Press.
- Habermas, J. (1999). A short reply. *Ratio Juris*, 12(4), 445-453. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00135>
- Holmes, O. W. (1894). Privilege, malice, and intent. *Harvard Law Review*, 8(1), 1-14.
- Hutton Ferris, D. (2023). Lottocracy or psephocracy? Democracy, elections, and random selection. *European Journal of Political Theory*. <https://doi.org/10.1177/14748851231220555>
- Jhaveri, S. (2019). Interrogating dialogic theories of judicial review. *International Journal of Constitutional Law*, 17(3), 811-835. <https://doi.org/10.1093/icon/moz066>

- Jiménez Ramírez, M. C. (2024). Weak procedural constitutionalism. the judicial process as legitimacy of judicial review. *ICL Journal*, 18(1), 59-76. <https://doi.org/10.1515/icl-2023-0032>
- Kempf, V. (2024). The public sphere in the mode of systematically distorted communication. *Philosophy and Social Criticism*, 50(1), 43-65. <https://doi.org/10.1177/01914537231203553>
- Klabbers, J. (2023). Inter-legality and the challenge of democracy. *Questions of International Law, Zoom-In*, (101), 31-49.
- Kleinlein, T. (2017). The procedural approach in international human rights law and fundamental values: towards a proceduralization of the interface of international and domestic law? *ESIL Conference Paper Series*, 10(4).
- Lafont, C. (2020a). *Democracy without shortcuts*. Oxford University Press.
- Lafont, C. (2020b). Against anti-democratic shortcuts: a few replies to critics. *Journal of Deliberative Democracy*, 16(2), 96-109. <https://doi.org/10.16997/jdd.367>
- Lafont, C. (2023). Cómo no abrir las democracias contemporáneas al diálogo ciudadano. *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, 11(12), 340-361.
- Landemore, H. (2020). *Open democracy: reinventing popular rule for the twenty-first century*. Princeton University Press.
- Landemore, H. (2021). Open democracy and digital technologies. In L. Bernholz, H. Landemore & R. Reich (Eds.), *Digital technology and democratic theory* (pp. 62-89). University of Chicago Press. <https://doi.org/10.7208/9780226748603-003>
- Law, D. S., and Tushnet, M. (2023). The politics of judicial dialogue. In M. Tushnet & D. S. Law (Eds.), *Research handbook on the politics of constitutional law* (pp. 286-309). Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781839101649.00025>
- Lawson, G. S. (1996). Outcome, procedure, and process: agency duties of explanation for legal conclusions. *Rutgers Law Review*, 48(2), 313-344.
- Mansbridge, J., Cohen, J., Cammack, D., Stone, P., Achen, C. H., Leib, E. J. & Landemore, H., (2022) "Representing and Being

- Represented in Turn” – A Symposium on Hélène Landemore’s “Open Democracy”. *Journal of Deliberative Democracy*, 18(1). <https://doi.org/10.16997/10.16997/jdd.1213>
- Moreso, J. J. (2022, July 28). Gargarella sobre la democracia constitucional: un pequeño y sucio secreto. *Revista de Libros*. <https://www.revistadelibros.com/gargarella-sobre-la-democracia-constitucional-un-pequeno-y-sucio-secreto/>
- Moreso, J. J. (2024). On the exclusionary scope of Razian reasons. *Ratio Juris*, 37(2), 148-160. <https://doi.org/10.1111/raju.12403>
- Ní Chinnéide, H. (2024). Balancing privacy and the public interest: the application of the “general measures” doctrine in *LB v Hungary* in the absence of any substantive proportionality assessment. *European Constitutional Law Review*, 20(1), 146-162. <https://doi.org/10.1017/S1574019624000026>
- Nino, C. S. (1996). *The Constitution of deliberative democracy*. Yale University Press.
- Oliver-Lalana, A. D. (2023). Principios de debido proceso legislativo en el control judicial de las leyes. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (26), 225-261.
- Popelier, P. (2019). Procedural rationality review after animal defenders international: a constructively critical approach. *European Constitutional Law Review*, 15(2), 272-293. <https://doi.org/10.1017/S157401961900021X>
- Raz, J. (1975). Reasons for action, decisions and norms. *Mind* 84(336), 481-499.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford University Press.
- Roa Jacobo, J. C. (2020). *El ámbito de aplicación de los principios constitucionales de justicia fiscal, como salvaguarda de derechos y como parámetro para una equitativa distribución de la carga fiscal a través del principio de generalidad tributaria* (Tesis doctoral). Universidad Panamericana. <https://scripta.up.edu.mx/handle/123456789/7704>
- Roa Roa, J. E. (2023). El diseño institucional de la acción pública de constitucionalidad en Colombia. In H. A. Sierra Porto, P. Robledo Silva, D. González Medina & D. Rivas-Ramírez (Eds.),

Garantias judiciales de la constitución (Vol. II; pp. 15-73). Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.57998/bdigital/handle.001.862>

Roberts Lyer, K. (2019). Parliaments as human rights actors: the potential for international principles on parliamentary human rights committees. *Nordic Journal of Human Rights*, 37(3), 195-215. <https://doi.org/10.1080/18918131.2019.1681610>

Rodríguez-Peñaranda, M. L. (2023). Constitucionalismo dialógico y justicia constitucional. Una vuelta larga para volver a las virtudes deliberativas de la acción pública de inconstitucionalidad. *Revista CS*, (40), 249-286. <https://doi.org/10.18046/recs.i40.5672>

Roth-Isigkeit, D. (2018). *The plurality trilemma: a geometry of global legal thought*. Springer.

Saul, M. (2021). Shaping legislative processes from Strasbourg. *European Journal of International Law*, 32(1), 281-308. <https://doi.org/10.1093/ejil/chab030>

Schlag, P. (1985). Rules and standards. *UCLA Law Review*, 33, 379-430.

Sieckmann, J. R. (2012). *The logic of autonomy*. Hart.

Sieckmann, J. R. (2019). Legislation as balancing. In A. D. Oliver-Lalana (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation* (pp. 133-152). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12068-9_6

Spano, R. (2018). The future of the European Court of Human Rights—subsidiarity, process-based review and the rule of law. *Human Rights Law Review*, 18(3), 473-494. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngy015>

Takata, H. (2022). Reconstructing the roles of human rights treaty organs under the “two-tiered bounded deliberative democracy” theory. *Human Rights Law Review*, (22), 1-25. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngac002>

Tamir, O. (2023). Beyond the Binary: Toward a New Global Model of Constitutional Rights Adjudication. *Berkeley Journal of International Law*, 41(2), 198. <https://doi.org/10.15779/Z381834381>

- Tushnet, M. (1995). Policy distortion and democratic debilitation: comparative illumination of the countermajoritarian difficulty. *Michigan Law Review*, 94(2), 245-301.
- Tushnet, M. (2003). Non-judicial review. *Harvard Journal on Legislation*, 40, 453-492.
- Tushnet, M. (2009). Dialogic judicial review. *Arkansas Law Review*, 61(2), 205-216.
- UN Human Rights Council. (2018, May 17). Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Contribution of parliaments to the work of the Human Rights Council and its universal periodic review. A/HRC/38/25. <https://undocs.org/A/HRC/38/25>
- Waldron, J. (2006). The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406.
- Waluchow, W. & Kyritsis, D. (2023). Constitutionalism. In E. N. Zalta and U. Nodelman (Eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2023/entries/constitutionalism/>
- Wang, P. H. (2017). Formal principles as second-order reasons. In M. Borowski, S. L. Paulson and J. R. Sieckmann (Eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie* (pp. 429-448). Mohr Siebeck.
- Zurn, C. F. (2002). Deliberative democracy and constitutional review. *Law and Philosophy*, 21(4-5), 467-542. <https://doi.org/10.1023/A:1020969709044>
- Zurn, C. F. (2011). Judicial review, constitutional juries and civic constitutional fora: rights, democracy and law. *Theoria*, 58(127), 63-94.
- Zysset, A. (2022). A Culture of justification or a culture of presumption? The turn to procedural review and the normative function of proportionality at the European Court of Human Rights. In S. Schiedermaier, A. Schwarz & D. Steiger (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (pp. 215-234). Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783748923503-215>

Cómo citar

IJ-UNAM

Encinas Duarte, Gabriel Alejandro, "Legal reasoning under dialogic and procedural turns", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19513. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19513>

APA

Encinas Duarte, G. A. (2025). Legal reasoning under dialogic and procedural turns. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19513. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19513>

Democracia limitada, interpretación y supremacía constitucional en Hans Kelsen¹

Limited democracy, interpretation and constitutional supremacy in the work of Hans Kelsen

Imer B. Flores

 <https://orcid.org/0000-0003-2744-3461>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: imer@unam.mx

Recepción: 7 de octubre de 2024
Aceptación: 2 de diciembre de 2024
Publicación: 25 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19594>

Resumen: En este artículo, el autor tiene el doble objetivo de analizar críticamente el pensamiento de Hans Kelsen, para anotar la existencia de una aparente contradicción o tensión, así como tratar de resolver esta, a partir de una reconstrucción y reiterar la vigencia de su legado. De esta forma, comienza por recordar los aspectos más básicos de su teoría “pura” —y hasta “general”— del derecho; continúa con la revisión, de un lado, de su teoría de la democracia limitada, a partir de la confrontación no solamente con la autocracia sino además con la democracia ilimitada; y del otro, de su teoría de la Constitución y de la supremacía constitucional,

¹ Versión revisada de la ponencia presentada en el Special Workshop 104: “Is democracy under pressure?”, del XXXI World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR) *The Rule of Law, Justice and the Future of Democracy*, Seúl, Corea del Sur, 12 de julio de 2024, y en el seminario de discusión de la revista *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, el 6 de noviembre de 2024. Esta aportación forma parte del Proyecto PAPIIT IG300922 “Los problemas del estado constitucional y democrático de derecho”. Agradezco los comentarios y preguntas de Thiago de Mello Azevedo Guilherme, Gabriel A. Encinas, Jessica Holl, Win-Chiat Lee, Ronaldo Macedo, Joan McGregor y demás participantes en el Special Workshop, así como las conversaciones con Stephen Kirste, Martin Krygier y Gerald Postema, en el marco del Congreso Mundial de la IVR; y, muy en especial, las observaciones de Alejandro Nava y Óscar Ucha en la discusión sobre la traducción de algunos pasajes, así como de este último y de Ariadna Valdés en la revisión de la versión presentada en el seminario de discusión, además a quienes desde el anonimato han dictaminado con buenos ojos este artículo.

con especial atención tanto a la creación-aplicación del derecho como a su control a partir de la interpretación, en general, y de la constitucional, en particular; y, concluye, con una reflexión final.

Palabras clave: democracia; autocracia; Constitución; interpretación constitucional; supremacía constitucional.

Abstract: In this article, the author pursues the dual objective of critically analyzing Hans Kelsen's thought, noting the existence of an apparent contradiction or tension, while also attempting to resolve this tension through reconstruction and reaffirming the enduring relevance of Kelsen's legacy. To this end, the author begins by recalling the most fundamental aspects of Kelsen's "pure"—and even "general"—theory of law. The analysis proceeds with a review of, on the one hand, Kelsen's theory of limited democracy, approached through its juxtaposition not only with autocracy but also with unlimited democracy; and on the other hand, his theory of constitution and constitutional supremacy, with particular attention given to both the creation-application of law and its control through interpretation, in general, and constitutional interpretation, in particular. The article concludes with a final reflection.

Keywords: democracy; autocracy; Constitution; constitutional interpretation; constitutional supremacy.

Sumario: I. Introducción. II. Derecho. III. Democracia. IV. Constitución. V. Conclusión. VI. Referencias.

*La autocracia no puede tolerar la oposición;
no existe en ella discusión ni transigencia, sino imposición.*

Kelsen (1992, p. 142).

I. Introducción

Aportar a la discusión de los problemas del Estado constitucional y democrático de derecho, implica reconocer que nuestras democracias constitucionales están bajo presión constante. Cabe advertir que muchas veces la presión no viene de afuera sino de adentro. Es más, resulta que las democracias mueren no a manos de su antítesis la autocracia sino de ella misma. Ya sea que degenera en demagogia y con ello en autocracia; o bien, que olvida que es

una democracia limitada o restringida y es convertida en una ilimitada o no restringida, al caer presa de la omnipotencia de la mayoría, en detrimento de la minoría, al convertirse en una tiranía.

Así, mi contribución a esta reflexión, la realizaré a partir de una reconsideración de la obra de Hans Kelsen (1881-1973) y de lo que podría parecer una contradicción —o al menos una tensión— en su pensamiento (Kelsen, 1934/2011, p. 126):

[Es] absolutamente inapropiada la tentativa de legitimar el Estado como Estado de Derecho, ya que todo Estado es necesariamente un “Estado de derecho” en la medida en que con esta expresión se entiende un Estado que “tiene” ordenamiento jurídico. No hay ningún Estado que carezca de ordenamiento jurídico —o que aún no lo tenga—, por la sencilla razón de que un Estado no es sino un ordenamiento jurídico. Esta afirmación no supone en modo alguno un juicio de valor de naturaleza política. Naturalmente, este concepto de Estado de derecho no hay que confundirlo con un concepto de Estado que implique un ordenamiento jurídico dotado de ciertas instituciones, y que contenga determinados contenidos relativos a las libertades públicas, a las garantías de sometimiento de los órganos estatales al derecho y a los métodos democráticos de creación jurídica.

En este orden de ideas, mi objetivo es doble: de un lado, anotar la existencia de la aparente contradicción o tensión, así como tratar de resolver esta; y, del otro, apuntar hacia la reconstrucción del pensamiento de Kelsen y, con ello, reiterar la vigencia de su legado (Flores, 2014, pp. 53-94). De esta forma, comenzamos, en el apartado II, por recordar los aspectos más básicos de su teoría “pura” —y hasta “general”— del derecho; continuamos, en los apartados III y IV, con la revisión, de un lado, de su teoría de la democracia limitada, a partir de la confrontación no solamente con la autocracia sino además con la democracia ilimitada; y del otro, de su teoría de la Constitución y de la supremacía constitucional, con especial atención tanto a la creación-aplicación del derecho como a su control a partir de la interpretación, en general, y de la constitucional, en particular; y, en el apartado V, formulamos la conclusión de rigor.

II. Derecho

Como es sabido, Kelsen al desarrollar la teoría pura del derecho tiene la pretensión de limpiar y hasta purificar la ciencia del derecho de elementos que, en su opinión, le son ajenos, al resultar más bien cuestiones de política jurídica. Cabe adelantar que para mí no es que él sea escéptico ante los valores, incluidos los principios, pues no niega su existencia. Lo que rechaza es que los propios son o tienen que ser necesariamente los mejores, mucho menos que sean o tengan que ser los únicos correctos (Kelsen, 1953/1991). Al respecto, reconoce la estrecha relación entre democracia y relativismo tan en boga en esa época (Kelsen, 1992, pp. 156 y 157):

La concepción filosófica que presupone la democracia es el relativismo. La democracia concede igual estima a la voluntad política de cada uno, porque todas las opiniones y doctrinas políticas son iguales para ello, por lo cual les concede idéntica posibilidad de manifestarse y de conquistar las inteligencias y voluntades humanas en régimen de libre concurrencia. Tal es la razón del carácter democrático del procedimiento dialéctico de la discusión, con el que funcionan los Parlamentos y Asambleas populares. Por eso mismo, el poder mayoritario de la democracia no es posible sin una minoría opositora a la que ineludiblemente ha de proteger [...]

La relatividad del valor de cualquier fe política, la imposibilidad de que ningún programa o ideal político pretenda validez absoluta (pese a la desinteresada dedicación subjetiva y la firme convicción personal de quien lo profesa), inducen imperiosamente a renunciar al absolutismo en política: sea el absolutismo de un monarca, de un casta sacerdotal, aristocrática o guerrera, de una clase o de cualquier grupo privilegiado.

Es indudable que Kelsen —al igual que H. L. A. Hart— está comprometido con una teoría tanto general como descriptiva. En la primera edición de su *Teoría pura del derecho*, la cual apareció en alemán en 1934, adelanta (Kelsen, 1934/2011, p. 41):

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo. Del derecho positivo simplemente, y no de un ordenamiento jurídico determinado. Es teoría general del derecho, y no interpretación de normas jurídicas concretas, nacionales e internacionales.

Como teoría se propone única y exclusivamente conocer su objeto. Intenta responder a la pregunta de qué es y cómo se forma el derecho, no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe formarse. Es ciencia del derecho y no política jurídica.

De igual forma, en el “Prólogo” a su *Teoría general del derecho y del Estado*, la cual apareció en inglés en 1945, aclara (Kelsen, 1945/1949, pp. V y VI):

El objeto de estudio de una teoría general del derecho consiste en las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos y, por último, la unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos [...]

Cuando esta doctrina es denominada “teoría pura del derecho”, se quiere expresar con ello que se ha mantenido libre de todos los elementos extraños al método específico de una ciencia cuyo exclusivo propósito es el conocimiento del derecho, no la formación del mismo.

La ciencia tiene que describir su objeto tal como realmente es, y no prescribir como debiera o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos. Este último es un problema político y, como tal, concierne al arte de gobierno, que es una actividad dirigida hacia valores, no un objeto de la ciencia, ya que ésta estudia realidades.

Finalmente, en la segunda edición de su *Teoría pura del derecho*, la cual apareció en alemán en 1960, precisa (Kelsen, 1960/1979, p. 15):

Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisa-

mente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños.

Por su parte, Hart, en su “Postscript”, el cual aparecería póstumamente, en la segunda edición de *El concepto del derecho* (Hart, 1994/2000, pp. 11 y 12):

El objetivo de este libro [*i. e.*, *El concepto del derecho*] fue proporcionar una teoría de lo que es el derecho, teoría que es, a la vez, general y descriptiva. Es *general* en el sentido que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas (en este sentido, de aspecto “normativo”) [...] Mi explicación es *descriptiva* en que es moralmente neutra y no tiene ningún propósito justificativo: no busca justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en mi descripción general del derecho, aunque un claro entendimiento de éstos, pienso, es un preliminar importante para cualquier crítica moral útil del derecho.

De esta forma, cuando ambos entran en discusión con otros autores acogen las ideas o principios correctos para realizar juicios de valor objetivos, a pesar de ser realizados por sujetos y como tales subjetivos. Por ejemplo, de un lado, Kelsen aboga por la democracia *versus* la autocracia, así como en su celeberrima disputa con Carl Schmitt —sobre quién debe ser el defensor de la Constitución— por el control de constitucionalidad depositado en el poder judicial *versus* el ejecutivo e inclusive el legislativo.² Así, Kelsen no está equivocado en defender no sólo el control judicial de la constitucionalidad sino también la independencia judicial, porque los juzgadores no están ni deben estar sujetos a los vaivenes de la política, sobre todo si deben mantener a los actos —tanto del legislativo como del ejecutivo— bajo control y poder decretar

² Véanse Kelsen (1930-1931/2001) y Schmitt (1930/1931). Véase también Flores (1998b; 1998c).

su legalidad y hasta su constitucionalidad. Del otro, Hart defiende la autonomía moral y la libertad para tomar decisiones que no dañen a otros, en su no menos célebre polémica con Patrick Devlin, sobre la imposición de la moral a través del derecho, en general, y la criminalización de la sodomía, en particular.³

III. Democracia

La democracia es considerada como una forma de gobierno caracterizada por el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Una de las formas puras o no corruptas, junto a la monarquía (gobierno de uno, *i. e.*, monarca) y a la aristocracia (gobierno de unos cuantos, *i. e.*, los aristos o mejores), en contraposición a las impuras o corruptas, las cuales comprenden a la tiranía (gobierno de uno, *i. e.*, el tirano), a la oligarquía (gobierno de unos cuantos, *i. e.*, los ricos), y a la demagogia (gobierno de uno en nombre del pueblo, *i. e.*, el demagogo). Para efectos de este texto, nos interesa sobre todo la distinción entre autocracia como el gobierno de uno, *i. e.*, ya sea autócrata, monarca o demagogo, de acuerdo con el apotegma “yo, el pueblo”, y democracia como el gobierno de todos, *i. e.*, de todo el pueblo, de conformidad con el axioma “nosotros, el pueblo”.⁴

Así, la democracia es consonante *prima facie* con la definición de Abraham Lincoln y de la Quinta República francesa como “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. En opinión de Kelsen:

³ Véanse Hart (1963/2006) y Devlin (1965). Véase también Malem (1998).

⁴ El segundo aparece, por primera vez, con gran fuerza en la época moderna, en las tres primeras palabras del “Preamble” de la *Constitución de los Estados Unidos de América* escrita en 1787: “We The People”, *i. e.*, “Nosotros, el pueblo”, en cambio el primero ha sido popularizado, a partir del título “Me The People”, *i. e.*, “Yo, el pueblo” del libro de Urbinati (2019/2020).

La democracia es la idea de una forma de Estado o de Sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el *pueblo*. Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo (Kelsen, 1992, p. 30).⁵

De esta forma, está caracterizada por al menos tres aspectos:

- 1) La titularidad *del* pueblo en el poder político o soberano.
- 2) La participación *por* el pueblo en el gobierno, *i. e.*, la participación de los gobernados en el gobierno.
- 3) Los beneficios *para* el pueblo.

Por una parte, la titularidad del pueblo en el poder político o soberano corresponde al principio de soberanía popular. La pregunta obligada es: ¿si es limitado o ilimitada? Para él, si bien es posible alterar o modificar la forma democrática del gobierno, no es posible hacerlo al grado de dejar de ser una democracia. El problema conforme a la sabiduría popular “qué tanto es tantito”.

Por otra parte, la participación —tanto directa como indirecta— es consustancial a la idea de la democracia, como una forma de gobierno, caracterizada “por” la participación del pueblo en el gobierno. Esta caracterización, *i. e.*, “el gobierno del pueblo por el pueblo”, propicia la introducción de una diferenciación, a partir del tipo de participación del pueblo, entre dos tipos de democracia: 1) democracia “directa”, *i. e.*, por el pueblo mismo, y 2) “indirecta” o “representativa”, *i. e.*, por el pueblo mediante sus representantes. La primera identificada como la democracia “antigua” (o “de la antigüedad”), la segunda como la “moderna” (o “de la modernidad”).⁶

⁵ Véase Kelsen (1955/1988, p. 207): “La esencia del fenómeno político designado con este término [*i. e.*, democracia], era la participación de los gobernados en el gobierno, el principio de libertad en el sentido de autodeterminación política”; y Flores (1998a, p. 93): “[E]l pueblo puede decidir su destino al participar, de acuerdo con las reglas del juego, en las decisiones colectivas”.

⁶ Véase Bobbio (1986, pp. 32-50; 1989a, pp. 32-38; y 1989b, pp. 209-218).

En palabras del autor de la teoría pura del derecho: “La democracia del Estado moderno es una democracia mediata, parlamentaria, en la cual la voluntad colectiva que prevalece es la determinada por la mayoría de aquellos que han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos” (Kelsen, 1992, p. 47).

Cabe recordar que la expresión “democracia participativa”, a pesar de parecer un pleonasma, una redundancia y hasta una tautología, enfatiza la importancia de la participación en sí y evita que vayamos a olvidar algo esencial para la democracia.⁷ Así mismo, está caracterizada por la inclusión de instrumentos propios de la democracia “directa” o “semidirecta”, a saber: la consulta ciudadana o popular, incluidos el plebiscito y el referendo, la iniciativa ciudadana o popular, y la remoción de funcionarios o revocación de los mandatos,⁸ a la par de los mecanismos tradicionales de la democracia “representativa”, a la sazón: las candidaturas, las elecciones, los partidos políticos y la representación en sí.⁹ Para Kelsen y en una clara alusión a Jean-Jacques Rousseau:

Aun cuando no sea posible, por razones de técnica social, dejar que el pueblo forme directamente y en todos sus grados el orden estatal, es factible concederle en las funciones legislativas mayor participación de la que se le otorga en el sistema parlamentario, en el que queda reducida al acto electoral (Kelsen, 1992, p. 62).

A continuación, menciona: el “referéndum”, tanto “constitucional” como “legislativo”, la “consulta a la opinión popular” y la “iniciativa popular” (Kelsen, 1992, pp. 64 y 65). De igual forma, advierte (Kelsen, 1992, p. 66): “No cabe reestablecer el *mandato imperativo* en su forma antigua”.¹⁰

Por su parte, el problema es que el tercer aspecto es o puede ser compartido y como tal común a todas las formas de gobier-

⁷ Véase Flores (1998a, p. 102). Véase también Macpherson (1977/1982, pp. 113-138).

⁸ Véase Cronin (1989). Véase también Flores (1999, p. 201; 2002, p. 212; 2011, p. 167).

⁹ Véase Guinier (1994). Véase también Flores (1999, pp. 201-206; y 2002, pp. 213-219).

¹⁰ El énfasis es del original.

no, las cuales han sido —o al menos eso decimos— instituidas, en mayor o menor medida, para el beneficio de la colectividad, *i. e.*, público. Sin embargo, como lo advierte: “Dado que no sólo la democracia, sino también su opuesto, la autocracia, puede ser un gobierno para el pueblo, tal cualidad no puede constituir un elemento de la definición de democracia” (Kelsen, 1955/1988, p. 210):

Por consiguiente, debe considerarse la participación en el gobierno, es decir en la creación y en la aplicación de las normas generales e individuales del ordenamiento social que constituyen la comunidad, como la característica esencial de la democracia. El que esta participación sea directa o indirecta, es decir, el que la democracia sea directa o representativa, no afecta a que la democracia sea en todo caso una cuestión de *procedimiento*, de método específico de creación y aplicación del ordenamiento social que constituye la comunidad; éste es el criterio distintivo de ese sistema político al que se llama propiamente democracia. La democracia no es un contenido específico del ordenamiento social, salvo en la medida en que el procedimiento en cuestión es, él mismo, un contenido de este ordenamiento, es decir, un contenido regulado por ese ordenamiento. El método de creación del ordenamiento se encuentra siempre regulado por el propio ordenamiento, si se trata de un ordenamiento jurídico. Es característico del Derecho el regular su propia creación y aplicación.

El hecho de que sea un procedimiento, *i. e.*, un método específico para crear y aplicar el orden social que constituye a la comunidad y no un contenido específico, sugiere una caracterización adicional de democracia, a partir de la distinción entre limitada-restringida e ilimitada-no restringida, la cual da lugar a 1) democracia limitada o restringida (*restricted democracy*) y 2) democracia ilimitada o no restringida (*unrestricted democracy*). Para algunos quienes acenúan el principio de la soberanía popular o soberanía *del* pueblo “el poder *del* pueblo es ilimitado” (Kelsen, 1955/1988, p. 210). Por el contrario, para otros quienes enfatizan el principio de participación política *por* el pueblo, al seguir un procedimiento preestablecido, significa “limitación del poder democrático”. En suma, para Kelsen

“la democracia es esencialmente un gobierno *por* el pueblo” (Kelsen, 1955/1988, p. 211) y como tal una democracia limitada o restringida por la Constitución.¹¹

IV. Constitución

Una Constitución, a partir de la caracterización del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, consiste tanto en la determinación de tales derechos (parte dogmática) como en la división de poderes, incluida la independencia judicial, para hacerlos valer (parte orgánica). Por lo mismo, implica *per definitio* un gobierno limitado-restringido y, por ello, la necesidad de contar con mecanismos para ejercer un control de la constitucionalidad y garantizar no sólo la supremacía constitucional sino también los derechos tanto de las mayorías como de las minorías. Lo anterior implica proteger a las minorías de las decisiones de las mayorías.

Al respecto, en su *Teoría general del derecho y del Estado*, no sólo reconoció la existencia del “principio de autodeterminación” y del “principio de la mayoría” sino también recordó: “Si el principio de la autodeterminación ha de convertirse en base de la organización social, será necesario restringirlo en alguna forma” (Kelsen, 1945/1949, p. 339). Si la minoría no es eliminada del procedimiento por el cual el orden social es creado, la minoría conserva siempre la posibilidad de influir en la voluntad mayoritaria. De esta manera es posible evitar, en cierta medida, que el contenido del orden social determinado por la mayoría esté en oposición absoluta a los intereses de la minoría. Este elemento es característico de la democracia, como el “gobierno del pueblo”, *i. e.*, de todo el pueblo, pero más precisamente “por” el pueblo, en contraste

¹¹ En este punto, nos alejamos de la traducción al español de Ruiz Manero, la cual dice “la democracia es esencialmente un gobierno *del* pueblo” y adoptamos, a partir de la versión original en inglés, *i. e.*, “democracy is essentially a government *by* the people” una diferente: “la democracia es esencialmente un gobierno *por* el pueblo” (Kelsen, 1955, p. 4).

con “para” el pueblo, como ya vimos. Así, la democracia limitada o restringida al limitar el poder de la autoridad “por” el pueblo está contrapuesta a “todo poder absoluto, incluso de la mayoría” (Kelsen, 1992, p. 141). Es más, la democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, entre consenso y disenso, de la cual proviene el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de voluntad política. Por ende, la democracia es discusión. Cabe recordar que, para Kelsen, fue Rousseau quien formuló “la pregunta que la democracia trata de responder”: “¿Cómo es posible estar sujeto a un orden social y permanecer libre?” (Kelsen, 1945/1949, p. 338). Para Rousseau (1984, p. 20):

Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes.

Tal es el problema fundamental cuya solución da el *Contrato social*.

Y para Kelsen (1945/1949, pp. 338 y 339):

Un súbdito es políticamente libre en la medida en que su voluntad individual se encuentra en armonía con la “colectiva” (o “general”) expresada en el orden social. Esa armonía entre la voluntad “colectiva” y la individual solamente queda garantizada cuando el orden social es creado por los individuos sujetos al propio orden [...]

El ideal de autodeterminación requiere que el orden social sea creado por la decisión unánime de los súbditos, y que dicho orden conserve su fuerza obligatoria mientras disfrute de la aprobación de todos ellos. La voluntad colectiva (*volonté general*) tiene que coincidir constantemente con la voluntad de los súbditos (*volonté de tous*). El orden social solo puede ser modificado con la aprobación de todos; y cada súbdito queda sujeto a dicho orden solo en cuanto consienta en ello.

Toda vez que la “unanimidad” es virtualmente imposible, el llamado “principio mayoritario” ha sido adoptado como un mecanismo que hace posible que el Estado pueda gobernar al facilitar, por un lado, la elección de nuestros representantes y la configuración de una representación (nacional), y, por el otro, el proceso de toma de las decisiones y la conformación del gobierno. Sin embargo, el “principio mayoritario” no implica que cualquier decisión o elección esté justificada *per se*. Como ya hemos apuntado, al citar al mismísimo Kelsen, no basta cumplir con procedimientos adjetivos formales, sino que es necesario cumplir también con principios sustantivos materiales (Kelsen, 1945/1949, p. 341):

El principio mayoritario no se identifica en modo alguno con el dominio absoluto de la mayoría, o dictadura de la mayoría sobre la minoría. Por definición, la mayoría presupone la existencia de una minoría, y el derecho de aquélla implica el derecho de existencia de la minoría. El principio mayoritario solamente se observa en una democracia cuando se permite a todos los ciudadanos participar en la creación del orden jurídico, aun cuando el contenido de este resulte determinado por la voluntad del mayor número. Excluir a una minoría de la creación del orden jurídico sería contrario al principio democrático y al principio mayoritario, aun cuando la exclusión fuera decidida por una mayoría.

Si la minoría no es eliminada del procedimiento por el cual se crea el orden social, la minoría conserva siempre la posibilidad de influir en la voluntad mayoritaria. De esta manera es posible evitar, en cierta medida, que el contenido del orden social determinado por la mayoría se encuentre en oposición absoluta a los intereses de la minoría. Este elemento es característico de la democracia [...]

En una democracia, la voluntad de la comunidad es siempre creada a través de una discusión entre mayoría y minoría y de la libre consideración de los argumentos en pro y en contra de una regulación determinada. Tal discusión no solamente tiene lugar en el parlamento, sino también, y sobre todo en reuniones políticas, periódicos, libros y otros vehículos de la opinión pública. Una democracia sin opinión pública es una contradicción en términos.

En este sentido, en la medida en que la opinión pública sólo puede formarse allí donde están garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa y de religión, la democracia, es decir, el “principio democrático”, coincide con la libertad individual, y con el principio mayoritario, pero no con el gobierno o la regla de la mayoría. Lo que es más como insiste (Kelsen, 1945/1949, p. 342):

La discusión libre entre mayoría y minoría es esencial a la democracia, porque constituye la forma idónea para crear una atmósfera favorable a un compromiso entre mayoría y minoría; pues el compromiso forma parte de la naturaleza misma de la democracia. Por compromiso se entiende la solución de un conflicto por una norma que no coincide enteramente con los intereses de una de las partes, ni se opone enteramente a los de la otra. En la medida en que en una democracia el contenido del orden jurídico no se encuentra exclusivamente determinado por el interés de la mayoría, sino que representa el resultado de un compromiso entre los dos grupos, la sujeción voluntaria de todos los individuos al orden jurídico resulta más fácil que en cualquiera otra organización política. Precisamente en virtud de esta tendencia hacia el compromiso, es la democracia una aproximación ideal de la autodeterminación completa.

En otras palabras, el problema es que, incluso, si el “principio mayoritario” es compatible con el “principio democrático”, el gobierno de la mayoría no es idéntico al “gobierno democrático”. En una democracia, no es suficiente con estar preocupado por los intereses legítimos de las mayorías, sino que los de las minorías también deben ser respetados para que las decisiones legislativas representen el interés general y sean verdaderamente generales en el momento tanto de su creación como de su aplicación.

De tal suerte, Kelsen criticó la clasificación tricotómica tradicional de formas de gobierno, a saber: monarquía, aristocracia y democracia, al distinguir entre dos formas de Estado: 1) monarquía y 2) república, y entre dos arquetipos de constituciones: 1) la autocracia y 2) la democracia, según preponderen los principios auto-

cráticos o democráticos.¹² En otras palabras (Kelsen, 1945/1949, p. 337):

La democracia significa que la “voluntad” representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. La oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia. En esta forma de gobierno los súbditos se encuentran excluidos de la creación del ordenamiento jurídico, por lo que en ninguna forma se garantiza la armonía entre dicho ordenamiento y la voluntad de los particulares.

[...] De acuerdo con la terminología usual, un Estado es llamado democracia si en su organización prevalece el principio democrático, y autocracia si en su organización predomina el principio autocrático.

En este orden de ideas, es conveniente recordar que, para Kelsen, los “actos jurídicos”: “Son actos de creación del derecho, esto es, de normas jurídicas, o actos de ejecución de derecho creado; es decir, de normas jurídicas puestas” (Kelsen, 1930-1931/2001, p. 10). De igual forma, a partir de la estructura jerárquica del orden jurídico, *i. e.*, de la *stufenbau*, es posible advertir como: “Cada una de ellas se presenta a la vez como un acto de creación y de aplicación del derecho” (Kelsen, 1930-1931/2001, p. 12).

Por ello, los actos jurídicos implican creación o producción hacia las gradas inferiores (de arriba hacia abajo) y ejecución-aplicación o reproducción hacia las gradas superiores (de abajo hacia arriba): “Cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior” (Kelsen, 1930-1931/2001, p. 14). Así,

la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del derecho frente a la ley, y creación del derecho frente a la sentencia y frente al acto administrativo que la aplican. (Kelsen, 1930-1931/2001, p. 13)

¹² Kelsen (1945/1949, pp. 335-360).

Del mismo modo, es posible distinguir entre actos de creación de normas generales y abstractas, *i. e.*, legislación, lo cual incluye leyes, reglamentos, acuerdos, circulares, memorándums, etcétera, y actos de creación-aplicación de normas particulares y concretas, *i. e.*, adjudicación. De este modo, al interior de estos, es posible distinguir entre actos de administración (por ejemplo, una concesión) y actos de jurisdicción (por ejemplo, una sentencia). En palabras de Kelsen (1930-1931/2001, p. 13): “De manera que si la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales”. Por supuesto:

No sólo los actos administrativos individuales son susceptibles y necesitan de un control judicial, sino también las normas generales de los reglamentos, y especialmente las leyes, sin otra diferencia, sino que el control de los primeros se refiere a su legalidad, y el de las segundas, a su constitucionalidad. (Kelsen, 1992, p. 106)

En relación con los problemas del razonamiento jurídico, en general, y de la interpretación jurídica, en particular, tanto Hart como Kelsen adoptan una versión moderada de la tesis de la indeterminación, la cual es tanto *epistémica* como *sistémica*.¹³ Me permito adelantar que para Kelsen, tal indeterminación deriva principalmente de la “estructura jerárquica del orden jurídico” (1934/2011, p. 101), mientras que para Hart, tal indeterminación deriva principalmente de la “textura abierta del lenguaje” (1961/1963, p. 159).

En el caso de Kelsen, la “interpretación[...] constituye un procedimiento intelectual vinculado al proceso creativo del derecho en el tránsito progresivo desde un nivel superior a otro inferior previsto por el primero” (1934/2011, p. 101)¹⁴ y, como tal, la “indetermina-

¹³ Véanse Kelsen (1934/2011, pp. 101-112), Kelsen (1960/1979, pp. 349-352) y Hart (1961/1963, pp. 155-191). Véase también Kennedy (2005/2008, pp. 363-385), y Flores (2011/2016, pp. 137-147).

¹⁴ Es conveniente destacar que, en ambas ediciones, la traducción al inglés dice “intellectual activity” a la letra “actividad intelectual” (Kelsen, 1934/1997, p. 77; Kelsen, 1960/1967,

ción” deriva de la “estructura jerárquica del sistema jurídico” y es etiquetada como (más o menos) “relativa” a las gradas superiores e inferiores del orden jurídico. En este sentido, la norma de nivel superior determina en parte el proceso de creación de la norma de nivel inferior, y posiblemente su contenido —o por lo menos hasta cierto punto. Como adelanta (Kelsen, 1934/2011, p. 102):

Dicha determinación no es nunca completa. Es imposible que la norma superior concrete absolutamente todos los aspectos del acto que la aplica. Siempre quedará un cierto espacio, a veces menos amplio, para la discrecionalidad, de manera que la norma superior será solo —en relación con el acto de creación normativa o de ejecución que la aplica— un *marco* que es necesario completar por medio de dicho acto. Incluso una orden que regule aspectos muy concretos tendrá que dejar en manos de quien haya de ejecutarla la determinación de ciertos detalles. Si el órgano A emite el mandato de que el órgano B arreste al individuo C, el órgano B tendrá que decidir a su criterio cuándo, dónde y cómo quiere dar cumplimiento a esa orden de arresto; decisiones estas que dependen de circunstancias externas que no ha previsto el órgano que dio la orden de arresto y que en gran medida no ha podido prever.

Adicionalmente, distingue en su *Teoría pura del derecho*, entre dos clases de “indeterminación”. En la primera edición la traducción: “intencionada” y “no intencionada”; y en la segunda edición la traducción: “intencional” y “no intencional”.¹⁵ De acuerdo con él, la primera puede ser parte de la intención de la autoridad emisora de la norma de nivel superior, la cual decide dejar abierta para

p. 348), en tanto que la traducción de la segunda edición al español dice “procedimiento espiritual” (Kelsen, 1960/1979, p. 349). Lo anterior es literalmente lo que dice en ambas ediciones en alemán “geistiges Verfahren” (Kelsen, 1934/2008, p. 100, y 1960/2017, p. 596).

¹⁵ Véase Kelsen (1934/2011, pp. 102 y 103) y *cfr.* Kelsen (1960/1979, pp. 350 y 351). No obstante, en alemán dice “Beabsichtigte”, lo cual a la letra corresponde más bien a “intencionada”. Vale la pena enfatizar que en la traducción al inglés de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* la palabra “indeterminacy”, *i. e.* “indeterminación”, ha sido cambiada por “indefiniteness”, *i. e.* “indefinitividad”, véase Kelsen (1960/1967, pp. 349 y 350) y *cfr.* Kelsen (1934/1997, pp. 77-81). En ambas ediciones en alemán dice “Unbestimmtheit” (Kelsen, 1934/2008, p. 101 y 1960/2017, p. 597), literalmente “indeterminación”.

posterior determinación (por autoridades responsables de determinar las normas de nivel inferior) no sólo la respuesta a la pregunta “cuál” es el acto prescrito, sino también “por qué” es así; y, la última puede trascender la intención de la autoridad emisora de la norma de nivel superior, debido a: 1) la *ambigüedad* (o vaguedad) de una palabra o de una frase usada al enunciar la norma; 2) la *discrepancia*, la cual puede ser total o parcial, entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad de la autoridad emisora de la misma, y 3) la *contradictoria* existencia de por lo menos dos normas que pretenden ser válidas simultáneamente y aplicables a la misma situación fáctica.¹⁶ En voz del propio Kelsen (1934/2011, p. 104):¹⁷

En todos estos casos de indeterminación —intencional o no intencional— del nivel normativo inferior, se ofrecen a la ejecución varias posibilidades. El acto jurídico de aplicación puede configurarse de tal modo que resulte adecuado a uno u otro de los significados lingüísticos de la norma, a la voluntad —determinable en algún modo— de la autoridad que la emitió, al tenor literal de las palabras emitidas por esta, a una u otra de normas mutuamente contradictorias, o a ninguna de estas dos normas por entenderse que se derogan recíprocamente. En todos estos supuestos la norma que hay que aplicar constituye un *marco* dentro del cual se ofrecen varias posibilidades de ejecución que son conformes con la norma siempre que se mantengan dentro de dicho *marco*, esto es, si lo completan en alguno de los sentidos posibles.

Kelsen no solamente alega que la norma a ser interpretada representa un *marco* que abarca la cognición de varias posibilidades de aplicación, sino que además critica a la “jurisprudencia tradicional” por su inclinación formalista a creer que es posible (1934/2011, p. 104):¹⁸

¹⁶ Véase Kelsen (1934/2011, p. 103).

¹⁷ El énfasis es nuestro.

¹⁸ El énfasis es del original.

[O]btener no solo la fijación del marco para el acto prescrito sino que también espera de ella que cumpla otra tarea, a la que propende a considerar como la principal. Esta tarea consiste en que la interpretación desarrolle un método que permita completar de un modo correcto el mencionado marco. La doctrina dominante de la interpretación pretende hacer creer que la ley, cuando se aplica al caso, puede proporcionar siempre *una* única decisión correcta y que la “corrección” jurídico-positiva de la decisión se fundamenta en la propia ley.

En otras palabras (Kelsen, 1934/2011, p. 105):¹⁹

Hay que subrayar, sin embargo, que desde una perspectiva centrada en el derecho positivo no existe un criterio sobre cuya base una de las posibilidades aplicativas en el marco de la norma aplicable sea preferible a las demás. No existe un método —calificable de jurídico-positivo— que permita señalar como “correcta” a una de entre las diversas significaciones lingüísticas posibles que tenga una norma [...] A pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional, hasta el día de hoy no se ha conseguido una solución objetiva que resuelva el conflicto entre la voluntad y la expresión lingüística (la declaración) eligiendo entre una u otra. Todos los métodos interpretativos hasta ahora desenvueltos sólo conducen a un resultado posible.

En resumen, Kelsen acierta en que, como una cuestión de hecho empírico, dentro de un *marco* no hay una sino muchas aplicaciones posibles de una norma y que la autoridad responsable de determinar la norma de nivel inferior no está invariablemente (o mecánicamente) en posición de obtener una única respuesta, es decir, indeterminación *sistémica*, ni mucho menos que su decisión sea necesariamente la correcta, esto es una indeterminación *epistémica*. Sin embargo, él aparentemente está equivocado al asumir —desde una perspectiva que reduce el derecho al derecho positivo— que nunca hay una única respuesta que derive ya no de la ley misma, sino del derecho y del sistema jurídico como una inde-

¹⁹ El énfasis es nuestro.

terminación *sistémica*. En mi opinión, Kelsen fracasa al no distinguir entre la aplicación de una de las varias posibilidades cognitivas por la vía de una “actividad intelectual” o “procedimiento espiritual” y la justificación de tal aplicación como la correcta al ser requerida por el derecho como un todo. En ese sentido, al apuntar a la discreción de la autoridad para determinar la norma de nivel inferior, *i. e.*, para elegir contingentemente de entre las varias aplicaciones posibles una, pero no necesariamente la correcta. Por ello, queda no sólo corto respecto a los objetivos de una verdadera teoría (normativa) pura del derecho, la cual separa el derecho tanto de los hechos como de los valores, sino también renuncia totalmente a la pretensión de “certeza” o “seguridad” jurídica al etiquetarla como una “ilusión”. En este punto, me permito explicitar su doble réplica de que tal decisión: 1) es o constituye un acto no cognitivo sino volitivo de creación normativa (o discreción en un sentido fuerte), y 2) que como tal transforma la norma moral, de justicia, o cualquier otro principio, en una norma de derecho positivo (Kelsen, 1934/2011, p. 107):

Desde la perspectiva del derecho positivo es imposible afirmar nada sobre su validez o sobre cómo concretar su contenido. Desde este punto de vista, semejantes disposiciones solo pueden ser caracterizadas de esa manera negativa: se trata de disposiciones que no proceden del derecho positivo. En su relación con este, la realización del acto jurídico es libre, queda a la libre discreción de la instancia llamada a realizarlo, a menos que sea el propio derecho positivo el que delegue en alguna norma metajurídica como la moral, la justicia, etc., en cuyo caso estas últimas se transforman en normas jurídico-positivas.

Al respecto, me permito, por una parte, insistir en que es necesario a *la* Ronald Dworkin distinguir entre incertidumbre e indeterminación:

La indeterminación difiere de la incertidumbre: “No tengo la certeza de que la afirmación en cuestión sea verdadera o falsa” es lisa y llanamente con-

gruente con “es una cosa u otra”, pero “la proposición en cuestión no es ni verdadera ni falsa” no lo es”. (Dworkin, 2011/2014, p. 120)²⁰

Y, por la otra, he de reiterar que ante la decisión volitiva o “discreción fuerte”, la cual caracterizo como “inventiva (y legislativa)”, cabe la posibilidad de una decisión cognitiva o “discreción débil”, la cual concibo como “interpretativa”.²¹ Lo anterior me resulta una reconstrucción viable dado el marco interpretativo, el ordenamiento jurídico escalonado, y el proceso de creación-aplicación del derecho, en el cual hay espacio para una actividad o procedimiento espiritual, más allá de actos de voluntad creadora, al ser al mismo tiempo de carácter aplicador y como tales de naturaleza interpretativa.

V. Conclusión

Kelsen, al afirmar que todo Estado es necesariamente un “Estado de Derecho”, porque “tiene” un ordenamiento jurídico y que como tal no puede ser sino más que de derecho, es fiel a su compromiso de no realizar un juicio de valor en aras de construir un modelo puro de ciencia del derecho. No obstante, al reconocer que un Estado cualquiera está —o puede estar— dotado de ciertas instituciones y determinados contenidos relativos a las libertades públicas, a las garantías de sometimiento de los órganos estatales al derecho y a los métodos democráticos de creación jurídica (Kelsen, 1934/2011, p. 126), parece abrir la puerta a los temas de política jurídica.

Es coherente cuando asegura: “Pero es una manifiesta corrupción de la terminología aplicar el vocablo “democracia”, que tanto ideológica como prácticamente significa un determinado método para la creación del orden social, al contenido de este mismo or-

²⁰ Véase Flores (2015, p. 183).

²¹ Véase Flores (2011/2016, pp. 54-56).

den, que es cosa completamente independiente” (Kelsen, 1992, p. 127). Ahora bien, al contraponer la democracia a la autocracia y la democracia limitada o restringida a la ilimitada o no restringida, parecería caer en una contradicción o al menos deja entrever una tensión en su pensamiento.

Como ya adelantamos, tiene las ideas correctas, pero no cree que las suyas sean necesariamente las correctas mucho menos las únicas. Kelsen —como ya vimos— es un gran defensor del control judicial y de la jurisdicción constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución y tanto de la democracia, en general, como de la democracia limitada o restringida, en particular. Para Kelsen, “La jurisdicción constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones por parte de las mayorías” (Kelsen, 1930-1931/2001, p. 99). Es más “la esencia de la democracia, no [está] en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría” (Kelsen, 1930-1931/2001, p. 100). Por ello, para él, el hecho de que

la revisión de la Constitución depende de una mayoría calificada, significa que ciertas cuestiones fundamentales no pueden ser resueltas más que de acuerdo con la minoría: la mayoría simple no tiene —al menos en ciertas materias— el derecho de imponer su voluntad a la minoría. (Kelsen, 1930-1931/2001, p. 99)

Al respecto, al desarrollar el “principio de la mayoría”,²² asegura “[Este] no constituye una dictadura de la mayoría sobre la minoría, sino un resultado de las influencias recíprocas entre ambos grupos, como consecuencia del choque de sus intenciones políticas” (Kelsen, 1992, p. 85).

Como es posible apreciar Kelsen es consistente al evitar tener que formular juicios de valor sobre contenidos concretos y específicos, resulta que en aquellos pasajes donde hace referencia

²² Kelsen (1992, pp. 81-98).

a principios abstractos y genéricos, lo hace sin dejar de ser fiel a sus pretensiones de pureza. Por lo anterior, podemos concluir que no hay una contradicción sino a lo mucho una tensión. Como muestra, basta un botón (Kelsen, 1992, pp. 106 y 107):

Una vez reconocido que la idea de la legalidad, no obstante conducir a restricciones de la democracia, debe ser mantenida para la realización de ésta, se hace necesario instar para ella todas las instituciones de control que puedan asegurar la legalidad de la función ejecutiva y que sólo pueden ser consideradas como incompatible con la democracia por una demagogia miope[...] Una democracia sin control será siempre insostenible, pues el desprecio de la autorrestricción que impone el principio de la legalidad equivale al suicidio de la democracia.

VI. Referencias

- Bobbio, N. (1986). Democracia representativa y democracia directa. En *El futuro de la democracia* (J. F. Fernández Santillán, Trad.; pp. 32-50). Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1989a). La democracia de los antiguos y de los modernos. En *Liberalismo y democracia* (J. F. Fernández Santillán, Trad.; pp. 32-38). Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1989b). *Estado, gobierno y sociedad* (J. F. Fernández Santillán, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Cronin, T. E. (1989). *Direct democracy. The politics of initiative, referendum and recall*. Harvard University Press.
- Devlin, P. (1965). *The enforcement of morals*. Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos* (H. Pons y G. Maurino, Trads.). Fondo de Cultura Económica (Publicado originalmente en 2011. *Justice for hedgehogs*. Harvard University Press).
- Flores, I. B. (1998a). Crisis, fortalecimiento y valores de la democracia. En J. A. Aguilar Rivera et al., *Los valores de la democracia* (pp. 89-115). Instituto Federal Electoral.

- Flores, I. B. (1998b). Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 31(92), 331-362. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.1998.92.3541>
- Flores, I. B. (1998c). Reflexión sobre la defensa y la ingeniería constitucional en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 31(93), 611-637. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.1998.93.3557>
- Flores, I. B. (1999). Democracia y participación: consideraciones sobre la representación política. En J. J. Orozco Henríquez (Comp.), *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del Tercer Congreso Internacional de Derecho Electoral* (tomo I; pp. 195-238). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Flores, I. B. (2002). Gobernabilidad y representatividad: hacia un sistema democrático electoral mayoritario y proporcional. En H. A. Concha Cantú (Coord.), *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 209-236). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Flores, I. B. (2011). El problema del "voto nulo" y del "voto en blanco": a propósito del derecho a votar (*vis-à-vis* libertad de expresión) y del movimiento anulacionista. En J. M. Ackerman (Ed.), *Elecciones 2012: en busca de equidad y legalidad* (pp. 151-168). Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto Belisario Domínguez.
- Flores, I. B. (2014). Una visita a Hans Kelsen en México. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (8), 53-94. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2014.8.8161>
- Flores, I. B. (2015). The legacy of Ronald Dworkin (1931-2013): a legal theory and methodology for hedgehogs, Hercules, and one right answers. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (9), 157-192. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2015.9.8181>
- Flores, I. B. (2016). La tesis de la indeterminación moderada de H. L. A. Hart reconsiderada: ¿Entre Escila y Caribdis? *Revista de la*

Facultad de Derecho de México, 66(265), 133-163. (Publicado originalmente en 2011. H. L. A. Hart's moderate indeterminacy thesis reconsidered: in between Scylla and Charybdis? *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (5), 147-173. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2011.5.8112>

Guinier, L. (1994). *The tyranny of the majority: fundamental fairness in representative democracy*. Free Press.

Hart, H. L. A. (2000). *Post scriptum al concepto del derecho* (R. Tamayo y Salmorán, Trad.) Universidad Nacional Autónoma de México (Publicado originalmente en 1994. Postscript. En *The concept of law* (2a. ed.). Oxford University Press).

Hart, H. L. A. (2006). *Derecho, libertad y moralidad* (M. A. Ramiro Avilés, Trad.). Dykinson (Publicado originalmente en 1963. *Law, liberty and morality*. Stanford University Press).

Kelsen, H. (1949). *Teoría general del derecho y del Estado* (E. García Máynez, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México (Publicado originalmente en 1945. *General theory of law & State*. Harvard University Press).

Kelsen, H. (1955). Foundations of democracy. *Ethics. An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, (66), 1-101.

Kelsen, H. (1967). *Pure theory of law* (2a. ed.; M. Knight, Trad.). University of California Press (Publicado originalmente en 1960. *Reine Rechtlehre* (2a. ed.)).

Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho* (2a. ed.; R. Vernengo, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México (Publicado originalmente en 1960. *Reine Rechtlehre* (2a. ed.)).

Kelsen, H. (1988). Los fundamentos de la democracia (J. R. Manero, Trad.). En *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Debate (Publicado originalmente en 1955. Foundations of democracy. *Ethics. An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, 66(1)).

Kelsen, H. (1991). *¿Qué es la justicia?* (E. Garzón Valdés, Trad.). Fontamara (Publicado originalmente en 1953. *Was ist Gerechtigkeit?* F. Deuticke).

- Kelsen, H. (1992). *Esencia y valor de la democracia*. (R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Trads.). Colofón.
- Kelsen, H. (1997). *Introduction to the problems of legal theory*. (Bonnie Litschewski Paulson y Stanley Paulson, Trads.) Oxford University Press (Publicado originalmente en 1934. *Reine Rechtslehre*).
- Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. (R. Tamayo y Salmorán, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México (Publicado originalmente en 1930-1931. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Die Justiz*, (11-12), 576-628).
- Kelsen, H. (2008). *Reine Rechtslehre*. Tubinga, M. Jestaedt, Mohr Siebeck (Publicado originalmente en 1934).
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* (G. Robles y F. F. Sánchez, Trad.) Trotta (Publicado originalmente en 1934. *Reine Rechtslehre*. Otras versiones en 1941. (J. G. Tejerina, Trad.). Losada; a partir de la edición francesa de 1960. (M. Nilve, Trad.). Editorial Universitaria de Buenos Aires).
- Kelsen, H. (2017). *Reine Rechtslehre* (2a. Ed.) Tubinga, M. Jestaedt, Mohr Siebeck (Publicado originalmente en 1960).
- Kennedy, D. (2008). Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen (I. B. Flores y R. Vidal Sánchez, Trad.). *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (2), 363-385. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2008.2.8058> (Publicado originalmente en 2005. A left phenomenological critique of the Hart/Kelsen theory of legal interpretation. En E. Cáceres et al., *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho* (pp. 371-383). Universidad Nacional Autónoma de México; versión revisada en Kennedy, D. (2008). *Legal Reasoning: Collected Essays* (pp. 153-173). The Davies Group).
- Macpherson, C. B. (1982). *La democracia liberal y su época* (F. Santos Fontela, Trad.). Alianza (Publicado originalmente en 1977. *The life and times of liberal democracy*. Oxford University Press).

- Malem, J. (1998). La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart. En R. Vázquez (Comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo* (pp. 59-79). Gedisa.
- Rousseau, J. J. (1984). *El contrato social*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Schmitt, C. (1931). *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies de salvaguardia de la Constitución* (M. Sánchez Sarto, Trad.). Labor (Publicado originalmente en 1930. *Der Hütter der Verfassung*).
- Urbinati, N. (2020). *Yo, el pueblo: cómo el populismo transforma la democracia* (A. Trejo y A. Ortiz Hernández, Trads.). Grano de Sal (Publicado originalmente en 2019. *Me the people. How populism transforms democracy*. Harvard University Press).

Cómo citar

IJ-UNAM

Flores, Imer B., "Democracia limitada, interpretación y supremacía constitucional en Hans Kelsen", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19594. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19594>

APA

Flores, I. B. (2025). Democracia limitada, interpretación y supremacía constitucional en Hans Kelsen. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19594. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19594>

La época de la democracia, la época del populismo¹

The age of democracy, the age of populism

Fernando Atria

 <https://orcid.org/0000-0003-0200-9036>

Universidad de Chile. Chile
Correo electrónico: fatria@derecho.uchile.cl

Recepción: 11 de octubre de 2024

Aceptación: 2 de diciembre de 2024

Publicación: 19 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19576>

Resumen: Este artículo discute la relación entre la teoría democrática y las instituciones que pretenden realizarla. Dada la relación entre ambas, en toda explicación de las instituciones democráticas es posible leer, a pesar de sus autores incluso, una teoría de la democracia y viceversa. Este punto es ilustrado por una comprensión “realista” de la democracia, usando como ejemplo la defendida por Hans Kelsen en su *Esencia y valor de la democracia*. La crítica “populista” a la democracia realmente existente tiene una inesperada continuidad con una teoría realista como esa. La pregunta entonces discutida es si esa continuidad muestra algo acerca de la imposibilidad de la democracia en nuestra época, que sería por eso la época del populismo.

Palabras clave: democracia; populismo; representación política; voluntad general; instituciones.

Abstract: This article discusses the relationship between democratic theory and the institutions that aim to realize it. Given the connection between the two, any explanation of democratic institutions inherently reflects, even unintentionally, a theory of democracy, and vice versa. This point is illustrated through a “realist” understanding of democracy, using Hans Kelsen’s *Essence and value of democracy* as an example. The “populist” critique of actually existing democracy unexpectedly aligns with a realist theory like Kelsen’s. The question then arises as to whether

¹ Este artículo es parte del proyecto FONDECYT núm. 1240496. Agradezco a los participantes del seminario de discusión de la revista *Problema*, organizado por el profesor Imer B. Flores, por una instructiva conversación sobre una versión anterior de este texto.

this alignment reveals something about the impossibility of democracy in our time, which would therefore be characterized as the era of populism.

Keywords: democracy; populism; political representation; general will; institutions.

Sumario: I. *Las instituciones políticas y el principio democrático.* II. *Una comprensión "realista" de la democracia.* III. *El principio democrático y su vigencia sociológica.* IV. *El populismo.* V. *¿La época del populismo?* VI. *Referencias.*

You are not gonna like what comes after America.

Leonard COHEN

I. Las instituciones políticas y el principio democrático

Las instituciones políticas buscan hacer probable la legitimación del poder detentado por el dominio político. Para eso, fue Montesquieu quien observó que las instituciones políticas descansan en un principio.² La monarquía, por ejemplo, descansa en el principio de honor del monarca: el monarca no es como yo, es alguien distinto. Si, como decía Montesquieu, "el honor exige, por su naturaleza, preferencias y distinciones" (1748/1906, lib. 3, cap. 7), la estructura del régimen monárquico pretendía construir, sobre la exigencia socialmente reconocida de marcar preferencias y distinciones, un orden políticamente legitimado.

El principio de honor del monarca no necesita ser entendido —aunque puede ser analizado y discutido— como una afirmación filosófica o moral. Con (cierta) independencia de moralidades y filosofías, la monarquía como forma política descansa en la realidad social del principio del honor del monarca. Sobre esa realidad social las instituciones de la monarquía conforman un orden que pro-

² Montesquieu (1748/1906) distinguía entre la naturaleza de un gobierno y su principio: "su naturaleza es lo que lo hace ser lo que es, y su principio es lo que lo hace actuar. Uno es su estructura y el otro es las pasiones humanas que pone en movimiento" (lib. 3, cap. 1).

duce legitimación. La monarquía como forma política supone, así, que el principio de honor del monarca tiene lo que podríamos llamar “vigencia social”: que es socialmente considerado una verdad evidente.³

El hecho de que una idea pierda vigencia sociológica no implica la desaparición inmediata de las formas institucionales que descansan en ella. Como las instituciones no son pura normatividad sino prácticas sociales, a favor de cualquiera de ellas siempre puede decirse algo que, aunque normativamente inerte, es políticamente relevante: es. Que una institución exista y que pueda producir alguna forma de orden es en sí mismo una razón que explica su continuada existencia. Pero desprovista de la idea en la que se funda, la institución deviene inestable, porque es vista como crecientemente irracional; ininteligible en el mejor de los casos, un engaño en el caso habitual. Y su capacidad de producir legitimación decae.

A mi juicio, quien mejor observó esto fue Carl Schmitt, que escribió en Alemania en 1926:

Se puede considerar como terminado el tiempo de la monarquía cuando se pierde el sentido del principio de la monarquía, el honor, cuando aparecen reyes constitucionales que intentan probar, en lugar de su consagración y su honor, su utilidad y su disponibilidad para prestar un servicio. El aparato exterior de la institución monárquica podrá seguir existiendo durante mucho tiempo, pero, no obstante, el tiempo de la monarquía habrá tocado a su fin. Entonces aparecerán como anticuadas las convicciones que son propias de ésta y de ninguna otra institución; no faltarán justificaciones prácticas, pero sólo será cuestión de que entren en acción personas u organizaciones que demuestren ser tanto o más útiles que los reyes, para que la monarquía, por este simple hecho, quede eliminada. (Schmitt, 1923/1990, pp. 11-12)

³ Desde el punto de vista institucional, lo que es relevante es la vigencia social de la idea en que la institución descansa. Por eso la “cierta independencia” de filosofías y moralidades. Pero claro, la crítica “académica” (moral, filosófica) de esas ideas puede afectar su vigencia social, y de este modo mediato las moralidades y filosofías son relevantes.

El “tiempo de la monarquía” no es el tiempo en que la monarquía existe, sino el tiempo en que el principio en que la monarquía descansa está socialmente vigente; cuando el tiempo de la monarquía se acaba, porque su principio ha perdido vigencia social, la forma institucional seguirá existiendo, pero dejará de (perderá progresivamente su aptitud para) producir legitimación. Y por eso la monarquía, que había sido por siglos la forma de organización política normal en Occidente, simplemente caducó en algunas décadas en el siglo XIX.⁴ Y si alguien quiere informarse acerca de las monarquías europeas hoy, puede hacerlo; pero para eso necesitará leer una revista como *Hola*, no le servirá una como *The Economist*.

El principio monárquico fue reemplazado por el principio democrático, que hoy no tiene competencia. Esto quiere decir: (con la notoria excepción de China) todo régimen hoy tiene que reclamar responder al principio democrático. Por consiguiente, es útil hacer un ejercicio similar al que hemos hecho con la monarquía respecto de la democracia y sus instituciones: ¿cuál es su principio?

Así como la monarquía descansa en el principio de honor del monarca, la democracia descansa en la idea de que “el poder del Estado ha de articularse de tal forma que tanto su organización como su ejercicio deriven siempre de la voluntad del pueblo o puedan ser atribuidos a él” (Böckenförde, 2000, p. 47). Esto es, en la explicación de Ernst Wolfgang Böckenförde,

el principio de soberanía popular, que consiste en que el poder que ejerce el dominio político[...] no es algo que esté simplemente dado o que haya de suponerse, sino que es algo que necesita ser deducido mediante una justificación (legitimación), y[...] esta legitimación sólo puede partir del pueblo mismo y no de cualquier instancia ajena a este (Böckenförde, 2000, p. 48).

⁴ Por cierto, al decir que la monarquía caducó como consecuencia de la caducidad del principio monárquico hago referencia a la causa relativa de esa caducidad; si de causas se trata, la pregunta se transforma en las causas de la caducidad del principio monárquico. Pero aquí no necesitamos ir más lejos que esa afirmación relativa.

El poder del dominio político, en otras palabras, no es natural sino artificial, y la única fuente legitimada de ese poder es el pueblo mismo. Eso asume que hay algo suficientemente real que puede ser denominado “voluntad del pueblo”, y que a ella es reconducible la organización y el despliegue del poder del Estado.

El pueblo que conforme al principio democrático es la única fuente de normatividad tiene dos dimensiones: por un lado, su voluntad se caracteriza por querer el interés general, no un interés particular; por otro lado, el agente que quiere es el pueblo, que no tiene existencia natural, pero existe porque puede actuar. Para actuar necesita ser representado. Para decirlo con el lenguaje de Böckenförde, la legitimación democrática, es decir la reconducción al pueblo de las decisiones de ejercicio del poder del dominio político, tiene una dimensión material, de contenido, y otra orgánico-personal (2000, pp. 58-63).

Materialmente, la voluntad del pueblo es la *volonté générale*. La idea de voluntad general supone la diferencia entre la voluntad del pueblo y la voluntad de un conjunto de personas, por numeroso que sea. Por eso, la voluntad del pueblo no es la agregación de las voluntades particulares de los ciudadanos, es una voluntad distinta por su contenido: su contenido es el interés general. Es decir, la noción de voluntad general supone que hay tal cosa como interés general.

Orgánico-personalmente, la voluntad del pueblo se expresa a través de la voluntad de ciertas personas, que entonces lo representan. Sin representación, el pueblo no puede actuar. La representación es específicamente política, y es críticamente distinta de lo que podríamos llamar “representación de derecho privado”.⁵ Esta supone que el representado es anterior a la representación y por algún déficit concreto no puede actuar por sí mismo; mientras en aquella la representación es constitutiva del sujeto representado, por lo que la necesidad de representación no puede ser vista

⁵ Sobre el concepto de representación, véase Laporta (1989). También el clásico texto de Pitkin (1972, pp. 221-241). Para una discusión de la representación en relación con el caso chileno, véase Atria et al. (2017, pp. 99-120).

como un déficit (por eso “democracia representativa” es una redundancia). La representación política es representación en términos del interés general, en visiones generales usualmente articuladas por partidos políticos que compiten en la esfera pública. Los partidos políticos articulan diversas visiones sobre el interés general, y su poder relativo depende de una decisión popular. En virtud de la representación política la voluntad general puede ser concretamente atribuida al pueblo, diferenciándola de una pura cuestión filosófica sobre qué es lo que va en el interés general.

El vínculo entre la representación política y la voluntad general está dado por la idea de discusión pública. Para observarlo, podemos mirar a una caracterización aparentemente alternativa del principio democrático (el “principio de soberanía popular”), en términos de teoría del discurso, conforme a la cual dicho principio significa que “todo poder político deriva del poder comunicativo de los ciudadanos” (Habermas, 1992/1998, p. 238).

La idea contenida en esta caracterización del principio democrático, o al menos el modo en que yo deseo apropiármela aquí, parte de la base de que en la sociedad hay poderes que no reclaman legitimación política. Ejemplos de estos poderes son el poder del capital, el poder militar, el del crimen organizado, etcétera.⁶ Al decir que no reclaman legitimación política no estoy diciendo que ellos son necesariamente ilícitos (pueden serlo, con en el caso del tercer ejemplo), sino que ellos no son poderes que estén públicamente justificados para tomar decisiones políticas, es decir, decisiones que reclaman ser tomadas a nombre de todos. Esto no quiere decir que de hecho no lo hagan. En la medida en que toman (o influyen decisivamente en) decisiones en este sentido políticas, lo hacen solamente porque de hecho tienen fuerza suficiente para hacerlo, y son poderes en este sentido fácticos (tienen lo que

⁶ Estos son poderes que Habermas llama “sociales” (Habermas, 1998, p. 102). Él discute especialmente el funcionamiento de sistemas funcionalmente diferenciados conforme a sus códigos propios, el económico (que funciona con el código del dinero) y el administrativo (que funciona con el código del poder en sentido weberiano). Se trata de sistemas que logran coordinación “tras las espaldas” de los ciudadanos, en el sentido de que no lo hacen mediante la generación de poder comunicativo.

Hannah Arendt llamaba no poder, sino fuerza) (Arendt, 1969, pp. 37-38).

En la caracterización habermasiana del principio de soberanía popular ya citada, “poder político” es: poder que en los hechos permite tomar decisiones políticas, es decir, decisiones que vinculan a todos. La medida de la realización del principio de soberanía popular es la medida en que los poderes fácticos carecen, de hecho, de poder político, es decir, están incapacitados para tomar decisiones. Recíprocamente, la medida en que ellos tienen poder político es la medida en que el principio de soberanía popular no está realizado.⁷

El poder comunicativo de los ciudadanos, por su parte, es un poder que se genera en la comunicación pública. La comunicación pública tiene dos dimensiones: una informal, lo que suele llamarse la “esfera pública” en la que se forma la “opinión pública”; y una formalizada, en las instituciones de representación democrática. La discusión en espacios formalizados lleva a decisiones que determinan la actuación del poder administrativo, pero está sujeta a constreñimientos de oportunidad y urgencia de los que los espacios informales están “descargados” (Habermas, 1992/1998, p. 239). Ambas dimensiones son unidas por los partidos políticos, que cumplen la función de vehicular la opinión formada en la esfera pública a las instancias formalizadas de discusión y decisión. Como está dicho, estos partidos se caracterizan por asumir posicionamientos globales (socialista, liberal, conservador, socialcristiano, etcétera) frente a los asuntos públicos; cada uno de ellos reclama que ese posicionamiento es el que representa efectivamente el interés general, y defienden ese reclamo en la discusión pública.

La posición relativa de los diversos partidos políticos es sensible a la opinión pública, de modo que el hecho de que la decisión sea una en vez de otra puede decirse que es consecuencia del modo en que esa decisión fue considerada justificada (adecua-

⁷ Esto supone “el principio de separación entre Estado y sociedad, que tiene por fin impedir que un poder social no filtrado, es decir, sin pasar por las esclusas de la formación de poder comunicativo, se transforme en poder administrativo” (Habermas, 1998, p. 238).

da, correcta, etcétera) en la discusión pública. Esto no es una casualidad, es parte del mecanismo de la representación política: a diferencia de otras potestades estatales (como la judicial), la legitimación orgánico-personal de quienes toman las decisiones en las instancias formalizadas (los parlamentarios) es directa (es decir, son elegidos por voto popular), y su desempeño carece de todas las protecciones frente a la opinión pública de la que gozan (para continuar con el mismo ejemplo) los jueces (deben someterse al veredicto popular cada cierto tiempo en vez de gozar de inamovilidad, deciden bajo condiciones de publicidad de modo que no están a cubierto sino expuestos a la opinión pública, son responsables de sus decisiones en vez de irresponsables como los jueces, etcétera). Estos son dispositivos institucionales cuyo sentido es hacer probable que el poder de un partido político dependa del modo en que sus posiciones son defendidas y justificadas en la esfera pública, de modo de poder decir: su poder fue comunicativamente generado, es poder comunicativo de los ciudadanos.

Lo anterior no es una teoría "normativa" de la democracia, es decir, no es una teoría que especifique lo que es recomendable, "justo" o "bueno" que ocurra. Es lo que las instituciones democráticas suponen, lo que explica su aptitud para producir legitimación política. Es (parte de) lo que explica la racionalidad de la existencia de parlamentos, el modo de elección de sus integrantes, los procedimientos mediante los cuales deciden, etcétera. Esas formas y procedimientos descansan en el supuesto de que de ese modo se hace probable que lo que decida el conflicto y la discusión política en términos institucionalizados (el contenido de la ley, etcétera) sea el poder comunicativo de los ciudadanos, es decir, que el poder relativo de cada parte en el momento institucional de decisión sea consecuencia de la discusión pública.

La explicación ofrecida aquí tampoco es normativa, en el sentido de que no formula exigencias normativas a los sujetos que actúan. Nada de lo anterior supone que los que participan de la discusión pública actúan orientados al entendimiento, que no hay acción estratégica, que no hay falta de sinceridad. Es decir, las condiciones

“ideales” de la deliberación no son parte del supuesto de la operación de las instituciones democráticas (aunque, como es el caso con toda normatividad, es deseable que concurren). De lo que se trata es de que la discusión pública opera asumiendo estos estándares, en la forma de “pretensiones de validez” habermasianas: de corrección, de verdad, de sinceridad (Habermas, 1989, pp. 121-130; 1990, p. 58). El que defiende una posición en la discusión pública reclama que es sincero en su defensa de ella (y no que, por ejemplo, la defiende porque ha sido contratado para defenderla); reclama que lo que afirma es correcto (y no que lo afirma estratégicamente a sabiendas de que es incorrecto); reclama que lo que dice (cree que) es verdadero. Estas pretensiones no son disposiciones morales (normativas) del agente, son presupuestos pragmáticos de la acción de participar de la discusión pública (Habermas, 1990, pp. 94-98).⁸ El que en la discusión queda expuesto como defendiendo posiciones incorrectas o falsas, o actuando estratégicamente, queda debilitado.⁹

Entonces, la democracia es la soberanía del pueblo manifestada a través de la representación política en la formación de la voluntad general. La realidad del principio democrático depende de la vigencia social de estas tres ideas: que haya algún sentido

⁸ Como estas pretensiones son presupuestos pragmáticos de la acción de participar en el discurso, su negación implica una contradicción performativa (es decir, una contradicción entre lo que se dice y el contenido proposicional de lo que se hace). Para identificar estas pretensiones hay que considerar el caso en que un hablante las niega expresamente, de modo de transformar una contradicción performativa en una contradicción en los términos. Hay contradicción cuando un agente que participa de la discusión política, por ejemplo, reconoce actuar estratégicamente (véase la nota siguiente), o defiende una posición aceptando que lo hace en defensa de intereses particulares y reconociendo a la posición contraria que va en el interés general, o afirma que su posición es incorrecta y la del otro es la correcta, o que los hechos en los que la funda son falsos.

⁹ En una entrevista a Regis Debray, el entonces presidente Salvador Allende afirmó que había aceptado el estatuto de garantías (una reforma constitucional aprobada días antes de la votación en el Congreso Pleno que proclamó a Allende Presidente de la república) como “una necesidad táctica” para obtener los votos de la Democracia Cristiana en el Congreso Nacional (Debray, 1971, p. 58). Esta afirmación perjudicó notoriamente a Allende, dificultando su interlocución con la Democracia Cristiana. La pregunta interesante es por qué tuvo este efecto, cuando todos siempre supieron que eso era el caso. La respuesta es que las actuaciones políticas en la esfera pública suponen por parte de los actores la pretensión de sinceridad que estamos considerando.

socialmente reconocido como suficientemente real que el pueblo actúa a través de sus representantes en la formación de su voluntad. Dado este hecho social, las instituciones del Estado democrático producen legitimación política.

II. Una comprensión “realista” de la democracia

Ahora bien, hay una tradición que mira a estas ideas con escepticismo, y que las desecha como “ficciones” o “ideología”. Es lo que a veces es denominado una comprensión “realista” de la democracia.¹⁰

El primer mito del que hay que prescindir, en esta comprensión realista, es el de “pueblo”: “para una investigación atenta a la realidad de los hechos, no hay precisamente nada más problemático que aquella unidad designada con el nombre de «pueblo»” (Kelsen, 1934, p. 30). Ello sólo puede ser asumido como “un postulado ético-político”, es decir, como pura normatividad. Para pasar de esta pura normatividad a la realidad de las cosas, no basta conformarse con reemplazar el conjunto de todos los sujetos al poder por el sector mucho más limitado de los titulares de derechos políticos, sino que es preciso dar un paso más y tomar en cuenta la diferencia existente entre el número de estos últimos y el de los que, en realidad, ejercen sus derechos políticos. Esta diferencia varía según la tensión del interés político, pero siempre representa una cifra considerable y sólo puede ser mermada por la preparación sistemática para la democracia.

Pero esto es todavía en algún sentido una idealización; es necesaria “desde un punto de vista realista una limitación todavía más estrecha del concepto en cuestión”. Dentro de la masa de aquellos que ejerciendo efectivamente sus derechos políticos toman parte en la formación de la voluntad del Estado, habría que distinguir

¹⁰ En lo que sigue, esta idea “realista” será discutida por referencia a Hans Kelsen. Pero Kelsen será usado aquí sólo como un ejemplo de una manera mucho más amplia de entender las ideas e instituciones democráticas. Véase también Schumpeter (1976, pp. 250-268) y Downs (1957).

entre los que sin opinión ni criterio propios obedecen a la influencia de otros, y los pocos que por su propia iniciativa —en armonía con la idea de la democracia— imprimen una dirección al proceso de formación de la voluntad colectiva. Semejante investigación conduce al descubrimiento de la virtualidad de uno de los elementos más destacados de la democracia real: los partidos políticos (Kelsen, 1934, pp. 34 y 35). El gobierno del pueblo es, entonces, el gobierno de los partidos políticos, o de las élites dentro de estos (Kelsen, 1934, pp. 34 y 35).¹¹

Tampoco es realista la noción de voluntad general (la voluntad que quiere el interés general), si ella significa un “interés colectivo superior a los intereses de grupo y, por consiguiente, «suprapartidaria»”. Se trata de “una ilusión metafísica —o, mejor, «metapolítica»” (Kelsen, 1934, p. 42). En la realidad, la voluntad colectiva no es sino “la resultante o transacción de intereses divergentes”.

La misma suerte, en fin, ha de correr la idea de representación política. Ella es, primero, entendida en su sentido no político, tal como la representación de derecho privado: lo que explica la representación no es que la acción política sea inherentemente representativa (que ella siempre reclama ser acción de alguien más que el propio sujeto que actúa), sino que cuestiones fácticas hacen imposible la actuación del representado por sí mismo: “la magnitud de los estados modernos y la diversidad de sus fines” implican que “la democracia directa[...] no puede encarnar en ninguna forma política viable” (Kelsen, 1934, p. 47). Y eso hace necesario, como *second best*, la democracia “mediata, en la cual la voluntad colectiva que prevalece es la determinada por la mayoría de aquellos que han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos” (Kelsen, 1934, p. 47). Pero en estos términos la idea de representación es una “ficción instituida para legitimar el parlamentarismo bajo

¹¹ Este último estrechamiento es sólo una iteración del anterior, porque como observa el propio Kelsen, citando a Robert Michels, “la realidad de la vida del partido, en la que los personajes más destacados pueden influir mucho más intensamente de lo que podrían hacerlo dentro de los límites de una Constitución democrática [...] asigna, por regla general, al individuo un campo muy exiguo de autodeterminación democrática” (Kelsen, 1934, pp. 45 y 46).

el aspecto de la soberanía del pueblo" (Kelsen, 1934, p. 53),¹² cuya finalidad es "ocultar la verdadera y esencial restricción que experimenta el principio de la libertad por el parlamentarismo" (Kelsen, 1934, p. 53).

Kelsen no veía en todo lo anterior una negación de la democracia. Al contrario, entendía que una comprensión realista en el sentido indicado era necesaria para afirmar su genuina "esencia y valor", que a su juicio se encontraba en la integración que a través de las transacciones de intereses de los partidos políticos se producía en el parlamento.

Aquí me interesa destacar dos cuestiones. La primera es que lo que hace "realista" a una comprensión realista de la democracia como la anterior es que se resiste a aceptar lo que ve como normativizaciones y mistificaciones, que resultan siempre sospechosas de contener un elemento ideológico en el buen viejo sentido marxista de falsa conciencia, de ocultación de la realidad. La segunda es que la garantía contra la mistificación y la ideología está en negarse a reconocer un contenido específicamente político a estos conceptos y atribuirles lo que podríamos llamar su sentido "natural" (=no político): el pueblo es un conjunto de personas, la voluntad general el resultado de transacciones, la representación la aptitud de una persona para actuar a nombre de otra cuando la primera no quiere o no puede, etcétera.

III. El principio democrático y su vigencia sociológica

Al mirar la justificación de las instituciones democráticas hemos observado que ellas son aptas para producir legitimación en términos del principio de soberanía popular porque a través de ellas el pueblo, actuando por sus representantes, ordena la vida de acuerdo con su voluntad. Pero al mirar la operación real de esas instituciones

¹² En la traducción se lee "legalizar el parlamentarismo bajo el aspecto[...]", pero Kelsen usa legitimieren, legitimar. Agradezco la acuciosidad del profesor Oscar Ucha, que me corrigió la referencia.

ese discurso aparece como una ficción: el pueblo que decide es en realidad el pequeño grupo de personas que conforma las cúpulas de los partidos políticos, la voluntad general no es sino el resultado de transacciones de intereses de grupos de poder, y la representación oculta los dos hechos anteriores.

Pareciera, de este modo, que tenemos dos visiones alternativas de lo que es la democracia. ¿Cómo se relacionan entre ellas? Una manera de responder esta pregunta es distinguir entre la filosofía y la ciencia política de la democracia, entre una visión ideal (normativa) y otra realista. Con Habermas y Böckenförde habríamos descrito lo que la democracia significa desde el punto de vista de la teoría, normativamente; con Kelsen, por su parte, lo que ella efectivamente significa en cuanto al modo de operación de las instituciones democráticas realmente existentes.

Esta solución salomónica, sin embargo, ignora el hecho de que estamos hablando de instituciones realmente existentes, que cumplen la función ya identificada de legitimación del poder. Y esa legitimación supone que la operación normal de las instituciones democráticas logra, en términos de Böckenförde, reconducir al pueblo las decisiones de ejercicio del poder estatal. Una visión como la kelseniana, dicho de otro modo, sólo es sostenible en la medida en que no sea socialmente asumida como correcta. Porque si este fuera el caso, las instituciones democráticas que conocemos estarían en la misma situación que las instituciones monárquicas una vez que se ha hecho socialmente *in-creíble* el principio de honor del monarca.

En un artículo escrito en 1999, intentando explicar el fenómeno del populismo y su recurrencia en democracias desarrolladas, Margaret Canovan entiende la relación entre estas dos explicaciones de la democracia de un modo distinto; no como normatividad vs facticidad, sino como dos caras (“una redentora, otra pragmática”) siempre presentes de un sistema democrático.

Abreviadamente, uno puede caricaturizar la cara pragmática de la democracia con el eslogan *ballots, not bullets* o (en términos más académicos) como un “sistema de procesar conflictos

sin matar al otro". La caricatura correspondiente de su cara redentora puede ser *vox populi vox dei* o "el gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo" (Canovan, 1999, pp. 9 y 10).

Desde el punto de vista pragmático, la democracia "es simplemente una forma de gobierno, una manera de gobernar lo que es siempre una *polis* particular entre otras en un mundo complejo[...] su gran virtud es que es una alternativa a la guerra civil y a la represión" (Canovan, 1999, p. 10). Pero la democracia no puede reducirse a esto: "es inherente a la democracia moderna[...] la promesa de un mundo mejor a través de la acción del pueblo soberano".

Canovan presenta estas dos dimensiones de la política y, por extensión, de la democracia, no como dos posibilidades excluyentes, sino como dos dimensiones propias de la democracia. Esto no significa que coexistan en armonía, sino en tensión. Son como "un par de hermanos siameses peleadores, de modo que es una ilusión asumir que uno puede tener uno sin el otro" (Canovan, 1999, p. 10).

En mi opinión, la tensión entre estas dos caras de la democracia no es algo específico de la democracia, sino de las instituciones, que existen para hacer probable lo improbable.¹³ Al describir lo que las instituciones buscan hacer probable, aparece su dimensión redentora, emancipatoria: la democracia busca hacer probable el gobierno del pueblo, el contrato busca hacer probable el intercambio justo, la propiedad busca hacer probable el florecimiento humano mediante el uso de cosas para servir intereses, etcétera. Pero lo mismo que las instituciones buscan hacer probable debe ser excluido en su operación, y de ese modo aparece la dimensión "pragmática" de la institución: las decisiones del legislador democrático no valen porque y en la medida en que sean decisiones del pueblo, sino sólo porque han sido producidas de modos formalmente validados. Los contratos no valen porque sean justos,

¹³ Véase la distinción entre prácticas e instituciones en MacIntyre (1985, pp. 188-195). Para una teoría de las instituciones fundada sobre la idea de que ellas hacen probable lo improbable, véase Atria (2016).

sino porque satisfacen las condiciones formales de validez que fija la ley; la propiedad implica el derecho de alguien de usar la cosa “arbitrariamente”, etcétera.

Aunque lo anterior no parece ser más que una elaboración del argumento de las dos caras, en realidad nos permite dar un paso adicional. Porque no sólo constata la existencia de estas dos caras, sino explica su relación. En efecto, las dos caras identificadas por Canovan son unidas por la idea en que la institución descansa, la de soberanía popular (la de intercambio justo, la de florecimiento humano gracias al aprovechamiento de las cosas, etcétera). Una mira a lo que las instituciones democráticas buscan hacer probable (el gobierno del pueblo); la otra mira al modo en que lo hace probable (procedimientos de formación de una voluntad política). Que estas caras sean unidas por la idea de soberanía popular significa que la cara “pragmática” no es la negación de la cara “redentora”, sino al contrario, el modo en que la segunda puede adquirir realidad.¹⁴

Esto es importante hoy como quizás no lo era en 1999. En efecto, en 1999 quizá podía pensarse que la coexistencia de las dos caras implicaba que el populismo era un fenómeno inquietante y recurrente (Canovan, 1999, p. 2), porque “sigue a la democracia

¹⁴ Una de las ideas centrales defendidas en *La forma del derecho* es que el lenguaje político tiene una forma especial de significación (“significación imperfecta”) que comparte con la teología. En el lenguaje teológico, por ejemplo, los sacramentos son formas de hacer presente en el mundo lo que no puede estar presente: el reino de Dios, que está con nosotros “ya pero todavía no”, en la celebra fórmula de Cullmann. Análogamente, las instituciones democráticas hacen presente entre nosotros lo que no puede estar presente, la idea de que el pueblo gobierna. Esta analogía entre el modo de significación del discurso político y del teológico es lo que a mi juicio puede ser descrito como “teología política” (Atria, 2016, pp. 441-447). Esperablemente, esta idea en mi experiencia encuentra escepticismo, porque en nuestra época (que confunde lo religioso con lo teológico) la idea de teología política es interpretada como una visión religiosa de lo político, y lo religioso se vincula, por una parte, a la creencia en entendidas fabulosas, super magos y seres de ese tipo; y el discurso religioso es entendido como el paradigma del discurso dogmático, totalitario, irracional. El hecho de que esas asociaciones sean comunes en nuestra época, sin embargo, no dice algo sobre la idea de teología política, sino sobre nuestra época. Si las formas institucionales no tienen la dimensión sacramental ya explicada, las dos dimensiones de Canovan se vinculan por una simple conjunción cuya explicación es psicológica, y entonces la democracia aparece tal como un cubo de Necker, alternando contingentemente el cinismo del pragmatismo y la ingenuidad de la redención.

como una sombra” (Canovan, 1999, p. 10). Pero veinticinco años después hay razones para pensar que la cuestión no puede ser analizada de este modo, *business as usual*.¹⁵ Hoy, entonces, nuestra pregunta ha de ser: ¿qué ocurre con las instituciones democráticas cuando la idea en las que ellas descansan, a partir de las cuales producen legitimación, pierde vigencia sociológica y comienzan a ser vistas por la sociedad (no sólo por los teóricos del derecho o de la política) como una “ficción” o un “mito”? Es decir, ¿qué consecuencias tiene el hecho de que una comprensión “realista” de la democracia se haga socialmente (no sólo académicamente) evidente? Mucha reflexión sobre la democracia asume que esto no tiene consecuencias, que este tránsito no afecta la operación de las instituciones democráticas.

Hay un sentido inmediato en que esto último es correcto. Y por eso era relevante recordar que la caducidad social del principio de honor del monarca, y el fin de la época de la monarquía, no necesariamente significa la eliminación radical de toda forma monárquica. En general, al mirar el modo de operación de las instituciones políticas, podemos observar que, aunque su discurso justificatorio hace referencia a la soberanía popular, a la voluntad general, a la representación política, estas nociones no son necesarias para su operación normal: para aprobar una ley no es necesario mostrar que ella es la voluntad general, basta que sea votada por el número requerido de diputados y senadores. Las ideas que estamos considerando (soberanía popular, representación política, voluntad general) son, desde el punto de vista de la operación normal de las instituciones democráticas, prescindibles. Y que lo sean significa que prescindir de ellas o calificarlas de “ficciones” no afecta esa operación.

Y aunque esto es correcto en el sentido inmediato ya identificado, al remover (por ficticias, míticas) las ideas que las instituciones democráticas buscan hacer probables, estas devienen ininteligibles.

¹⁵ Aunque es obvio, no está de más notarlo: veinticinco años son al menos un décimo de la extensión histórica de la época de la democracia, si este es considerado en el sentido más amplio.

bles, irracionales. Si la idea de que la deliberación pública hace probable la emergencia de la voluntad general es rechazada, las reglas que existen para proteger las condiciones de la discusión (la prohibición de órdenes de partido, la que dispone que cada parlamentario representa al pueblo y no a su distrito, la publicidad de la discusión, los procedimientos diseñados para escuchar todas las posiciones, etcétera) empiezan a parecer cada vez más irracionales, carentes de sentido, “como si alguien hubiera pintado con llamas rojas los radiadores de una moderna calefacción central para dar la impresión de fuego vivo” (Schmitt, 1923/1990, p. 9). Los procedimientos legislativos empiezan a ser vistos como diseñados para dificultar la toma de decisiones, hacerlas más lentas y trabajosas, y sus resultados son vistos como “componendas” entre grupos de presión, lo que lleva a que la política sea vista como “el negocio, por lo general despreciado, de una clase, por lo general despreciada” (Schmitt, 1923/1990, p. 7).

El abandono de la idea de voluntad popular obliga a reinterpretar el pueblo como una pluralidad de personas, de modo que la ley no es sino la voluntad de la pluralidad más grande. Esto erosiona radicalmente su autoridad, porque no hay autoridad en los números. El propio Kelsen observó que si la regla de mayoría se funda “diciendo que más votos tienen mayor peso que menor cantidad de ellos”, ello sólo sería la expresión pobremente formulada de la realidad de ser superiores los muchos a los pocos, y la afirmación de ser la fuerza antes que el derecho (*Macht geht vor Recht*) sólo quedaría superada por convertirla en principio jurídico (Kelsen, 1934, p. 23).¹⁶

Entonces, la voluntad política expresada en la ley pasa a ser vista como una voluntad facciosa, cuyo atributo principal es que corresponde a la facción más grande. Esto la hace siempre sospe-

¹⁶ En vez de esta justificación, Kelsen fundaba el principio de mayoría en que él permite “hacer libres al mayor número posible de hombres” (1934, p. 23). Son libres, en este sentido, los que están en la mayoría; lo que parece implicar que los que están en la minoría, por deber sujetar su conducta a reglas cuyo contenido ellos no comparten, son esclavizados. Las elecciones, entonces, no son mecanismos para la formación de una voluntad común, sino oportunidades para decidir a quién le toca ser esclavo.

chosa. La idea expresada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de que la reserva legal es la garantía principal de los derechos fundamentales, deviene ingenua. Como ha sostenido agudamente José Juan Moreso, respondiendo la pregunta de qué cuestiones es razonable decidir mediante un referéndum, la sola decisión de los números se justifica tratándose de “cuestiones relevantes para el grupo, que son moralmente y políticamente indiferentes, pero que afectan a todos de un modo especial” (Moreso, 2018, p. 1663).¹⁷ Esto es, a mi juicio, lo que está detrás de la tendencia “neoconstitucionalista” hacia la juridificación de la política, que ha terminado politizando el derecho (Atria, 2024). Ello porque si la ley no es sino la voluntad arbitraria de la facción más grande, es necesario que ella decida sólo esas cuestiones respecto de las cuales es aceptable que sean decididas por una voluntad arbitraria; para lo demás está la jurisdicción constitucional, de modo de asegurar que las cuestiones de principio serán decididas como tales en un foro adecuado, el “foro de los principios”, y que sólo las demás quedarán entregadas al *battleground of power politics* (Dworkin, 1981/1985, p. 71).

Queda, por último, la cuestión de la representación política. La representación política opera a través de partidos políticos, que se definen por sus posicionamientos políticos más generales (conservador, socialista, liberal, etcétera). Ellos cumplen la función de articular diversas demandas ciudadanas e integrarlas en un discurso con pretensiones unificadas y generales. El poder de los partidos depende de la voluntad ciudadana. Lo que depende de la voluntad ciudadana, entonces, es cuál de esas perspectivas políticas más generales será la que ordenará los procedimientos de formación de voluntad política. De ese modo pueden atribuirse al pueblo esas decisiones.

¹⁷ Su —apto— ejemplo es el de decidir si una importante avenida de la ciudad debe ser remodelada “como una rambla (con un paseo amplio para los peatones en el centro) o como un bulevar (un paseo a ambos lados de la vía, con el lugar para la circulación motorizada en el centro)”.

Esta idea de representación política está hoy también en cuestión. Surgen partidos o movimientos que se definen a sí mismos no por un posicionamiento político general, sino por una causa (ambientalismo, animalismo, etcétera), o por una experiencia común de injusticia o discriminación (feminismo, indigenismo, etcétera). En su origen, estos intereses son afirmados como los pertenecientes a ese grupo o movimiento. Pero el movimiento, en la medida en que formula un reclamo político de modo de no ser sólo un “grupo de presión”, apela a los demás. Si la demanda es exitosa, ella deja de ser de los directamente involucrados (es decir, deja de ser lo que hoy se denomina “identitaria”) y es incorporada a los programas de los partidos políticos, que la asumen en los términos correspondientes a sus posicionamientos políticos más generales.

Pero hoy esta idea de representación política es rechazada y reemplazada por la representación de derecho privado, en que corresponde al representado decidir qué es lo que quiere. Por consiguiente, el momento de apropiación no es interpretado como que la demanda se hace más fuerte, sino al contrario: ella es cooptada, neutralizada (“feminismo liberal”, etcétera). Para mantener la pureza de la demanda original, y evitar el riesgo de cooptación y manipulación, ella debe resistirse a ser asumida por los actores políticos, y mantener su carácter “identitario”. Los grupos o movimientos que la han levantado deben, si es posible, actuar directamente y si no lo es deben recurrir a una representación que les dé garantías de no cooptación, en una forma de representación que se valida, entonces, porque el representado “confía” en el representante, tal como el cliente confía en su abogado. Transformada la representación política en representación de derecho privado, los partidos políticos pasan a ser mediadores que, idealmente, serán eliminados cuando las posibilidades técnicas o políticas permitan a los hasta ahora representados actuar directamente en defensa de sus intereses. Pero con eso lo que se pierde es el momento en que las demandas se integran en un discurso universalista, y la política democrática se transforma en una lucha de grupos de presión cada uno de los cuales pugna por lograr lo suyo.

Lo anterior no debe ser leído como una crítica moral(ista) a lo que hoy, habitualmente en esos términos, se denomina “política de la identidad”. Lo que nos interesa ahora no es moralizar (=decidir quién merece o no un reproche), sino mostrar las consecuencias de la caducidad de las ideas que las instituciones democráticas transforman en legitimación (ahora la de representación política). Tampoco hay en lo anterior una crítica a una perspectiva realista de la democracia como la defendida por Kelsen (que hemos usado aquí como una ilustración solamente). El punto no es que la teoría de Kelsen, como una teoría de la democracia, sea “incorrecta”. El punto es que cuando algo como ella se hace la forma sociológicamente evidente de entender las instituciones democráticas, estas dejan de ser capaces de producir legitimidad (la única crítica es no a la sustancia del “realismo”, sino a su falta de conciencia respecto de esto último, que se explica porque al no ver la necesidad de significar imperfectamente debe elegir entre una teoría normativa y una descriptiva de la democracia: *tertium non datur*).

No tengo una gran explicación para el hecho de que estas tres ideas que permiten articular institucionalmente el principio democrático hayan perdido vigencia social. Quizá la explicación es que vale respecto de lo político lo mismo que MacIntyre afirmaba de toda filosofía moral, que “característicamente supone una sociología”, porque “presupone que [sus] conceptos están encarnados o al menos pueden encarnarse en el mundo social” (MacIntyre, 1985, p. 23). Y nuestras prácticas políticas han evolucionado las últimas décadas bajo el influjo de la hegemonía neoliberal. Y es característico del neoliberalismo negar la idea de interés general (“there is no such thing as society, there are only individuals”, decía Margaret Thatcher), reducir las motivaciones humanas públicamente relevantes al autointerés (como explícitamente lo hace su versión *rational choice*) y producir niveles de desigualdad que implican la existencia de poderes económicos cuya magnitud hace imposible su sujeción al poder político.¹⁸

¹⁸ Al respecto, véase Streeck (2012).

IV. El populismo

¿Cómo puede realizarse institucionalmente el principio democrático en un contexto en que la idea de interés general parece falsa, la de poder comunicativo generado a través de la discusión pública crecientemente ingenua, y la de representación política es reemplazada por la de representación de derecho privado?

En mi opinión, no puede. Eso quiere decir que la caducidad social de esas ideas tendría, respecto del principio democrático, un efecto análogo al que produjo la caducidad social del principio del honor del monarca respecto de la monarquía. Sería el fin de la época de la democracia, como antes fue el fin de la época de la monarquía. Como entonces, esto no significará que las formas democráticas desaparecerán de un día a otro: ellas se irán vaciando progresivamente de contenido, y se buscará adecuar las instituciones para que respondan a las expectativas democráticas en un contexto en el cual eso será crecientemente experimentado como entre ingenuo y ficticio.

Este es el contexto en el cual surge el fenómeno actual y la preocupación por el populismo. Es un lugar común en la literatura al respecto notar la ambivalencia democrática de la noción de populismo.¹⁹ Lo que suele llamarse “populismo” reclama buscar la realización del principio democrático: “lo que hace a un movimiento «populista», de acuerdo a muchos análisis[...] es un discurso común centrado en recapturar el poder para el pueblo soberano” (Canovan, 2005, p. 67). En el nivel de las ideas, hay cierta inesperada continuidad entre el populismo y las teorías realistas de la democracia: ambas asumen los conceptos fundamentales en un sentido naturalista. Pero a diferencia de una concepción como la de Kel-

¹⁹ “¿Deben los populistas (cuya finalidad declarada es quitarle el poder a los políticos y devolvérselo al pueblo) ser vistos como los verdaderos demócratas que ellos reclaman ser? ¿O son ellos (como sostienen sus críticos) peligrosos enemigos de la democracia liberal?” (Canovan, 2005, p. 67).

sen, el populismo observa la incompatibilidad entre los conceptos así entendidos y las instituciones de las democracias realmente existentes, y busca adecuar estas a aquellos (es, de nuevo, el cubo de Necker de las instituciones políticas realmente existentes).

En el modo de adecuación de las instituciones las ideas políticas así entendidas asumen que la realización de esas ideas no es improbable, que son las instituciones las que las hacen improbables. Para observar esto podemos considerar las ideas cuya suerte hemos ido siguiendo. En cuanto a la representación, el populismo descansa en la ya vista concepción de derecho privado de la representación, conforme a la cual ella es vista como un *second best*, una solución para un déficit: el déficit es que el representado no puede actuar por sí mismo, y entonces necesita representantes. Pero esos representantes han de estar vinculados por la voluntad concreta de sus representados, tal como el abogado está vinculado por la voluntad concreta de su cliente. Por eso “hay una afinidad entre populismo y democracia directa y otros mecanismos institucionales que son conducentes a cultivar una relación directa entre el líder populista y sus adherentes” (Mudde y Rovira, 2017, p. 17). Esto se manifiesta en la devaluación de la representación políticamente mediada, que es vista como una distorsión de la genuina representación. Para evitar que la representación se convierta en una ficción orientada a legitimar el poder de los partidos políticos y sus elites, es necesario eliminar las mediaciones. Y los representados, tal como el cliente con su abogado, idealmente han de estar en posición de deshacerse de un representante que no le es fiel; esto ha llevado a la demanda de introducir plebiscitos revocatorios de las autoridades electas.

Algo similar puede decirse de la idea de la voluntad general, que es también entendida de modo que ella no es improbable. “Antes que un proceso racional construido a través de la esfera pública, la noción populista de la voluntad general se basa en la noción de «sentido común»” (Mudde y Rovira, 2017, p. 17). Pero el realista ha mostrado que no hay tal cosa como una voluntad común construida en un proceso racional a través de la esfera pública,

que eso es también una ficción, y que lo que hay son transacciones entre diversos grupos, cada uno de los cuales buscar afirmar su interés. Si en vez de este espacio para componendas y transacciones tan solo fuera posible dejar que el sentido común de “la gente” se manifestara del modo más limpio posible, sin la intermediación de representantes políticos que tienen su propia agenda, sus propias “ideologías”, la voluntad general se realizaría.

La inesperada continuidad entre el populismo y una visión “realista” de la democracia como la de Kelsen es oscurecida por una comprensión que se ha hecho corriente del populismo en términos moralistas, orientado a juzgarlo más que a entenderlo. Me refiero a lo que sus autores denominan una concepción “ideacional” del populismo, conforme a la cual el populismo es

Una ideología con un núcleo delgado que considera que la sociedad está en definitiva separada en dos campos homogéneos y antagónicos, “el pueblo puro” y “la élite corrupta”, y que afirma que la política debe ser una expresión de la *volonté générale*. (Mudde y Rovira, 2017, p. 17)²⁰

A mi juicio, esta caracterización del populismo ignora las características propias del conflicto político, y asume la retórica que las expresa como si fuera lo que define al populismo.²¹

Como el conflicto político es polémico, y no puede ser decidido imparcialmente, sólo toca a los participantes decidirlo (Atria, 2024). Adicionalmente, como el criterio de lo político (lo que distingue una participación política de una presión económica o, genéricamente hablando, fáctica) es, por las razones que ya hemos visto, el interés general, todos quienes participan de lo político reclamarán

²⁰ En la misma línea, véase Müller (2018, pp. 591-592), para quien el populismo es “una manera de percibir el mundo político que opone un pueblo moralmente puro y totalmente unificado... a pequeñas minorías, elites en particular, que no son parte del pueblo auténtico”. En un sentido análogo, Rosanvallon (2008, p. 266).

²¹ Esta concepción “ideacional” del populismo se distingue de una comprensión “post-fundacional”. Estas dos caracterizaciones han “asumido un carácter paradigmático” para la literatura sobre populismo (Kim, 2022, p. 494). La concepción “postfundacional” del populismo, identificada especialmente con la obra de Ernesto Laclau (2005), no será discutida aquí.

siempre que sus posiciones son las que reflejan el interés general, que la suya es la que debe ser institucionalmente reconocida como la voluntad general. Los partidos neoliberales dirán que su neoliberalismo es la manera de proteger la libertad, amenazada por el control central que implican las políticas socialistas. Es decir, que el conflicto entre ellos es el conflicto entre los defensores de la libertad y los partidarios del totalitarismo (lo que Reagan, por ejemplo, llamaba "el eje del mal"). Los socialistas alegarán que va en el interés general asegurar a todos las condiciones materiales de la libertad mediante la expansión de los derechos sociales, etcétera, y que quienes se oponen a eso defienden el interés del capital (son los que, aliados al "capital foráneo, el imperialismo", actúan para defender "sus granjerías y privilegios", como dijo el presidente Allende en su último discurso), etcétera. No es reflejo de populismo describir la posición propia como la que va en el interés general y la contraria como la que defiende intereses particulares, es la dinámica propia de lo político, en que la pretensión de sinceridad es la más fácil de tematizar (porque las pretensiones de corrección y de verdad se enfrentan a la contrarrespuesta de "dueño de la verdad", etcétera).

Por cierto, la intensidad de la denuncia del otro (la medida en que se expresa en una acusación o "descalificación" del otro) es algo que varía, y que en buena parte depende de las circunstancias. Es razonable pensar que en circunstancias de crisis social, política o económica (o ante un golpe de Estado, etcétera) esa intensidad aumentará, y la discusión política tenderá cada vez más a la descalificación, no (sólo) a la refutación del otro. Y hay buenas razones para pensar que la irrupción de movimientos populistas ocurre especialmente en momentos de crisis. Si eso es así, habrá una correlación entre la denuncia "moral" del otro y el populismo; pero no será una correlación que muestre algo acerca del populismo, sino acerca de lo político en condiciones de crisis.²²

²² Hay algo desde luego irónico en la concepción "ideacional" del populismo, en que este se caracterizaría por una división "maniquea", "entre buenos y malos". Quienes critican por esto al populismo reclaman para sí la apertura a la diversidad y al respeto del otro, que

Esto nos lleva a la segunda cuestión: ¿en qué sentido el populismo es una respuesta a la crisis de las formas institucionales del principio democrático? Como ya se ha sugerido más arriba, ante la progresiva pérdida de vigencia social de las ideas fundamentales para la articulación institucional del principio democrático el populismo asume la descripción “realista” pero no como una descripción de lo que la democracia realmente es, sino como una denuncia de las instituciones existentes. El populista no cree que el pueblo y la voluntad general sean ficciones, cree que las instituciones que existen las reducen a ficciones y por eso busca reemplazarlas por otras que los realicen. En este sentido, el populismo reclama ser, podríamos decir, la verdad de la democracia.

Esta es la razón por la que se justificaba mirar con cierto detalle la explicación kelseniana de la esencia y valor de la democracia. Los mismos pasajes de Kelsen que hemos considerado podrían ser usados como el fundamento de la crítica populista. En las democracias realmente existentes la representación es una ficción instituida para justificar el parlamentarismo bajo el aspecto de la soberanía del pueblo, cuyo sentido es ocultar la verdadera y esencial restricción de la libertad que implica el parlamentarismo; la voluntad general es una ilusión metafísica para describir las transacciones de grupos de poder, cada uno obteniendo lo que puede dado el poder que tiene; y el pueblo es, en realidad, los pocos que en realidad deciden, las cúpulas de los partidos políticos. El populista hace suyas todas estas descripciones kelsenianas, aunque no para rescatar la esencia y valor de la democracia realmente existente sino para acusar y denunciar el déficit de las instituciones democráticas en sus propios términos.

Lo anterior permite entender el sentido de acusaciones contra el populismo como las de Pierre Rosanvallon (2008), que protesta que es “la política pura de lo antipolítico” (p. 268), una “inver-

aunque en desacuerdo con uno no necesita ser “pérfido”. Pero la distinción entre “nosotros” (los respetuosos de la diversidad) y “ellos” (los que creen que hay unos que son buenos y puros y otros que son corruptos y malos) parece ser otra forma de maniqueísmo, en que lo único que ha cambiado es el criterio que define a los buenos y a los malos.

sión de las ideas y procedimientos de la democracia” (Rosanvallon, 2008, p. 265).²³ Pero nótese que esta inversión no es producida sino aprovechada por el populista; la inversión está en lo que es común al realista y al populista: en atribuir a los conceptos políticos fundamentales de la democracia su significado “natural”, de diccionario.

V. ¿La época del populismo?

Quizás, entonces, lo que podríamos llamar el principio populista es un principio de legitimación alternativo al democrático. La época del populismo sería la que sucederá a la de la democracia, así como la de la democracia sucedió a la de la monarquía. Sería un principio alternativo (o una interpretación alternativa del mismo principio, etcétera) en el sentido de que tiene supuestos y condiciones de realización distintas que las del principio democrático; sería superior porque es capaz de dar cuenta de la caducidad sociológica de los presupuestos que hacían estable a las formas institucionales de la democracia. En efecto, si dada la mediación institucional la voluntad general es hoy vista como un “mito”, una idea enteramente ficticia, no es absurdo entender que la realidad de la voluntad general está en lo que las personas realmente existentes creen, manifestado a través de diversos mecanismos, desde formas de participación directa (como plebiscitos) a otras formas de determinación de las preferencias del público (desde encuestas hasta redes sociales, etcétera); si la representación política es vista como una mediación innecesaria que distorsiona esa voluntad popular, parece razonable recurrir a formas de participación directa, cuando es posible, o a una forma de representación basada en la confianza personal del representado,²⁴ cuando no lo es, etcétera.

²³ Una “perversa inversión”, dice.

²⁴ Los movimientos populistas de las últimas décadas del siglo XX, observa Canovan, “a menudo reclaman que las cuestiones de preocupación popular sean decididas por referéndum, eludiendo a los políticos profesionales y dejando las decisiones a las personas” (2005,

Hay, sin embargo, algo que ha sido notado respecto de formas de populismo conocidas hasta ahora: dado su énfasis en espontaneidad antes que instituciones, los movimientos populistas tienden a ser espasmódicos, encendiéndose repentinamente y decayendo casi tan rápidamente (Canovan, 2005, p. 89).

Lo que esto sugiere es que el populismo es más un principio de protesta que un principio político apto para institucionalizarse en una alternativa al principio democrático; es más un principio destituyente que un principio constituyente. Si esto es así, la época del populismo no es la época de una nueva forma política, sino una época de inestabilidad caracterizada por la progresiva caducidad social, sin reemplazo, del principio democrático.

VI. Referencias

- Arendt, H. (1969). *On violence*. Harcourt Brace and Company.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- Atria, F. (2024). La forma del derecho y el concepto de lo político. *Doxa*, (48), 2024.
- Atria, F., Salgado, C. y Wilenmann, J. (2017). *Democracia y neutralización. Sobre el origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Lom.
- Böckenförde, E. W. (2000). La democracia como principio constitucional. En W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (pp. 47-131). Trotta.
- Canovan, M. (2005). *The people*. Polity.
- Canovan, M. (1999). Trust the people! populism and the two faces of democracy. *Political Studies*, 47(1), 2-16.
- Debray, R. (1971). Allende habla con Debray. *Punto Final*, 5.
- Downs, A. (1957). *An economic theory of democracy*. Harper and Row.

p. 76); una de sus características típicas, por otra parte, es “su abrumadora dependencia en liderazgos personales antes que estructuras institucionales de partidos” (2005, p. 75).

- Dworkin, R. M. (1985). The forum of principle. En R. Dworkin, *A matter of principle* (pp. 33-71). Clarendon Press. (Publicado originalmente en 1981)
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Trotta. (Publicado originalmente en 1992)
- Habermas, J. (1990). Moral consciousness and communicative action.
- Habermas, J. (1989). Teorías de la verdad. En J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos* (pp. 113-160). Crítica. (Publicado originalmente en 1972)
- Kelsen, H. (1934). *Esencia y valor de la democracia*. Labor.
- Kim, S. (2022). Taking stock of the field of populism research: are ideational approaches “moralistic” and postfoundational discursive approaches “normative”? *Politics*, 42(4), 492-504.
- Laclau, E. (2005). *On populist reason*. Verso.
- Laporta, F. (1989). Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate. *Doxa*, (6), 121-141.
- MacIntyre, A. (1985). *After virtue. A study in moral theory*. Duckworth.
- Montesquieu (1906). *Del espíritu de las leyes*. Librería General de Victoriano Suárez. (Publicado originalmente en 1748)
- Moreso, J. J. (2018). Lecciones canadienses: sobre democracia, constitucionalismo y federalismo. En B. Pendás (Ed.), *España constitucional (1978-2018)* (pp. 1657-1673). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Mudde, C. y Rovira, C. (2017). *Populism. A very short introduction*. Oxford University Press.
- Müller, J. W. (2018). Populism and constitutionalism. En C. Rovira, P. Taggart, P. Ochoa y P. Ostiguy (Eds.), *The oxford handbook of populism* (pp. 590-606). Oxford University Press.
- Pitkin, H. F. (1972). *The concept of representation*. University of California Press.

- Rosanvallón, P. (2008). *Counter-democracy: politics in an age of distrust de John Robert Seeley lectures*. Cambridge University Press.
- Schmitt, C. (1990). *Sobre el parlamentarismo*. Tecnos. (Publicado originalmente en 1923)
- Schumpeter, J. (1976). *Capitalism, socialism and democracy*. Routledge.
- Streeck, W. (2012). *Buying time. The delayed crisis of democratic capitalism*. Verso.
- Streeck, W. (2016). *How will capitalism end?* Verso.

Cómo citar

IJ-UNAM

Atria, Fernando, "La época de la democracia, la época del populismo", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19576. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19576>

APA

Atria, F. (2025). La época de la democracia, la época del populismo. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19576. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19576>

Toward the critique of punitive populism¹

Hacia una crítica del populismo punitivo

Alejandro Nava Tovar

<https://orcid.org/0000-0002-5770-5998>

Universidad Autónoma Metropolitana. México

E-mail: alnato@azc.uam.mx

Recibido: 14 de septiembre de 2024

Aceptado: 12 de diciembre de 2024

Publicado: 18 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19531>

Abstract: This paper presents the main theses of what in recent years I have analyzed under the concept of punitive populism, seen as a complex phenomenon that conflates penal policy with politics, criminology and even moralism in social media. Thus, in order to present my critical outlines, I offer in the second section a definition of punitive populism, while in the third section I explore its relationship with media criminology, in order to, in the fourth section, develop my ideas on punitive populism and moralism in social networks. In the fifth section I expose the legislative and penal consequences of punitive populism and, finally, in the sixth section, I present a normative proposal to reduce the effects of punitive populism. **Keywords:** populism; punitiveness; moralism; social media.

¹ On June 12, 2024, I presented work drawn in part from this paper in a lecture at the Tarello Institute in Genoa, Italy, thanks to an invitation made by Professor Pierluigi Chiassoni. There I enjoyed the hospitality and profited from the critical remarks of Chiassoni and the students of the *Advanced Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy*. Also, the main tenets of this essay have also been nourished by many talks and debates with various colleagues and friends. For this reason, I thank Alejandro Sahuí Maldonado, Ana Laura González Berrospe, Ángel Octavio Álvarez Solís, Belén Castellanos, Arnulfo Daniel Mateos Durán, Andrea Arabella Ramírez Montes de Oca, César Hernández Aguilar, Elmy Grisel Lemus Soriano, Enrique Cáceres Nieto, Francisco M. Mora Sifuentes, Francesco Mancuso, Gabriela Lira Rosiles, Gustavo Leyva Martínez, Héctor Fabián García, Ilse Carolina Torres Ortega, Imer B. Flores, Jesús Rodríguez Zepeda, Jorge Carreón Perea, Manuel Anselmi, Valeria Giordano and Víctor Alejandro Payá Porres for their valuable comments and suggestions. Obviously, this essay, as well as my works on this subject, have been deeply influenced by Eugenio Raúl Zaffaroni's critical thinking on criminal law and criminology. Thus, this essay constitutes an acknowledgment of his critical contributions to both fields.

Resumen: Este artículo presenta las tesis principales de lo que en años recientes he analizado bajo el concepto de populismo punitivo, visto como un fenómeno complejo que entrecruza a la política criminal con la política, la criminología y el moralismo en las redes sociales. Así, con el objetivo de presentar mi esbozo crítico ofrezco en la segunda sección una definición de populismo punitivo, mientras que en la tercera exploro su relación con la criminología mediática con el fin de desarrollar en la cuarta sección mis ideas sobre el punitivismo y el moralismo en las redes sociales. En la quinta sección expongo las consecuencias legislativas y penales del populismo punitivo y, en la sexta sección, presento una propuesta normativa para reducir los efectos del populismo punitivo.

Palabras clave: populismo; punitivismo; moralismo; redes sociales.

Content: I. Introduction. II. The definition of punitive populism. III. Media criminology and punitive populism. IV. Punitive populism and social media. V. To legislate and to sanction. VI. Is there a way to resist punitive populism? VII. Conclusion. VIII. References

To *Consuelo*, my beloved dog

I. Introduction

In 2021 *Punitive Populism (Populismo Punitivo)* was published. In this book I raised a critique of the current criminal law discourse. Provoking topics such as the definition of punitive populism, media criminology or lynchings in social media provoked interest in an audience beyond the boundaries of criminal law.² This led to the translation of my book into Italian (Nava, 2024). Four years have passed since its original publication and I claim that the main tenets of this

² For some reviews, see, por example, Lira, G., Populismo punitivo/Favela Chic, <https://www.lja.mx/2021/11/populismo-punitivo-favela-chic/>; Hernández, S. (2022). Nava Tovar, A. Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno. *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, 5(17), 163-170. <https://doi.org/10.57042/rmcp.v5i17.499>; Mesmoudi, M. (2023). Hacia una sociedad ejemplarmente punitiva. *Panorama. Revista de la Universidad Autónoma de Baja California Sur*, (67) 84-88. <https://www.uabcs.mx/documentos/revistaPanorama/Panorama%20digital%20revista%20No%209.pdf>; Contreras, R. E. (2023), Reseña: "Populismo punitivo o las caricaturas de la «justicia», *Enfoques jurídicos*, (8), 123-128, <https://doi.org/10.25009/ej.v0i08.2607>

book remain the same, although it is possible to explore ideas that reformulate and sustain its main assumptions. In this essay I intend to explain and restate the main and modest theses of my book in order to argue why punitive populism is today, more than ever, a threat to the rule of law. Thereby, I begin with the concept of punitive populism.

II. The definition of punitive populism

Although it is frequently used by judges, lawyers, legislators, political scientists and criminologists in the most varied debates, the concept of punitive populism does not have an univocal meaning. Rather, it is a nebulous concept that, just like the very concept of populism, is usually understood only when it is seen (Puhle, 2020, p. 72). The concept of populism is amorphous, elusive, specious. It is sometimes used mostly by politicians on both the left and the right to accuse the opposing party of political immorality. In the European and U.S. debate, the term populism is more often associated with the rise of extreme right-wing movements. But in Latin America the discussions around “left-wing populism” seem to positively vindicate the concept of populism.

Regardless of the positive and negative connotations that tend to be given in different regions, it is a concept that, since it refers to a multifaceted condition, “implies the redefinition of some of the essential characteristics of democracy, such as participation, representation and political conflict” (Blokker and Anselmi, 2020, p. 2). The concept of populism is usually associated with characteristics such as the rejection of representative democracy and its institutions, a response to a situation of crisis, an ideology lacking unique principles, the exaltation of a leader, and the expression of the sovereignty of the people. I have already developed these characteristics previously and it is not necessary to do it here (Nava, 2021, pp. 11-16; Nava, 2024, pp. 33-37). It suffices for me to point out that punitive populism does not coincide with all the typical characteris-

tics of populism in general (there is not always a leader), and, unlike other ideas about populism, it always has a negative charge (it is difficult to find any author who publicly stands up for it). This could lead to correctly consider punitive populism as a type of populism (Atzeni, 2023), although considering its specificities that I have previously stated.

Although the uses of disproportionate punishment are well known in history, John Pratt claims that the concept of punitive populism has a short history (Pratt, 2007, p. 2). The concept of penal populism has its origins in the nineties, and can be traced back to an essay written by Anthony Bottoms, entitled "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing" (Bottoms, 1995, pp. 17-49). In this essay, Bottoms referred to "populist punitiveness" to describe one of the four main influences on contemporary criminal justice and penal systems in modern society. Therefore, Bottoms used this concept to refer to those politicians who seek electoral gain through the defense of political-criminal theses, such as the thesis that increased penalties would necessarily lead to a reduction in crime rates (the punishment-as-crime-reduction thesis) and the thesis that penalties reinforce certain moral consensuses essential to life in society (the punishment-as-reinforcement-of-moral-consensus thesis). In fact, in his most recent book Ferrajoli considers penal populism to be one of the three factors of the crisis of penal guarantees, understood as "the demagogic and conjunctural use of criminal law, aimed at reflecting and feeding fear" and, thus, "promoting a criminal law that is maximal, unequal, classist and seriously prejudicial to fundamental rights" (Ferrajoli, 2024, pp. 141-142).

The seeking of electoral gains as the rhetoric of punitive populism is important. However, the modern concept of punitive populism goes beyond both the usual characteristics of populism and the mere search for electoral gain. Punitive populism also aims to maintain the legitimacy of an established government and, above all, has significant support from civil society. Manuel Anselmi rightly accounts for how punitive populism is an unusual typology that goes beyond political specificity:

It is not a purely political populism, although the social conditioning that it generates and its instrumental use are political to all intents and purposes. Penal populism primarily relates to the realm of justice and the rule of law, the proper application of laws and the social conditioning that arises from improper applications.

Unlike purely political populisms, penal populism is not necessarily anchored to a leader; rather, it constitutes a dynamic that some leaders or organizations, be they social or political, can exploit to generate consensus. Penal populism arises in the sphere of the reception of the rule of law by citizens. Distorted interpretation of the functioning of the justice system on the part of public opinion produces a delegitimization of the rule of law. (Anselmi, 2018, p. 73)

The strategy of using criminal law to obtain or maintain political legitimacy, based on the premise that society itself demands greater penalties for offenders, however, requires further development, as it would run the risk of understanding all criminal policy as populist criminal policy. Although all punitive populism makes use of criminal law, not all use of criminal law is punitive populism. By means of two theses I explain the core of what I understand by punitive populism. These theses are the thesis of the exclusion of alternative sanctions to imprisonment and the thesis of the disproportionality of penalties.

According to the thesis of the exclusion of alternative sanctions to imprisonment, alternative measures to imprisonment are a burden to justice enforcement. Although various penal systems have institutionalized alternative dispute resolution mechanisms in criminal proceedings, society not only rejects these alternatives to imprisonment for certain crimes, but also demands custodial sentences or the implementation of pretrial detention for the largest number of crimes. Despite the institutionalization of alternative mechanisms, society continues to consider that the appropriate and necessary punishment for the crimes suffered should be imprisonment.

According to the thesis of the disproportionality of penalties, a penalty that is not disproportionate is no penalty. Society must

be defended at all costs. The purpose of criminal law, rather than protecting those fundamental legal goods, adheres to the media and social judgments of the moment and to political correctness. Nor does it matter if the penalties are effective, since several penal systems are not very effective, since what matters is that the discourse of the disproportionality of penalties is to the satisfaction of society, which rarely questions the levels of effectiveness of public policies.

Thus, I define punitive populism as the discourse that seeks to put an end to criminality and the perception of impunity by increasing penalties and crimes that merit imprisonment, using fear towards insecurity, biased media reports and the resentment of certain social groups or citizens in general towards crime, with the aim of obtaining gains in electoral times or legitimacy in situations of social crisis, even when such measures are ineffective in combating crime. In a similar vein, in the context of Italian penal populism, Claudia Atzeni points out that, In the criminal justice context, “populism manifests itself through the use of rhetoric and policies designed to gain popular support by promising simplistic and punitive solutions to problems that are complex ones” (Atzeni, 2024, p. 336). This raises, however, problematic issues. If punitive populism always has a negative charge, how does it manage to persuade society and even progressive groups? This process can be summarized as follows: punitive populism requires the media to establish a politics of fear towards certain groups. Subsequently, social media and contemporary moralistic discourse will enhance the desire to punish those who are considered offenders. Then, political groups will try to gain electoral advantage from it and will therefore create disproportionate criminal legislation. Finally, the judges, under pressure from the media, social resentment and authoritarian legislative margins, will end up applying longer prison sentences. Therefore, the following section will describe the influence of mass media on punitive populism.

III. Media criminology and punitive populism

Whereas much has been written in various languages on the influence of the mass media on criminal law and criminology (Schwind, 2001, pp. 258-286; Clifford and White, 2017; Jewkes, 2015), in Latin America it has been the work of judge and criminologist Raúl Zaffaroni that has had the greatest influence on its concept and effects. Media criminology, or at least what is understood by it, is not new. Zaffaroni considers that it has always existed, "and always appeals to a creation of reality through information, subinformation and disinformation in convergence with prejudices and beliefs, according to a simplistic criminal etiology based on magical causality" (Zaffaroni, 2013, p. 216), and he locates the detection of the effects of media criminology by various sociologists at the beginning of the 20th century and later points out the main medium used at the end of the 20th century: television.

Based on the reading of Zaffaroni's extensive work and other critical readings of media criminology, I offer a preliminary definition. Media criminology refers to those media discourses that construct distorted images of the offender, the victim, the police forces, the judges, and even the anonymous avengers, in order to increase the rating of violent news, the perception of impunity and, therefore, it manages to spread a politics of resentment in civil society, thus allowing various politicians to propose punitive policies and to give judges no other measure than imprisonment.

For media criminology the perception of insecurity or impunity of criminals plays a central role. Without the perception of certain crimes, media criminology fails. Therefore, the use of cruel images in newspapers and newscasts will be a daily routine. The crueller the images, the greater their dissemination. But not all images refer to the cruelty and violence of criminals. The spectacle of media criminology is also plagued by images rooted in the misogynist, classist, xenophobic and racist imagination of society. The essential thing for media criminology is to create moral panic in society and not what can potentially affect society. This is a kind of "cog-

nitive demagoguery" (Bronner, 2016, p. 93). which will then impact on the punitive demands of civil society. Therefore, I am interested in pointing out how media criminology portrays the stereotypes of some characters. These are the stereotypes regarding the criminal, the victim, the police and the vigilante.

1. The Criminal. Perhaps the latinamerican stereotype of the criminal is the most negative in our society. It is easy to see how the middle class has created criminal stereotypes regarding young men, poor, migrants, dark-skinned, of low economic condition and many of them have names of American series of the nineties ("Kevin", "Brandon", "Brayan"), representatives of certain subcultures and coming from certain spaces. One only needs to look at media reports in which the poor young man is associated with being a possible criminal. Media criminology tends to reinforce in society's imagination the perception that poor young people are dangerous. It matters little if society realizes the harmful effect of excluding them and turning them into a sort of self-fulfilling criminal prophecy. The simple fact of seeing poor young people in traditional neighborhoods or in gentrified areas is reason enough for moral panic to be activated.

This is not to say that the crimes of other groups are not relevant to public opinion. If a politician is accused of corruption and there is evidence of this, he or she will be the subject of special attention by media criminology, until the politician, as in almost every case, is released by virtue of due process violations. If at some other time the moral panic is based on sexual harassment or sex panic (Lancaster, 2011), media criminology will create the perception that all men are sexual harassers, thus taking advantage of feminist causes to introduce punitivist ideas into their discourses. Rather, the media overexploits the news about crime, whether it be morbid crimes or crimes committed by poor youths. However, since most crimes are committed by poor people, then these crimes will have greater visibility in the media.

2. The Victim. The image of the victim occupies the front and center of media criminology. The word of the victim in the pub-

lic sphere arouses social fury. With regard to certain crimes, “*A vítima tem sempre razão*”, that is, “the victim is always right” (Bosco, 2022, p. 17). The victim, as Daniele Giglioli puts it in a fearless essay,

[i]s the hero of our time. Being a victim grants prestige, demands to be listened to, promises and fosters recognition, activates a powerful generator of identity, of right, of self-esteem. It immunizes against any criticism, it guarantees innocence beyond reasonable doubt. How could the victim be guilty or responsible for anything? (Giglioli, 2017, p. 11)

Talking about the victim is complicated. In the age of the victim any discussion that casts doubt on the victim’s testimony must be rejected and immoralized. The victim should not be confronted. For media criminology, the victim of a violent crime represents the best way to institutionalize moral panic in society. There is an overexposure of the dead victims’s bodies or the survivor’s testimonies. At first glance, it might be tempting to think that the media cares a great deal about the victims. But this is far from correct. The body of the dead victims, the testimony with rage, the pain of the surviving victim, is used to increase the rating of the news, not to seek justice. Media criminology knows how to use the victims, or to take advantage of visually shocking crimes such as sexual crimes against women, to infuriate society and demand disproportionate penalties from the legislature that judges need to observe.

3. The police. If criminals are labeled as dangerous beings, then police officers must be labeled in almost the same way. Any information that proves state agents’s crimes is maximized by the media to create moral panic towards state police agencies. It is clear that not all police officers are honest, but it is also not true that all police officers are corrupt and violent. Ironically, the mass media as well as the hasty reading of philosophers such as Benjamin (Benjamin, 1999), Foucault (Foucault, 1975) and Agamben (Agamben, 2003),³

³ I am by no means opposed to reading such philosophers. Indeed, they are very important philosophers. However, they deserve to be read systematically and critically, beyond the superfluous readings made by legal theorists.

coincide in presenting the police as an arbitrary and irrational power. However, the social labeling of the police is also accompanied by an aesthetic valuation. The physical appearance of police officers is seen as an expression of their work ethic. The lack of discipline over the body is a lack of moral rigor. An excess of body fat is an absence of moral virtue. A confusion of an ethical judgement with an aesthetic judgement. After all, according to Álvarez, for “the society of exposure, fatness is a moral disease” (Álvarez, 2021, p. 293). The Latin American policeman is often the object of crude comparisons with the elite police of the United States and even with policemen in entertainment series by virtue of their different physiques.

If police officers are corrupt, the same can be said of public defenders, prosecutors and judges. All of them are perceived as negligent and corrupt bureaucrats who, for merely procedural reasons, end up freeing criminals who will then go on to commit the most atrocious crimes. The mass media knows how to exploit the procedural errors and corruption of some judges and public attorneys. According to Zaffaroni, the media “set up a show that presupposes an omnipotent State that if it did not prevent the misfortune was due to negligence or inefficiency, which sets in the collective imagination the dangerous idea that the State must be omnipotent” (Zaffaroni, 2011, p. 385). This will increase the resentment and distrust of the people towards any institutional authority.

4. The Vigilante (The Punisher). Faced with the corruption and ineffectiveness of the rule of law, the figure of the vigilante becomes the restoration of justice in its purest—and most retributive—sense. No matter how much the vigilantes are criticized, in some societies they will always have more legitimacy than authority. They are the ultimate reconciliation between legality and legitimacy. The neighborhood vigilante reconciles the ideal dimension of law with the real dimension better than Robert Alexy would think. The force of law of the vigilante, located outside the law, is experienced by society as a genuine act of justice and the basis of authority, because it goes beyond formal law and its guarantees in favor of criminals. Ferrajoli’s garantism, in the face of the vigilante’s re-

volver, has little chance of survival. In the face of society, the vigilante is a man of justice; garantism, a supporter of criminals.

Therefore, media criminology will provoke a moral panic that will open the Pandora's box of punitive populism. Ratings benefit media criminology over a critical-academic discourse. Moral panic or fear affects the whole society. However, there is something more to say about fear; it can turn into hatred, rage, resentment, feelings that will engender punitive populism from within society itself. Fury, in Nussbaum words, is the daughter of fear (Nussbaum, 2018, p. 84). And fury will now be enhanced in the digital age through social media. Therefore, the focus of the next section will be centered in social media and punitive populism.

IV. Punitive populism and social media

Perhaps the most noteworthy subject of my book revolves around the relation between social media and punitive populism. This topic deserves some remarks. Much has been written about the relation between the mass media and media criminology, but not much has been written about the relation between social media, public moralism and punitive discourse. This is a novel topic in the field of criminal law and criminology for several reasons. Reflections on the digital age have given rise to suggestive reflections on the manipulation of our brain in the face of the cognitive market of information (Bronner, 2022) or the display of moral virtues as a status symbol (Hübl, 2024). In my reflections on punitive populism, however, I did not address these issues in as much depth as I would have liked, but I can point to the consequences of influencers and moralism for the criminal justice system.

Apparently, our digital age have fulfilled the dream of a faster and horizontal communication. The official news are contrasted and questioned by people who now gain visibility in the digital age. Knowledge is no longer spread by elite people and experts, but by anyone who may even have more followers. But this dream also

generates issues that impact the criminal justice system. Our digital era is no stranger to society's emotions of fear or anger. Rather, the digital era amplifies these emotions and take them to a new level. In social media, people reflect an image to others. By being exposed to the gaze of others, the moralistic representation impacts on the punitive culture.

Social media favor those who exalt their moral virtues. Being a digital warrior and not an analytical philosopher generates greater interest in the digital community. The emergence of woke thinking and cancel culture account for this exaltation. By virtue of the moralistic outbreak in social media, many people will show that they possess certain moral virtues and awareness of social, sexual and racial injustices in order to identify with other people and gain legitimacy. Moralism, however, should not be identified with morality. John Kekes correctly states what is meant by moralism:

Moralism is the misguided tendency to exaggerate the moral importance of what has little or none. Led by this misplaced emphasis, moralists arrogate to themselves a spurious authority to judge others. They cultivate a hyperactive sensitivity that finds serious moral problems behind ordinary, customary practices, and condemn those who resist their bullying for colluding in immorality. (Kekes, 2014, p. 101)

There has been talk of cultural, human, social and erotic capital, but little has been written about that capital that is eagerly sought after in social networks: moral capital, a precious good (Hübl, 2024, p. 125-126). This form of public moralism, correctly seen by Hübl as a moral spectacle (*Moralspektakel*), however, claims an active stance against social problems and enemies, a stance that is usually both emotional and punitive. Hence I can sustain the following thesis: there is no moralism without punitivism and there is no punitivism without moralism.

Social media extend the exposure of crime news that belong to the traditional media field and amplify social resentment. Social networking sites like Facebook or X become the preferred

way for citizens to express social rage regarding crime. This leads to the fact that accusations of corruption of politicians, sexual harassment of academics or cruel crimes are the object of social demands for justice. On the one hand, this seems to bring people closer to justice. On the other hand, this can produce severe effects on the legitimacy of the criminal law system. This is where problems concerning due process and social lynchings start.

In theory, accusations on social media could give rise to reasonable debates about the reasoning of the authorities. But nothing could be further from the truth. Once news of an accusation or crime spreads, superfluous and emotionally charged comments emerge on social media, harmful to the legitimacy and effectiveness of the criminal justice system. Criminal justice is an issue that concerns society and it is no longer enough for some experts to express comments that few people will understand. But this does not have to result in opinionators and influencers on X and Facebook, lacking the necessary expertise, being the ones to direct the investigations and judicial decisions of the criminal justice system. This kind of opinions will divide society and bring out the worst in it. In Bronner's words, "the most trivial and unremarkable event becomes a moral issue on which everyone must imperatively take a position. Every such event is an occasion for people to exhibit their moral intransigence and the beauty of their soul" (Bronner, 2022, p. 110). Do Bronner's words sound familiar?

Think, for example, of a politically incorrect comment or one that calls into question an anonymous accusation. If someone demands that the accused party defend himself against a victim's accusation as a basic rule of argumentation, he or she will run the risk of being lynched on social media for his alleged lack of sensitivity. One party must be morally destroyed and another is shielded against all confrontation. The status of victim confers "a form of adamic innocence; to others, a moral responsibility from birth" (Bronner, 2022, p. 113). As Giglioli has already noted with regard to the quarrelsome style of discussions, "the longer an Internet debate goes on, the closer one gets to a comparison with Hitler or the

Nazis” (Giglioli, 2017, p. 35-36). The epidemics of sensitivity in universities are a clear example of this. Questioning a group considered a minority carries the risk of being cancelled. Thus, epidemics of sensitivity, “which express the will not to expose oneself to contradiction, are often transformed into a reflection of censorship” (Bronner, 2022, p. 114).

The same counts for the impossibility of criticizing the punitive tendencies in social media. If a person questions punitive trends regarding a criminal reform or sanction, then he or she will be attacked with fallacious arguments or cancelled out by the opinion of influencers and their followers. 240 characters, written in an emotive tone, are worth more than a critical inquiry into the presumption of innocence beyond a reasonable doubt. Rather, the presumption of guilt must be categorically assumed in order not to be out of fashion. The effects of the so-called echo chambers of social media and their preference for bad news and media lynching override critical thinking.

The machinery of social lynching is very difficult to oppose because many media lynchings are based on a claim to correctness or justice, namely, the claim according to which the cause is just, objective, desirable, in moral terms.⁴ After all, in times of virtual moralism, who does not want crimes against the environment, women or animals to be sanctioned? Who could openly defend racism, classism, homophobia or misogyny? Even the most racist and classist teacher will adhere to the public punitiveness if someone is discovered with his or her same private prejudices, just as the most misogynist and homophobic teacher will upload on X or Facebook a profile picture with badges supporting feminism, and will not hesi-

⁴ In a recent paper I have further developed the idea of the claim of correctness (Nava, 2023a, p. 149-153), as Alexy puts it in his non-positivist account (Alexy, 2021, p. 36-40). In my view, the claim to correctness or to justice is raised not only by law, but by any authority or institution that aspires to be legitimate or morally justified. Even the critics of this claim will shield themselves under arguments that aspire to justify themselves to others. But this rational justification makes it more difficult to oppose the current moralism which, in the name of morally acceptable causes such as feminism and the fight against racism, introduces punitivist ideas into society.

tate to join the social lynching or cancellation of whoever is labeled as homophobic or misogynist.

Thus, punitive discourses are camouflaged with moral correctness, just what punitive populism requires to be incorporated into various progressive causes. Naturally, there will be people who will doubt the rationality of these punitive and lynching practices made by society. But in the face of the onslaught of virtual publications and popularity of those who begin the disqualifications towards certain subjects, they will have no other way but to join the defamation campaigns, because not even silence in the face of defamation is an option (“if you keep silent, you are on the side of the crime”, “you do not speak because surely you do not understand sisterhood”).

But no one is safe from these lynchings. To preach moralism and punitivism is easy and enjoyable. To suffer the excesses of moralism and punitivism is not. This is a lesson that people who have fallen into moralistic positions have had to feel in their own flesh to realize the disproportionality of punishment. We have seen how famous academics (renowned portuguese sociologist Boaventura de Sousa Santos) or progressist groups (“Poder Prieto” in Mexico), who have previously made moral judgments about injustices, when accused of sensitive issues, such as sexual harassment or cultural appropriation of the political agenda of excluded social groups, have been lynched. And the same goes for the application of cancel culture, hateful speech or penalties imposed on people who have preached moralism and punitivism through movies, music or opinions in social media and then were found to have made politically incorrect comments or illegal acts in some social network or video. The recent case of the rise and fall of the film Emilia Perez is quite illustrative in this regard.

I fully understand the anger in these cases. To abuse academic power and claim to represent disadvantaged groups in order to commit the same attitudes of privileged groups is something that deserves to be criticised. But caution must be exercised. Ilse Torres is right to point out that emotions play a determining role in the aspiration for just societies. But just as there would be emotions

with the potential to motivate behaviours that correspond to such relevant principles in our communities, there would also be emotions that are risky for their realisation (Torres, 2024, p. 26). Anger at unfounded accusations can be self-defeating for good causes.

We see the same thing when high punishments in social media are requested. One never knows when disproportionate punishments will be applied to innocent people. But it matters little or nothing. Modern societies have fallen into sustaining authoritarian penal sanctions, even knowing that these sanctions are ineffective against crime. The important thing here is to highlight the punitive characteristics that social media enhance with the public display of moral virtues. Various progressive, environmentalist, feminist, and animal rights positions have found on social media the ideal place to express their demands, but they have also succumbed to the idea of thinking that punitivism will solve the problems they fight against. This is perhaps a paradox that punitive populism can create through its expansion on social media. This will pave the way for authoritarian legislation to be developed with the support of a good part of these groups. The following section will explain the institutional problems of moralistic punitivism.

V. To legislate and to sanction

To cancel, to lynch, to incarcerate. Although these are differentiated forms of punishment, they are social and institutional expressions of disapproval of actions and crimes. In the face of serious crimes such as femicide, rape, kidnapping, robbery or extortion, society demands a response from the State. Doing nothing is not an option. However, criminal policy must be guided by specific parameters, guidelines or normative principles. Sanchez-Ostiz, based on principles theory, has developed a characterization of the principles of criminal policy (Sánchez-Ostiz, 2012). It is not necessary to present a development and critique of these principles here. It suffices to mention the three general principles and point out how punitive

populism gives priority to one of them over the other two competing principles.

These principles are the *Principle of Security*, the *Principle of Legality* and the *Principle of Respect for Dignity*. According to Sanchez-Ostiz, we have, "in the first place, the obligation to assure the foundations of social life (security in social life); followed, second, by the obligation to respect human freedom, therefore the ideal means to achieve the protection of social life will be norms and not factual instruments (legality as legal security), with all that entails; and third, that the dignity of the human being must be respected as such (respect for dignity in the means of protection)" (Sánchez-Ostiz, 2014, p. 528).

It can be seen that these principles, while not absolute, are in conflict. Incarceration, after a trial that complied with legal requirements, affects human dignity. But human dignity also imposes limits on criminal punishment. I am thinking for example of the prohibition of torture, the death penalty or disproportionate custodial sentences or the use of mandatory pretrial detention. Notwithstanding that these principles seek to limit legislative discretion, with punitive populism the notion of proportionality between the offence and the sentence is at risk. Thus, the legislature requires punitive populism to persuade society that there is a dangerous enemy or them against whom disproportionate measures must be taken.

Carl Schmitt, in *Der Begriff des politischen*, points out correctly that all politics involves a distinction between friend (*Freund*) and enemy (*Feind*) (Schmitt, 2009, p. 25). In the same way, punitive populism appeals to the right causes to create enemies within society. Whether it is the urban outcast (Wacquant, 2008), the indigent, the migrant, the young person living in the peripheral suburbs, punitive populism requires the creation of a common enemy to impose an authoritarian penal policy. In Latin America the poor youth will be labeled as delinquent, while in Europe migrants will be the target of attack of penal populism. Enzo Traverso has pointed out how Marine Le Pen in referring to migrants does not appeal

to racist issues, but appeals to human rights to defend French women against Islamic obscurantism (Traverso, 2023, p. 30).

Experts will obviously be quick to criticise a criminal policy that prioritises the principle of security. But it should be noted that it is now up to the influencers the *editorialization of the world* (Bronner, 2022, p. 158). The crime policy that will sell and convince the most will be the one that promises to end insecurity at any cost. Hence, the principle of security of social life will have greater weight with respect to the principle of legality and respect for dignity. And such punitive policies will have in some countries democratic support. The best example of this is El Salvador's President Nayib Bukele. In March 2022, Nayib Bukele, self-proclaimed as "world's coolest dictator", introduced an state of exception that suspended certain fundamental rights, including due process, with the claim of restoring security to citizens that suffered extreme violence by street gangs. As a part of Bukele's public security strategy, he opened the *Terrorism Confinement Center (Cecot)*, El Salvador's maximum security prison. Despite criticism from academic and human rights groups, Bukele's popularity did not decline, but even allowed him to have admirable democratic legitimacy. Not only did he obtain a supermajority in Congress, but in 2024 his popularity is around 87 percent.

Bukele has such confidence in his democratic support that he even invited Luis Arturo Villar Sudek, a Mexican influencer ("Luisito Comunica"), to do a report on this maximum security prison. This influencer, far from criticizing human rights violations, left this prison with "a certain sense of relief and empowerment", and later took some photos with the "world's coolest dictator". So far the video has more than 4100000 views on Youtube.⁵ This confirms the social support of punitive populism. And the same can be seen with respect to authoritarian policies such as mandatory pre-trial detention or even extrajudicial executions: society usually supports these

⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=69qKUoGhoQo>. Last revised on September 4, 2024.

illegal policies or actions. The arrival of Javier Milei to the Argentine presidency also announces the introduction of “iron fist” (“*mano dura*”) policies against crime. With notable exceptions such as Pablo Stefanoni’s ingenious reflections concerning how to read the right and some early warnings about phenomena that may still be embryonic or marginal but with expansive potential (Stefanoni, 2022, p. 197), various democracy theorists did not take Milei’s candidacy seriously, and now that he is in charge punitive policies have been announced. Milei has even said recently that Argentina “is a blood-bath because of Zaffaroni’s ideas”.⁶

But not only countries with right-wing governments regard punitive populism as a primary policy. In Latin America, left-wing governments have also succumbed to punitive populism. In Chile, the National Congress has passed laws that emphasise the punitive nature of law enforcement. Of the 54 bills passed up to May this year, 60% are dedicated to increasing penalties, establishing prison sentences or limiting parole options (Fuentes, 2024). The same can be said of Mexico. Currently, the Mexican legal system continues to apply mandatory pre-trial detention, despite the fact that it is not compatible with international obligations under the American Convention on Human Rights, as pointed out by Arnulfo Daniel Mateos (Mateos, 2023). Mandatory pre-trial detention, as a precautionary measure, clearly needs to be subjected to a proportionality analysis (Mateos, 2024, pp. 253-254): But, still, it continues to be applied for reasons based on giving greater weight to the principle of security. Regardless of the assumed conceptions of punishment (Torres, 2025), which, as I have pointed out in my last book, were a matter for classical philosophers such as Hobbes, Feuerbach, Kant, Fichte or Hegel, all of whom saw that in order to understand the basis of punishment one must delve into the nature of the human being and society (Nava, 2023b, p. 169), punitive populism aims at making prison sentences the preferred punishment of choice. Judges will have to punish with imprisonment in order

⁶ <https://www.youtube.com/shorts/vhT3Bmbgu9Q>. Last revised on September 4, 2024.

to have the legitimacy of the punitive society. An interesting paradox arises here, highlighted by Massimo Donini: “Penal populism therefore is an expression of *criminal demagoguery* (*demagogia penalistica*) equally divided between legislation, politics and the judiciary, where the judiciary, which initiated it, also takes on the paradoxical task of containing it” (Donini, 2020, p. 13).

Against this scenario, judges who do not punish people considered criminals will be subject to social criticism or even be suspended. Precisely, in the context of political polarization (Flores, 2014, pp. 103-117), the judicial branch will be criticized for being unresponsive to popular demands for justice claimed by civil society⁷ As Alejandro Sahui points out, Schmitt’s ghost appears in the configuration of institutions that encourage the participation of the people without deliberative instances of mediation (Sahui, 2024, p. 97). In this sense, measures such as mandatory preventive imprisonment or disproportionate penalties will be in line with the fury of a society that is tired of crime and impunity. The greater the degree of media coverage of the crime, the greater the penalty imposed. The greater the degree of social resentment, the greater the penalty imposed. In this scenario, the proper interpretation of the law or the rational analysis of the evidence will be of little importance. The judge thus either becomes a representative of social irrationality by reaffirming media trials, or he becomes an enemy of the people’s affections by following rules such as due process. Seen in this light, punitive populism is preparing its triumphal march.

⁷ The judicial branch, labeled as conservative, is usually one of the preferred targets of punitive populism. In this regard, Jan-Werner Müller rightly points out that “the populist ideal became reality in the form of strengthening the executive while diminishing the power of the judiciary and/or staffing judicial offices with partisan actors. Thus the new constitutions helped decisively in the populist project of «occupying the state,» as the shift to a new constitution justified the replacement of existing office holders” (Müller, 2016, p. 66).

VI. Is there a way to resist punitive populism?

So far it might seem that there is nothing to do against punitive populism. As I write these lines a number of progressist groups, citizens and legislators still consider disproportionate punishments as more important than any other policy to fight against crime. The persuasive effects of punitive populism require direct confrontation, and not a mere contemplation of reality. I believe that one of critical criminology's merits was to put criminal policy and current criminal biases under scrutiny. But critical criminology's discourse was unable to come up with a proposal to criticize and change populist criminal policies. I am aware that crime prevention necessarily involves minimal criminal law and non-criminal policy. Hence, I fully adhere to Ferrajoli's latest reflections in order to refound penal garantism and to advocate for "*un diritto penale minimo e un diritto social massimo*" or "a minimum criminal law and maximum social law" (Ferrajoli, 2024, p. 278). This is a formula that should be universally valid in any state under the rule of law.⁸

I believe, however, that more can be added regarding the influence of punitive populism on civil society. This is where I think my ideas can contribute further. For this reason, I present a normative proposal to contain punitive populism. The starting point consists in recognizing the dual dimension of criminal law. In the field of the philosophy of law, Alexy presents the thesis of the dual nature of law. According to this thesis, the "factual dimension is represented by the elements of authoritative issuance and social efficacy, whereas the ideal dimension finds its expression in the element of moral correctness" (Alexy, 2021, p. 36). Thus, coercion and correctness are presented as two sides of the same dimension. For-

⁸ When I refer to the idea of rule of law, I want to emphasize the normative idea of a system of government in which its authorities are constrained by law. In order to accomplish that idea, States divide the government powers in different branches and entrench civil liberties in constitutional walls (like due process and equal protection under the law). Of course, I am aware that, strictly speaking, different notions used to refer to the rule of law are not equivalent (i.e., "Rechtstaat", "Estado de Derecho" or "Regle de Droit"). In this regard, see: Mora-Sifuentes (2021, p. 103 ff).

unately, it is not necessary to develop this topic here. Suffice it to say that in general terms criminal law shows the extremes of the separation between the two dimensions. On the one hand, coercion “is necessary if law is to be a social practice that fulfils its basic formal purposes as defined by the values of legal certainty and efficiency” (Alexy, 2021, p. 30), while on the other hand, law, as a social practice, claims to be legitimate in a moral sense.

Any explanation of institutional authority requires, in my view, to understand both dimensions of law. Criminal law without critical criteria or correctness is authoritarian law; without coercion, ineffective law. Authoritarian criminal law and ineffective law are often pathologies of legal systems. Punitive populism seeks to make criminal norms and institutions effective by increasing the coercive dimension, without taking into consideration the moral and legal validity of the measures, since it only seeks to gain or maintain political legitimacy at any cost. Thus, the critical or ideal dimension of law should require criminal law to take the human rights of the victim, the accused and the sentenced person seriously, in accordance with respect for the human dignity of all these parts and not to base its decisions on media or/and political criteria. Likewise, the factual or real dimension of law must demand from criminal law that judicial decisions respect the principle of legality, and, at the same time, be effective to a high degree. Both dimensions need each other for the penal system to acquire legitimacy in the face of a society that lost its confidence in criminal justice system and its institutional responses to crime. The critique of punitive populism must attack the fallacious and perverse representations of media criminology and social media. Some past reflections may be of interest here.

The task of a critique of punitive populism can be summarized as that of expounding its relation to moralism and social media. Since punitive populism can be assumed by any political party or government, one must be critical even of personal political preferences. This is not easy, since one can agree with the general idea of a liberal or distributive policy and still criticize the criminal legislation of the government or opposition. In the same way, a frontal

critique must be made of the media's cognitive biases towards subjects considered criminals, since they are mostly biases linked to social inequality and xenophobia.

In the same way, society also needs to understand that empathy toward victims should not be reduced to encouraging media or physical lynching and calling for disproportionate penalties. Nussbaum is right when she reminds us that we should not support victims in satiating their desire for revenge, but rather subsidize some kind of therapy to help them face what happened to them (Nussbaum, 2016, p. 196). In this sense, it is essential to seek that the damage, as far as possible, be repaired, and, above all, the authorities should not resort to public apologies to the victims as a form of political ritual (Lübbe, 2003), but rather be concerned with preventing people from becoming victims of other crimes, either by criminal actions or by the actions and/or omissions of State's authorities.

I should also recall something fundamental regarding the communication of the authority with society. There will be media cases linked to criminal justice that might divide public opinion. In some cases due process and the presumption of innocence will even be considered legal formalisms in favor of criminality. In these cases, it is necessary that the prosecutors of the criminal law system offer society the clearest and most precise explanation of its institutional reasonings. This will minimize the resentment of society, derived from an understandable discomfort with certain controversial decisions. Torres states correctly that "the most significant challenge in the criminal law field is how to configure a system that allows us to avoid or limit the harm we do to ourselves [...] without the need to add more pain" (Torres, 2024, p. 195). However, I would add that disagreement about such polemic cases is inevitable, but the reduction of procedural injustices and impunity is essential to resist punitive populism. Due process is not corruption or ineffective formalism, but a basic guarantee of the rule of law.

Finally, the critique of punitive populism must also be made in social media, since the flow of information in the digital age cannot

yet be regulated (Barberis, 2020).⁹ Even if pain and anger at crime lead citizens to demand higher penalties, caution must be exercised. This implies not giving any public opinion, accusation or denunciation the character of a definitive truth. Notwithstanding the fact that social media ecochambers and influencers begin to promote resentment, it is a priority to assume a critical and analytical position to convince society that punitivism, without respect for the presumption of innocence, judicial impartiality or the verification of facts, is a merely emotive response that encourages authoritarian legislations. In Bronner's words:

The use of analytical thinking, critical thinking, and what we generally call our rationality requires a slower, more energizing, and therefore more painful mental pathway that cannot always compete with instant cognitive pleasures. [...]

Let us repeat it firmly: there is a very steep slope that leads us to cognitive demagoguery, to fascination with the negative and that, in general, allows the dark side of the cognitive apocalypse to prevail; however, that slope is not irresistible. (Bronner, 2022, p. 262)

In this sense, whoever assumes to be a critic of punitive populism will be an uncomfortable person, because, as Zaffaroni says, "[H]is permanent dysfunctionality for punitive power -which constantly drives for its expansion and decontrol- will make him eternally uncomfortable" (Zaffaroni, 2011, p. 622). This choice implies being, at times, an uncomfortable person for a good part of the media, civil society, the political power and the judiciary. Any person who expresses a dissident voice on social media runs the risk of being vulnerable to identitarian and dogmatic attacks. I say it again: in populist times, no one is immune. This is the price to pay in a pu-

⁹ In *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Mauro Barberis presents a proposal for dealing with media populism: public and international regulation of the Internet. However, the technical and political problems involved in this remedy are very difficult to implement, as Barberis acknowledges (Barberis, 2020). This book has been recently translated into Spanish (Barberis, 2024).

nitive society. But it is also the value to be gained in a society that, despite everything, still appreciates the rule of law and its virtue.

VII. Conclusion

What I have sketched here shows that punitive populism today is a much more complex phenomenon than the mere pursuit of electoral gain. The various social expressions of moralism in social networks, the culture of cancellation and physical lynchings are yet another manifestation of punitive populism that increases penalties and increases criminal standards. Not paying attention to these expressions is a categorical mistake. Therefore, my work presents not only a description of punitive populism, but also a strategy to confront this form of populism from the very manifestations that engender it, whether from an authoritarian government or from progressive groups that somehow think that criminal law is their ally in fighting against any kind of injustice. Our political imagination needs to defend the legacy of humanist ideas with equal rigor and sensitivity. If punitive power, which derives from political authority, aspires to social legitimacy, then it should not forget to protect individuals from savage powers and authoritarian state measures. Perhaps it is time to take society's punitive claims seriously. Explaining how all these punitive manifestations hang together, and seeking to neutralize them, even at the cost of being censored or canceled, is a good place to start.

VIII. References

- Agamben, G. (2003). *Lo stato di eccezione*. Bollati Boringhieri.
- Alexy, R. (2021). *Law's ideal dimension*. Oxford University Press.
- Álvarez, Á. (2021). *Filosofía de la apariencia física*. Taugenit.
- Anselmi, M. (2018). *Populism. An introduction*. Routledge.

- Atzeni, C. (2023). Il populismo penale come specie del populismo politico: alcune questioni teoriche. *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, XV(2), pp. 24-33.
- Atzeni, C. (2024). L'uso populista del diritto tra etica pubblica e controllo sociale. *Ordines - per un sapere interdisciplinare sulle Istituzioni europee*, 1/2024, pp. 329-342.
- Barberis, M. (2020). *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*. Chiarelettere.
- Barberis, M. (2024). *Cómo internet está matando a la democracia*. Palestra.
- Benjamin, W. (1999). *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze. Mit einem Nachwort von Herbert Marcuse*. Suhrkamp.
- Blokker, P. and Anselmi, M. (2020). Introduction. In P. Blokker and M. Anselmi (Eds.), *Multiple Populisms. Italy as Democracy's Mirror*. Routledge.
- Bosco, F. (2022). *A vítima tem sempre razão? Lutas identitárias e o novo espaço público brasileiro*. Todavia.
- Bottoms, A. (1995). The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. In C. Clarkson, and R. Morgan (Eds.), *The Politics of Sentencing Reform* (pp. 17-49). Clarendon Press.
- Bronner, G. (2016). *Belief and Misbelief Asymmetry on the Internet*. Wiley-ISTE.
- Bronner, G. (2022). *Apocalipsis cognitivo. Cómo nos manipulan el cerebro en la era digital*. Paidós.
- Clifford, K. and White, R. (2017). *Media and Crime: Content, Context and Consequence*. Oxford University Press.
- Donini, M. (2020). Populismo penale e ruolo del giurista. *Sistema Penale* (pp. 1-22).
- Ferrajoli, L. (2024). *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*. Laterza.
- Flores, I. (2014). The Problem of Democracy in the Context of Polarization. In Cudd, A., and Scholz, S. (Eds.), *Philosophical Perspectives on Democracy in the 21st Century*. Springer.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Gallimard.

- Fuentes, C. (2024). <https://www.revistaanfibia.cl/la-paradoja-de-encarcelar/>
- Giglioli, D. (2017). *Crítica de la víctima*. Herder.
- Hübl, P. (2024). *Moralspektakel. Wie die richtige Haltung zum Statussymbol wurde und warum das die Welt nicht besser macht*. Siedler.
- Kekes, J. (2014). *The Nature of Philosophical Problems. Their Causes and Implications*. Oxford University Press.
- Jewkes, Y. (2015). *Media and Crime*. Sage.
- Lancaster, R. (2011). *Sex Panic and Punitive State*. California University Press.
- Lübbe, H. (2003). «*Ich entschuldige mich*» *Das neue politische Bußritual*. Berliner Taschenbuch Verlag.
- Mateos Durán, A. (2023). La estructura de la ponderación convencionalizada. Criterios para el control judicial de la prisión preventiva oficiosa. *Revista Penal México*, 12(23), pp. 115-135.
- Mateos Durán, A. (2024). La prisión preventiva oficiosa a través de la dogmática de los derechos fundamentales. Fundamentos y desarrollo de su test de proporcionalidad. *Revista Penal México*, 13(25), pp. 247-274.
- Müller, J. (2016). *What is Populism*. University of Pennsylvania Press.
- Mora-Sifuentes, F. (2021). *Legalismo y constitucionalismo*. Tirant Lo Blanch.
- Nava, A. (2021). *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*. INACIPE/Zela.
- Nava, A. (2023a). La pretensión de corrección y los límites morales del derecho. In G. Villa Rosas, C. Toledo, A. Nava and A. Mateos (Eds.), *Derecho, argumentación y ponderación. Ensayos en honor a Robert Alexy*, Universidad Externado de Colombia.
- Nava, A. (2023b). *Filosofía política de la pena. Una lectura acerca de los fundamentos filosóficos de la pena estatal*. INACIPE.
- Nava, A. (2024). *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal*, Castelvecchi.
- Nussbaum, M. (2016). *Anger and Forgiveness Resentment, Generosity, Justice*. Oxford University Press.

- Nussbaum, M. (2018). *The Monarchy of Fear: A Philosopher Looks at Our Political Crisis*, Oxford University Press.
- Pratt, J. (2007). *Penal Populism*, Routledge.
- Puhle, H. (2020). Populismos en el Siglo XXI. In J. de la Peña, G. Leyva, M. Lutz-Bachmann and A. Ortega (Eds.), *Populismo y globalización en el Siglo XXI*. Siglo XXI.
- Sahuí, A. (2024). *Constitucionalismo reflexivo: derechos humanos y democracia en las sociedades complejas*. Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons.
- Sanchez-Ostiz, P. (2014). Towards a Re-Principled Criminal Law. *Transnational Legal Theory*, 5(4), 511-540.
- Schmitt, C. (2009). *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*. Duncker & Humblot.
- Stefanoni, P. (2022). *¿La rebeldía se volvió de derecha? Cómo el antiprogresismo y la anticorrección política están construyendo un nuevo sentido común (y por qué la izquierda debería tomarlos en serio)*. Siglo XXI.
- Schwind, H. (2001). *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*. Kriminalistik Verlag, 2001.
- Torres, I. (2024). Sobre los fundamentos normativos del derecho penal. *Xipe Totek: Revista trimestral del Departamento Filosofía y Humanidades ITESO*, 32(120), 167-199.
- Torres, I. (2024). Emociones retributivas y castigo. *Miscelánea Filosófica αρχή Revista Electrónica*, 7(20), 1-36.
- Torres, I. (2025). El debate normativo sobre el castigo en la justicia penal. *Revista Penal México*, 14(26), pp. 111–150.
- Traverso, E. (2023). El fascismo como fenómeno transhistórico. In M. Estupiñán and R. Rodríguez (Eds.). *Retóricas de la derecha radical*. Mimesis.
- Wacquant, L. (2008). *Urban outcasts: A comparative sociology of advanced marginality*. Polity Press.

Zaffaroni, E. (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Ediar.
Zaffaroni, E. (2013). *La cuestión criminal*. Planeta.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Nava Tovar, Alejandro, "Toward the critique of punitive populism", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19531. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19531>

APA

Nava Tovar, A. (2025). Toward the critique of punitive populism. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19531. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19531>

¿Jueces como protectores del Estado? Sobre populismo, democracia y Estado de derecho en México

Judges as a State gatekeepers? On populism, democracy and rule of law in Mexico

Francisco M. Mora-Sifuentes

 <https://orcid.org/0000-0002-9881-2730>

Universidad de Guanajuato. México
Correo electrónico: fm.mora@ugto.mx

Recepción: 6 de octubre de 2024

Aceptación: 2 de diciembre de 2024

Publicación: 3 de marzo de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19592>

Resumen: El presente trabajo ofrece una visión de conjunto sobre las relaciones entre populismo, democracia y Estado de derecho, a fin de proyectarlas a la reciente reforma judicial en México. Para ello, en la primera parte, más que proporcionar “la” definición del populismo, se identifican diversas notas caracterizadoras del fenómeno presentes en la literatura con la intención de elaborar un marco de referencia. Luego, se plantea una concepción normativa tanto de la democracia como del Estado de derecho para advertir también cómo el populismo puede presentar algunos puntos de conexión con ellas. En opinión del autor, la reforma judicial en México puede considerarse como un triunfo de la retórica populista y de la lógica de lo político que lo acompaña. Dos son los argumentos principales. El primero es que al destituir a todos los juzgadores para que sean elegidos por medio del voto popular, se está anulando al poder judicial como órgano independiente y trastocando el principio de división de poderes. El segundo es que el establecimiento del Tribunal de Disciplina Judicial introduce cierto decisionismo político al interior del sistema jurídico que condiciona el actuar de la futura rama judicial, pues queda desprovista de las garantías de independencia e imparcialidad que para su adecuado funcionamiento necesita. Después de señalar algunos aspectos problemáticos sobre su futura implementación, el ensayo concluye con una nota de optimismo.

Palabras clave: populismo; democracia; Estado de derecho; independencia judicial; politización de la justicia.

Abstract: This paper aims to provide an overview of the relationships between populism, democracy and the rule of law, in order to project them into the recent judicial reform in Mexico. In the first part, rather than providing “the” definition of populism, the author identifies various key characteristic of the phenomenon found in the literature with the intention to establishing a reference framework. A normative conception of democracy and the rule of law is then developed to highlight how populism may share certain points of connection with them. In the author’s opinion, this judicial reform in Mexico can be considered a triumph of populist rhetoric and his logic of the political. There are two main arguments. The first is that by dismissing all judges, both federal and from the sub-national level, and having them elected through popular vote, the judicial branch is being dismantled as a independent body, thereby underminig the principle of separation of powers. The second is that the creation of the “Court of Judicial Discipline” introduces a form of “political decisionism” into legal system, which influences and actions of the future judiciary, as it is deprived of the guarantees of independency and impartiality required for its proper functioning. After pointing out some problematic aspects regarding its future implementation, the essay concludes on a note of optimism.

Keywords: populism; democracy; rule of law; judicial independence; politicization of justice.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Populismo everywhere*. III. *Democracia*. IV. *Estado de derecho*. V. *¿Jueces como protectores del Estado? Sobre la reforma al Poder Judicial en México*. VI. *A modo de conclusión*. VII. *Referencias*.

El juez, a diferencia de los órganos del poder legislativo y del ejecutivo, no debe representar mayorías ni minorías. Y el consenso del electorado no sólo no es necesario, sino que puede incluso ser peligroso para el correcto ejercicio de sus funciones de averiguación de la verdad y de tutela de los derechos fundamentales de las personas juzgadas por él.

Luigi Ferrajoli

I. Introducción

Bastante se ha hablado de populismo en México y cómo su retórica ha permeado a diversos espacios de la vida pública nacional. En esta contribución académica, sin embargo, voy a referirme a uno de los aspectos más perniciosos en la lógica de degradación

de las instituciones que suele acompañar a dicho discurso: el avance sobre la independencia del poder judicial. Creo que la reciente reforma constitucional en nuestro país puede tenerse como ejemplo de lo anterior y sobre ello me gustaría incidir. Para tal finalidad, en la primera parte, me referiré al populismo como fenómeno a fin de identificar algunas de sus notas características. Luego, elaboraré una concepción normativa de democracia liberal y del Estado de derecho, con la intención de hacer patentes los retos que el discurso populista les plantea, así como sus posibles puntos de conexión. Considero que es la idea de democracia la vía más interesante para teorizar los vínculos y problemas del trinomio populismo/democracia/Estado de derecho. Ahora bien, soy consciente de que mi forma de proceder es ambiciosa, dada la magnitud e importancia de los conceptos en cuestión. Pienso, con todo, que solo desde una perspectiva amplia pueden advertirse las complejidades del tema que nos ocupa. En la última parte de mi escrito, volveré a las motivaciones expresas de la reciente reforma constitucional en México, publicada el 15 de septiembre de 2024 en el *Diario Oficial de la Federación*, por virtud del cual se remueve a todo el estamento judicial. Dadas sus implicaciones puede considerarse un triunfo del populismo y ello queda sintetizado en la que fue su idea directriz: convertir a los jueces en “protectores del Estado”.

II. Populismo everywhere

Los estudios sobre populismo, qué duda cabe, han sido una constante en los últimos años.¹ Sin embargo, no existe acuerdo sobre sus notas características en la copiosa literatura sobre el tema. Por ello, una estrategia para introducirse a dicho discurso pasa por entender al populismo como un término que aglutina el descontento y la crisis de las democracias representativas. Esto es, el concepto refiere diversas manifestaciones sobre el hartazgo del ejercicio presente

¹ Una búsqueda rápida en Google Scholar (2024) el término “populism” arroja casi 600,000 resultados.

de la política, de sus instituciones, cierto desencanto de la idea de progreso y bienestar social —o miedo al futuro, si se quiere—; todo lo anterior, en un contexto de vertiginoso cambio tecnológico. Pues bien, la preferencia por esta forma de aproximarnos al objeto de estudio parte del hecho ya señalado: la inexistencia de una definición perfectamente delimitadora de lo que el populismo sea. Esto puede explicar también por qué algunas definiciones, las más ambiciosas, pretenden incidir en cada uno de los factores o “causas” del fenómeno, en un afán de ser omnicomprensivas. Otras definiciones de populismo, en cambio, son de carácter más formal o analítico y, por el contrario, buscan reducir la complejidad del fenómeno a su mínima expresión con la intención de dotarse de un punto de partida para sus investigaciones. Aquí me limitaré a algunas notas que estimo relevantes para los fines de mi ensayo.

En primer lugar, el populismo no es una ideología, no es un conjunto coherente de ideas defendidas desde una visión determinada. El populismo, más bien, es una *forma de acción política*, una suerte de *performance*, que se nutre de cierta retórica. Para Ernesto Laclau, por ejemplo, el populismo no es una ideología en cuanto tal, sino que representa algo más amplio, esto es, una suerte de respuesta contra el neoliberalismo —sea lo que sea que este signifique—. Como se sabe, desde la perspectiva de *lo político*, es decir, de la acción y política real, tanto Laclau como Chantal Mouffe han sido referentes para asaltar el discurso público con una praxis específica. Lo importante desde esa esfera de la acción es incidir en la creación de identidades políticas, la anhelada construcción de un “nosotros” aglutinador, a partir de la inevitable heterogeneidad y conflictividad social, es ésta la *Populist Reason* (2005). Como se advierte, la huella de Carl Schmitt es patente aquí. Se recordará que en su crítica al liberalismo afirmaba que su *telos* descansa en la despolitización de la vida social a través de la técnica. Es esta última la que vendría a ser el punto culminante de la modernidad en la medida que proporciona la posibilidad de finalizar la política entendida como enemistad, la neutralización de la guerra amigo-enemigo (Schmitt, 1991). Pues bien, sabemos que para Mouffe

la política liberal termina en la simple administración y, retomando los motivos de Schmitt, plantea, en cambio, un “agonismo” como la lucha por lo político (2007). Esa lucha por construir un enemigo es central en la consolidación del populismo como praxis. Ernesto Laclau llegó a sentenciar que “no hay populismo sin una construcción discursiva del enemigo” (2005b, p. 59).

En segundo lugar, el concepto posee tanto una dimensión descriptiva como una prescriptiva. De un lado, el populismo se utiliza para caracterizar regímenes en los que suele exaltarse la figura de un líder que dice encarnar el “sentimiento popular”, un sentimiento que es, por lo general, de descontento o de rabia social (Urbinati, 2020). Se trata de una estrategia en la que “un líder personalista busca o ejerce el poder gubernamental basándose en el apoyo directo, no mediado ni institucionalizado de un gran número de seguidores, en su mayoría no organizados” (Weiland, 2001, p. 14). Este es uno de los motivos por los que la literatura sobre el tema encontraba, y encuentra, su campo más propicio en los regímenes latinoamericanos. Nuestros países, marcados por las crisis económicas recurrentes, las desigualdades económicas lacerantes, la rampante corrupción de la clase política y social, así como la escasa institucionalización de los mecanismos del Estado de derecho, constituían el fermento perfecto para liderazgos populistas. Sin embargo, el concepto sirve hoy para describir regímenes que considerábamos consolidados, democracias europeas o inclusive la propia vida política estadounidense. Quizá 2016 marcó el ascenso estelar del populismo en las sociedades occidentales: el triunfo de Donald Trump en las elecciones estadounidenses, el sí al Brexit en el Reino Unido, o el rechazo popular al referéndum de paz en Colombia, además de ser un *annus horribilis* para la democracia (Mora-Sifuentes, 2017, p. 27), constituyeron un nuevo clímax para la dimensión descriptiva del concepto. En México, 2018 marcó nuestro particular “momento populista”.²

² Es verdad, debe señalarse que ese momento populista estuvo en no poca medida impulsado por el escándalo del “sexenio de la corrupción”, como se ha llamado período en el gobierno del último presidente priísta Enrique Peña Nieto (2012-2018), pero también por la

De otro lado, el populismo también posee cierta dimensión prescriptiva: apela a la idea de que el mejor gobierno tiene que considerar las opiniones e intereses sociales desde la más amplia perspectiva posible. Esto lo emparenta con el concepto de democracia, por supuesto, toda vez que el populismo también exige hacer suyas, sin exclusiones, las demandas de aquellos que de forma sistemática son expulsados de los canales y de la representación política. Hay que tomarse en serio a los “otros”, a los que no tienen rostro en el espacio público. La tarea, por tanto, consiste en visibilizar a quienes por décadas su voz no ha sido escuchada, sino que resultan inexistentes para el sistema; en otras palabras, los “pobres” (Olivier de Sardan, 1990). Esta dimensión normativa del concepto, adviértase, va a una raíz importante: la trascendencia que para nuestra forma de vida tiene la autodeterminación política. De tal forma que incorporar la participación mayoritaria en la toma de decisiones públicas, frente a la mera agregación de intereses privados, es visto como una necesidad a fin de lograr que instituciones anquilosadas retornen al campo del interés general. Para recomponer el camino se estima perentorio una vuelta a lo común, se requiere una *democracia radical* (Mouffe, 2021), que no puede ni debe prescindir de la voluntad popular para las políticas y toma de decisiones públicas. Esto me lleva a la tercera característica.

El tercer elemento que hay que tener presente es que el populismo como concepto posee no solo una carga negativa sino también una carga positiva.³ Para graficar esta ambivalencia, Fernando Vallespín ha recurrido a la metáfora —contenida en el diálogo pla-

marcada crisis de credibilidad y gobernabilidad democrática al interior de los partidos políticos tradicionales en México —v. gr. PRI, PAN, PRD, PVEM, etcétera— con la consecuente erosión que ello supone tanto para la clase política como para todo el sistema democrático.

³ Esto sirve para distinguir el concepto en general de algunas de sus manifestaciones más específicas. Por ejemplo, por lo que respecta al populismo penal, Alejandro Nava Tovar —siguiendo una estrategia usada por R. Alexy para la definición del derecho— propone dos notas para determinar la naturaleza específica del populismo punitivo. La primera es la tesis de la exclusión de las medidas alternativas a la prisión. La segunda tesis es la desproporcionalidad de las penas. Y ambas notas poseen, a su vez, la común característica de que pretenden la legitimación por parte de la sociedad y también, como advierte Nava, que el populismo punitivo, a diferencia del populismo en general, *siempre tendrá una carga negativa*. Véase Nava Tovar (2021, pp. 16 y ss.).

tónico Fedro y que tanto gustaba a Jacques Derrida—de referirse al populismo utilizando la palabra griega *Pharmakon*. La misma sirve para designar un “remedio”, pero, también y, sobre todo, un fármaco es sinónimo de “veneno”. Esto es, la palabra designa tanto lo que te cura como lo que te mata, habiendo una antinomia interna que coexiste en ella y en la que los contrarios se necesitan. El populismo, al igual que el fármaco, se prescribe como la cura para la desafección de nuestras democracias representativas, se “receta” para combatir la captura del gobierno por élites carentes de solidaridad o empatía alguna, para combatir el inmovilismo. No son pocos los ámbitos desde los que se pide una mayor politización y democratización de la vida social, precisamente porque la participación en ella encarnada serviría para superar el *status quo* dominante. Dice el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid:

Creo que este es el caso del populismo en su relación con la democracia liberal: en *pequeñas dosis* sirve para tomar consciencia de qué es lo que no está funcionando en nuestros sistemas políticos y contribuye así a reconducir la situación. (Vallespín, 2018)

Sin embargo, el populismo también es el “veneno que mata” a nuestras democracias. Esta es la cara nociva del fenómeno. La retórica populista desconoce la indudable presencia de un pluralismo político razonable en nuestras sociedades. Y lo hace, por ejemplo, a través de simplificar los problemas de la gente, marcando una división social entre el pueblo bueno desposeído y unas élites malignas o atacando a quienes pongan en duda su programa por considerarlos enemigos del pueblo. Con ello, las sociedades y las opiniones se polarizan en extremos difícil de conciliar, convirtiendo la esfera pública en un circo mediático y no en el lugar común para la deliberación racional. Es su “babelización”, la conversión de los espacios de discusión en lugares en los que se asiste a una riña entre sordos, que suele culminar en la imposición, más por la fuerza que por el diálogo, de una postura particular (Vallespín,

2018). Además, el populismo enfatiza la lucha por las posiciones de poder, traducida en no pocas ocasiones en la cooptación de la institucionalidad vigente, que se ve colonizada por personas afines al movimiento populista de turno. Cuando eso sucede, se desactiva la función de control de órganos o poderes del Estado o, en el peor de los casos, se culmina con la destrucción de la institucionalidad democrática que permitió el arribo al poder al ahora grupo gobernante y que, una vez alcanzado, es tenida como ilegítima desde su interior.

Este es un aspecto crucial: el populismo es letal para el orden social toda vez que parte de una premisa opuesta a unidad dialéctica interna que encarna el Estado de derecho y la democracia representativa (Kirste, 2021). Como veremos enseguida, por definición, esta última es un tipo de democracia limitada, una en la cual hay determinados espacios o esferas inmunes a la decisión colectiva (comenzando por la propia definición de quién integra el *demos*). En su lugar, el populismo parece dar por buena la idea de soberanía popular “desnuda” engendrando con ello gobiernos de signo autoritario. Valida la premisa muy cuestionable que no puede haber nada que se resista o pueda constreñir el poder omnímodo de la mayoría, volviendo a una comprensión netamente política del texto constitucional. En nombre de una supuesta legitimación popular se arrasa con la institucionalidad existente, los derechos fundamentales adquiridos se someten al conteo de los votos o al regateo político y, en el peor de los casos, se busca establecer, más que un gobierno democrático, una suerte de dominación (sea de clase, popular, marxista, militarista, etcétera). La temida deriva totalitaria que la tradición liberal ha temido siempre que puede adquirir la idea de “soberanía popular” parece consumarse gracias a este tipo de discurso.

En cuarto lugar, la estrategia populista también posee cierta gramática o forma comunicativa que lo harían identificable. Por ejemplo, la apelación a una división social entre “el pueblo vs. las élites”; entre “conservadores vs. reformadores” y, desde la estrategia política, la búsqueda por la sumisión a un liderazgo perso-

nalista. Ahora bien, como ya mencioné, desde el punto de vista estrictamente comunicativo o discursivo se trata de unificar y apelar a un grupo en contra de otros grupos sociales, “el pueblo bueno” vs. “la oligarquía”. Además, el populismo hace uso de un gran número de recursos retóricos: la simplificación; la hipérbole, la antítesis, *pars pro toto*; así como un uso indiscriminado de falacias: *ad populum*; *ad hominem*, pendiente resbaladiza, entre otras (Nava Tovar, 2019). Es una situación social y política en el que la apelación a las emociones, a los sentimientos, es una constante. Es más: quizá resulte mejor decir que la política en sí misma se vuelve algo emotivo y moralizante (Rosanvallon, 2020). Por ello, posee gran atractivo en situaciones de descontento o desesperanza social generalizada. Algunos autores (Rodríguez y Robles, 2023) hablan incluso de una nueva “tendencia social comunicativa” en el que el aspecto emotivo prima sobre el racional, sentando las bases para otras manifestaciones asociadas al populismo tales como la polarización, a la que ya hice breve referencia, y la posverdad, de la que hablaré luego. Pero antes, el fenómeno también exige hablar del cambio tecnológico y su impacto en él.

Estamos transitando de una democracia de medios de comunicación hacia una democracia digital. Las redes sociales han supuesto una auténtica revolución en nuestra forma de comunicarnos y de entendernos, incluso, como individuos. De igual forma, representan un canal perfecto para la comunicación de los mensajes populistas. Según Manucci, esto es así, porque,

en primer lugar, los sujetos populistas de manera habitual acusan a los medios de comunicación de masas tradicionales de estar controlados por élites *mainstream*. Las redes sociales son consideradas así el único terreno neutral e independiente. En segundo lugar, los populistas crean y apuntalan su credibilidad en los vínculos directos con la gente ordinaria y apelan a una soberanía popular ‘dormida’, de tal forma que la comunicación no mediada con sus partidarios refuerza su imagen de cercanía con la gente. En tercer lugar, las redes favorecen el lenguaje coloquial basado más en las emociones que en el razonamiento, lo que lo aproxima al discurso populista. En definitiva, los lí-

deres populistas parecen más aptos para mejorar sus resultados electorales gracias a las redes sociales. (2017, pp. 475 y 476)

En adición a lo señalado, hay otros dos aspectos que todavía cabría mencionar. Por una parte, la “motorización” de la información, esto es, el cambio que supone “vivir al momento las noticias” y la constante presión cognitiva a la que estamos sometidos por las redes sociales. La Internet, que en un primer momento fue saludada como herramienta para hacer tanto posible como eficaz a gran escala la deliberación racional, ha resultado ser, gracias a la *homofilia* (Manin y Lev-On, 2017, p. 130), un obstáculo para el acceso a opiniones contrarias e, incluso, ha facilitado la radicalización de la opinión propia. Asistimos, en igual proporción, a la pérdida de influencia de los medios de comunicación masivos que, no olvidemos, servían de filtro para el acceso a la realidad a través de una ética informativa de hechos constatables. Visto con atención, esto es parte de otro aspecto iluminado por varios autores: la pérdida de *auctoritas* sobre nuestra forma de comprender el mundo —es decir, cualquiera, en cualquier momento puede cuestionar todo sin argumentos fundados o evidencia empírica sólida— por lo que el conocimiento experto queda bajo la sombra perpetua de la sospecha (Vallespín, 2012).

Pero esos cuatro rasgos del populismo no son los únicos. A lo ya dicho hay que sumar el relato posmoderno y sus perniciosas consecuencias para nuestra forma de vida, es decir, son los hechos o la verdad lo que se pone en duda. Se llega en ocasiones hasta el extremo de plantear que la realidad misma es una construcción completamente discursiva. Como se sabe, el término *posverdad* fue incorporado en 2017 al Diccionario de la Lengua Española en tanto neologismo del inglés (*post-truth*). Sus antecedentes pueden rastrearse en el potencial que la retórica ha tenido siempre de hacer locutivamente real lo puramente imaginario o, incluso, lo que es falso sin más (Real Academia de la Lengua Española, 2017). Se trata del *logos* de la retórica que consiste en el arte de la persuasión mediante la activación de los afectos. Ese gran domina-

dor al que nada puede resistirse, según las tesis de Gorgias. La posverdad supone, asimismo, una negación de la realidad, es decir, es aquella situación en la que el logos sustituye al ser, desplazándolo u ocupando su lugar. La posverdad, en tanto cualidad de parecer o sentirse como verdadero, aunque no lo sea necesariamente, es una noción que va desde afirmaciones particulares y puede extenderse a “una característica general de nuestra época” (Oxford Languages, 2017). Por supuesto que lo anterior ha estado en uno de los debates más acuciantes de los tiempos actuales: la creciente desconfianza a la noción de ciencia; y por qué no, su deslegitimación en favor de los así llamados saberes tradicionales. En fin, si tenemos presente el retorno a aspectos más tribales, a un entendimiento colectivista de la sociedad, así como a una fuerte tendencia identitaria, el cóctel parece servido para un “apocalipsis epistémico” por utilizar un término muy interesante.

III. Democracia

El concepto de democracia, al igual que el de populismo, es uno radicalmente disputado. Esto se debe al hecho de que la palabra democracia tiene un alma bifronte: de un lado, sirve para designar una forma de gobierno que ha tenido plasmación *real*, en algunos sistemas a los que, buscando distinguirlos de otros —v. gr. autocracia— solemos referir con ese adjetivo. Es decir, las democracias tienen diferentes manifestaciones históricas y para conocerlas debemos acudir a ellas. De otro lado, el concepto de democracia posee una profunda dimensión normativa. Apela a un determinado *ideal* de gobierno y, en cuanto tal, es indisociable de valores tales como la igualdad, la libertad, el relativismo, el pluralismo o la responsabilidad (La Torre, 2017, p. 42 y ss.). Así, cualquier aproximación a la misma tiene que ser cuidadosa sobre el plano en el que se desarrolla. Se exige claridad respecto a lo tratado: ¿son aspectos empíricos sobre la democracia? o bien, por el contrario, ¿estamos indagando sobre la dimensión normativa del concepto? El prime-

ro de los campos aludido suele ser tarea de los politólogos con su complejo arsenal metodológico; el segundo campo, el normativo, trata de aspectos filosóficos de su fundamentación, de la naturaleza del pluralismo político o las dificultades de la integración normativa. Tener presente dicha diferenciación es crucial para el argumento que pretendo desarrollar aquí. Veamos.

La idea de democracia o, si se quiere, la concepción que solemos asociar a ella en occidente es la llamada “liberal”. Este modelo de democracia se corresponde al de las revoluciones burguesas del siglo XVIII y que, desde entonces, han ido evolucionado en varios aspectos. Tales regímenes suelen ser una combinación de los ideales del liberalismo político que adopta como una de sus notas características el método mayoritario para la toma de decisiones colectivas por medio de una democracia representativa (Bobbio, 1991, p. 75). Este dato no es baladí, como luego veremos. En cualquier caso, la democracia liberal es, a la vez, tanto *un* ideal (entre otros modelos normativos de democracia) y, al mismo tiempo, se corresponde desde el punto de vista histórico o de los hechos con los regímenes que, insisto, han florecido en nuestra órbita cultural y tienen una plasmación institucional en bastantes países (Held, 1987). ¿Cómo podemos caracterizar, entonces, la democracia liberal? Con los matices que sean necesarios, entiendo que la democracia liberal constituye un momento en su desarrollo histórico y puede asociarse a aquella que busca, de un lado, erradicar la tiranía o el absolutismo de la vida política y, del otro, la distribución del poder social. He aquí el *locus* de la forma de comprender el ideal democrático en la modernidad.

Pero esto no siempre ha sido así. La historia de las ideas políticas —recuérdese— es el campo de batalla sobre dos formas ideal-típicas contrapuestas de entender la democracia.⁴ La “democracia de los antiguos” o bien la “libertad de los antiguos” ha sido el modo de designar el modo de organización característica en un

⁴ En lo que sigue retomo, con modificaciones, argumentos y motivos expuestos en Mora-Sifuentes, (2021).

pasado remoto. Para enmarcarla, sigue siendo de utilidad acudir a la conferencia dictada por Benjamin Constant, en el Ateneo de París en 1819, *De la libertad de los antiguos frente a la de los modernos*. Como se recordará, para los antiguos ni la libertad ni la democracia se comprendía en términos de derechos individuales. Esta es la diferencia nuclear: mientras que el objetivo de los modernos “es la seguridad en los disfrutes privados, y llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones y esos disfrutes”; para los antiguos la verdadera razón de ser de la libertad estaba identificada con la “capacidad de participar en el gobierno de la propia ciudad”, siendo, por tanto, su objetivo “el reparto del poder social entre todos los conciudadanos de una misma patria; a eso era a lo que llamaban libertad” (Constant, 1989a, p. 268). En tal situación, las leyes se extendían a todos los ámbitos de la existencia. No había ámbitos libres de influencia, no había ámbitos de inmunidad. Todo era objeto de auscultación, revisión o supervisión pública. El hombre no era libre, ni podía reclamar liberarse de esa supervisión asfixiante. Estaba sometido al cuerpo político. Así, al tener la sociedad una jurisdicción ilimitada sobre sus miembros, tal y como señaló Constant, los individuos no tenían reconocido derecho alguno;

no eran, por así decir, más que máquinas, cuyos resortes y engranajes regulaban y dirigía la ley. El mismo tipo de sujeción caracterizó los siglos de apogeo de la República romana; el individuo estaba como diluido en la nación, el ciudadano en la ciudad. (Constant, 1989a, p. 268)

El destino del ciudadano de las antiguas *polis* griegas está indisolublemente ligado a su suerte: el ciudadano era libre en tanto vivía en una ciudad libre. Para ello, para mantener la libertad de su unidad política, las *polis* se caracterizaban por su marcado carácter belicista. El medio tanto para preservar la libertad como para procurar mayor prosperidad a dichas comunidades era la guerra, la cual, de hecho, era su ocupación cotidiana u ordinaria. Como señala el propio B. Constant, los Estados libres de la antigüedad veían

en la guerra el medio para preservar su libertad contra posibles agresores, a la vez, que contribuía a la riqueza pública por medio de la obtención de esclavos, tributos y reparto de tierras (Constant, 1989a, p. 264). Dada esta forma de ser y de proceder, no sorprende que la mayoría de los Estados antiguos poseyeran esclavos: “las profesiones manuales y, en algunos Estados, incluso las profesiones industriales, se confiaban a manos cargadas de cadenas” (Constant, 1989a, p. 261). Todo sacrificio individual, incluso de la vida propia, en nombre de la virtud, de la libertad de la comunidad, era infinitamente menor que contribuir a la grandeza de las *polis*. Eso explica también por qué el procurarse una participación activa en el cuerpo colectivo tenía un significado identitario profundo y no pocos beneficios, que, dicho sea de paso, no estaban en el ámbito de la esfera privada sino fuera de ella. De nuevo en palabras de Constant:

como ciudadano decidía la paz y la guerra; como privado se veía limitado, observado, reprimido en todos sus movimientos; como parte del cuerpo colectivo, interrogaba, destituía, condenaba, despojaba, desterraba, sentenciaba a muerte a sus magistrados o superiores; como obediente al cuerpo colectivo, podía a su vez verse privado de su posición, despojado de sus dignidades, proscrito, muerto, por la voluntad discrecional del conjunto del que formaba parte. (Constant, 1989a, p. 261)

Además, dadas las dimensiones pequeñas de las *polis*, la influencia de sus pobladores, en tanto ciudadanos libres, en su gobierno, sí podía percibirse como algo patente, es decir:

la parte que cada cual tenía en la soberanía nacional, no era, como en nuestros días, un supuesto abstracto. La voluntad de cada uno tenía una influencia real; el ejercicio de esta voluntad era un placer vivo y repetido. Por lo tanto, los antiguos estaban dispuestos a hacer muchos sacrificios para conservar sus derechos políticos y su participación en la administración del Estado. Cada cual, sintiéndose orgulloso del valor de su sufragio, encontraba sobrada compensación en la conciencia de su importancia personal. (Constant, 1989a, p. 262)

El atractivo del ideal de libertad de los antiguos —como modelo de integración comunitaria, de participación política, de virtud cívica—, es tomado, de manera asidua, para criticar la época que les ha tocado vivir a muchos inconformes con la plasmación y funcionamiento real de la democracia, sean de ayer o sean de hoy. Esta es una forma típica de crítica contra la sociedad liberal contemporánea y sus valores. Es cierto, “no se pueden leer las hermosas páginas de la Antigüedad, no se pueden describir las acciones de los grandes hombres, sin experimentar una emoción muy particular que no despierta nada de lo que es moderno” (Constant, 1989b, p. 11). Cuando por doquier se habla de un pasado glorioso, donde pueblos enteros gozaban de una vida pública más virtuosa, menos escindida, con una organización social y política vigorosa, como el de las antiguas *polis* o la República romana, resulta relativamente sencillo despertar un sentimiento de añoranza. Tampoco es difícil que esa añoranza pueda convertirse en el deseo de intentar recuperar ese pasado en gran medida olvidado (Berlin, 2012, p. 241). Una pérdida que se lamenta más cuando se vive “bajo gobiernos abusivos que, sin ser fuertes, eran vejatorios, absurdos en sus principios, miserables en su acción, gobiernos que tenían como resorte la arbitrariedad, como fin a la reducción de la especie humana, y que ciertas personas se atreven a ponderar todavía hoy, como si pudiéramos olvidar alguna vez que fuimos testigos y víctimas de su obstinación, de su impotencia y de su caída” (Constant, 1989b, p. 10). Con todo, esta idea de libertad de los antiguos o positiva asociada a ideas tales como autodeterminación, autorrealización o democracia misma tiene también un lado oscuro.

Constant, si bien defendió la libertad política como medio para asegurar la libertad moderna, también denunció los peligros que la noción de “soberanía popular”, en tanto poder ilimitado, entraña. Cuando algo así se promueve, sea de forma consciente o no,

se crea y se introduce caprichosamente en la sociedad humana un grado de poder demasiado grande en sí mismo, y eso es malo, independientemente de quién lo posea. Confíese a uno solo, a varios, a muchos y seguirá siendo un mal.

Es la famosa tiranía de la mayoría, que ya mencioné. Otro pensador e historiador de las ideas, Isaiah Berlin (1958/1998), en su no menos famoso *Dos conceptos de libertad* señaló que la conexión que media entre la idea de democracia (vinculada a esa noción de libertad de los antiguos y de autorrealización personal) con la idea de la libertad individual (vinculada a la libertad como no interferencia) es más débil de lo que suele pensarse. En sus palabras:

la conexión que hay entre la democracia y la libertad individual es bastante más débil que lo que les parece a muchos defensores de ambas. El deseo de ser gobernado por mí mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que ha de ser controlada mi vida, puede ser tan profundo como el deseo de un ámbito libre de acción y, quizá, históricamente, más antiguo. Pero no es el deseo de la misma cosa. (Berlin, 1958/1998, pp. 230 y 231)

En realidad, más que una ruptura con la participación como tal, Berlin advierte sobre sus posibles consecuencias. La libertad, entendida como no-interferencia se pone en peligro cuando el poder adquiere formas ilimitadas, y entre esas formas ilimitadas podría estar, por supuesto, el poder popular o de la mayoría (Berlin, 1958/1998, p. 270).

Aquí debe comprenderse de dónde proviene el recelo que la tradición liberal tiene con la idea de libertad positiva, esto es, entendida como autorrealización. Por liberales, claro está, me refiero a aquellos que, como Constant o Berlin, *defienden la primacía de autonomía moral e individual de personas sobre cualquier otra valoración que los inserte en realidades orgánicas, históricas o colectivas*. Dicho de otra forma: cuando se transita del individualismo moral al colectivismo. Y lo que no sin poco aire de paradoja denuncia Isaiah Berlin, es que, en gran parte del pensamiento liberal moderno, al fundarse en una metafísica racionalista: "lleva en sí el germen de la negación de la autonomía individual que proclama [...]. Conforme a ella, hay un orden prefijado del mundo y de las cosas que antecede a cualquier ejercicio de la voluntad humana, de modo que la libertad del hombre no puede ser libertad de elegir

cualquier cosa". La idea de libertad positiva puede devenir, pues, en una idea romántica de libertad: abre la posibilidad de reconocer que es plausible, y a veces justificable, "coaccionar a los hombres en nombre de algún fin que ellos mismos perseguirían, si fueran más cultos, pero que no persiguen porque son ciegos, ignorantes o están corrompidos" (1958/1998, p. 233). La noción de libertad positiva queda "envenenada" desde el momento en que puede conducirnos a resultados contrarios a la idea de libertad negativa o como no intervención, a resultados contrarios a la libertad y autonomía individual. Esto es lo que sostiene tal línea argumental.

Con todo, sería deshonesto desde el punto de vista intelectual quedarnos en exclusiva con tal visión negativa. La democracia, como método de toma de decisiones colectivas y de distribución del poder social, se "condena" desde el anterior prisma por las consecuencias nefastas que, de su ejercicio, se pueden seguir para la libertad individual. Sin embargo, esta es solo una de las dimensiones que debemos considerar para calibrar su importancia para nuestra forma de vida.

En efecto, además de su valor instrumental, la democracia posee un no menos importante valor intrínseco como procedimiento de toma de decisiones. Desde un planteamiento rawlsiano, Juan Carlos Bayón argumentó magistralmente y demostró al detalle que el problema entre constitucionalismo y democracia se da cuando profundizamos en sus interconexiones *desde el punto de vista normativo*, es decir, cuando nos tomamos en serio las dificultades filosóficas de fundamentación de ambos ideales (Moreso, 2009). Para hacerlo de forma genuina desde el plano de la deliberación de las ideas, debemos huir de los lugares comunes y resistir la tentación de hablar de democracia diferenciada de "mayoritarismo", de Constitución como sinónimo de "democracia sustancial" y, sobre todo, empecinarnos en ocultar que entre las venerables tradiciones de los derechos y libertades (el derecho como razón que limita al poder) y la de autogobierno (voluntad democrática) existe una tensión auténtica e ineliminable. Para los efectos que aquí interesan, el trabajo de Bayón es relevante asimismo por haber en-

fatizado que la democracia es insustituible a la luz del *valor dual* que encarna. En efecto, la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones colectivas que afectan a todos no sólo tiene importancia instrumental sino que posee, a la vez, un valor intrínseco:

dar a cada uno voz igual a la de todos los demás en la determinación del modo que han de quedar dispuestas las condiciones básicas, tiene un valor profundo en la calidad moral de la vida cívica en la medida en que eleva la autoestima y el sentimiento de aptitud política del ciudadano medio

lo que como es obvio, dice Bayón, siguiendo a Rawls, “equivale tanto como decir que un procedimiento que respete el principio de igual participación es *intrínsecamente* valioso” (2010, p. 309).

Al clarificar ambas dimensiones, se torna más sencillo analizar otros modelos de democracia en su relación con el constitucionalismo entendido como doctrina de los límites frente al poder y la idea de autonomía individual como el criterio más próximo a nuestra noción de justicia. Hay modelos que, por ejemplo, han incidido bastante en la dimensión instrumental. Buscan superar las objeciones tradicionales a los que la democracia, como regla de la mayoría, se ha enfrentado precisamente por arrojar resultados “erróneos” o, por así decirlo, “contrarios a los derechos fundamentales”. Algunos modelos “deliberativos de democracia” que asumen una nota epistémica se ubican en ese espectro. Este tipo de democracia, se dice,

está justificada, y por lo tanto las decisiones políticas tomadas mediante un procedimiento democrático deliberativo son legítimas, porque dicho procedimiento posee más valor epistémico que otros procedimientos democráticos alternativos. Esto significa que las decisiones tomadas mediante tales procedimientos tienen una probabilidad mayor de ser correctas en general que las tomadas mediante otros procedimientos democráticos, siendo dicha corrección al menos parcialmente independiente del proceso e intersubjetivamente válida. (Martí, 2006, p. 181)

Como podemos apreciar, el atractivo de la democracia deliberativa en oposición a otros modelos (v. gr. pluralistas o de mercado) radica en la posible transformación de preferencias a través de la discusión racional. La otra diferencia relevante es la forma en que, de entrada, se tomarían las decisiones: mientras que este tipo de democracia tiene en la deliberación la herramienta que, insisto, idealmente, permitiría lograr un consenso entre los participantes; la democracia como mercado y la pluralista, respectivamente, se basan en el voto y en la negociación (Elster, 2007; Ovejero Lucas, 2017). Sin embargo, bien sea por el carácter democrático de la toma de decisión, al no superar las objeciones tradicionales a las que me referiré enseguida; o bien por su carácter epistémico, en tanto que la deliberación en sí misma no produce elección alguna y, sobre todo, porque al dar el paso de agregar los juicios filtrados para la toma de decisión en *condiciones no ideales* se traen a escena

todos los problemas que afectan la agregación de juicios, que una literatura relativamente reciente, pero ya abundante, ha demostrado que son en buena medida estructuralmente similares a la agregación de preferencias, bien estudiados por la moderna teoría de la elección social. (Bayón, 2009, p. 217)

La democracia deliberativa con cláusula epistémica tampoco alcanza su pretensión de brindarles una única respuesta correcta o coherente, mucho menos ser un procedimiento que sigue el rastro de la verdad.

De tal manera que la democracia en su dimensión normativa y en su plasmación institucional exige ser limitada a la luz del valor irrenunciable de la autonomía individual. Y así debe seguir siéndolo en un doble sentido.

Por una parte, porque no es posible escapar al problema de la agregación de preferencias y, por tanto, a la “eliminación del error” de las decisiones democráticas en tanto método de decisión colectiva. Dicho en otras palabras: no hay manera de actualizar la pretensión extrema de una supuesta “voluntad general” que nos dicte

la respuesta correcta de lo que debe hacerse, como mandato político, pues no hay forma de superar los problemas planteados por el conocido teorema de la imposibilidad de Arrow. Ningún sistema de votación que se precie de ser racional (justo) e igualitario (democrático) puede sortearlos. Sintéticamente: se recordará que en *Social choice and individual values*, Joseph K. Arrow determinó un conjunto de requisitos mínimos que tiene que cumplir cualquier método de agregación de preferencias y que son los siguientes: a) racionalidad colectiva; b) situación óptima o principio de Pareto; c) independencia de las alternativas irrelevantes, d) la inexistencia de dictadura. Aquí me basta con recordar que con lo anterior demostró la imposibilidad material de que exista una norma tal de decisión que cumpla con esos requisitos mínimos. Y lo que es más importante, que si se cumplen o es incoherente o es dictatorial (Arrow, 1951/1963). A mi juicio esto es definitivo, pues significa en términos simples y llanos que la idea de una “voluntad popular” o “general” en el sentido romántico no se sostiene.

Un segundo término del sentido limitado de la democracia viene dado por la importancia que la garantía de los derechos y libertades fundamentales exige para la realización del propio ideal democrático y como límite infranqueable al procedimiento mismo de toma de decisiones colectivas (Dworkin, 2011). Aunque sean disputados la extensión, los alcances y la definición misma de tales contornos, los derechos de autonomía y libertad constituyen lo que de forma más apropiada podemos considerar como restricciones legítimas al método de decisiones por mayoría, así como una de las justificaciones más relevantes para el establecimiento de la garantía jurisdiccional de la Constitución (Waldron, 2006). Ello aplica a las versiones idealizadas de democracia y, por supuesto, con mayor razón, a sus versiones más realistas (Leiter, 2024, p. 203). La idea de una “soberanía popular” desvinculada de controles, sobre todo de controles jurídicos, no se sostiene desde el punto de vista de la mejor teoría democrática disponible. Y frente a las propuestas de democracia desprovistas de cualquier ideal o que enfatizan su dimensión instrumental —con el peligro de una deri-

va “epistocrática”—, su innegable “valor intrínseco”, insisto, puede servir para articular diversas alternativas en las que se busque equilibrar el perenne conflicto entre derechos y regla de la mayoría sin sacrificar ninguno de ellos (Mora-Sifuentes, 2024).

En definitiva, cualquier tipo de propuesta de arreglo institucional que pretenda ser democrático tiene que ser limitado, primando el principio de garantía de la autonomía y la libertad. O bien, en aquellos casos que se cuente con una cultura contrastada de respeto a las libertades individuales y los derechos de las minorías así como un desempeño democrático e institucional sólido, podrían colocarse en una posición equivalente al principio de autonomía pública y el principio de autonomía privada al ser ambos “co-originales” —Habermas *dixit*— “pero nunca sostener que la democracia prima sobre la libertad individual, ni mucho menos que es ilimitada” (Mora-Sifuentes, 2021, pp. 407 y ss.). Ahora esa función de defensa de la dignidad de las personas pasa —de forma indefectible en las condiciones actuales de un contexto como el mexicano (Mora-Sifuentes y Moreso, 2016, p. 179)— por tener un marco institucional con una rama judicial fuerte, comenzando por una justicia constitucional que controle las pretensiones del legislativo. Para ello, el poder judicial en general, y los jueces constitucionales en particular, deben contar con las garantías suficientes de independencia, imparcialidad, capacidad técnica y los recursos necesarios para realizar su labor contra todo poder, incluido el de las mayorías. Pienso que es esto en concreto lo que las propuestas populistas no hacen y en donde radica su problema central. Me explico.

Valiéndose de la gramática democrática e instrumentalizándola para sus fines particulares, las propuestas populistas buscan engendrar una versión omniabarcante de “voluntad popular” para asaltar y controlar el discurso público. Esta última se convierte en una especie de tótem que es utilizado para imponer cualquier cosa y, de manera fundamental, se usa como argumento para destruir la institucionalidad vigente. Se “hace la revolución” desde el interior del Estado. Los resultados que se arrojan tras su uso autointe-

resado y, paradójicamente corrupto, de esa “legitimidad popular no mediada” —al menos desde algunas variantes, insisto—, tienen un marcado carácter colectivista. Parecen una vuelta disfrazada a las pretensiones de establecer una suerte de dictadura popular o del proletariado, pero revestida, una vez más, del adjetivo de la “democracia verdadera”. Es en este preciso punto donde, quizá, puede condensarse el problema que nos ocupa: la democracia es el concepto que han disputado y del que se han ido apropiando los populistas de distinto signo. Con ello, algunos populistas de turno pueden introducir una lógica antiliberal al interior del propio Estado y de las instituciones gubernamentales. El populismo se convierte así en el caballo de Troya con el que se destruyen nuestras democracias liberales, con él se desmantela el sistema de controles y contrapesos constitucionales tanto del ejecutivo como del legislativo.

IV. Estado de derecho

La expresión “Estado de derecho” es un sintagma que aúna dos conceptos claves. Por supuesto, la aproximación al mismo puede transitar por caminos separados, o bien, puede intentar conjuntarlos (Flores, 2013). Con todo, es perceptible que el análisis concreto del Estado ha sido realizado desde un mirador politológico o bien desde un mirador jurídico que no suelen coincidir. El primero tiende a ser más empírico o realista —responde a la pregunta de quién y cómo se ejerce el poder— el segundo tiende a ser normativista o idealista —responde a la pregunta de cómo debería ejercerse el poder según un sistema de normas—. A este respecto, desde un trabajo previo (Mora-Sifuentes, 2021, p. 103) vengo insistiendo en la importancia de tener consciencia de que la expresión conjunta “Estado de derecho”, aunque utilizada como sinónima no es, en estricto sentido, equivalente a otras como la inglesa *rule of law*, la alemana *Rechtstaat*, la francesa *État de droit*; o la italiana *Stato di diritto*. Y no es igual porque a cada una de ellas subyace una carga de significado producto de su evolución, de la confluen-

cia de tradiciones, doctrinas, teorías e ideologías dispares a propósito de la génesis, organización, ejercicio, legitimación o limitación del poder político. A fin de simplificar, me parece que pueden trazarse dos matrices dominantes de la misma. Por un lado, la correspondiente a la tradición británica del *rule of law* y, por otro, a la alemana del *Rechtstaat*. Cada una de las cuales tiene peculiaridades, influyendo, estimo, en el ámbito anglosajón y en el continental respectivamente (Zolo, 2007, p. 3).

Dicho esto, entiendo también que la aproximación al Estado de derecho más fructífera para los fines que aquí se persiguen es aquella que se toma en serio su dimensión filosófica, es decir, el sintagma no designa sólo un sistema de mera legalidad que sea coactivo y eficaz (Kelsen, 2007, p. 305). Tampoco puede quedar encapsulado en su pura dimensión sociológica o weberiana como un monopolio legítimo de la violencia (Weber, 2002, p. 1060). En tanto fenómeno prototípico de la modernidad, que es lo que es, el Estado según las enseñanzas de Max Weber, no se comprende sin el proceso de racionalización que aquella conlleva para su aparición. Pero siendo esto correcto, no ha sido suficiente para otros autores, para quienes entienden que un aspecto esencial del mismo queda fuera del objeto de estudio si nos limitamos a esa dimensión. Con eso no quiero negar que pueda haber, o incluso que sea necesaria, una aproximación sociológica al Estado como organización que detenta el monopolio del poder, o, incluso como uno que está sujeto o constituido por normas en un sentido funcional. Lo que defiendo aquí es el hecho de que el propio concepto de Estado de derecho también resulta hoy incomprensible sin referencia a unos valores. Es lo que en la discusión se ha llegado a decir con la feliz expresión de Eusebio Fernández que el Estado de derecho, para ser tal, no apela a cualquier legalidad sino a una "legalidad selectiva". Se trata de una "legalidad que no lesiona ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en unas normas o principios que la ley no puede violar" (1997, p. 102). Esto sirve para distinguir "entre un Estado que actúa meramente a través del derecho y un Es-

tado que actúa mediante un derecho caracterizado por la inclusión de contenidos específicos” (Ansuátegui Roig, 2014, p. 119).

De esta manera, la noción de “legalidad selectiva” que considero se adecua a las pretensiones del ideal del Estado de derecho que se sujeta y constriñe al principio de juridicidad es la correspondiente a la tradición del Estado liberal. Incluso, creo que se entiende mejor si se tiene presente la influencia anglosajona del *rule of law* cuya formulación clásica suele remontarse a Albert V. Dicey y su *Introduction to the study of the law of the Constitution* [1885]. Desde entonces suele atribuirse tres significados a la idea. En primer lugar, implica la supremacía o predominio del derecho común en oposición a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de arbitrariedades, prerrogativas y hasta de una amplia autoridad discrecional por parte del Estado. El inglés, señala, es gobernado por la ley y solamente por ella; un hombre entre nosotros sólo puede ser castigado por una infracción a la ley, pero no puede ser castigado por nada más. En segundo lugar, significa igualdad ante la ley o igual sujeción a toda clase de ley nacional ordinaria administrada por los tribunales ordinarios; el *rule of law*, en este sentido, excluye la idea de cualquier exención de los funcionarios u otras personas del deber de obediencia al derecho que gobierna a otros ciudadanos o de la jurisdicción de los tribunales ordinarios. El tercer elemento de la formulación de Dicey fue que el *rule of law* expresa, ante todo, el hecho de que una Constitución es el resultado de la *ordinary law of the land* (Dicey, 1885/1979, pp. 202 y 203).

La tradición del *rule of law*, por tanto, se refiere a un sistema donde la actividad del gobierno y la autoridad está limitada por el derecho y el cumplimiento de las reglas, en contraposición al gobierno arbitrario. Los países así gobernados dividen los poderes del gobierno en distintas ramas, se atrincheran libertades civiles (notablemente, el debido proceso legal y la igual protección ante la ley) tras murallas constitucionales y se aseguran la transferencia ordenada y pacífica del poder político a través de comicios transparentes (Bedau, 2005, p. 824). Pero, de nueva cuenta, aquí nos topamos con una dificultad no menor y que es la siguiente.

El problema que presenta este modelo pasa por adaptar la impronta del constitucionalismo inglés, articulado en clave historicista y jurisprudencial (Mateucci, 1998). Como sabemos, la identidad histórico-política del modelo inglés está basada en la imagen de continuidad entre libertades medievales y modernas. Por fuerza de la tradición, la libertad entendida como autonomía —como seguridad personal, gestada durante la Edad Media— se vuelve indisponible al poder político. Este sería su punto de apoyo, de las reglas que componen el debido proceso legal, de aquellas reglas que, por ejemplo, han de observarse para poder estimar legítima la privación de la libertad de un individuo. Son los jueces quienes encarnan el factor de unidad al reconstruir el derecho común inglés, la ley del país, y la jurisprudencia el instrumento principal de elaboración de las reglas de tutela de libertades, que acompañan su gradual evolución desde reglas puramente privadas de garantía de *dominium*, de bienes, hasta unas reglas cuasi-constitucionales de verdadera y propia tutela de las esferas personales, en el sentido moderno de las libertades negativas (Fioravanti, 2003, p. 33). Para Joseph Raz, el *rule of law* precisa

un poder judicial fuerte e independiente, al cual se confía la responsabilidad principal de controlar y dar forma al desarrollo del derecho. Según este enfoque, el derecho consuetudinario —v. gr. el Derecho en tanto una serie de prácticas judiciales que han evolucionado durante un determinado lapso y ha soportado la prueba del tiempo— constituyen la manifestación más pura del Estado de Derecho. (1982, p. 396)

Pues bien, es en esta tradición y constelación donde se afirma la creencia de que existe un núcleo duro de derechos y libertades fundamentales de los que no puede disponer el poder político, esto es, *la idea de que los actos irracionales y arbitrarios del legislador no pueden lesionar los derechos adquiridos de los ciudadanos*. Tal es el sustrato ideológico de quienes defienden una visión cercana al Estado de derecho como *rule of law* y que, en la articulación de sus bases como en sus desarrollos, no es equiparable

a sus manifestaciones en la Europa continental (Baratta, 1977, p. 16). Y no lo es porque la última se dirigió hacia un “legicentrismo” que culmina la tradición del Estado absoluto, de la centralización del poder, atribuyéndole al legislador la potestad soberana de la ordenación general (Zagrebelsky, 1996, pp. 24-27). Lo anterior como consecuencia de la primacía de la ley como expresión de la voluntad general, de un poder estatal soberano, que viene a señalar —en este contexto— la derrota de las tradiciones jurídicas del absolutismo y del *Ancien Regime*. Luego, su mera condición de validez presupuso la reducción del derecho, de todo el derecho, a la ley y la exclusión o, al menos, la sumisión a la ley de todas las otras fuentes del derecho (Triolo, 2000, p. 20). La diferencia, me parece, es de primer orden.

Para ejemplificar lo señalado utilizaré el planteamiento de Friedrich Von Hayek. Como se sabe, para este autor el *rule of law* significa que el Estado:

está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento. Aunque este ideal nunca puede alcanzarse plenamente, porque los legisladores, como aquellos a quienes se confía la administración de la ley, son hombres falibles, queda suficientemente clara la cuestión esencial: que debe reducirse todo lo posible la discreción concedida a los órganos ejecutivos dotados de poder coercitivo. Aun cuando toda ley restringe hasta cierto punto la libertad individual alterando los medios que la gente puede utilizar en la consecución de sus fines, bajo la supremacía de la ley le está prohibido al Estado paralizar por una acción *ad hoc* los esfuerzos individuales. Dentro de las reglas del juego conocidas, el individuo es libre para procurarse fines y deseos personales, seguro de que los poderes del Estado no se usarán deliberadamente para frustrar sus esfuerzos. (Hayek, 1986, pp. 103 y 104)

Hayek restringe la legislación a una

especie de normas generales que se conoce por ley formal, y excluye la legislación dirigida directamente a personas en particular o que faculta a alguien en el uso del poder coercitivo del Estado con miras a esa discriminación. Significa, no que todo sea regulado, sino, contrariamente, que el poder coercitivo del Estado sólo puede usarse en casos definidos de antemano por la ley, y de tal manera que puede preverse cómo será usado. (Hayek, 1986, p. 116)

Como puede apreciarse, este planteamiento expresa una idea de “legalidad selectiva” basada en un potente compromiso con la defensa de la libertad individual, de la libertad negativa (Hayek, 1986, p. 53). Esta constituye, en efecto, “lo que más propiamente puede considerarse como principio moral para la libertad política” (Hayek, 2008, p. 101). Por ello —siempre desde el punto de vista del austriaco—, importa poco si aquellas notas se establecen por una carta de derechos, un código constitucional o por una firme tradición. Lo relevante cualquier caso “es la admisión de limitaciones de poderes legislativos que implica el reconocimiento del derecho inalienable del individuo, de los *derechos inviolables* del hombre” (Hayek, 1986, p. 117).

Obsérvese que Hayek incluye derechos en su definición. En sus escritos afirma sin ambages que “el *rule of Law* corresponde a lo que en Alemania se llama *materielle Rechtsstaat* distinto del simple *formelle Rechtsstaat*, que sólo requiere que el acto de gobierno sea autorizado por la legislación” (Hayek, 2010, p. 33). No obstante, considero que la denominación “formal” es equívoca en varios sentidos. En el caso del *Rechtsstaat* se olvida o se omite el hecho de que en sus primeras formulaciones se refería al “Estado racional” cuya razón de ser radicaba en la garantía de libertad y propiedad de los ciudadanos (Heuschling, 2002, p. 44), es decir, no se dejaba reducir a esa dicotomía material/formal. Sólo con posterioridad, cuando se eliminaron todas las ideas procedentes de la teoría del Estado o sus elementos finalistas, comenzó la ya aludida “reducción positivista”, y que, para Gregorio Peces-Barba (2010, p. 28), no sería sino de “una interpretación exagerada o ampliada de la separación entre Derecho y moral que fue vaciando el Dere-

cho positivo de sus dimensiones morales y conservando sólo las estructuras formales de órgano productor y del procedimiento para producir la norma". Tal reducción se consumó al rechazar "categóricamente toda limitación de la omnipotencia jurídica del legislador, [cuando] la referencia de la ley a la razón, que en el concepto temprano de Estado de Derecho constituía la legitimación interna del «imperio de la ley», se convierte en una categoría metajurídica" (Böckenförde, 2000, p. 22).

Estimo que con lo mencionado se enfatiza la idea según la cual el concepto de Estado de derecho desde el punto de vista filosófico o normativo no se comprende cabalmente sin derechos fundamentales o sin una legalidad selectiva. De ahí que la connotación "formal", insisto, al menos no como yo la estoy empleando aquí, no signifique que no esté comprometido moral o políticamente. Considero que la ambigüedad de la expresión "formal" aplicada al Estado de derecho podría parecer que remite necesariamente a un *approach* escéptico. Pero ello no tiene por qué ser así. Esto puede verse, por ejemplo, en una aproximación que a menudo se toma como referencia de una idea de justicia como legalidad y en la literatura del Estado de derecho. Me refiero a la obra Lon Fuller que, aunque próximo a un "procedimentalismo" no comparte la metodología positivista. Este autor, incluso, es más recordado por la polémica que mantuvo con H. L. A. Hart a propósito de su *sui generis* concepción de lo jurídico (1964-1965). En todo caso, lo que me interesa destacar es que los requerimientos del *rule of law* se identifican con los principios que conforman la llamada "moral interna del derecho". Tales principios expresan según Fuller "una moral de aspiración", "clases de excelencia legal a las cuales debe tender todo el derecho" (Fuller, 1967, p. 51). Tienen un sentido finalista de difícil encuadre en la lógica realista o positivista.

Precisamente por ello, y para referirse a la proyección del ideal del imperio de la ley en un determinado sistema jurídico, se ha sugerido la noción de "justicia como regularidad" en lugar de la noción de "justicia formal". Tal vez con ella se pretende no confundir la vinculación a lo formal del Estado de derecho con falta de conte-

nidos o, mejor dicho, con falta de derechos. En realidad, como explica John Rawls, la legalidad, la administración regular e imparcial de la ley, establece una base para las legítimas expectativas; constituye “un motivo por los que las personas confían unas en otras y ejercen sus derechos cuando sus expectativas no se cumplen. Si las bases de estas exigencias son *inseguras*, también lo son los límites de las libertades humanas” (Rawls, 2006, p. 222). En el mismo sentido, sirve para destacar el hecho de que el Estado de derecho sobrepasa el requisito de sujeción del gobierno a la ley o, mejor aún, su reducción a ésta. Es una noción más amplia: es un imperativo ético que no se realiza en la mera legalidad (Laporta, 1994, p. 134). No se trata pues de *un* principio sino de un *conjunto de principios*. Se trata de un complejo diseño jurídico e institucional de protección de los individuos contra el poder arbitrario del Estado; un entramado para la tutela de su vida y propiedad frente a las infracciones o ataques de sus conciudadanos (Raz, 1982).

Tampoco pasa desapercibida la estrecha vinculación de este concepto con la libertad negativa. El Estado de derecho como señalara John Rawls “está directamente unido a la libertad. Podemos verlo considerado como la noción de un sistema jurídico y su íntima conexión con los preceptos de la justicia como regularidad” (Rawls, 2006, p. 202). Tanto en sus fines como en su desarrollo histórico, es dentro del liberalismo político donde adquiere mayor sentido. Esta posición es defendida por E. Fernández (1988, pp. 127-173) quien, desde un contractualismo cercano a Rawls, así lo ha caracterizado. Para el profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, el Estado de derecho se identifica con una modalidad de ley que cuenta con el consentimiento de los gobernados y, en un momento posterior, con su participación, que precisa de un sistema político con división de poderes y sistemas de controles que garantiza unos derechos y libertades fundamentales. Destaca que el proceso histórico hacia la construcción del Estado de derecho corra a la par de las declaraciones de derechos y a una configuración democrática de la sociedad; se trata, nos dice, de un “proceso paralelo al liberalismo político” (Fernández García, 1997, p. 102).

Si respecto a la noción de democracia dije que sería deshonesto no referir otros elementos que nos ayuden a calibrar su importancia, en el caso del Estado de derecho pasaría lo mismo si no ilumino otras propuestas de articulación. En este caso, el modelo de Estado de derecho “liberal” compite con otro modelo normativo “amplio” que extiende sus contenidos igualitarios y participativos. Ese modelo, también denominado “modelo de Estado social y democrático de derecho”, es uno que quiere tomarse en serio la participación política y los derechos sociales fundamentales. Es verdad, ciertas concepciones del *rule of law* al primar la noción de libertad negativa, se alinean a ciertas ideologías conservadoras (Gargarella, 2017). Pero ello no bastaría desde este otro punto de vista, que anhela una forma de convivencia más equitativa. Me explico. Un sistema que reconoce la igualdad jurídico-política de los individuos, en tanto ideal, requiere la participación de todos los miembros de la comunidad en igual dignidad. Así, la realización de los derechos sociales se convierte en uno de sus presupuestos, toda vez que sin ellos resulta difícil plantearse la posibilidad de la elección real de planes de vida (Barranco Avilés, 2000; Mora-Sifuentes, 2013). En efecto, la satisfacción de necesidades básicas —a través de derechos sociales fundamentales (Borowski, 2022)— se ve como una precondition para que los ciudadanos puedan concurrir en pie de igualdad al proceso político. Konrad Hesse, por ejemplo, sostiene que la libertad del individuo plasmada en el modelo de Estado social de la Ley Fundamental alemana de 1949 es más factible “en una comunidad libre, la que, a su vez, presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir por sí mismos asuntos propios. Individuos autónomos que colaboran activa y responsablemente en una sociedad públicamente constituida” (Hesse, 2001, pp. 90-91).

Esto es importante, toda vez que el constitucionalismo social mexicano, en su plasmación de la Constitución de Querétaro de 1917, adhiere a una visión normativa amplia de Estado de derecho. Creo que ello está fuera de toda duda. Si bien hubo otro gran antecedente —la Constitución de Weimar de 1919—, no fue sino

hasta finalizada la Segunda Guerra Mundial que se dio un consenso amplio que posibilitó que tal modelo adquiriera carta de naturalización. Dicho modelo, que puede identificarse como “social y democrático”, es la plasmación jurídica de un ideal que tiene como pilar la igual dignidad de las personas, que pretende dotar a los derechos fundamentales de una base, de un contenido material. Con él ya no sólo se buscaba hacer frente a la llamada “cuestión social” (Benda, 2001, p. 489) sino que fue acompañado con una profundización en los derechos de participación política, por lo que es ajustado su adjetivo de “democrático” (Abendroth, 1986, p. 30).

Por supuesto, las bases ideológicas de dicho modelo amplio de Estado de derecho, así como la propia interpretación de la cláusula de Estado social, desde el punto de vista jurídico, son controvertidas (Mora-Sifuentes, 2021, pp. 158 y ss.). Y lo son porque, en resumidas cuentas, mientras que el Estado liberal surge de la lucha de la sociedad burguesa *contra el Estado*, el Estado social deriva, por el contrario, de la lucha de la sociedad industrial *por el Estado*. Pero aquí hay que ser enfáticos en una cosa. La tarea de configuración social que se afirma ahora es y tiene que ser, de nuevo, limitada: el Estado social no quiere negar su condición de “Estado (liberal) de derecho”. Adviértase que lo que estaría latente ahora, lo que se teme, es que la valoración positiva que la acción estatal recibe desde tal prisma pueda ser la coartada perfecta para una nueva deriva autoritaria. Y es en este preciso punto en donde podría entrar en acción la lógica populista nuevamente. Por ejemplo, E. Fechner enfatiza que el Estado social, aun distanciándose del Estado liberal, no debe desembocar en uno de tipo totalitario en el que reine la coacción. Por el contrario, en el Estado social hay que buscar “un equilibrio entre libertad y coacción”, “que deberán acomodarse por un juego recíproco”, y que tal equilibrio “se manifiesta especialmente en el Derecho”.⁵ El Estado social, por tanto, estaría “en medio del Estado liberal y del *Nicht-Rechtsstaat* totalitario” (Lucas Verdú, 1955, p. 55).

⁵ Citado por Parejo (1983, p. 42).

Cuando se dice que el Estado social puede desembocar en un Estado totalitario es porque se ha visto en sus mecanismos intervencionistas una nueva *vía para* implantar el autoritarismo en el ejercicio del gobierno. De nueva cuenta debemos ser muy cuidadosos en este punto: entre quienes defienden que el Estado asuma un mayor protagonismo en la configuración de la vida social y del mercado, los existen de dos tipos al menos. Los primeros, los defensores de la condición de Estado de derecho del propio Estado social, estiman que este último y el capitalismo como forma de producción se necesitan y refuerzan recíprocamente. Son los defensores del *Social Welfare State* (Briggs, 1961). Existen otro tipo de socialistas que, por el contrario, entienden que el capitalismo es del todo incompatible con la dignidad humana. Se trata de los defensores del *Wohlfahrtsstaat*, más próximos a las ideas marxistas (Sotelo, 2010). Así entendido, el Estado social como modelo sería demasiado liberal o conservador para los comunistas y demasiado socialista o intervencionista para los liberales. No sorprende, por tanto, que las críticas que se le hayan formulado provengan de ambos frentes ideológicos. Por ejemplo, desde el neo marxismo Claus Offe (1992, pp. 380 y ss.) reconoce abiertamente que el Estado social es ineficiente: no elimina las causas de las situaciones de emergencia ni de las necesidades individuales, sino que sólo las compensa de modo tardío, *ex post* (las burocracias absorben más recursos y brindan menos servicios). En segundo lugar, que es represivo: la excesiva burocracia, el aumento del control social o la “docilidad” que precisa el receptor para ser “digno” de las prestaciones sociales y que se acentúa en la medida en que sus necesidades sean mayores. Por último, que el Estado social genera una concepción ideológica falsa en la clase trabajadora.

Creo que estas críticas contra el Estado social, en tanto modelo amplio de Estado de derecho, formuladas desde el propio pensamiento de izquierda, son sumamente iluminadoras para identificar su posible conexión e instrumentalización por el discurso y la lógica populista. Pero hay todavía otras críticas a considerar. La primera es la crítica contra su carácter “social” en el sentido de que en tan-

to Estado proveedor o benevolente puede derivar en un mercado paternalismo, como advertía Immanuel Kant:

un gobierno que se constituyera sobre el principio de la benevolencia para con el pueblo, al modo de un padre para con sus hijos, esto es, *un gobierno paternalista (imperium paternale)*, en el que los súbditos —como niños menores de edad, incapaces de distinguir lo que les es verdaderamente beneficioso o perjudicial— se ven obligados a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando sin más del juicio del jefe del Estado cómo *deban* ser felices y esperando simplemente de su bondad que éste, también quiera que lo sean, un gobierno así es el mayor *despotismo* imaginable (se trata de una constitución que suprime toda libertad a los súbditos, los cuales no tienen entonces absolutamente ningún derecho). (1793/1993, p. 44)

Los derechos, pero, sobre todo, *las políticas sociales* pueden ser un medio por el cual urdir una red clientelar que lucre y saque rédito de las necesidades de la gente. Es el temor de Hannah Arendt de que el ámbito de la necesidad termine subordinando al ámbito de la libertad. La segunda, es que debemos ser cuidadosos y evitar a toda costa un excesivo “desbordamiento del Estado por la política” —Niklas Luhmann *dixit* (1993)—. Para contenerlo, para evitar esas derivas no deseadas del Estado social, se requiere mantener vigentes y activos los principales elementos del Estado de derecho y de la democracia liberal: unas libertades básicas firmes (de conciencia, de expresión, de asociación, de prensa, etcétera), la división de poderes (un poder judicial independiente y sólido), el principio de publicidad del actuar del gobierno, el acceso a la información libre y veraz, la transparencia, la rendición de cuentas, elecciones periódicas y, sobre todo, se requiere de una sociedad civil atenta para oponerse a cualquier pretensión autoritaria que quiera ejercerse en nombre de un supuesto bienestar colectivo.

V. ¿Jueces como protectores del Estado? Sobre la reforma al Poder Judicial en México

La recién aprobada reforma constitucional al Poder Judicial es un ejemplo de cómo la lógica populista ha penetrado en la vida política de México. El punto es diáfano: al decretarse la elección popular de jueces y magistrados, tanto federales como de los poderes judiciales de los estados, asistimos a la anulación de la rama judicial como poder independiente. Ello queda confirmado con la creación del llamado Tribunal de Disciplina Judicial. Con él, las mayorías en el gobierno van a controlar el actuar de todo juzgador o juzgadora pues estarán sometidos a decisiones de oportunidad política en el desempeño de sus funciones. En esta parte final de mi contribución voy a referirme a los motivos anunciados desde la iniciativa que terminó convirtiéndose en texto constitucional, así como en las posibles consecuencias que, en mi opinión, de ella pueden seguirse para la democracia y el Estado de derecho. Ahora bien, es importante señalar dos cosas. La primera es que no voy a analizar todos los puntos de la reforma, sino que me limitaré a los dos ya enunciados, así como a los problemas de su implementación. En segundo lugar, voy a plantear la discusión en los propios términos del iniciante, esto es, como una cuestión “todo o nada”. Lo que diré no significa que yo crea que no hay cosas que deban mejorarse o que ameriten alguna al poder judicial en México. Ello es más certero teniendo en cuenta las diversas realidades de las judicaturas los estados del país o del Poder Judicial Federal (PJF) mismo.⁶ Pero, esto es una cosa, y otra muy distinta la destitución de todos los jueces con nombramiento o la eliminación de la carrera judicial. Lo que haré es una defensa de la función judicial en

⁶ Por ejemplo, yo estaría de acuerdo en impulsar, con razones y elementos de juicio contrastados, con un diagnóstico sólido, una reforma al PJF por lo que respecta al problema del nepotismo o sobre los procesos de acceso y promoción de la carrera judicial, identificando las fallas concretas o, incluso, sancionando a los responsables de conductas inapropiadas. Véanse, sobre la primera cuestión, Borrego Estrada (2018) y Ríos Figueroa (2018).

abstracto, es decir, en tanto poder autónomo. Precisado estos extremos, volvamos al tema que nos ocupa.

Es verdad, quizá lo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de septiembre de 2024 no debería sorprender a quien ha seguido la política mexicana en los últimos años. Por el contrario, muchas decisiones del partido en el gobierno advertían ya de la captura de órganos del Estado por parte del régimen con la consiguiente problemática que para la legalidad e institucionalidad supone. Después de una arremetida sin tregua contra la función jurisdiccional y, en concreto, contra la integración actual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Ríos Figueroa, 2022), el todavía presidente Andrés Manuel López Obrador anunció su intención de suprimir todo el estamento judicial. Y lo hizo, paradójicamente, el 5 de febrero del 2024, día de la Constitución. El motivo era sencillo de advertir. El Poder Judicial de la Federación y su SCJN era uno de los últimos contrapesos que quedaba en pie tras 6 años de dominio electoral del Movimiento de Regeneración Nacional. Así se había conducido ese tribunal en varias ocasiones limitando jurídicamente ciertas pretensiones políticas excesivas. Alertado por ello, el titular del ejecutivo recurrió a una estrategia de fuerte sabor populista para su debilitación: apelar a la supuesta voluntad popular y nacional por él interpretada, así como al descontento social que, dijo, advertía en la actuación de todo un poder del Estado, reacio a plegarse a sus pretensiones. Señalaba la iniciativa en cuestión de manera expresa:

La presente reforma no debilita al Poder Judicial ni merma su autonomía e independencia, sino que la fortalece a través de la legitimidad emanada del poder popular, cerrando la brecha sistémica que se había creado entre dicho poder y la sociedad, y restituyendo la confianza ciudadana en las instituciones y funcionarios judiciales que, lamentablemente, han caído en el desprestigio debido a los abusos y excesos de ciertas personas que se han resistido a entender la dimensión de la transformación que vive México y a confiar la madurez política y la sabiduría de nuestro pueblo. (Iniciativa de reforma constitucional, p. 3)

Para el régimen actual, el poder judicial, como los organismos constitucionales autónomos, forman parte de los enemigos de la autodenominada “cuarta transformación”. Así lo ha enfatizado en diversas ocasiones el todavía presidente desde “la mañanera” poniendo énfasis en su ideario. La lógica de *lo político* y de su construcción de un “ellos” diferenciado del “nosotros” es patente aquí (se habla de “los adversarios al régimen”). Este es, sin duda, parte del contexto en el que la iniciativa se inserta. Por ejemplo, en esas páginas se afirma que los jueces están muy lejos de la realidad que la sociedad mexicana vive en su día a día y que tal hecho ha influido en la mala percepción que de ellos tienen “todos” los mexicanos, redundado en su falta de credibilidad, así como en la pérdida de legitimidad de sus decisiones. Esta última, debe observarse, no se derivaría de su apego a la Constitución o del cumplimiento de la ley, sino de una pretendida coincidencia con ese sentir popular tan alegado en los últimos tiempos. El problema, en mi opinión, es que esta concepción del poder judicial obedece a una lógica totalizante de la mayoría tenida como fuente de legitimación. He aquí otro punto nuclear y problemático para la democracia y para el Estado de derecho. Al plantearse en esos términos, se olvidan siglos de la mejor historia constitucional, se priva a la función jurisdiccional de su carácter de garantía, es decir, de la defensa del individuo frente a todo poder, sea público o privado. Así, la anhelada modernización —siempre según la iniciativa— se lograría del hecho de que la actuación de jueces y magistrados cuenten con “respaldo y legitimidad democráticas necesarias para hacer valer sus decisiones”.⁷ La estrategia política ganadora del ejecutivo consistió en promover hasta el cansancio el desprestigio del poder judicial, sobre todo el federal; cuando no, de acusarlo de estar totalmente corrompido. Esto

⁷ La experiencia comparada, sin embargo, ha demostrado que esa vía no resulta satisfactoria. En efecto, la elección por voto popular de la magistratura, aunque existe, no es frecuente. Se trata más bien de excepciones (como sucede a nivel sub-nacional en los Estados Unidos de Norteamérica). Un ejemplo que estimo puede resultar aleccionador de las dificultades y problemas que supondrá la elección del poder judicial en México, puede advertirse en la experiencia boliviana. Sobre el particular, puede verse Estrada Marún (2013).

último y la ya aludida lejanía del sentir social mayoritario se utilizaron como base para anularlo en tanto órgano independiente.

Además, la iniciativa fue prolija en motivos próximos al populismo. Hay alegatos de diverso tipo contra el carácter especializado o la naturaleza técnica de la función judicial. Ese tipo de retórica es, en el fondo, parasitaria de una concepción negativa tanto del propio derecho como de la profesión jurídica. En el primero de los casos, se advierten ciertas reminiscencias marxistas, toda vez que el derecho es tenido como una especie de superestructura que sirve en exclusiva a las clases dominantes. Muestra de lo anterior sería la marcada crítica a un lenguaje jurídico que se habría hipertecnificado con la finalidad de encubrir los intereses siniestros de los grupos oligárquicos. Se advierte, en igual sentido, un desprecio hacia los juristas, hacia a la profesión legal, en general, desconociendo su centralidad en tanto operadores del ordenamiento jurídico. En particular, ese desprecio se potencia en la figura del juez, cuando se oculta la compleja labor técnico-interpretativa que llevan a cabo en la aplicación de los materiales jurídico-normativos. Labor que, por supuesto, es más compleja en el caso de la adjudicación constitucional debido tanto a la peculiaridad como a la importancia de la misma Constitución para el sistema de fuentes y por los efectos que para todo el ordenamiento jurídico tiene tal interpretación (Vázquez-Sánchez, 2024). Pues bien, parece que el sentido de la iniciativa consistiría en reducir la adecuación de la interpretación jurídica al ideario político en turno.

Los motivos anteriores toman cuerpo en la iniciativa, en concreto, cuando se acusa al estamento judicial de un marcado carácter elitista, e incluso racista y, para ello, el iniciante toma un pasaje del *Diario de los Debates* del Constituyente mexicano de 1857. Este planteamiento histórico pretende servir para cuestionar la capacidad técnica de los juristas profesionales (v. gr. la carrera judicial, el sistema meritocrático, etcétera) frente a los legos, en quienes, se dice, “se ha encontrado más justicia, más rectitud, más honradez, más acierto en los jueces legos que en los profesores de Derecho”. O bien:

En cuanto a los elegidos, desde que somos independientes, la administración de justicia ha sido monopolio de los sabios con título, de los hombres instruidos, de los letrados, y ¿qué ha sido de la administración de justicia? Un caos, un embrollo, de que el mismo señor Reyes, como hombre de bien, no puede estar satisfecho. La Suprema Corte, inamovible en medio de nuestros cambios, ha estado muy lejos de corresponder a las esperanzas que aún se tienen en la sabiduría oficial. (Iniciativa de reforma constitucional, pp. 6 y 7)

En ese mismo orden de ideas, la iniciativa equipara la situación actual de la administración de justicia en México con la que reinaba durante el siglo XIX o principios del siglo XX, algo que puede objetarse, de entrada, por razones de tipo demográfico, de alfabetización y, sobre todo, en términos de la profesionalización de los poderes judiciales tanto a nivel local como federal. Obviando estas razones, el iniciante no duda en acudir a tal momento histórico, a las ideas ahí esgrimidas pues encuentra en él, y en una determinada postura radical de constituyentes como Francisco Zarco, una visión que abona a su demoledora crítica de la rama judicial. Sobre el problema de la corrupción al interior del poder judicial, en concreto, se acude a citas de Francisco I. Madero, o, muchos años después, a otros motivos que sobre el poder judicial se esgrimieron durante la Revolución mexicana. Afirmaba la iniciativa:

En cuanto a la administración de justicia, está tan corrompida que, para fallarse cualquier litigio de importancia, se toma en consideración, no la justicia de su causa, sino las influencias de los litigantes, resultando que el hilo siempre se revienta por lo más delgado, como vulgarmente se dice, así es que la administración de justicia en vez de servir para proteger al débil contra el fuerte, sirve más bien para dar forma legal a los despojos verificados por éste. (Iniciativa de reforma constitucional, p. 7)

Esta crítica es tan radical que deja a la rama judicial casi inerme. Y no resulta en ningún sentido casual. Es más, tal línea argumental parece reflejar la visión que tiene el titular del ejecutivo de la democracia, de la división de poderes y del poder judicial

mismo. En efecto, muchos recordarán un viejo ensayo de 2006, que contiene un retrato del perfil político de Andrés Manuel López Obrador. En él puede advertirse el fermento que nutre la iniciativa en cuestión. Escribió por entonces su autor: “López Obrador se manifestaba cada vez más como un gobernante popular y populista. De temple duro, combativo y apasionado, orador incendiario”. De sus años como jefe de gobierno del antiguo Distrito Federal —hoy Ciudad de México—, así como de su época de líder social en Tabasco, se advertía el hecho de creerse un “elegido” cuya misión redentora fundamental era “estar al servicio del pueblo” y de la auténtica democracia, una que él había delineado contra la falsa democracia liberal, esto es, su idea de “democracia popular”: “El gobierno es el pueblo organizado o, para decirlo de otra manera, el mejor gobierno es cuando el pueblo se organiza. La democracia es cuando el pueblo se organiza y se gobierna a sí mismo” (Krauze, 2006).

Tal concepción democrática requería la presencia cotidiana de un líder social que midiera “el pulso a la gente”, que “metiéndose abajo” escuchara y canalizara sin mediaciones las demandas de “la gente”. Nótese la cercanía con una visión populista en su concepción democrática, que también se caracteriza por ser reuente a los vínculos o mediaciones legales. Con el tabasqueño —afirmó también el ensayista— la teoría de la conspiración se volvió política de Estado allá donde gobernó y, a diferencia de otros líderes históricos con los que dijo identificarse, López Obrador se destacó por su retórica de polarización social, en un discurso impregnado del vocabulario de la lucha de clases. Sus enemigos eran los enemigos del pueblo: “los de arriba”, “los ricos”, por lo que su diagnóstico era claro. En lugar del estado de cosas imperante en materia de corrupción y desigualdad, fruto de sexenios neoliberales, quien después se convertiría en presidente de México, profetizó: “vamos a establecer una nueva convivencia social, más social, más igualitaria, tenemos que frenar a esa corriente según la cual el dinero siempre triunfa sobre la moral y la dignidad de nuestro pueblo” (Krauze, 2006).

Dos aspectos de ese viejo ensayo interesan en particular aquí: el primero es la concepción del derecho que destila y, el segundo, las lecciones que podemos extraer de sus diversas confrontaciones con la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Haciendo el autor referencia a uno de los iniciales choques entre el actual titular del poder ejecutivo y el poder judicial federal, sostenía que para el primero

el tema no era legal sino político. Al litigar el asunto en los medios y negar la autoridad de la Suprema Corte de Justicia, [AMLO] había dado una primera muestra de su idea de la justicia, y su imagen condicionada de la división de poderes. Un paisano suyo explicó el fundamento de su actitud: "Tiene un concepto marxista del Derecho, para él es un arma de la burguesía para dominar al proletariado. (Krauze, 2006)

Tal afirmación, creo, puede tener algún asidero pues López Obrador asistió a la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Autónoma de México a principios de 1970, dominada por las ideas marxistas, en pleno auge de la guerra fría y la revolución cubana. Ese sustrato ideológico en la formación de izquierdas del futuro presidente, podemos conjeturar, abonó a su rechazo de la idea del Estado de derecho, una posición que, por lo demás, se encontraba en pleno apogeo.

Se recordará, en efecto, que Karl Marx tenía una visión unidireccional de la autoridad estatal, es decir, vista únicamente al servicio de la clase propietaria. Para Marx el poder político del Estado moderno, como "violencia concentrada y organizada de la sociedad" —según su propia definición en el *Das Kapital*—, no es sino "un comité de administración de los asuntos comunes de toda la burguesía" según leemos en el *Manifiesto del Partido Comunista*. De hecho, el Estado está aquejado de un mal congénito, según Marx, pues no puede ser un aparato neutral por encima de los intereses plurales de las partes. Ello significa que no basta con la conquista de dicho aparato para cambiar el estado de cosas existentes (Milliband, 1965, p. 57). Para utilizar una analogía: si el aparato es-

tatal es una máquina, lo es de aquellas que no pueden manipularse puesto que vienen ya “programadas”. El Estado es un instrumento al servicio exclusivo de la clase dominante, de la burguesía (Bobbio, 1999, p. 144). El hecho diferencial, en definitiva, que va a separar al comunismo con su inexorable misión histórica de abolir la lucha de clases, es, precisamente, que la revolución del proletariado acabaría con cualquier forma de dominación. La revolución proletaria no quiere cambiar la forma de dominación burguesa por otra, sino que, por el contrario, se dirige a la extinción del Estado y su derecho, a la supresión del aparato que perpetúa la opresión de clase.

Ahora, no debe olvidarse nunca que entre la sociedad burguesa y la sociedad popular “libre” que anhela el comunismo hay un estadio intermedio. Se trata, según esa propia doctrina, de un estadio que consiste en la militarización de la vida social y pasa por la abolición de toda la doctrina de la división de poderes bajo un falso control popular no mediado por institución alguna. Es la dictadura del proletariado. En palabras de Marx:

entre la sociedad capitalista y la sociedad comunista media el periodo de transformación revolucionaria de la primera a la segunda. A este periodo corresponde también un periodo político de transición, cuyo Estado no puede ser otro que la dictadura revolucionaria del proletariado. (1971, p. 24)

Tal dictadura será, ante todo, dominio de la clase obrera. Para caracterizarlo suele acudir al periodo de la Comuna de París y entre sus notas encontraríamos:

la supresión del ejército y de la policía asalariada, y su sustitución por el pueblo armado; funcionarios o de elección o bajo el control popular, y por lo tanto responsables y revocables; jueces elegibles y revocables; abolición de la tan mentada pero ficticia división de poderes. (Bobbio, 1999, p. 144)

Esto es significativo, pero también muy inquietante. El pasaje muestra el marcado desdén del marxismo hacia los dos pilares del Estado de derecho tales como la independencia de los jueces

o de la división de poderes misma, así como su afinidad al militarismo. Krauze identificó algunas de esas notas en el ideario de López Obrador hace 18 años. Tal vez sus varios desencuentros con el PJP tengan que ver en todo ello. Al respecto, podemos recordar que uno de los enfrentamientos más fuertes entre el ahora presidente y el estamento judicial se dio tras la condena del primero en el polémico “Caso El Encino”, en octubre de 2003. Ahí, de nuevo, encontramos cierta visión del derecho, así como su crítica al poder judicial. El entonces aspirante presidencial declaró que la “ley que no es justa no sirve. La ley es para el hombre, no el hombre para la ley. Una ley que no imparte justicia no tiene sentido”, y agregó, haciendo una crítica a lo que consideraba una suerte de epistocracia ejercida desde la SCJN, algo que es central para su concepción democrática popular y de división de poderes:

La Corte no puede estar por encima de la soberanía del pueblo. La jurisprudencia tiene que ver, precisamente, con el sentimiento popular. O sea que si una ley no recoge el sentir de la gente, no puede tener una función eficaz [...] La Corte no es una junta de notables ni un poder casi divino. (Krauze, 2006)

Permítaseme un último comentario sobre el sentido de la iniciativa en su conjunto y que es la tesis de este trabajo. Esa concepción anti judicialista de tintes marxistas se hace patente, desde mi punto de vista, al defender la idea de que los jueces se convertirán desde ahora en *protectores del Estado*. En efecto, la iniciativa en cuestión era enfática a este respecto pues entendía que

la participación y responsabilidad de los poderes judiciales en el mundo contemporáneo se ha hecho cada vez más importante. Los juzgadores han dejado de ser meros aplicadores de la ley para convertirse en los principales protectores del Estado. (Iniciativa de reforma constitucional, p. 15)

De nueva cuenta, y por decirlo de alguna forma, esa consideración es muy desconcertante. Que los jueces se tengan como protectores del Estado desnaturaliza por completo la función ju-

risdiccional. Esta última encuentra su razón de ser en su carácter de garante y defensor de los derechos básicos de las personas, sobre todo de las minorías, no en un supuesto interés del Estado. Para hacerlo, para cumplir con dicha labor de garantía, los jueces a lo que deben apegarse irrestrictamente es a la constitucionalidad y legalidad vigente, valiéndose así de los medios que el derecho mismo les proporciona para la búsqueda e indagación de la verdad. El debido proceso legal constituye no sólo un pilar del Estado de derecho sino de la justicia misma. Entre verdad y justicia hay una conexión profunda que puede trastocarse al politizar la justicia en grados extremos. Como se sabe, no hay paradigma mayor de injusticia que una sentencia dictada sobre la base de hechos falsos. La conspiración, la mentira, el oportunismo político y la lógica totalizante de la mayoría no sólo pone en peligro la indagación de la verdad —parafraseando a Luigi Ferrajoli (2005, p. 595)— sino que puede resultar contraproducente para los derechos fundamentales de las personas. Este es el buen núcleo de sentido de la naturaleza “contramayoritaria” de la función judicial. Su legitimidad es de ejercicio más que de origen. Plantear que los poderes judiciales están al servicio de una razón de Estado que emanará del gobierno, y no, insisto, para garantizar los derechos de los ciudadanos, es simplemente despojar a los mexicanos de las garantías e institucionalidad vigentes que el derecho les ha reconocido y que tantas luchas sociales han costado.

Los motivos de la reforma se han convertido en texto constitucional vigente, a pesar de los riesgos que entraña o los retos mayúsculos para su implementación. Para concluir esta última parte, me referiré en concreto a cuatro aspectos que encuentro particularmente perniciosos de la reforma para, posteriormente, incidir en la parte específica del proceso de implementación. Veamos.

El primer aspecto negativo, por supuesto, es la remoción completa del estamento judicial para su elección. Todas las personas titulares de los órganos encargados de administrar justicia en el país, comenzando por la SCJN, tendrán que ser removidas. Debe advertirse, con todo, que ese llamado proceso “popular” de renovación

de los órganos jurisdiccionales no es tal. El procedimiento real quedó supeditado a un juego político en el que tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo intervendrán en la selección y en el aval de las candidaturas que, en su momento, se someterían a votación. La decisión se traslada por tanto a los órganos de poder, no a la ciudadanía. En segundo término, con la creación del Tribunal de Disciplina Judicial, el sometimiento de ese futuro poder judicial parece total. Dicho Tribunal tendrá competencias para investigar, recabar pruebas, ordenar actuaciones, para verificar que los jueces están sometidos a la visión mayoritaria, para que sus actuaciones concuerden con las políticas actuales. Al ser su capacidad sancionadora mayúscula, da carta de naturalización a cierto decisionismo político al interior de nuestro sistema jurídico convirtiendo a los integrantes de ese Tribunal de Disciplina Judicial en el auténtico poder tras la fachada de la antigua judicatura. En tercer término, la reforma en cuestión ha decretado el literalismo como canon de interpretación para dicho decreto constitucional. Esto, de nuevo, es sorprendente y no puede ser sino fruto de un desnudo voluntarismo político que busca anular cualquier atisbo de control, pero también que hace patente un desconocimiento interesado, creo, del carácter interpretativo del derecho. Por último, la mayoría en turno cae en el *wishful thinking* de que es posible cambiar el país cambiando la letra de la Constitución, que la impartición de justicia será “pronta y expedita” desde ahora, esto es, por decreto, por orden y gracia del legislador.

Me refiero ahora a la implementación. Antes, debo decir que escribo estas líneas en septiembre de 2024 y cualquiera que haya seguido el acontecer nacional de los últimos días podrá constatar que lo hago en tiempos turbulentos para México. A ciencia cierta, nadie sabe qué nos deparará el futuro. Con todo, algunas consecuencias lesivas de la reforma constitucional en materia judicial ya se han dejado sentir. La destrucción del servicio civil de carrera ha comenzado a surtir efectos, por ejemplo.⁸ Pero más allá de este punto, existen todavía dudas fundadas sobre cómo puede ser o,

⁸ Más de 400 juzgadoras y juzgadores federales han solicitado ya su prejubilación derivada de la reforma. Véase *El Universal* (2024).

de hecho, va a ser implementada materialmente la reforma. En lo personal, la implementación —sobre todo a nivel federal— me plantea entre otras las siguientes cuestiones: ¿existen suficientes recursos para transitar de modelo a nivel federal o de los estados? ¿es posible, desde el punto de vista técnico-operativo, que la ciudadanía pueda votar para elegir, uno a uno, a todos los integrantes de la magistratura federal y estatal? Por otra parte, ¿es compatible la interpretación literal que impuso la reforma con el principio *pro homine* o el criterio de interpretación conforme?, ¿cambió la integración de la Corte tras la reforma, es decir, despachan ahora únicamente nueve ministros o continúan en el cargo los once que integraban el pleno antes de la reforma? Y, sobre todo: ¿es revisable por la SCJN el procedimiento de reforma a la Constitución, esto es, está sujeto a control el Constituyente permanente? ¿Cuáles son las relaciones entre el artículo 39 constitucional y el 41 de la propia carta magna? ¿Impone este último necesariamente límites al primero? Todas estas preguntas no son menores, por supuesto y requieren tanto de una reflexión profunda, así como de acuerdos políticos sólidos para llevar la reforma a buen puerto.

Las dificultades que la implementación supone, finalmente, me llevan a pensar que sigue habiendo espacio para la política con mayúsculas en nuestro país. Es decir, existe la necesidad de que se convoque a un diálogo racional, al entendimiento o la negociación efectiva entre todos los actores involucrados, comenzando por el grupo mayoritario y la SCJN, y con ello continuar, por supuesto, con algunos de los fines legítimos que sin duda la reforma alberga.⁹ Poco más puedo decir.

VI. A modo de conclusión

En estas páginas intenté una reflexión conjunta de los valores que encarna tanto la democracia liberal como el Estado de derecho

⁹ Que en la reforma existen todavía dimensiones para su mejora, es algo que, incluso, autores que la han defendido con ahínco reconocen sin problema. Por ejemplo, Cárdenas Gracia (2024).

para incidir en cómo sus presupuestos se trastocan desde el discurso populista. Habiendo identificado múltiples dimensiones de este último, me interesó iluminar los aspectos más perniciosos que el populismo despliega sobre ambos ideales normativos, así como algunos posibles puntos de conexión entre ellos. Y aunque el populismo pueda poseer una valencia positiva desde el punto de vista teórico, lo que se manifiesta, en los hechos, en su utilización, no es sino su cara negativa. Se trata de una perversión de los mecanismos que la democracia o, inclusive, el Estado de derecho pone a su alcance. Ello se hace posible por su carácter ambivalente: apelando a valores irrenunciables tales como la igualdad, la autodeterminación, la participación política o la lucha contra la corrupción que están presentes en el ideal democrático, el populismo termina por imponer una lógica antiliberal en el seno de la sociedad. Algo similar puede ocurrir desde el prisma del Estado social y democrático de derecho que, aunque en menor medida, en mi opinión, también puede servir para conectarle por medio de medidas paternalistas que pueden tornarse autoritarias. Sea como fuere, la lógica populista resulta patente en todo nuestro recorrido: desde el propio poder se polarizó a la opinión pública, se politizó el dolor y el descontento social, se instrumentalizan las necesidades de la población y, sobre todo, se exalta una supuesta soberanía popular con carácter ilimitado. Es la retórica populista, y su la lógica de *lo político* en acción, algo útil para cortocircuitar el entramado de instituciones o contrapesos necesarios que toda democracia moderna exige (Vallespín y Bascuñán, 2018). La anulación de la independencia de la rama judicial como poder autónomo en México puede ser vista como una muestra clara del triunfo del populismo en nuestra región. Otra más. Y que los jueces sean tenidos como “protectores del Estado”, pienso, lo sintetiza perfectamente.

Ante tal estado de las cosas, ¿hay algo que hacer desde el ámbito académico? Me parece que sí: debemos defender la autonomía individual de las personas como principio irrenunciable. Para ello, hay que ser conscientes de los límites que el pluralismo razonable de las sociedades posmetafísicas en el que estamos inmer-

nos impone a nuestras aspiraciones políticas y para nuestra forma de convivencia. Debemos comprender, asimismo que, por más que lo deseemos, no es factible “cambiar el mundo” cambiando “la letra de las leyes”, comenzando, claro está, por la Constitución. No es posible, ni legítimo, pretender arribar la utopía por medio de decretos. Y por increíble que parezca, debemos volver a defender el valor de la democracia representativa, de la división de poderes y del Estado de derecho, así como la importancia de un poder judicial autónomo e independiente, porque todos ellos son los que hacen posible nuestra libertad. No podemos ni debemos aceptar su sacrificio en el altar de una supuesta “voluntad popular” porque ésta, como he explicado, no existe de hecho ni puede existir. Cuando se afirma lo contrario, me temo, suele hacerse de forma interesada y, dramáticamente, para poner en peligro el propio régimen de libertades y sus garantías. ¿Hay alguna manera de reconducir la situación? Es difícil saberlo a cabalidad porque ello está en un campo sumamente polarizado como lo es el de la política actual en México. Con todo, un posible comienzo pasaría por suscribir las palabras de Andrés Manuel López Obrador cuando siendo aspirante la Presidencia de la República sostuvo:

Respetar el principio de división de poderes debe ser un compromiso. Por mucho tiempo México vivió un régimen de simulación; el sistema político funcionaba con reglas no escritas; la Constitución se respetaba en la forma, pero se violaba en el fondo. La división de poderes era una farsa; el Ejecutivo era, en realidad, el poder de los poderes; en lo esencial tenía subordinados al Legislativo y al Judicial.

Poco a poco esas prácticas han ido desapareciendo y mal haríamos en mantenerlas o recrearlas. Deben erradicarse por completo. Por convicción, sostengo que los poderes deben funcionar con absoluta independencia y dentro de la órbita de sus atribuciones. En estos nuevos tiempos, todos debemos autolimitarnos y buscar más allá de las diferencias inherentes a la vida democrática, puntos de coincidencia en beneficio del interés general. (2006, p. 123)

Como puede observarse, se trata de una defensa ejemplar de la división de poderes y de la democracia representativa que pocos dudarían en hacer propia. Por ello, no me gustaría concluir sin una nota de esperanza derivada de las complejidades que la implementación de la reforma entraña. Si tenemos en cuenta el inminente cambio en la titularidad del poder ejecutivo, con la toma de protesta de la doctora Claudia Sheinbaum Pardo como primera presidenta de los Estados Unidos Mexicanos, este hecho, sin duda histórico, puede ofrecernos una ventana que albergue la posibilidad de construir algún espacio para una deliberación auténtica de las implicaciones de la reforma judicial o un necesario punto de encuentro entre quienes tienen visiones diferentes de país. Parfraseando al López Obrador de *Un proyecto alternativo de nación*, podría ser “ese nuevo tiempo que tanto requerimos hoy, donde todas y todos debemos autolimitarnos y buscar más allá de las diferencias inherentes de la vida democrática, puntos de coincidencia en beneficio del verdadero interés general”. Insisto, es un momento para la política con mayúsculas. Ojalá que esta lectura, sumamente optimista, lo sé, que de la implementación ofrezco, pueda materializarse en alguna medida. Es nuestra institucionalidad constitucional y democrática lo que está en juego.¹⁰

VII. Referencias

- Ansuátegui Roig, F. J. (2014). *Razón y voluntad en el Estado de derecho*. Dykinson.
- Arrow, K. J. (1963). *Social choice and individual values*. Yale University Press (Publicado originalmente en 1951).

¹⁰ Agradezco las observaciones formuladas por los dictaminadores anónimos designados por el Anuario que sirvieron para mejorar el contenido final de este trabajo. De la misma manera, doy gracias por la lectura atenta de varios colegas y amigos que me ayudaron a corregir algunas partes del escrito; en particular, el apoyo de la Dra. Alicia I. Saavedra-Bazaga. Como siempre, los errores que subsistan sólo son imputables al autor.

- Baratta, A. (1977). El Estado de derecho. Historia del concepto y su problemática actual (M. Barbero, Trad.). *Sistema*, (17-18), 11-23.
- Barranco Avilés, M. del C. (2001). El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 18, 205-226.
- Bayón, J. C. (2009). ¿Necesita la república deliberativa de una dimensión epistémica?, *Diritto & Questioni Pubbliche*, (9), 189-228.
- Bayón, J. C. (2010). Democracia y derechos. Problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional*. Trotta (Publicado originalmente en 2004).
- Bedau, H. A. (2005). Rule of Law. En T. Hoenderich (Ed.), *The Oxford Guide of Philosophy*. Oxford University Press.
- Benda, E. (2001). El Estado social de derecho. En E. Benda et al., *Manual de derecho constitucional* (2a. ed.; A. López Pina, Trad., pp. 487-559). Marcial Pons.
- Berlin, I. (1998). Dos conceptos de libertad. En *Cuatro ensayos sobre la libertad* (J. Bayón, Trad., pp. 215-280). Alianza Editorial (Publicado originalmente en 1958).
- Berlin, I. (2002). *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*. Península.
- Bobbio, N. (1991). *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1999). Marx y el Estado. En *Ni con Marx ni contra Marx* (pp. 132-147). Fondo de Cultura Económica.
- Böckenförde, E. W. (2000). Origen y cambio del concepto de Estado de derecho. En *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (A. Serrano, Trad., pp. 17-45). Trotta.
- Borowski, M. (2022). *Elementos esenciales de la dogmática de derechos fundamentales* (A. Mateos-Durán, Trad.). Tirant Lo Blanch.
- Borrego Estrada, F. (2018). Estudios sobre redes familiares y clientelares en el Consejo de la Judicatura Federal. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, (29-30), 159-191. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487929e.2017.26.12316>

- Briggs, A. (1961). The Welfare State in historical perspective. *Archives Européennes de Sociologie*, II(2), 221-258.
- Cárdenas Gracia, J. (2024). La reforma judicial que viene. *Hechos y Derechos* [Número especial]. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/19462/19556>
- Constant, B. (1989a). De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. En *Escritos políticos* (M. L. Sánchez Mejía, Trad.; pp. 257-285). Centro de Estudios Constitucionales.
- Constant, B. (1989b). Principios de Política. En *Escritos políticos* (M. L. Sánchez Mejía, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- El Universal. (2024). Reforma judicial lleva a jueces y magistrados a adelantar jubilaciones. <https://www.eluniversal.-com.mx/nacion/reforma-judicial-lleva-a-jueces-y-magistrados-a-adelantar-jubilaciones/>
- Elster, J. (2007). El mercado y el foro: tres formas de teoría política. M. Melero (Coord.), *Democracia, deliberación y diferencia* (pp. 103-126).
- Estrada Marún, J. A. (2013). La designación de los magistrados de los nuevos tribunales constitucionales. Algunas observaciones sobre las recientes experiencias en la República Dominicana y en Bolivia. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (19), 71-99.
- Fernández García, E. (1984). El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales. En *Teoría de la justicia y derechos humanos* (pp. 127-173). Debate.
- Fernández García, E. (1997). Hacia un concepto restringido de Estado de derecho. *Sistema*, (138), 101-117.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (7a. ed., N. Bobbio, Pról.). Trotta.
- Fioravanti, M. (2003). *Derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (4a. ed.). Trotta.

- Flores, I. B. (2001). Law, liberty and the rule of law (in a constitutional democracy). En I. Flores y K. E. Himma (Eds.), *Law, liberty and the rule of law* (pp. 77-101). Springer.
- Fuller, L. L. (1967). *La moral del derecho* (F. Navarro, Trad.). Trillas.
- Gargarella, R. (2017). Dos tradiciones democráticas en el constitucionalismo de América Latina. En F. Mora-Sifuentes (Coord.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica* (2a. ed., corregida y ampliada; pp. 149-170). Fontamara.
- Hart, H. L. A. (1964-1965). The morality of law. *Harvard Law Review* (78), 1281-1296.
- Hayek, F. A. (1986). *Camino de servidumbre* (J. Vergara, Trad.). Universidad Autónoma Centroamericana.
- Hayek, F. A. (2008). *Los fundamentos de la libertad* (8a. ed.). Unión Editorial.
- Hayek, F. A. (2010). *Principios de un orden social liberal y otros ensayos* (2a. ed.; pp. 25-53). Unión Editorial.
- Held, D. (1987). *Models of democracy*. Stanford University Press.
- Heuschling, L. (2002). *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Daloz.
- Kant, I. (1993). En torno al tópico: "Tal vez esto sea correcto en la teoría pero no sirve para la práctica". *Teoría y práctica* (VV. AA., Trans.). Alianza (Publicado originalmente en 1793).
- Kirste, S. (2021). Populism dualism instead dialectical unity of the rule of law and democracy. En M. la Torre, I. Grauberg y B. van Klink (Eds.), *Rechtstheorie* (Special issue), (52), 251-272.
- Krauze, E. (2006, junio 20). El Mesías tropical. *Letras Libres*. <https://letraslibres.com/revista/el-mesias-tropical/>
- La Torre, M. (2017). ¿La decadencia de Occidente? Sobre el futuro de la democracia. En F. Mora-Sifuentes (Coord.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica* (2a. ed., corregida y ampliada; pp. 31-50). Fontamara.
- Laclau, E. (2005a). *The populist reason*. Verso.
- Laclau, E. (2005b). "Populismo", ¿Qué nos dice el nombre? En F. Panniza (Ed.), *Populismo como espejo de la democracia* (pp. 51-70). Fondo de Cultura Económica.

- Laporta, F. (1994). Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz. *Doxa*, (15-16), 133-145.
- Leiter, B. (2024). Los roles de los jueces en una democracia. Una visión realista. *Teoría del derecho realista. Ensayos selectos* (F. Mora-Sifuentes, Trad.; N. Scavuzzo, Estudio introductorio). Zela.
- López Obrador, A. M. (2006). *Un proyecto alternativo de nación*. Grijalbo.
- Lucas Verdú, P. (1955). *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*. Acta Salmanticensia.
- Luhmann, N. (1993). *Teoría política en el Estado de Bienestar* (F. Vallespín, Trad.). Alianza.
- Manin, B. y Lev-On, A. (2017). Internet: la mano invisible de la deliberación. En F. M. Mora-Sifuentes (Coord.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica* (2a. ed., corregida y ampliada; pp. 127-148). Fontamara.
- Manucci, L. (2017). Chapter 24: Populism and the media. En C. Rovira, P. Taggart, P. Ochoa-Espejo y P. Ostiguy (Eds.), *The Oxford handbook of populism*. Oxford University Press.
- Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia* (J. J. Moreso y R. Gargarella, Pról.). Marcial Pons.
- Marx, K. (1971). Crítica al programa de Gotha. En K. Marx y F. Engels, *Obras escogidas en dos tomos* (pp. 5-29). Progreso.
- Mateucci, N. (1998). *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno* (F. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, Trads.). Trotta; Universidad Carlos III de Madrid.
- Miliband, R. (1978). Marx y el Estado. En AA. VV., *Marx, el Derecho y el Estado*. Oikos.
- Mora-Sifuentes, F. M. (2013). Ideas de libertad y modelos de derechos fundamentales. Una aproximación. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (28), 171-210. [https://doi.org/10.1016/S1405-9193\(13\)71279-4](https://doi.org/10.1016/S1405-9193(13)71279-4)
- Mora-Sifuentes, F. M. (2016). Los intocables del derecho. Entrevista a Josep Joan Moreso. *Ciencia Jurídica*, 5(9), 141-162. <https://doi.org/10.15174/cj.v5i1.183>

- Mora-Sifuentes, F. M. (2017). Un catálogo de argumentos y problemas democráticos. F. M. Mora-Sifuentes (Coord.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica* (2a. ed., corregida y ampliada). Fontamara.
- Mora-Sifuentes, F. M. (2021). *Legalismo y constitucionalismo* (M. del C. Barranco, Pról.). Tirant lo Blanch.
- Mora-Sifuentes, F. M. (2024). Otra revisita al constitucionalismo popular. *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 18(53), 83-114. <https://doi.org/10.35487/rius.v18i53.2024.940>
- Moreso, J. J. (2009). Acerca de los fundamentos del constitucionalismo. En *La constitución: modelo para armar* (pp. 145-150). Marcial Pons.
- Mouffe, C. (2007). *En torno a lo político*. Fondo de Cultura Económica.
- Mouffe, C. (2021). Populism and radical democracy. En E. M. La Torre, I. Grauberg y B. van Klink (Eds.). *Recthstheorie* (Special issue), (52), 153-158.
- Nava Tovar, A. (2019). Falacias y derecho penal. *Quadripartita Ratio. Revista de Retórica y Argumentación*, 4(8), 2-20. <https://doi.org/10.32870/qr.v4i8.107>
- Nava Tovar, A. (2021). *Populismo punitivo. Crítica del discurso penal moderno*. INACIPE; ZELA.
- Offe, C. (1992). Algunas contradicciones del moderno Estado social. *La sociedad del trabajo. Problemas estructurales y perspectivas de futuro* (J. Nicolás Muñoz, Trad.; pp. 371-389). Alianza.
- Olivier de Sardan, J. P. (1990). Populisme développementiste et populisme en sciences sociales: idéologie, action, connaissance. *Cahiers d'Études Africaines*, (120), 475- 492.
- Ovejero Lucas, F. (2017). Democracia republicana. En F. Mora-Sifuentes (Coord.), *Democracia. Ensayos de Filosofía Política y Jurídica* (2a. ed., corregida y ampliada; pp. 93-126). Fontamara.
- Oxford Languages. (2016). Word of the Year [Posverdad]. <https://languages.oup.com/word-of-the-year/2016/>
- Parejo Alfonso, L. (1983). *Estado social y administración pública* (E. García de Enterría, Pról.). Civitas.

- Peces-Barba Martínez, G. (2010), *Diez lecciones de ética, poder y derecho*. Dykinson.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia* (M. D. González, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Raz, J. (1982). El Estado de derecho y su virtud. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (2a. ed.; pp. 263-285). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Real Academia de la Lengua Española. (2017). El término posverdad entrará en el Diccionario antes de final de año. <https://www.rae.es/noticia/el-termino-posverdad-entrara-en-el-diccionario-antes-de-final-de-ano>
- Ríos Figueroa, J. (2018). *El déficit meritocrático. Nepotismo y redes familiares en el Poder Judicial de la Federación*. Mexicanos contra la Corrupción.
- Ríos Figueroa, J. (2022). El poder judicial ante el populismo y la erosión democrática. El caso de México. *Revista de Estudios Políticos*, (198), 187-217.
- Rodríguez, A. y Robles, J. M. (2023). La cuestión abierta de las tres P: polarización, populismo y posverdad en perspectiva emotivista. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, (69), 1-11.
- Ronsanvallon, (2020). *El siglo del populismo. Historia, teoría y crítica*. Manantial.
- Schmitt, C. (1991). *El concepto de lo político* (R. Agapito, Trad.). Alianza.
- Sotelo, I. (2010). *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Trotta.
- Triolo, L. (2000). *Legalismo e legalità*. Giappichelli Editore.
- Urbinati, N. (2020). *Yo, el Pueblo. Cómo el populismo transforma la democracia*. Libros Grano de Sal.
- Vallespín, F. y Bascuñan, M. (2018). *Populismos*. Alianza.
- Vallespín, F. (2012). *La mentira os hará libres. Realidad y ficción en la democracia*. Galaxia Gutenberg; Círculo de Lectores.
- Vallespín, F. (2018, julio 28). ¿Está en peligro la democracia liberal? *El Clarín*. <https://www.clarin.com/opinion/peligro-democracia->

liberal_0_SJ3qQD5NQ.html?srsltid=AfmBOoo539rJf5CkaFCT
ATRnlQVWNxKqjT3LP1E53VI-vwKxxUTD_QpO

- Vázquez-Sánchez, O. (2024). El diseño institucional de aplicación del derecho y la cuestión de la relación entre derecho y moral en tiempos de neoconstitucionalismo: el caso mexicano. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (27), 149-179.
- Waldron, J. (2006). The core against judicial review. *The Yale Law Journal* (115), 1346-1406.
- Weber, M. (2002). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (J. Wickelmann, Ed.; J. Medina Echavarría, nota prel.). Fondo de Cultura Económica.
- Weiland, K. (2001). Clarifying a contested concept: populism in the study of Latin American politics. *Comparative Politics*, (34), 1-22.
- Zagrebelsky, G. (1996) *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia* (M. Gascón, Trad; G. Peces-Barba, Epíl.). Trotta.

Cómo citar

IJ-UNAM

Mora-Sifuentes, Francisco M., "¿Jueces como protectores del Estado? Sobre populismo, democracia y Estado de derecho en México?", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19592. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19592>

APA

Mora-Sifuentes, F. M. (2025). ¿Jueces como protectores del Estado? Sobre populismo, democracia y Estado de derecho en México?. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19592. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19592>

Retos en la garantía de derechos humanos frente a la desaparición del INAI

Challenges in guaranteeing human rights regarding the dissolution of the INAI

María de los Ángeles Guzmán García

 <https://orcid.org/0009-0004-2811-4648>

Universidad Autónoma de Nuevo León. México
Correo electrónico: angelesguzman@gmail.com

Recepción: 30 de agosto de 2024

Aceptación: 12 de diciembre de 2024

Publicación: 28 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19511>

Resumen: El artículo analiza la reforma constitucional mexicana de simplificación orgánica mediante la extinción de los organismos constitucionalmente autónomos (OCA), su impacto en el Estado de derecho y la gobernanza democrática en México, en relación con la protección de datos personales. El objetivo es evaluar cómo estas reformas afectarían la independencia institucional y la protección de los derechos humanos, enfatizados en el acceso a la información y la protección de datos personales. Mediante un enfoque cualitativo basado en el análisis doctrinal y jurisprudencial, se examina la evolución y función de los OCA en el sistema jurídico mexicano. Los resultados sugieren que aunque la reforma pretende mejorar la eficiencia administrativa y reducir costos, también podría ocasionar riesgos significativos, como la concentración excesiva de poder en la administración pública federal, lo que deterioraría los controles democráticos y la rendición de cuentas. La principal limitación del estudio es la falta de evidencia empírica sobre el impacto directo de estas reformas, pero proporciona un marco teórico para futuras investigaciones. Este trabajo destaca la originalidad y el valor de los OCA como mecanismos esenciales para mantener el equilibrio de poderes y proteger los derechos ciudadanos en una democracia constitucional.

Palabras clave: organismos constitucionalmente autónomos; Estado de derecho; transparencia; acceso a la información; protección de datos personales.

Abstract: The article analyzes Mexico's Organic Simplification Constitutional Reform through the dissolution of Constitutionally Autonomous Agencies (OCA), its

impact on the rule of law, and democratic governance in Mexico, specifically regarding personal data protection. The objective is to assess how these reforms would affect institutional independence and the protection of human rights, with a focus on access to information and personal data protection. Using a qualitative approach based on doctrinal and jurisprudential analysis, the study examines the evolution and function of OCA within the Mexican legal system. The findings suggest that, although the reform aims to enhance administrative efficiency and reduce costs, it could pose significant risks, such as the excessive concentration of power within the federal public administration, thereby undermining democratic controls and accountability. The main limitation of the study is the lack of empirical evidence on the direct impact of these reforms, but it provides a theoretical framework for future research. This paper highlights the originality and value of OCA as essential mechanisms for maintaining the balance of powers and protecting citizens' rights in a constitutional democracy.

Keywords: constitutionally autonomous agencies; rule of law; transparency; access to information; personal data protection.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Antecedentes de los OCA.* III. *Contextualización del fenómeno reformador.* IV. *Extinción del órgano garante en materia de transparencia y sus repercusiones en la garantía de derechos.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

I. Introducción

En las últimas décadas, México ha experimentado importantes transformaciones en su estructura constitucional, especialmente con la creación de los organismos constitucionalmente autónomos (OCA). Estos fueron diseñados para operar con autonomía frente a los poderes clásicos, es decir, los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Su papel ha sido fundamental para garantizar derechos humanos, como el acceso a la información pública y la protección de datos personales. Los OCA, como el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), han funcionado como contrapesos esenciales en la democracia mexicana. El órgano garante de transparencia ha contribuido a la construcción de políticas públicas de rendición de cuentas, especialización técnica y una supervisión independiente de las decisiones gubernamentales.

Sin embargo, la reciente reforma del gobierno mexicano, presentada en febrero de 2024 y aprobada en noviembre del mismo año por ambas cámaras del Poder Legislativo, busca una simplificación orgánica que implicaría la extinción o reestructuración de varios OCA.¹ La reforma plantea una reconfiguración profunda del aparato estatal con el argumento de reducir costos, mejorar la eficiencia y eliminar supuestas redundancias en la administración pública. También sugiere que centralizar funciones bajo el control del Poder Ejecutivo permitirá una respuesta más ágil y coherente a las necesidades sociales y económicas del país.

Esta reflexión examina las implicaciones de la reforma, particularmente en lo que respecta a la preservación del Estado de derecho y la protección de los derechos humanos, con énfasis en el de acceso a la información y protección de datos personales. A través de un análisis doctrinal y jurisprudencial, se explora cómo la desaparición o debilitamiento de los OCA podría o no afectar la gobernanza democrática en México, y comprometer la independencia institucional y los principios constitucionales que sustentan una sociedad democrática moderna, en la que existen pesos y contrapesos a los poderes públicos.

II. Antecedentes de los OCA

Ferrajoli (2011) apunta que

las democracias consisten en un método de formación de las decisiones públicas: y precisamente en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo,

¹ Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), el Consejo Nacional de Evaluación de Política de Desarrollo Social (CONEVAL), así como los órganos reguladores coordinados en materia energética, como la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), y el organismo público descentralizado denominado Comisión Nacional para la Mejora Continua de la Educación (MEJOREDU).

o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o mediante representantes, de asumir tales decisiones. (p. 9)

Entonces, cuando hablamos de Estado, de poderes públicos o instituciones políticas, hacemos alusión a un amplio y complejo acervo de definiciones y conceptos, con diversas formas y funciones.

Una tendencia de las democracias constitucionales ha sido la de crear organismos constitucionalmente autónomos, bajo la premisa de evolucionar en sus sistemas de división de poderes, limitar el monopolio del poder, atenuar regímenes presidencialistas de un solo partido, pero, sobre todo, de buscar ejercer funciones especializadas en la gestión pública, que no se vieran influenciadas por factores políticos.

La autonomía de estos organismos responde a la naturaleza técnica y de gestión, que los posibilita para operar en su rama de especialización sin injerencias externas y distanciados de los tres poderes clásicos. Así, puesto que la división de poderes tiene como propósito evitar la concentración del poder en una sola persona o institución, resulta pertinente la postura reflejada en el texto *Del espíritu de las leyes*, de Montesquieu (1748/2015), quien señalaba que la idea es combinar los poderes, regularlos, temperarlos, hacerlos actuar, y dar un contrapeso a cada uno de ellos para que pueda resistir a otro.

De este modo, la autonomía proporciona a los OCA la capacidad de regular su funcionamiento interno a través de normas, reglamentos, lineamientos y estructuras propias, respetando siempre el marco constitucional vigente. Este modelo implica una descentralización del poder público, delegando funciones a otro órgano, que sea útil en el sistema de pesos y contrapesos. El objetivo de esta descentralización es restringir y limitar cualquier interferencia indebida en las esferas autónomas especializadas, para evitar así posibles vulneraciones que puedan comprometer la adecuada gestión de los OCA.

Ferrajoli (2011) refiere que el

aspecto de distribución del poder y de los poderes no es otra cosa que un corolario del principio de legalidad, es decir, de sujeción de todas las funciones públicas a la ley, que de ellas establece taxativamente sus competencias y formas de ejercicio. (p. 91)

En la teoría clásica contamos con tres poderes cuyas funciones, atribuciones, obligaciones y potestades deben estar claramente separadas, aunque en una relación de coordinación. En el Estado mexicano se tiene un Poder Legislativo, encargado de la creación de leyes; un Poder Judicial, que aplica la norma, y un Poder Ejecutivo, que tiene como tarea ejecutar las leyes. El modelo mexicano se ha caracterizado por un sistema presidencial siempre predominantemente fuerte. Desde las primeras constituciones se adoptó un sistema de división de poderes clásico, con una arquitectura propia de los sistemas presidenciales (López-Ayllón, 2020, p. 23).

Los organismos constitucionalmente autónomos amplían el margen de actuación del Estado por caminos diferentes a los tradicionales, pues estos orbitan fuera de los poderes tradicionales. Al mismo tiempo, rediseñan el equilibrio del poder porque, en efecto, se constituyen como un contrapeso eficiente, toda vez que ejercen y producen mecanismos de control constitucional, que generan espacios de participación ciudadana. La configuración de estos organismos autónomos no se aleja de la configuración propia del Estado, pues este actúa a través de ellos, ya que "su naturaleza autónoma deviene del propio texto constitucional, que los convierte en poderes públicos distintos de los tres poderes tradicionales. Más aún, tienen personalidad jurídica, independencia presupuestaria y poseen también independencia orgánica, lo que implica autonomía de gestión" (Fabián Ruíz, 2017, p. 90). Esta administración presupuestaria y de gestión ha sido duramente criticada por el gobierno actual que ha promovido la reforma.²

² En cuanto al INAI, principalmente por algunos casos de uso indebido de tarjetas de crédito corporativas y una robusta cantidad de cargos directivos en el organigrama con cargo al erario. Este fue el principal motivo de la reforma de simplificación orgánica, no ajustarse a la austeridad establecida como principio de un buen gobierno.

Históricamente, los OCA emergen como una justificación válida a la necesidad del Estado de limitar los excesos en los que incurrieron los poderes tradicionales y los poderes fácticos;³ principalmente por cuanto hace al gasto público, contratos, licitaciones, monopolios, entre otros. Por lo tanto, estas instituciones nacen como un instrumento constitucional para armonizar la democracia de partidos, poderes clásicos, fácticos, económicos y sociales, a raíz de la autonomía que los distingue. En suma, un órgano con autonomía constitucional se destaca por su especialidad en una determinada materia, para efectos de brindar certeza en su actuar; se legitiman por este nivel técnico y por mantenerse alejados de intereses partidistas, con estricto apego al Estado de derecho.⁴

Estas ideas responden, principalmente, a la corriente del Estado regulador que necesita credibilidad y consistencia en su actuar público, apartándose de la inestabilidad política y buscando crear instituciones públicas despolitizadas. Dicho esto, y previo al estudio de los OCA a nivel nacional, es importante asentar los elementos sobre las razones que fundamentaron su origen y comprender que estos responden a una corriente globalizadora que se reflejó en diversas esferas de la vida política internacional.

Los OCA pueden ser considerados como aquellas instituciones del derecho mexicano que nacen de procesos históricos y contextos determinados por las exigencias sociales, acuerdos políticos y reformas constitucionales. La autonomía que se les otorgó es es-

³ Para este estudio, con “poderes fácticos” nos referimos a todos aquellos grupos de influencia para la toma de decisiones en el gobierno —como son los grandes medios de comunicación, empresarios, grupos de la sociedad civil, entre otros— que antes de existir las políticas públicas de transparencia, por ejemplo, se podían ver beneficiados de contratos exclusivos, etcétera.

⁴ Cabe hacer una nota aclaratoria, pues ese alejamiento político de los OCA siempre se vio afectado por los métodos de selección de sus titulares, ya fueran estos unipersonales o de plenos colegiados. Esto es así porque el diseño legal era que estos titulares fueran designados por el voto de las dos terceras partes de alguna de las cámaras del Poder Legislativo, normalmente, la Cámara de Senadores. Ahora bien, al decidir los grupos parlamentarios —es decir, los partidos políticos— los nombramientos de los titulares, implícitamente se creaban lealtades mal entendidas. Esto es así porque la lealtad se debe, en realidad, a la ciudadanía que eligió con su voto a estos representantes populares. Entonces, podemos decir que este defectuoso método de selección arroja un grave problema.

tructural, funcional, presupuestaria y administrativa, a fin de llevar a cabo funciones estatales y tareas de gobierno de alta especialización técnica, cuyo desarrollo y máxima potencialidad requería sustraerlos de la función Ejecutiva. Esto con la finalidad de mejorar su funcionamiento y articular de mejor manera los mecanismos de rendición de cuentas a los que se encuentran obligados por ser órganos inmersos en la lógica del Estado. Los OCA guardan una relación de coordinación y cooperación con las funciones ejecutiva, legislativa y judicial. Plantean un nuevo rumbo de la teoría de división del poder, para concebirla como una teoría de las funciones estatales del poder público (Uvalle Aguilera, 2022, p. 157).

Hemos de analizar la línea jurisprudencial de nuestro máximo tribunal al respecto, dado que en la Controversia Constitucional 32/2005 sostuvo que

De acuerdo con la doctrina, los órganos constitucionales autónomos surgen con motivo de una nueva concepción del Poder, bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando con ello la teoría tradicional de la división de poderes, por lo que se dejó de concebir la organización del Estado derivada de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), que sin perder su esencia, ahora se habla de que dicho principio debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, para hacer más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. (2006, p. 912)

Ahora bien, el principio de división de poderes se entiende como una distribución de funciones o competencias específicas, que busca mejorar la eficiencia en el desarrollo de las actividades del Estado. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que el sistema jurídico mexicano refleja esta nueva distribución del poder, permitiendo la creación de organismos autónomos que, aunque independientes de los poderes primarios, siguen siendo parte integral del Estado con la finalidad de especializar, agilizar, controlar y transparentar ciertas funciones estatales. En este sentido, "la creación y el fortalecimiento de entes constitucionalmen-

te autónomos constituye una garantía institucional para asegurar que dichas áreas prioritarias atiendan a criterios estrictamente técnicos y especializados y se encuentre exentas de toda injerencia del Poder Ejecutivo” (López Olvera et al., 2021, p. 24).

En México se han creado los OCA para atender materias diversas y de un complejo grado de especialización, como, por ejemplo, política monetaria, sistema electoral, protección y promoción de los derechos humanos, acceso a la información pública y protección de datos personales, libre competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, evaluación educativa, creación de información estadística relevante, así como la evaluación de las políticas sociales y procuración de justicia.

III. Contextualización del fenómeno reformador

El 5 de febrero de 2024 el presidente de la República presentó, ante el Congreso de la Unión, un amplio y diverso paquete de reformas constitucionales, consistente en veinte proyectos de decretos (Cámara de Diputados, 2024). Con el propósito de replantear la estructura administrativa y el andamiaje constitucional de las instituciones del Estado, bajo la premisa de erradicar la enorme desigualdad social existente, sostuvo que una de las funciones esenciales del Estado es construir y reconstruir los derechos humanos colectivos.

Para comprender la complejidad jurídica, teórica y social que representan estas iniciativas de reforma, es importante mencionar que se enfocan en reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que abarcan diferentes temas como programas sociales, simplificación (extinción) de organismos constitucionalmente autónomos, Poder Judicial federal, poderes judiciales locales, entre otras.

La reforma abarca aspectos como la eliminación o reestructuración de diversos organismos autónomos, que actualmente desarrollan su encomienda constitucional específica desde una óptica independiente y autónoma de los poderes tradicionales. La inten-

ción que respalda estos decretos es centralizar las funciones administrativas y eliminar lo que el Ejecutivo federal sostiene como “redundancias” en la administración pública. Esta centralización de funciones, en la supremacía de un régimen centralizado, implica posibilitar una mayor integración de funciones y responsabilidades bajo el control directo del Poder Ejecutivo, restringiendo así la existencia de organismos que resuelvan con autonomía técnica y de gestión.

Es preciso analizar los argumentos del Ejecutivo federal para sostener estos decretos de simplificación orgánica, y así responder a las preguntas sobre el porqué y el para qué de la reforma. Esto con la finalidad de estudiar los elementos que desestimen o generen un mayor debate y reflexión, específicamente en lo relacionado con el órgano garante de los derechos humanos de acceso a la información y protección de datos personales.

Uno de los temas a los que más se hace alusión en el proyecto de reforma es el relativo a la eficiencia y reducción de costos. Se argumenta que la simplificación orgánica permitirá ahorros significativos en la economía nacional, pues eliminará la duplicidad de funciones y redundancias en la administración pública. De esta manera se podrían rescatar recursos, que pueden ser destinados a programas de carácter social que impacten directamente en la erradicación de la desigualdad social.

La reforma apuesta por una agilidad en la toma de decisiones, y sostiene que un gobierno más centralizado y menos fragmentado podría solucionar y responder más ágilmente a las necesidades y demandas de la sociedad, lo que facilitaría la generación de políticas públicas más coherentes y homogéneas.

Otro aspecto crucial en la propuesta de reforma es la reducción de la burocracia, pues sostiene que al simplificar la estructura administrativa del Estado se podría disminuir la cantidad de trámites y procesos burocráticos, lo que contribuiría a que las personas reduzcan los tiempos de espera y costos asociados con la administración pública, esta como garante de la materialización de derechos.

En contraposición, existen aspectos que deben considerarse en el estudio contextual de este fenómeno reformador, como la pérdida de independencia y autonomía, toda vez que eliminar los organismos autónomos socava la capacidad para actuar como contrapesos efectivos tanto de los poderes clásicos, como de los poderes fácticos. Organismos como el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), y la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) desempeñan funciones críticas en la protección de los derechos humanos de todas las personas, así como una adecuada supervisión del gobierno y las empresas. Su extinción o integración al aparato ejecutivo afectará negativamente en la transparencia, supervisión de la ciudadanía y rendición de cuentas, ejes torales del escrutinio que hace la ciudadanía al gobierno, lo que está directamente relacionado con el derecho a una buena administración pública. Es de precisar que, por lo que respecta al INAI, la reforma propone en esencia regresar a la figura institucional anterior, es decir, el antiguo Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (IFAI), un organismo descentralizado que dependía del Poder Ejecutivo.

La eliminación de los OCA no sólo plantea un desafío estructural para la administración pública, sino también un riesgo considerable para el Estado de derecho. Estos organismos desempeñan un papel crucial en la supervisión del gobierno, pues ellos aseguran que se respeten y garanticen los derechos humanos, que se cumpla con la ley de manera imparcial, y se respeten los principios de los derechos humanos contenidos en el artículo primero constitucional, sin una interferencia política. La centralización de funciones bajo un control ejecutivo directo, a través de determinadas secretarías de Estado, tiene dos consecuencias directas: 1) erosiona la autonomía al concentrar demasiadas funciones y poder, y 2) socava la independencia política.

Desde la perspectiva de una democracia constitucional, esta centralización de funciones y la extinción de los OCA representan un riesgo significativo para el equilibrio de poder y la gobernanza

democrática. Los OCA están diseñados para actuar como garantes de los derechos y principios constitucionales, mediante una supervisión imparcial y transparente sobre las acciones del gobierno. Su eliminación podría resultar en un deterioro gradual del sistema de pesos y contrapesos, que es fundamental para el funcionamiento de una democracia saludable, en la que no haya una predominancia de alguno de los poderes tradicionales.

Si bien la propuesta de simplificación orgánica busca mejorar la eficiencia y reducir costos, es esencial que se equilibre cuidadosamente con la necesidad de mantener una estructura de gobernanza que sea democrática y respetuosa del Estado de derecho. Por lo tanto, cualquier reforma que contemple su eliminación o reestructuración debe ser evaluada no sólo en términos de la conveniencia a corto plazo y de beneficios administrativos o económicos inmediatos, sino también considerando un interés a largo plazo en cuanto a su impacto en la debida protección y garantía de los derechos humanos.

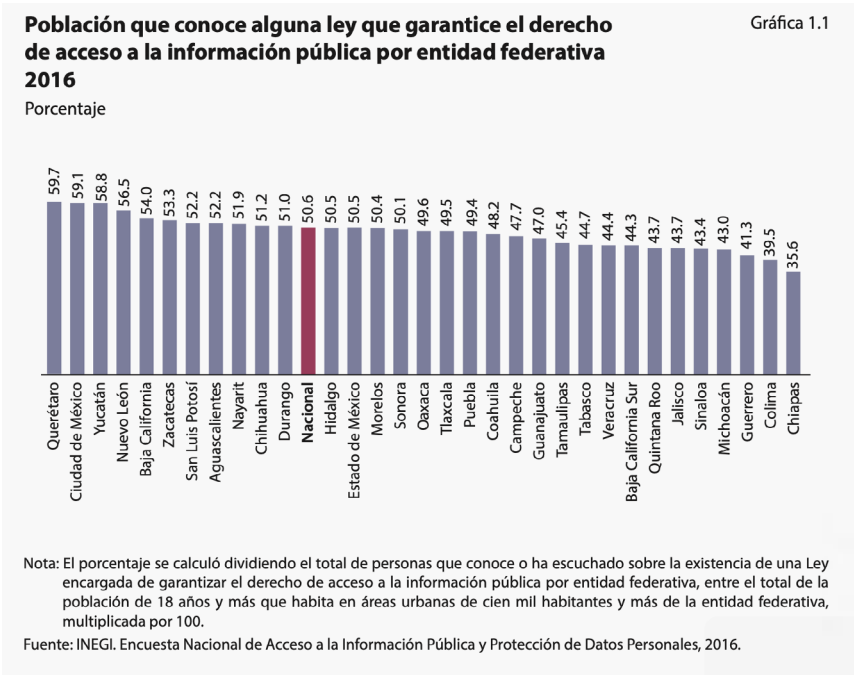
En este sentido, como parte de su naturaleza constitucional, los OCA dan lugar a un perfil institucional caracterizado por: 1) un carácter estatal; 2) independencia y autonomía frente al poder central y de partidos políticos; 3) el nombramiento de directivos no es simultáneo al periodo sexenal; 4) las actividades son de alto carácter especializado y técnico; 5) las decisiones son de áreas sensibles para el país; 6) la necesidad de una nueva racionalidad pública en la que participe la ciudadanía y actores no gubernamentales; 7) que el Estado mexicano sea valorado como un agente que aplica con lógica institucional incentivos positivos y negativos (Uvalle Aguilera, 2024, p. 100). Con estos elementos, lo que se pretendía era mantener una sociedad activa en el quehacer público, coparticipe en la elaboración políticas públicas necesarias para satisfacer sus necesidades, responder a problemáticas sociales y con ello construir instituciones más democráticas y sensibles a las demandas de la ciudadanía.

IV. Extinción del órgano garante en materia de transparencia y sus repercusiones en la garantía de derechos

El INAI es usualmente conocido por ser un “órgano garante de transparencia”; no obstante, a menudo se olvida que también es una autoridad en materia de protección de datos personales. Esto se debe a que la protección de datos personales es un derecho de reciente configuración en Europa; y más aún en México, en donde aparece por primera vez —en apenas unos cuantos artículos— en la primera Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental del año 2002. Sin embargo, no es sino hasta el año 2010 que se publica la primera Ley de Protección de Datos Personales en posesión de particulares.

El conocimiento sobre el derecho de acceso a la información pública es mayor. Así lo demuestran las encuestas del INEGI desde el 2016, en donde el grado de conocimiento que la gente tiene a nivel nacional es del 50.6%; específicamente, de la población de 18 años y más en áreas urbanas (INEGI, 2016). Situación que, aunque no se contempla en estudios posteriores, con seguridad aumentó en la década siguiente, producto de los esfuerzos coordinados de divulgación y capacitación del Sistema Nacional de Transparencia.

Gráfica 1.

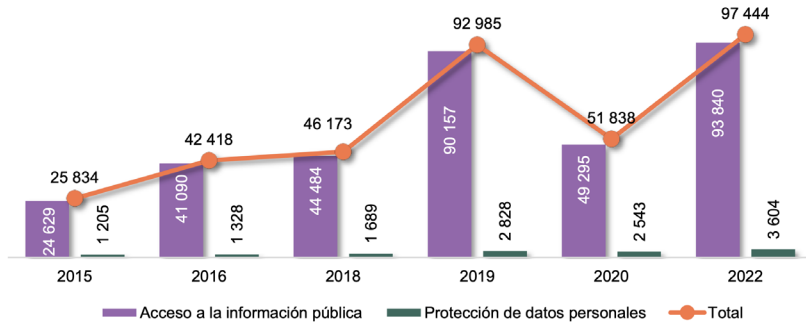


En cuanto al desconocimiento del derecho a la protección de datos personales, se demuestra con los comunicados del INEGI para el año 2024 (INEGI, 2024b),⁵ en los que refiere la cantidad de recursos de revisión recibidos por el INAI y los órganos garantes locales desde el 2015 al 2022, en materia de acceso a la información, diferenciados de los de protección de datos personales.

⁵ Además, se complementa con los resultados de INEGI (2021).

Gráfica 2

RECURSOS DE REVISIÓN RECIBIDOS POR EL INAI Y LOS OG, SEGÚN MATERIA
2015 a 2022
(número de recursos de revisión)



Nota: No se incluye la categoría *no especificado* que para 2018 tuvo dos registros.
Fuente: INEGI. CNTAIPDPDE y CNTAIPDPDF, 2016-2023.

El INAI posee una alta especialización técnica, con importantes criterios de protección de derechos humanos en la toma de decisiones en torno al acceso a la información y protección de datos personales, así como en la construcción y desarrollo de importantes políticas públicas relacionadas con transparencia, rendición de cuentas, gobierno abierto, gestión documental y archivos, entre muchas otras.

Conviene contextualizar, brevemente, acerca de los inicios del INAI como un organismo constitucionalmente autónomo, dado que esta transformación responde a la enorme opacidad y desconfianza en la gestión de la función ejecutiva, tratándose del acceso a la información pública. Fueron los esfuerzos focalizados desde la sociedad civil, la academia, periodistas y diversos sectores políticos, a través del Grupo Oaxaca,⁶ los que respaldaron la consolidación de un organismo que dotara a la ciudadanía de un

⁶ https://infocdmx.org.mx/documentospdf/libros/2020/La_agenda_democratica_del_Grupo_Oaxaca_balance_y%20futuro.pdf

procedimiento sencillo, ágil, sin costo y eficaz para acceder a la información pública en posesión de las autoridades, sin importar su orden de gobierno o categoría administrativa.

El Grupo Oaxaca se conforma luego de los resultados de las elecciones del año 2000, cuando por primera vez en la historia de México se da una transición democrática en la presidencia del país. En mayo de 2001, en la ciudad de Oaxaca, se celebró un seminario sobre *Derecho a la información y reforma democrática*, convocado por académicos, periodistas y sociedad civil, entre otros. En este contexto surge la “Declaración de Oaxaca” que, principalmente, destacaba la necesidad de una reforma constitucional que garantizara el derecho de acceso a la información pública y la creación de un órgano independiente que resolviera las controversias; y que ello también se reflejara en la reforma constitucional y creación de legislaciones específicas en las entidades federativas del país.

Como antecedente al INAI, en 2002 se crea el Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, con un diseño institucional que en primera instancia no garantizaba una protección a los datos personales de forma eficiente. Su creación, en ese primer momento, respondía a la necesidad social de contar con un organismo técnico que abonara a la entrega de la información pública a la ciudadanía. Fue así como en una primera etapa “para asegurar el acceso a la información en manos del Poder Ejecutivo, se creó el IFAI como un organismo descentralizado no sectorizado, de naturaleza colegiada, dotado de autonomía operativa, presupuestaria y de gestión” (López Ayllón, 2020, p. 24).

Después de años de esfuerzos académicos, legislativos y lucha de la sociedad civil, esta institución pasó por tres grandes etapas, que posteriormente dieron paso a lo que hoy conocemos como el INAI. La primera, de 2002, es la señalada en el párrafo anterior, por la que se crea el IFAI. La segunda, en 2007, tuvo como encomienda homogenizar los principios y bases del derecho de acceso a la información y su procedimiento de garantía a todas las entida-

des federativas. Y la tercera, en 2014, respondió al llamado de las exigencias de la sociedad para ampliar el catálogo de sujetos obligados y dotar de autonomía constitucional al antiguo IFAI, para dar paso al INAI.

López Ayllón (2020) destaca que “la Constitución otorga al INAI una función especializada donde ejerce cabalmente su autonomía frente al conjunto de los poderes y órganos federales: garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información y de protección de datos personales” (p. 31). Pero este ejercicio cabal de autonomía no siempre fue materializado en sus funciones administrativas. El INAI pasó por un accidentado desarrollo normativo, material e institucional a través de su historia para llegar a consolidarse como un organismo autónomo referente a nivel nacional e internacional.

La creación del INAI representó una reingeniería constitucional significativa, que afectó tanto a la estructura del Estado como a los mecanismos de pesos y contrapesos entre los poderes tradicionales. El INAI, en particular, representa un organismo autónomo con competencias específicas para garantizar el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales, que abarca una amplia gama de sujetos obligados. Es importante visualizar que esta autonomía también se extiende a la revisión que hacen los órganos garantes de las entidades federativas. Así se consolidaron tanto el INAI como los órganos estatales, con decisiones vinculantes y definitivas por cuanto hace a los sujetos obligados; además de contar con medidas de apremio, incluidas las multas de carácter económico.

La estructura administrativa del INAI refuerza la concepción de los OCA, en virtud de buscar una especialización técnica, profesional y académica en cada una de las siete personas que integran su pleno. Esta estructura se configura de forma escalonada, por la designación de personas comisionadas, que hacía el Senado de la República. Existen diversos elementos que robustecen la concepción de los OCA y reafirman la necesidad de contar con la autonomía constitucional, tratándose de acceso a la información y la

protección de datos personales; entre ellos, que “tiene una competencia específica, tiene paridad de rango con los demás poderes y órganos del Estado y las garantías institucionales de autonomía, realiza una función especializada y participa en la dirección política del Estado” (López Ayllón, 2020, p. 32).

La política pública de transparencia es además un principio de las instituciones públicas y los poderes legítimos o tradiciones, pues en la sociedad actual es una exigencia democrática. Por ello se convierte en una condición indispensable para garantizar el Estado de derecho y la obligación de rendición de cuentas, a través del debido cumplimiento de las obligaciones de transparencia establecidas en las leyes de la materia. Esto es relevante, pues a la luz de este principio se genera la posibilidad de materializar un verdadero control democrático indirecto, es decir, el escrutinio que hacen las personas de las instituciones públicas y del que hacer administrativo. En otras palabras, una vigilancia de la ciudadanía a los sujetos obligados,⁷ en torno a cómo se desarrollan, ejercen y destinan su recurso, la forma en que realizan nombramientos, entre otros.

Habiendo asentado unas breves consideraciones del órgano garante de transparencia, hay que centrarse en responder diversas cuestiones: ¿Cómo afecta la propuesta de reforma al INAI? ¿Cómo queda la posición del acceso a la información y protección de datos personales a la luz de las reformas planteadas? ¿Quién o quiénes serán las autoridades responsables de garantizar el acceso a la información y protección de datos personales? Y ¿cuáles serán los procedimientos para hacer efectivos estos derechos? Estas cuestiones pretenden alinearse con los objetivos de este análisis

⁷ La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece en el artículo 23 que son sujetos obligados a transparentar y permitir el acceso a la información y proteger los datos personales que obren en su poder: cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en los ámbitos federal, de las entidades federativas y municipal.

para profundizar acerca de los retos y desafíos que plantea una reingeniería constitucional tratándose de esta institución.

Entonces, respecto a las afectaciones que plantea la reforma de simplificación orgánica que extingue al INAI, el objetivo, según la propia reforma, es transversalizar la política de austeridad republicana y los principios constitucionales en materia de OCA. Cuando la reforma se refiere al INAI, los argumentos se centran en aspectos como el dispendio de recursos en toda clase de bonos, prestaciones y privilegios, duplicidad de funciones, institución onerosa, estructura burocrática, falta de garantía en el acceso a la información, solapamiento de corrupción, encubrimientos de corrupción de comisionados (Cámara de Diputados, 2024).

La propuesta de reforma no presenta evidencias objetivas, únicamente circunstanciales, para sostener los referidos aspectos. Sin embargo, la iniciativa robustece su contenido con una tabla en la que señala el presupuesto ejercido por el INAI a través de los años:

Tabla 1. Presupuesto ejercido por el INAI

Año	Presupuesto
2024	1,097,353,466
2023	1,047,186,948
2022	982,905,153
2021	905,335,647
2020	877,435,005
2019	900,151,692
2018	1,098,478,640
Total (7 años)	6,908,846,551

Los cambios planteados pueden ser visualizados de la siguiente manera, respondiendo de esta forma a la segunda cuestión en torno a quién o quiénes serán las autoridades responsables de tutelar estos derechos:

Tabla 2. Distribución competencial en materia de acceso a la información y protección de datos personales

Tutela de derechos	Sujetos obligados	Sujetos obligados (Que harán, a su vez, una especie de rol de órgano garante)
Acceso a la información y protección de datos personales en posesión de "sujetos obligados"	Administración Pública Federal	Secretaría de la Función Pública
	Poder Judicial	Órgano de Control y Disciplina del Poder Judicial
	Organismos Constitucionales Autónomos	Órganos Internos de Control (OIC)
	Congreso de la Unión	Contraloría del Congreso
	Ámbito estatal	Contralorías o áreas homologas del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.
	Partidos políticos	Instituto Nacional Electoral
	Sindicatos	Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje
Protección de datos personales en posesión de "particulares"	Ejecutivo Federal	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Respecto a la cuestión relacionada con los procedimientos a seguir para garantizar estos derechos, es importante mencionar que aún no se proporciona algún proyecto y/o iniciativa que los abarque. Hasta este momento no se ha definido la legislación secundaria, ni se ha aterrizado la protección de los derechos humanos en las instituciones previstas dentro de la propia reforma de simplificación.

Es de recordarse que los procedimientos previstos ante el INAI son dos. El primero, el *recurso de revisión* que interpone el ciudadano en contra de la respuesta del sujeto obligado (respecto de la solicitud de información), ante el órgano garante (local o nacional), cuando la persona no está conforme. Y el segundo, el *recurso de inconformidad* ante el INAI, que interpone el ciudadano cuando no está de acuerdo con la resolución emitida por el órgano garante local; en este momento y a la par, esa misma resolución, también la puede recurrir vía el recurso de amparo.

Consecuentemente, de una simple apreciación al contenido de la iniciativa, se percibe que la ciudadanía no contará con un mecanismo efectivo y/o garantía procedimental para hacer efectivos los derechos humanos, lo que claramente deriva en una indefensión jurídica tratándose del acceso a la información y la protección de datos personales.

La ausencia de un mecanismo y/o garantía procedimental para hacer efectivos estos derechos se agrava cuando hablamos de la protección de datos personales en posesión de particulares, puesto que únicamente transfiere esta obligación constitucional a lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Siendo así, la modificación en torno a la supervisión de los sujetos responsables que poseen datos personales queda de la siguiente forma: “datos personales en posesión de particulares, la ley a la que se refiere el artículo 90 de la Constitución determinará la competencia para conocer de los procedimientos relativos a su protección, verificación e imposición de sanciones”.

De la reforma llaman por demás la atención los actuales sujetos obligados que serán las próximas autoridades responsables o ga-

rantes. En particular, me gustaría centrarme en los titulares de los órganos internos de control de los OCA que aún persisten, esto es, Instituto Nacional Electoral, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Banco de México y la Fiscalía General de la República, pues en ellos recaerá la garantía de derechos humanos, a fin de cumplir con el principio de progresividad y no retroactividad de aquellos. Incluso, entre los múltiples retos legislativos, está el de pensar una adecuada reestructuración de perfiles y áreas hacia el interior de los organigramas de estas dependencias. Por ello, en adelante, es trascendental el correcto nombramiento de los titulares de los órganos internos de control, para que sean independientes, técnicos y especializados; y ahora, además, en las materias de acceso a la información, protección de datos personales, gobierno abierto, transparencia y rendición de cuentas.

La importancia jurídica del derecho a la protección de los datos personales en México se aprecia claramente en la época actual y en el avance de las nuevas tecnológicas, lo que nos hace replantearnos desafíos en torno a la protección de los datos personales.⁸ Con esta iniciativa de reforma, es latente la inquietud de cómo garantizar a la ciudadanía una adecuada y eficiente protección de sus derechos, que impactan directamente en otros como la privacidad. Esto, por supuesto, desde las instituciones, la formulación de políticas públicas y la creación de marcos jurídicos que respondan a esta necesidad acrecentada luego de la pandemia de SARS-CoV-2, en donde las actividades de la vida cotidiana de las personas se hipervirtualizaron, con las compras en línea, transacciones bancarias, gestión de trámites y servicios públicos, reuniones de trabajo a través de plataformas, la transferencia de documentos y archivos, la presencia en redes sociales, entre otras.

⁸ El derecho a la protección de datos personales fue reconocido constitucionalmente en México en 2009. El concepto de *dato personal* marca una coincidencia tanto en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, como en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, mismas que lo definen como cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.

Derivada de la realidad física y virtual de las personas, se desprenden las razones suficientes por las que es importante reforzar las obligaciones del Estado para garantizar una efectiva protección de los datos personales de la ciudadanía. Es importante proteger la privacidad, honor, integridad personal e identidad de las personas, respecto de una difusión no autorizada de su información personal, así como dar la certeza y poder de decisión respecto de sus datos personales. Esto, sustentado en la libertad personal y la propia dignidad. La protección de los datos personales es el

derecho humano que protege a la persona física identificada o identificable frente al tratamiento ilícito de sus datos personales, otorgándole, en la medida de lo posible dado el actual estado de la técnica, la facultad de decidir y controlar de manera libre e informada las condiciones y características del tratamiento de sus datos personales, permitiéndole, además, el ejercicio de determinados derechos y medios de tutela jurídicos para garantía y eficacia práctica de estos últimos. (Fernández de Marcos, 2016)

Entonces, es evidente que el derecho a la protección de datos tiene una trascendental importancia en la vida de las personas, pues “se trata de un derecho humano constitucionalmente reconocido que entronca directamente con la dignidad humana y la libertad de la persona, y su relevancia, histórica, presente y futura es indiscutible, aunque a veces sea bastante desconocida o minusvalorada” (Fernández de Marcos *et al.*, 2019, p. 690). Permitir que personas externas tengan acceso a nuestros datos personales posibilita un riesgo latente a presiones externas y un control indebido sobre nuestra persona, situaciones que restringen el desarrollo de otros derechos y libertades.⁹

⁹ En impacto directo están, por ejemplo, los derechos a la privacidad, propia imagen, honor, integridad personal, identidad, entre otros. En un impacto indirecto se tiene que los derechos a la protección de datos personales y de acceso a la información son llamados “derechos llave”, porque posibilitan el ejercicio de otros derechos. Por mencionar un caso, si se pide un expediente clínico a través de los derechos ARCOP (acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad), posiblemente sería para consultar una segunda opinión

En la actualidad se puede visualizar a la protección de datos personales desde una bilateralidad, toda vez que, al mismo tiempo que representa un derecho humano para las personas, también concretiza una obligación de los particulares y la administración pública que dan tratamiento a los datos personales.

Este análisis pretende acercarse a algunos de los desafíos que presenta la nueva reforma de simplificación orgánica, con la única intención de generar una reflexión en torno a la reforma y su estrecha relación con la garantía al derecho de protección de datos personales y acceso a la información, relacionados con la autonomía constitucional y su impacto en el estado constitucional.

V. Conclusiones

La reforma del gobierno para la simplificación orgánica y la eliminación de los OCA representa un riesgo complejo para la democracia mexicana. Aunque en ella se argumenta que la centralización de funciones puede generar ahorros significativos y agilizar la administración pública, esta reestructuración amenaza con debilitar los mecanismos de control y supervisión independientes que son esenciales para mantener un efectivo equilibrio de poder. La desaparición de los OCA podría resultar en una concentración en un solo poder, lo que compromete la imparcialidad, la transparencia y la rendición de cuentas de las instituciones públicas.

Los resultados de este análisis subrayan la importancia de los OCA como garantes y defensores de los derechos humanos; en el caso del INAI, respecto del acceso a la información y la protección de datos personales. La eliminación de estos organismos no sólo compromete la vigilancia sobre las acciones gubernamentales, sino que también afecta los derechos de la ciudadanía al reducir los canales institucionales para la participación ciudadana y la fiscalización

médica y obtener un tratamiento diferente; aquí estaríamos frente a un ejercicio del derecho a la salud.

de los poderes públicos. Además, la falta de evidencia empírica sólida que respalde las afirmaciones del gobierno sobre las ventajas económicas de esta reforma sugiere la necesidad de haber tenido un debate más profundo y fundamentado.

Lo anterior se podría subsanar con un correcto nombramiento de titulares de los órganos internos de control, independientes, técnicos y especializados en estas materias de acceso a la información, protección de datos personales, gobierno abierto, transparencia y rendición de cuentas. Porque, con miras a un futuro próximo, es en estos órganos donde recaerá la garantía de derechos humanos, a fin de cumplir con el principio de progresividad y no retroactividad de aquellos. Incluso, entre los múltiples retos legislativos, está el de pensar una adecuada restructuración de perfiles y áreas hacia el interior de los organigramas de estas dependencias.

Finalmente, es importante tener en cuenta que no se trata sólo de una simplificación orgánica, sino de una reforma del Estado al modificar acuerdos institucionales y eliminar órganos que funcionan como garantes del acceso a derechos, así como los principios que les son inherentes, particularmente el de progresividad. La preservación de los OCA era crucial para mantener una estructura de gobierno que respete la independencia institucional, proteja los derechos humanos, garantice la transparencia y la rendición de cuentas. La sociedad deberá reflexionar sobre las implicaciones a largo plazo de estas reformas, y considerar alternativas que fortalezcan el sistema democrático del país, al mismo tiempo que el respeto y garantía de los derechos humanos.

VI. Referencias

Cámara de Diputados. (2024). Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de simplificación orgánica. *Gaceta Parlamentaria*. <https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-18.pdf>

- Controversia Constitucional 32/2005. (2006). <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/19778>
- Fabián Ruíz, J. (2017). Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(37), 84-120. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2017.37.11454>
- Fernández de Marcos, I. D. (2016). Protección de datos personales. En E. Ferrer Mac-Gregor y L. R. Guerrero Galván (Coords.), *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones* (pp. 567-581). Porrúa. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5628/65.pdf>
- Fernández de Marcos, I. D., Cervantes Padilla, A. y Barco Vega, G. (2019). Protección de datos personales. En I. D. Fernández de Marcos (Coord.), *Diccionario de protección de datos personales conceptos fundamentales* (pp. 687-697). Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y protección de Datos Personales.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris Teoría del derecho y de la democracia* (Vol. II. Teoría de la democracia; P. Andrés Ibáñez, C. B. Marina Gascón, L. Prieto Sanchís y A. Ruiz Miguel, Trads.). Trotta. (Publicado originalmente en 2007).
- INAI. (2020). La agenda democrática del grupo Oaxaca: balance y futuro. (D. G. Sociedad, Ed.). https://infocdmx.org.mx/documentospdf/libros/2020/La_agenda_democratica_del_Grupo_Oaxaca_balance_y%20futuro.pdf o
- INEGI. (2016). Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (ENAI) 2016. <https://www.inegi.org.mx/programas/enaid/2016>
- INEGI. (2017). En números. Estadísticas sobre transparencia y acceso a la información en México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5245/11.pdf>
- INEGI. (2021). Censo Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales Estatal y Federal. <https://www.inegi.org.mx/programas/cntaipdp/2021/>

- INEGI. (2022). Censo Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales Estatal 2021. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cntaipdppe/2021/doc/cntaipdppe_2021_resultados.pdf
- INEGI. (2024a). Censo Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales Estatal (CNTAIPDPPE) y Federal (CNTAIPDPDF) 2023. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/CNTAIPDPPE_F/CNTAIPDPPE_F2023.pdf
- INEGI. (2024b). Comunicado del INEGI del 6 de mayo de 2024, relativo al Censo Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales Estatal y Federal 2023. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2024/CNTAIPDPPE_F/CNTAIPDPPE_F2023.pdf
- López-Ayllón, S. (2020). La autonomía del INAI como contrapeso de los poderes públicos. En I. E. Sandoval Ballesteros, S. López Ayllón, L. Bonifaz Alfonso, J. O. López Presa, X. V. Pineda Cruz, J. Roldan Xopa, D. Lizárraga y J. A. Caballero Juárez. *La autonomía del INAI como contrapeso de los poderes públicos. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), Autonomía, funciones, relevancia y retos por venir* (pp. 19-40). Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.
- López Olvera, M. A., Meza Márquez E., Contreras Minero, M.A. y Acuyte González, G. (2021). *Los órganos constitucionales autónomos en México*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6504/6.pdf>
- Montesquieu (2015). *El espíritu de las leyes*. (20a. ed.; N. Estévez, Trad.). Porrúa. (Publicado originalmente en 1748)
- Uvalle Aguilera, R. A. (2022). *Órganos constitucionales autónomos en México: análisis y propuestas para su desarrollo institucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/59658>

Uvalle Aguilera, R. A. (2024). La posible extinción de los órganos constitucionales autónomos como una estrategia de regresión estatal. En S. López Ayllón, J. de J. Orozco Henríquez, P. Salazar Ugarte y D. Valadés (Eds.), *Análisis técnico de las 20 iniciativas de reformas constitucionales y legales presentadas por el presidente de la República* (pp. 97-108). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/7483-analisis-tecnico-de-las-20-iniciativas-de-reformas-constitucionales-y-legales-presentadas-por-el-presidente-de-la-republica-febrero-5-2024>
https://infocdmx.org.mx/documentospdf/libros/2020/La_agenda_democratica_del_Grupo_Oaxaca_balance_y%20futuro.pdf

Cómo citar

IIJ-UNAM

Guzmán García, María de los Ángeles, "Retos en la garantía de derechos humanos frente a la desaparición del INAI", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19511. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19511>

APA

Guzmán García, M. Á. (2025). Retos en la garantía de derechos humanos frente a la desaparición del INAI. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19511. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19511>

ARTÍCULOS

ARTICLES

Respeto, verdad y eliminación del error en el proceso: un balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba¹

*Respect, truth, and error-elimination in a judicial process:
Discussing Levanon's contribution
to the general theory of legal evidence*

Edgar Aguilera

 <https://orcid.org/0000-0003-0119-0515>

Universidad de Girona. España
Correo electrónico: edgar.aguilera@udg.edu

Recepción: 12 de septiembre de 2024

Aceptación: 16 de noviembre de 2024

Publicación: 5 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19527>

Resumen: El objetivo del trabajo es debatir los argumentos de la obra de Liat Levanon (2022), *Evidence, respect, and truth*. La primera parte presenta estos argumentos con un grado considerable de detalle; en la segunda, se hace un balance de su contribución a la teoría general de la prueba jurídica actual. En el balance se identifican sus aspectos positivos y negativos. Entre los primeros destaca que tener en cuenta el modelo de Levanon permite trazar mejor la distinción entre concepciones (subjetivistas y racionalistas) de la prueba y entre versiones (no-doxásticas y doxásticas) del racionalismo probatorio; por lo tanto, también permite señalar los principales problemas de cada una y algunas sugerencias de solución. Su principal desventaja es que termina diluyendo la importancia de haber argumentado que el respeto a las partes requiere del mejor esfuerzo por eliminar el error.

Palabras clave: prueba jurídica; concepciones subjetivista y racionalista de la prueba; racionalismo probatorio no-doxástico y doxástico; prueba y eliminación del error.

¹ Agradezco los atinados comentarios y observaciones de las personas dictaminadoras de este trabajo, así como los de Víctor García Yzaguirre, Carmen Vázquez, Marianela Delgado, Livia Moscatelli, Jordi Ferrer, Natalia Scabuzzo, Federico Arena, Pablo Navarro, Giulia Fardim, Catalina Tassin, Diego Dei Vecchi y Kenneth Himma.

Abstract: The article's goal is to debate Liat Levanon's (2022) arguments as deployed in her recent book *Evidence, respect, and truth*. The first part introduces such arguments with considerable detail, while the second addresses their contribution to the contemporary general theory of legal evidence and proof. A crucial positive aspect of Levanon's proposal is that it allows for a better way to distinguish between subjectivist and rationalist accounts of legal evidence, and between non-doxastic and doxastic versions of the latter. Its main disadvantage though is that the important insight that respect for the parties requires the best effort to eliminate error ends up weakened.

Keywords: legal evidence; subjectivist and rationalist accounts of legal evidence; non-doxastic and doxastic evidential rationalism; evidence and error elimination.

Sumario: I. Introducción. II. Los argumentos centrales de Levanon. III. Balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba. IV. Referencias.

I. Introducción

En 2022 la profesora Liat Levanon,² de la Universidad King's College London, publicó su libro *Evidence, respect, and truth; knowledge and justice in legal trials* (Hart Publishing).³ En mi opinión, se trata de un trabajo que contiene argumentos interesantes que, modesta pero firmemente, hacen avanzar la discusión sobre los fundamentos filosóficos de las prácticas probatorias al interior de un proceso judicial.⁴ Por esa razón, vale la pena darlos a conocer a un público más amplio, y debatir con ellos; lo que pretendo hacer en esta oportunidad.

² <https://www.kcl.ac.uk/people/liat-levanon>

³ En el título de este trabajo, a diferencia de lo que ocurre en el de la obra de Levanon, he puesto el *respeto* al inicio, pues, como se verá después, es ese el valor que carga con todo el peso de la argumentación de la autora. Así, en lugar de incluir a las pruebas (o la "evidence" como le llaman en la tradición del *common law*), me he referido a la "eliminación del error", pues ese es el objetivo prioritario del empleo de pruebas en un proceso, de acuerdo con Levanon.

⁴ Esta, por supuesto, es una opinión que las personas lectoras pueden o no terminar compartiendo. En todo caso, mi intención es difundir las bases sobre las que cada quien pueda formular la propia.

En la primera parte expondré, con un grado considerable de detalle, los argumentos e ideas que me parecen centrales de la obra citada. La segunda parte contiene un balance, que destaca los aspectos positivos y negativos de una postura como la de la autora. En síntesis, los aspectos positivos son los siguientes: 1) permite afinar la distinción entre concepciones (subjetivistas y racionalistas) de la prueba en el derecho y entre versiones (no-doxásticas y doxásticas) del racionalismo probatorio, así como identificar los principales problemas de cada una, y 2) enriquece el panorama de argumentos morales a favor de considerar a la averiguación de la verdad como el objetivo prioritario de la actividad probatoria en el proceso judicial, lo que provee mejores bases para sostener, por un lado, que al menos los veredictos positivos que atribuyen responsabilidad penal o civil requieren de la afirmación, de parte de la persona juzgadora, de que han tenido lugar los hechos jurídicamente relevantes; como para rechazar, por el otro, al bayesianismo, en lo que toca a la estructura general del razonamiento probatorio.

Su principal desventaja, sin embargo, es que no le hace justicia al proyecto deontológico que pudo y debió surgir (dadas sus premisas de partida) en lo que respecta a la elección de un estándar de prueba. Esto termina diluyendo la importancia de haber argumentado que el respeto a las partes requiere del mejor esfuerzo, a efectos de eliminar la posibilidad de error.

II. Los argumentos centrales de Levanon

1. *Por respeto y en honor a la verdad, no se debe afirmar nada sin antes saberlo*

El título de esta sección, a mi juicio, captura la tesis central del libro de Levanon. Esta frase puede leerse como un principio fundamental que debe guiar a las personas juzgadoras al encarar su labor; y, a su vez, como un rasgo esencial que el proceso judicial debe te-

ner, a saber, el de conformar un entorno institucional que promueva la observancia de ese principio.

Cabe destacar que, para la autora, las dos partes que comúnmente contienden en una disputa judicial serían beneficiarias del principio referido. Si ponemos como ejemplo la materia penal, lo anterior implica, tanto para la presunta víctima como para la persona acusada, que quien juzga no afirmará que la primera fue objeto de un delito ni que la segunda lo cometió, salvo que sepa que así fueron las cosas.

Pues bien, con base en la reconstrucción que hago de los apartados conducentes de su trabajo (Levanon, 2022, pp. 1-7, 11-33, 45-57, 61-80), la autora parte del presupuesto —aceptable a mi modo de ver— de que generalmente en los casos de los que conocen las personas juzgadoras están involucrados al menos dos conflictos. Estos surgen por la defensa que cada parte hace 1) de su propia versión de los hechos y 2) de sus propias pretensiones jurídicas; versiones y pretensiones típicamente enfrentadas o incompatibles. Al primero de ellos, Levanon lo llama el conflicto sobre la verdad; al segundo, el conflicto sobre la justicia. Por lo tanto, de acuerdo con la autora, un aspecto crucial de la labor jurisdiccional consiste en dar respuesta a las cuestiones que ambos conflictos plantean; es decir, tanto a la cuestión de ¿cuál de las versiones fácticas es la verdadera (en el sentido de reflejar lo que en realidad aconteció)?⁵ como a la de ¿cuál de las pretensiones es jurídicamente adecuado favorecer?⁶

Dada la seriedad de las cuestiones involucradas —como se dijo, la verdad y la justicia— las soluciones que a ellas se brinden no deben tomarse a la ligera. Tan es así que, según Levanon, estas no pueden admitir concesiones ni medias tintas. En otras palabras, “tal o cual cosa es lo que más o menos puede decirse que ocurrió (o lo que probablemente sucedió)” y “tales o cuales son aproximadamente las consecuencias que el ordenamiento

⁵ Conocida también como la *quaestio facti*.

⁶ A la que suele denominarse la *quaestio iuris*.

prevé (o que parece prever) para estos casos”, no son respuestas adecuadas.

Y es que la expectativa razonable de la ciudadanía es que los casos que llegan a tribunales sean decididos por personas juzgadoras que reconocen la responsabilidad de su rol institucional y que, por tanto, se atreven a hacer afirmaciones categóricas fundadas respecto de las cuestiones reseñadas, asumiendo las consecuencias a que haya lugar. Sólo en el marco de esa clase de afirmaciones de parte de las personas operadoras judiciales⁷ es que tiene sentido que los miembros de la sociedad estén dispuestos a aceptar como legítima la imposición de la diversa gama de sanciones, penas y castigos que el derecho contempla.

Lo anterior tiene importantes repercusiones para responder a la cuestión que plantea el llamado conflicto sobre la verdad. Recuérdese que esa cuestión es la de cuál de las versiones fácticas típicamente incompatibles que las partes ofrecen es la narrativa verdadera.⁸ Recuérdese también que dicha cuestión debe ser respondida con una afirmación categórica acerca de los hechos que se considera que ocurrieron. Pues bien, según Levanon, si dicha afirmación ha de estar racionalmente fundada,⁹ debe basarse en unas pruebas y en un procedimiento inferencial,¹⁰ aptos ambos *para eliminar el error*, si no del todo, hasta donde las limitaciones humanas lo permitan.

Para entender mejor el pensamiento de Levanon conviene que tengamos mayor claridad con respecto a lo que para ella significa que valores como la verdad, la justicia y, como veremos después, también el respeto, no admitan concesiones. En breve,

⁷ Quienes, previo a la preferencia de tales afirmaciones, han determinado racionalmente que ciertos hechos tuvieron lugar y que, por tanto, hacen justicia al menos en el sentido limitado de imponer las consecuencias que el derecho establece como la reacción democráticamente consensada para hechos como los ocurridos.

⁸ Es decir, la cuestión de qué es lo que realmente aconteció.

⁹ Y esto es deseable, pues no se trata de hacer afirmaciones categóricas gratuitas.

¹⁰ Es decir, una serie de pasos intelectuales que conduzcan a extraer de las pruebas las conclusiones empíricas conducentes, que es a lo que actualmente hay consenso en denominar “razonamiento probatorio”.

esto quiere decir que esos valores nos imponen demandas que requieren ser plenamente satisfechas en las situaciones en que estos son relevantes.

Sin embargo, dadas nuestras limitaciones como seres humanos, en la práctica esa exigencia se traduce en hacer todo lo que esté a nuestro alcance, o sea, el mejor esfuerzo humanamente posible, en lo que respecta a satisfacer de forma completa el dictado de esos valores. Y, según Levanon, eso no es otra cosa que intentar seriamente eliminar el error o, como también lo expresa en otras ocasiones, reducir al mínimo el riesgo de cometerlo. Para el caso de los tres valores mencionados, esto implica proceder de modo tal que se minimice el riesgo de incurrir en una falta de respeto, en una falsedad y en una injusticia. Por su parte, esa forma de proceder consiste en no abandonar la indagación y, por lo tanto, en no tomar la decisión respectiva sino hasta haber determinado que no hay una alternativa mejor o igual de buena que la que se esté considerando adoptar.

Nótese cómo la presión normativa que ejercen esos tres valores en la labor jurisdiccional desemboca en el requerimiento permanente de que se haga un intento genuino de eliminar el error (o de minimizar el riesgo de incurrir en él). Quien considerara un exceso sujetar a los sistemas de impartición de justicia a dicha exigencia podría intentar eludirla o matizarla argumentando la irrelevancia de los valores para la actividad judicial.

Pues bien, para seguir esta línea, se podría comenzar por la justicia. Y es que, al fin y al cabo, la existencia de normas jurídicas materialmente injustas es un lugar común (o al menos una posibilidad latente) en el derecho de la mayoría de las naciones, si no es que en el de todas. Y cuando una de esas normas es la que viene al caso aplicar para resolver una controversia específica, ¿cómo puede sostenerse que, en esas circunstancias, se ha resuelto el asunto con justicia?

Una respuesta posible es que, aun en esos casos, hay algunos sentidos mínimos o formales de justicia involucrados que también

ejercen presión normativa.¹¹ Y es que, asumiendo que se opera en el marco de una democracia, puede seguir haciéndose justicia al menos en el sentido de reaccionar del modo indicado y avalado por el consenso unánime o mayoritario de los representantes de la sociedad; y también en el sentido mínimo de darle al caso en cuestión el mismo tratamiento que se le ha dado (y, en principio, que se seguirá dando) a otros semejantes.¹²

El punto es que, aunque se trate de acepciones menos sustanciales de justicia, ambas requieren de la aplicación correcta de la norma respectiva, lo cual a su vez exige que haya habido una determinación verdadera acerca de los hechos (o sea, que se satisfagan las demandas del valor de la verdad). Y dado que la verdad es un valor que, según Levanon, no admite concesiones, esta a su vez requiere de la eliminación (o reducción al mínimo) del error.

Pasando ahora a la verdad, se podría intentar rechazarla como un valor fundamental del proceso recurriéndose a la conocida postura defensora de que no es la verdad material o histórica la que es relevante, sino la verdad formal o estrictamente jurídica. Esto debido a que las normas procesales que regulan la actividad probatoria no siempre se fundan en el interés de que se averigüe lo que en realidad pasó, sino en otros intereses, algunos de los cuales colisionan con el de la verdad.

A lo anterior, la autora responde destacando primero lo poco plausible que es que la ciudadanía no dé a los veredictos de las cortes una lectura compatible con que en ellos se haya establecido la verdad material (o al menos lo que las personas juzgadoras genuina y razonablemente piensan que sucedió).

En segundo lugar, Levanon sostiene que se habla de verdad jurídica más bien para poner de relieve que la manera en que el derecho califica cierta conducta o cierto hecho no siempre coincide

¹¹ Presión normativa que es mayor o menor en función de la gravedad de la injusticia material de la norma en cuestión.

¹² Semejantes en el sentido de que los hechos que los caracterizan son instancias particulares del mismo supuesto de hecho contemplado en la norma aplicable.

con la calificación que de la misma conducta o hecho hacen otros dominios normativos, como la moral.¹³

Por último, Levanon concede que, en todo caso, cabría hablar de verdad jurídica sólo respecto de los veredictos negativos, o sea, respecto de los fallos que declaran la no culpabilidad/responsabilidad penal y/o civil. En estos casos, en los que comúnmente están vigentes estándares de prueba muy exigentes,¹⁴ es comprensible y esperable que la inocencia de algunas personas absueltas sea sólo jurídica,¹⁵ es decir, no material.¹⁶

Ahora bien, incluso si fuesen exitosas las anteriores u otras posiciones escépticas de la relevancia que la verdad y la justicia podrían tener para la labor judicial, no importaría demasiado, pues en la estrategia argumentativa de Levanon, dichos valores reaparecerían como la forma en que las partes de una disputa merecen ser tratadas en virtud de la presión normativa ejercida por un valor más básico, a saber, el respeto que el sistema de justicia les debe.¹⁷ Profundicemos en ello.

¹³ Por ejemplo, una conducta determinada podría constituir perjurio, fraude o alguna otra clase de infracción para el derecho, pero quizá no para la moral, o viceversa. Y es en los casos en los que la calificación no coincide que se dicen cosas como “bueno, esa es al menos la verdad jurídica o la verdad para el derecho”. Nótese cómo, según Levanon, la expresión “verdad jurídica” no se emplea para indicar que una decisión sobre los hechos en el contexto procesal no se corresponde (o puede no corresponderse) con lo realmente acontecido (o con la verdad histórica o material). Presuponiendo esa correspondencia (o la creencia justificada de que la proposición respectiva se corresponde con el mundo), se usa la expresión mencionada para destacar una divergencia entre el derecho y otros sistemas normativos con respecto a la forma en que clasifican (o clasificarían) los hechos aludidos en la proposición de que se trate.

¹⁴ Como los pretendidamente expresados mediante frases como: “más allá de toda duda razonable”, “convicción íntima”, “certeza”, “seguridad”, etcétera.

¹⁵ En el exclusivo sentido de que las pruebas reunidas no alcanzaron a superar el estándar de prueba vigente.

¹⁶ Pues pese a que la contundencia de las pruebas disponibles no haya superado el elevado estándar aplicable, bien podría ser que el nivel de corroboración aportado a la hipótesis respectiva se haya quedado corto por muy poco, lo cual significa que habría bases racionales si no para afirmarlo, sí al menos para fundar una creencia parcial en la culpabilidad de la persona absuelta.

¹⁷ De modo que el escepticismo referido debería dirigir su crítica a la relevancia de ese valor, es decir, al respeto con el que los sistemas de justicia deben tratar a las partes, lo cual requiere de argumentos mucho más potentes.

Levanon se apoya en Raz para sostener que el trato respetuoso es uno consistente con el valor de las cosas. En el caso de las personas, su valor es intrínseco, el cual, de forma genérica, descansa en su capacidad de reconocer o atribuir valor; y más específicamente, en su capacidad como personas de reconocer que todas son fines en sí mismas, entre quienes, por consiguiente, pueden y deben entablarse relaciones no instrumentales.

Es ese deber que entre las personas nos debemos de no instrumentalizarnos y, por tanto, de no dañar al otro, el que es pasado por alto por quien realiza una conducta incorrecta ("*wrongdoing*") desde la perspectiva moral y/o jurídica. Y dicha conducta, según Levanon, plantea dos desafíos para quien dispone de pruebas contundentes de su comisión, y para quien cuenta sólo con indicios.

Uno de ellos es al que Levanon llama el *desafío práctico*, que consiste en devolverle a la persona objeto de la conducta incorrecta algo del respeto que le fue arrebatado por quien la cometió. La idea es que se confirme que la víctima era y es merecedora de un trato consistente con su valor intrínseco; recuperar, aunque sea *ex post*, la operatividad de las razones que el respeto nos brinda, las cuales, si bien no tuvieron eficacia motivacional en quien llevó a cabo la conducta, deben tenerla en otros, especialmente, como antes dije, en quien dispone de pruebas contundentes de la comisión de la conducta dañosa y en quien cuenta sólo con indicios.

En ambos casos, la forma en que a la víctima se le devuelve algo del respeto que perdió (o en que recuperan su operatividad las razones que el respeto da), consiste, en principio, en afirmar (o en hacer público) que tal conducta dañosa tuvo lugar. Además de los efectos educativos que dicha afirmación puede acarrear respecto de terceros, y de los propios víctima y victimario, con esa afirmación se satisface, en principio y como apunta la autora, el derecho de la víctima a saber con el mayor grado de detalle posible qué fue exactamente lo que (le) ocurrió, por qué y quién o quiénes participaron de ello.¹⁸

¹⁸ Como Levanon señala, en el ámbito del derecho internacional de los derechos huma-

He dicho que afirmar públicamente y con un alto grado de detalle que ha tenido lugar una conducta dañosa es lo que, en principio, satisface el derecho a la verdad de quien fue objeto de esta y, por tanto, lo que, también en principio, le devuelve parte del respeto que no le fue mostrado. Y me he expresado así porque, dada la conexión que debería haber entre dicha afirmación y la verdad, esta, la afirmación, debe regirse por una regla epistémica que se encuentre a la altura de una conexión tal. Por ello, la regla en cuestión no puede ser una que sólo requiera la previa adquisición de la creencia en la proposición respectiva, sino una que exija la creencia fundada de que se sabe lo que ocurrió, por parte de quien realiza la afirmación. Y, de nuevo, al referirse al fundamento de dicha creencia, Levanon apunta a la eliminación (o reducción al mínimo) del error, es decir, a la necesidad de contar con pruebas que no impliquen lógicamente la inevitabilidad del error y de que sobre ellas se realicen inferencias cautelosas que tiendan a la minimización de aquel.

En contar con esta clase de pruebas y en procesar su contenido de un modo tendente a la minimización del error es en lo que consiste el segundo desafío que plantea la comisión de una conducta dañosa, al que Levanon llama el *desafío epistémico*. Y tanto en el caso de quien ya cuenta con pruebas preliminarmente claras (como podría sostenerse que son las resultantes de haber presenciado el hecho), o con información de segunda mano —en principio, altamente fiable—, como en el de quien cuenta sólo con indicios, el desafío epistémico se encara al cerciorarse de que las pruebas de las que ya dispone, o de que las que habrá de recabar (como es su deber hacer), junto al razonamiento que sobre ellas despliega, reúnen las condiciones previas asociadas a la idea de la eliminación del error.

nos a esto se le conoce como el derecho a la verdad, del que gozan las víctimas, quienes les sobreviven y la sociedad en su conjunto, sobre todo en el caso de atrocidades de la talla de las desapariciones forzadas. Cabe aclarar que la autora reconoce que el estatus como derecho de esa expectativa de verdad todavía es controversial, como también lo es el intento de extender ese derecho a las víctimas no sólo de atrocidades como la desaparición forzada, sino de cualquier delito.

Situados ya en el contexto judicial, son las personas juzgadoras quienes enfrentan los desafíos práctico y epistémico de los que habla Levanon y, por tanto, quienes tendrían la encomienda de dar cuenta públicamente de que ha tenido lugar una conducta reprobada por el derecho ("*legal wrongdoing*"), o sea, de hacer una afirmación con ese contenido basada en la creencia fundada de que se ha tenido acceso a la verdad acerca de lo que aconteció. Y debido a las características del fundamento sobre cuya base debe erigirse dicha creencia, de acuerdo con la autora, la afirmación resultante terminaría respetando no sólo a la víctima, sino también a la persona acusada (en el caso de un proceso penal). ¿Por qué? Porque sólo si previamente se hizo todo lo humanamente posible para evitar equivocarse al respecto se podría entonces afirmar que la persona acusada incurrió en una conducta delictiva.

2. Sobre la eliminación del error

Como se ha dicho antes, para Levanon las pruebas y la manera en que la persona juzgadora razona con ellas deben ambas ser aptas para eliminar el error. Vayamos primero con las pruebas.

La autora sostiene que las pruebas pueden clasificarse de la siguiente forma: 1) pruebas que lógicamente implican contradicciones y errores; 2) pruebas que no implican lo anterior que, no obstante, no permiten la eliminación del riesgo de error; y 3) pruebas que permiten la eliminación del riesgo de error. Una afirmación sobre los hechos del caso debería estar basada preponderantemente en pruebas de la última categoría (Levanon, 2022, pp. 11-33).

El caso más claro del primer tipo de pruebas lo tenemos en la llamada "*naked statistical evidence*". Para destacar sus deficiencias, Levanon recurre a ejemplos como el siguiente: supongamos que ha quedado establecido que, de 1000 asistentes a un concierto, 950 de algún modo se colaron sin pagar y que quienes pagaron perdieron su comprobante. Eso significa que la probabilidad que cada uno de los asistentes tiene de no haber pagado es del 95% (o del 0,95). Al ser tan elevada esa probabilidad, es racional te-

ner la creencia de que no se pagó en cada caso de los 1000. Si esto es así, también sería racional tener la creencia de que nadie pagó su entrada (pues si de cada asistente es racional pensar que no pagó, también lo sería predicar esa propiedad, el no haber pagado, respecto de la clase entera de referencia).¹⁹ Pero dado que se sabe con certeza que 50 personas sí pagaron, resulta irracional tener la creencia previa. O sea, que la misma creencia es simultáneamente racional e irracional, lo cual constituye una contradicción (que también puede plantearse en términos de la conjunción “nadie ha pagado y algunos han pagado”).

Por otro lado, si imaginamos que se entabla un juicio en contra de cada uno de los 1000 asistentes, que la única prueba disponible en su contra es el dato estadístico antes aludido y que quien juzga no sólo está dispuesto a basarse exclusivamente en dicho dato, sino que piensa que la culpabilidad de cada persona ha quedado establecida más allá del nivel requerido (que supongamos es del 90 %, como algunos proponen interpretar el estándar de “más allá de toda duda razonable”), sabemos con certeza que 50 de las condenas que se emitan serán erróneas (pues, de nuevo, el supuesto es que quedó establecido que 50 asistentes sí pagaron). Y claro, el problema no reside en los errores mismos. Ocasionalmente estos se cometerán incluso si las decisiones sobre los hechos se basan preponderantemente en pruebas de la tercera clase. El problema en este escenario es que sabemos con certeza y de antemano cuántos errores a la larga habrá y por qué se cometerán, que es tanto como estar dispuestos a dañar intencionalmente a las 50 personas inocentes que sí pagaron (aunque su identidad permanezca indeterminada), al imponerles consecuencias jurídicas que no merecen.

¹⁹ Dicho de otro modo, en un primer momento a los integrantes de la clase de referencia, 1000 asistentes, se les puede describir mediante dos enunciados de cuantificación existencial, a saber: algunos pagaron (50) y algunos no pagaron (950). Pero dada esta distribución, parece razonable que, en un segundo momento, a la misma población se le describa con un solo enunciado de cuantificación universal del tipo ninguno pagó o todos se colaron (o si X pertenece al conjunto de los asistentes a dicho concierto entonces X no pagó su entrada).

Ahora bien, dado que, en mi opinión, es más sencillo explicar la segunda clase de pruebas a las que se refiere Levanon si primero se explican las de la tercera clase, procederé con las últimas, es decir, con las pruebas que permiten la (potencial) eliminación del riesgo de error.

Se trata, en suma, de pruebas respecto de las cuales pueda darse una identificación progresiva y acertada de las características, señales o indicadores de su fiabilidad. ¿Cómo funciona esa identificación progresiva? Imaginemos que, en un momento 1, tenemos el conjunto conformado, por ejemplo, por todos los testimonios verdaderos y falsos. Pues bien, con cada avance en la identificación correcta de los criterios de fiabilidad de este medio de prueba queda fuera (o es expulsada) de aquel conjunto original cierta porción de testimonios falsos. Teóricamente este proceso puede culminar en la generación de un conjunto totalmente purgado de esos elementos, o sea, en un conjunto que incluye sólo testimonios verdaderos que, a su vez, exhiben los rasgos de fiabilidad que se hayan identificado.²⁰

A ese destino puede y suele no haberse llegado aún, pero el punto de Levanon es que puede ser alcanzado. Se trata entonces de un destino potencial.²¹ Y así como es potencial el contar con criterios de fiabilidad cuya aplicación sea capaz de excluir todos los medios de prueba de contenido falso, e incluso debido a ello, también lo es la eliminación del error, pues al cuadro obtenido hasta el momento habría que agregar el conocimiento de dichos

²⁰ Lo anterior también es posible a la inversa, es decir, pueden identificarse, a su vez, los indicadores de la no-fiabilidad del medio de prueba de que se trate hasta llegar a un punto en el que se obtenga un conjunto que, para seguir con el ejemplo, se haya purgado de los testimonios verdaderos, quedando sólo los testimonios falsos que, además, exhiben los rasgos a los que aluden los criterios de no-fiabilidad.

²¹ En el inter, los criterios de fiabilidad de los que se disponga, suponiendo que al menos algunos de ellos son correctos o apropiados, habrán tenido éxito en dejar fuera cierta proporción de testimonios falsos (por continuar con el ejemplo), pero su aplicación seguirá acarreado falsos positivos en el sentido de dar por verdaderos testimonios falsos que, no obstante, han satisfecho los criterios de fiabilidad vigentes. La cuestión de en cuántos falsos positivos de esta naturaleza se incurre en un periodo determinado es una que depende, por tanto, del estado en que se encuentre la reflexión/indagación acerca de los criterios de fiabilidad apropiados para los distintos medios de prueba.

criterios y su correcta aplicación por parte de la persona juzgadora, lo cual puede no ocurrir en los casos concretos.

Pero aun si quien juzga conoce y aplica correctamente los criterios de fiabilidad adecuados para cada medio de prueba, puede suceder que su contenido no alcance a despejar la sombra del error en un caso concreto. Para ejemplificar esta situación —que es representativa de las que Levanon llama pruebas que, sin implicar lógicamente contradicciones y errores, no obstante, no permiten la eliminación del riesgo de error—, la autora se refiere a los casos en que las muestras que se recogen en la escena del crimen son insuficientes a los efectos de permitir la obtención de un perfil de ADN completo. Supongamos que ese perfil es el que se usa para compararlo con los almacenados en alguna base consultada por las autoridades, y supongamos también que se obtiene una coincidencia “a secas” (un “cold hit” o “cold match”, como lo llama la autora). Pues bien, aunque es posible que sea una clase vacía la conformada por las personas cuyo perfil de ADN tenga un grado de coincidencia con el de la muestra recogida en la escena igual al registrado en el caso de la persona sospechosa, también es posible que no se haya dado todavía con quien perpetró el delito de que se trate, pues, recordemos, la comparación se hizo con un perfil parcial extraído de lo que estamos suponiendo fue una muestra insuficiente de la sustancia, material o resto biológico respectivos. En otras palabras, es una posibilidad no descartada que el perfil de ADN del verdadero culpable coincida totalmente con el de la persona sospechosa en la parte que de dicho perfil se pudo reconstruir (supongamos un 75%), resultante de la muestra inicial insuficiente, pero que difiera en cuanto al resto.

Puede apreciarse que este ejemplo y el previo del testimonio, no implican lógica o necesariamente que se cometerán errores, lo cual sí ocurre en el caso de los asistentes al concierto, en el que se sabe, de antemano y con certeza, que se producirían 50 condenas falsas, pues esa es la conclusión a la que se llega de apreciar cómo está distribuida la población en la clase de referencia, de acuerdo

con la “*naked statistical evidence*” proporcionada (y suponiendo, claro, que esa fuese la única prueba disponible).

Por su parte, según la autora, la diferencia entre el ejemplo del ADN y el del testimonio radica en que, pese a que ambas pruebas pueden satisfacer un conjunto de criterios exigentes y adecuados de fiabilidad, el potencial probatorio de la prueba de ADN en el tipo de casos a los que alude Levanon, resulta mermado por la limitada relevancia de su contenido.²² En otros términos, la referida merma no se produce porque la técnica empleada carezca de validez científica, ni porque no haya sido practicada de forma adecuada por personal competente en las instalaciones de un laboratorio certificado y con tecnología de punta, etcétera. Asumiendo que la prueba de ADN cumple con requisitos como los anteriores —prueba que en esta clase de casos se ejecuta sobre una muestra que no permite la reconstrucción de un perfil completo—, el problema con ella es que de su contenido no se puede inferir, sin más, que la persona con la que el perfil coincidió sea la responsable del crimen respectivo.

En este punto surge una inquietud. Y es que, por la forma en que presenta el ejemplo del ADN, pareciera que Levanon espera que sea una única prueba (una prueba “reina” llamémosle), altamente relevante y, de preferencia, pericial o científico-forense. Una prueba en la que, en general, tenga que (o deba) basarse quien juzga para resolver el caso; o que piense que las pruebas a las que les reconoce el potencial de eliminar el error, como los testimonios, nunca sufren de limitaciones en cuanto a la relevancia de su contenido;²³ o que sólo las pruebas altamente relevantes (y fiables)

²² Contenido que podría describirse del siguiente modo: hay una coincidencia (digamos del 90%) entre el perfil de ADN de tal o cual persona almacenado en tal o cual base de datos y el perfil encontrado en tal o cual escena. De este último sólo pudo reconstruirse el 75% debido a las características de la muestra inicial (cantidad insuficiente, contaminada, etcétera).

²³ Lo cual sería muy poco plausible. Piénsese en testimonios altamente fiables de personas que sólo vieron que la persona sospechosa o acusada entró al edificio donde se cometió un delito, o en grabaciones de video y audio cuya autenticidad ha quedado establecida, pero que no son tan nítidas o que simplemente no capturan de forma plena aquello que es objeto de controversia entre las partes de un juicio (quizá por el ángulo en que estaban colocadas, por las malas condiciones de visibilidad, etcétera).

tienen el potencial de eliminar el riesgo de error, y/o que debe aspirarse a basar la decisión respectiva sólo en pruebas con esas características.

Esto último, que parece lo más plausible y sería ideal, no obstante, pasa por alto las relaciones recíprocas de corroboración que pueden establecerse entre las distintas piezas del rompecabezas probatorio. En este sentido, puede haber pruebas con niveles, digamos, modestos de relevancia (como la prueba de ADN del ejemplo) y también de fiabilidad que, sin embargo, dado que pueden hallarse corroboradas por pruebas con igual o mayor valor probatorio, hagan que, del acervo completo de pruebas, es decir, visto como un todo, pueda predicarse el atributo de eliminar el riesgo de error al menos a un grado tal que sería muy sorprendente que la proposición principal a probar fuese falsa. No creo que la autora ignore el fenómeno de la corroboración, por ello asumiré que la anterior es la forma más adecuada y consistente de interpretarla.

Es momento ahora de pasar al esquema general de razonamiento que, de acuerdo con Levanon, no sólo posibilita sino que incorpora en su propia estructura la eliminación del riesgo de error. Pues bien, dicho esquema no es otro que el que Cohen (1977) denominó “inducción eliminativa”, para el cual el grado de probabilidad de una hipótesis —probabilidad que no es ni frecuentista, ni bayesiana, sino lógica o inductiva— es proporcional a la cantidad y calidad de desafíos (o tests) orientados a falsearla, superados por dicha hipótesis. Dicho de otro modo, ese grado de probabilidad dependerá de las hipótesis alternativas plausibles que se hayan podido eliminar/descartar sobre la base de las observaciones (o pruebas) recabadas. El objetivo de este método es entonces identificar qué otras hipótesis, además de la inicialmente tomada en cuenta, pueden explicar la presencia de las pruebas respectivas, para después determinar si cada una de esas hipótesis alternativas puede considerarse descartada (como resultado de la realización de observaciones o la recopilación de pruebas adicionales, incompatibles con la verdad de esas hipótesis).

Levanon (2022, pp. 19-23, 30) toma nota de la íntima relación que existe entre la inducción eliminativa de Cohen y dos ideas importantes en el terreno de la epistemología general, a saber, el concepto de “sensibilidad” (“*sensitivity*”) y la denominada “teoría de las alternativas relevantes”,²⁴ ambas herramientas empleadas a los efectos de ahondar en las condiciones o requisitos del conocimiento.

El concepto de sensibilidad fue originalmente acuñado por Nozick (1981), quien lo define como el atributo que puede predicarse de una creencia siempre y cuando, si fuese falsa, no sería creída por la persona cognoscente. El *insight* de Nozick es el siguiente: si a pesar de que fuese falso el contenido de su creencia, es decir, si no obstante a que fuese verdadera una proposición distinta de la candidata a conformar el contenido de la creencia respectiva, la persona seguiría tomando dicho contenido como verdadero, hay entonces un problema con las pruebas de las que dispone. Y el problema consiste en la incompletitud de ese acervo probatorio.

La explicación de este problema permite ver la liga de la sensibilidad con la “teoría (del descarté) de las alternativas relevantes”, pues dicha incompletitud tiene que ver con que el acervo probatorio en cuestión no incluye elementos que permiten descartar (“*rule out*”) una o varias proposiciones alternativas, compatibles con las pruebas que hasta el momento lo conforman. En otras palabras, el acervo probatorio con el que se cuenta es capaz de respaldar la proposición inicialmente conjeturada y, a la vez, una o varias proposiciones que implican la falsedad de la inicial. Otra forma de describir esta situación sería diciendo que las pruebas disponibles no alcanzan todavía a discriminar lo verdadero de lo falso.²⁵

²⁴ Véase Stine (1976), Goldman (1976) y Dretske (1981).

²⁵ En términos del denominador de la llamada “ratio de verosimilitud” (“*likelihood ratio*”) de una versión muy conocida del teorema de Bayes —el cual exige estimar la probabilidad de que se observen los mismos datos (o que se hayan recabado las mismas pruebas) si una hipótesis alternativa fuese verdadera (o sea, si fuese falsa la hipótesis del numerador de esa ratio)—, el escenario de incompletitud probatoria al que me vengo refiriendo equivaldría a un valor de probabilidad elevado, asignado al denominador de la ratio.

3. El valor del conocimiento para el razonamiento práctico

Hemos dicho que, según Levanon, para dar respuesta a la cuestión que plantea el conflicto sobre la verdad en una disputa judicial, la persona juzgadora ha de realizar una afirmación categórica sobre los hechos del caso; y que dicha afirmación está sujeta al requisito de que, quien la profiera, crea fundadamente que su contenido es verdadero (es decir, que crea fundadamente estar en lo correcto, saber qué fue lo que pasó). Sólo así puede ser adecuadamente respondida la otra cuestión pendiente, o sea, la de a cuál(es) de las pretensiones jurídicas que las partes tienen debe favorecerse.

Esa conexión entre el conocimiento de los hechos y la forma adecuada de resolver una disputa judicial (es decir, entre lo epistémico y lo práctico), tan clara para Levanon (2022, pp. 45-57), no está exenta de controversia. Al apelar a escenarios en los que seguimos ciertos cursos de acción sólo con base en la probabilidad de tener éxito en lo que nos proponemos y en información sobre los riesgos relevantes —como ocurre, por ejemplo, cuando se invierte en la bolsa—, algunas personas niegan relevancia al conocimiento en la toma de decisiones. Sin embargo, a diferencia de casos como ese, en las disputas judiciales la incertidumbre no es tan rampante. Y ello es así en buena medida porque dichas disputas no suelen girar en torno a hechos futuros, sino a hechos ya acaecidos, de modo que en ellas se abre un espacio para esperar que haya cosas de las que la persona juzgadora pueda enterarse. Por eso, Levanon deja rápidamente atrás esta posición y se enfoca en la corriente denominada “*pragmatic/moral encroachment*”, para la cual, en síntesis, el conocimiento es relevante para la toma de decisiones. Pero este o algún otro estado epistémico, a su vez, se ven afectados por consideraciones prácticas, las cuales tienen que ver con lo que está en juego, es decir, con los riesgos asociados a la decisión de que se trate (los famosos “*stakes*”).

En esta línea, Sarah Moss, por ejemplo, considera que, en materia penal, el estándar “más allá de toda duda razonable” debe interpretarse como la exigencia de que la persona juzgadora se en-

cuentre en un estado de conocimiento con respecto a los hechos y que, para determinar si ha sido satisfecho, debe tomar en cuenta la información más completa de las circunstancias de vida de la persona acusada, tales como su edad, su proyecto de vida, el valor que este tiene para la sociedad —quizá se trata de un(a) artista consagrada o de un hombre o mujer de ciencia a punto de hacer un gran descubrimiento en beneficio de la humanidad—, etcétera. Y lo mismo en materia civil; sólo que, según Moss, en ese ámbito el estándar requeriría un “conocimiento probabilístico”, es decir, que quien juzga sepa que la afirmación de que la persona demandada es responsable es más probable que su negación (Levanon, 2022, pp. 51 y 52).

Uno de los problemas centrales que Levanon ve en la posición de Moss es que, si nos tomamos en serio el determinar lo que está en juego, eso puede acarrear una variabilidad desproporcionada en los estándares de prueba —un estándar a la medida de cada caso (aunque se sostenga retóricamente que es el mismo, ya sea el conocimiento o el conocimiento probabilístico)—, por no hablar de diversas injusticias, como absolver a alguien sobre la base de las mismas pruebas que en otro caso servirían para condenar, sólo porque un proyecto de vida es considerado más valioso o legítimo que el otro (Levanon, 2022, pp. 51 y 52).

Pero, de acuerdo con Levanon, una objeción más general, dirigida a toda la corriente del “*pragmatic/moral encroachment*” es que extrae más provecho del debido de ejemplos en los que afirmamos que sabemos algo y luego nos retractamos al enterarnos de que hay cosas más serias en juego, como en el caso en que alguien, habiendo respondido que la tarta no tiene chocolate, se retracta y pide que se verifique al enterarse de que un niño con alergia a ese producto comerá de aquella. Levanon (2022, pp. 52 y 53) sostiene que en esos casos no necesariamente pasamos de saber ciertas cosas a no saberlas, por el hecho de que haya aumentado la seriedad o gravedad de las cosas en juego. Pasamos, en todo caso, de un estado de conocimiento a uno de conocimiento calificado, que puede expresarse mediante frases del tipo “hasta donde

mi mejor esfuerzo me lleva a saber...”, “de acuerdo con la información que tengo, sé que...”, “en la medida de mis capacidades, sé que...”, etcétera. Y, en efecto, con esas expresiones se concede que, antes de decidir hacer o no hacer algo, se requiere de mayor información.

Para el derecho, según la autora, esto significa que no hay variación alguna en el estándar epistémico requerido. Este sería siempre el mismo, a saber, el estándar que requiere del conocimiento calificado (algo así como “hasta donde este tribunal ha podido saber, o con base en su mejor esfuerzo cognitivo, tales o cuales cosas ocurrieron”). Y son los distintos estándares de prueba los que determinan en qué punto —es decir, ante pruebas de qué calidad o contundencia— ese conocimiento adquirido por el tribunal es lo suficientemente bueno como para basar en él la decisión respectiva. Dichos estándares serán más severos mientras más serias sean las cosas en juego. Por eso, en materia penal, más pruebas y de la mayor contundencia son necesarias para que el conocimiento de la persona juzgadora justifique una condena (Levanon, 2022, p. 53).

III. Balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba

1. *De cómo la propuesta de Levanon ayuda a diferenciar mejor entre concepciones (persuasivas y racionalistas) de la prueba y entre versiones (no-doxásticas y doxásticas) del racionalismo probatorio, y a identificar sus problemas principales*

¿Qué significa que un enunciado descriptivo de algún hecho jurídicamente relevante esté (o haya quedado) probado? En la opinión de autores como Ferrer (2007, pp. 62-66), hay al menos dos formas de responder a esta pregunta, y ambas son representativas de dos concepciones, teorías o tradiciones que suelen presentarse como

opuestas: la concepción persuasiva²⁶ y la concepción racionalista.²⁷ Por supuesto, de estas concepciones existen (o pueden existir) múltiples variantes, y hay versiones de uno y otro bando que tienen entre sí más cosas en común de lo que en principio se esperaría, con lo cual, en esos casos, el ser posturas opuestas es algo más aparente que real.²⁸

Habiendo advertido lo anterior, comencemos con la primera. En general, para la concepción persuasiva (también llamada “irracionalista” o “psicologista”) un hecho está probado si habiéndose expuesto a lo que ocurre en la audiencia en que las pruebas son practicadas, la persona juzgadora termina persuadida o convencida de que ese hecho tuvo lugar. En la versión estándar de esta concepción que circula en el mundo latino,²⁹ los elementos paralingüísticos que acompañan a las declaraciones de las personas que testifican en la referida audiencia cobran especial importancia en la formación del convencimiento de quien juzga.

Algunos de los problemas con esta concepción señalados desde la trinchera racionalista son los dos siguientes: por un lado, aunque la concepción persuasiva exija que la convicción surja del contacto con la práctica de las pruebas —o sea que no cualquier convicción vale—, puede suceder que estas no sean valoradas adecuadamente y que, pese a ello, la persona juzgadora se convenza del hecho, cuando no debía convencerse; o que no se convenza del mismo, cuando sí debía haberse convencido. Podría pensarse que en el deber de las personas juzgadoras de motivar sus resoluciones (el cual, por supuesto, puede no estar vigente en el sistema de referencia), se tiene el antídoto contra el problema previo. No obstante, esta solución se pierde en el horizonte debido a que la concepción persuasiva suele entender a ese deber como

²⁶ Una crítica detallada a una versión de la concepción persuasiva puede verse en Aguilera (2023).

²⁷ Para una presentación panorámica de las vertientes anglosajona y latina de esta concepción, véase Accatino (2019).

²⁸ Quedando sólo la carga emotiva de las etiquetas “racionalista” y “persuasiva”; carga emotiva positiva en el primer caso, y negativa en el segundo.

²⁹ Versión que bien puede ser un muñeco de paja.

uno consistente meramente en explicar, y no en justificar, por qué se llegó al convencimiento o no de que los hechos respectivos ocurrieron. En este marco, tanto el haber valorado las pruebas adecuadamente, como el no haberlo hecho, son factores explicativos igualmente legítimos de que se haya alcanzado o no el estado mental del convencimiento. Basta con que la explicación que los incluye sea honesta. Por su parte, el otro problema es que la propia concepción persuasiva estaría aumentando el riesgo de una valoración inadecuada de las pruebas —y, por lo tanto, el riesgo de que quien juzga se convenza cuando no debe y de que no se convenza cuando debería convencerse—, en virtud del papel exagerado que le otorga a la consideración de los elementos paralingüísticos de los testimonios dados por expertos y no-expertos; elementos que toma como indicadores altamente fiables de la verdad o falsedad de las declaraciones vertidas. Dicho papel no es avalado por disciplinas contemporáneas como la psicología del testimonio.³⁰

Ahora bien, para la concepción racionalista, que un hecho esté probado o que no lo esté significa respectivamente que las pruebas válidamente aportadas y practicadas le transmiten un grado suficiente de corroboración al enunciado que describe ese hecho, o que no se lo transmiten.

Con esta presentación del enfoque racionalista junto con haber destacado los problemas previos de la concepción persuasiva, quizá puede entenderse mejor por qué son consideradas posiciones que se oponen. Y es que para el racionalismo probatorio, particularmente para la versión que estoy usando (Ferrer, 2021), los estados de convencimiento o de no-convencimiento que, de hecho, experimenta la persona juzgadora, son irrelevantes a los efectos de declarar probados o no probados los hechos de que se trate. De manera más específica, para el caso de los veredictos negativos

³⁰ En mi opinión, todavía no queda del todo claro si entre las lecciones que se pueden extraer de la psicología del testimonio está el que los elementos paralingüísticos referidos no tienen ninguna relevancia para determinar el grado de fiabilidad en lo tocante a las pruebas personales. En todo caso, propongo quedarnos con el *insight* de que no son merecedores de la confianza casi absoluta que se sostiene que la concepción persuasiva les tiene como indicadores de la verdad o falsedad de las declaraciones testificales.

(de no-culpabilidad/responsabilidad penal o civil), el que la persona juzgadora esté convencida de que la persona acusada o demandada cometió el ilícito respectivo, aun y cuando sea racional que se encuentre en ese estado mental, es irrelevante, pues si las pruebas aportadas no son suficientes, quien juzga debe absolver. En lo que respecta a los veredictos positivos, aunque la persona juzgadora deba estar convencida del hecho, en virtud de contar con un acervo probatorio suficiente, no es necesario que lo esté para que proceda la emisión de los mismos.³¹ Como puede apreciarse, para la concepción racionalista lo crucial por tanto es que se cuente con reglas que genuinamente establezcan el o los criterios de suficiencia vigentes, a los que se conoce como “estándares de prueba”.³²

Hasta aquí podría pensarse que lo que distingue a la concepción racionalista de la persuasiva es su rechazo de la convicción o de cualquier otro estado mental en el ámbito de la prueba de los hechos. En este sentido, podría incluso sostenerse que la concepción racionalista convoca a una “cruzada” contra los estados mentales (especialmente contra la convicción).³³ Pero si esto es así, tendríamos que considerar a la propuesta de Levanon como una versión

³¹ Resumiendo, al menos para esta versión de la concepción racionalista, en el caso de los veredictos positivos sólo importa que las pruebas sean suficientes, aunque quien juzga carezca de la convicción de que ocurrieron los hechos, y en el caso de los veredictos negativos sólo importa que las pruebas sean insuficientes, pese a que la persona juzgadora esté convencida de que los hechos tuvieron lugar, e incluso si esa convicción es racional.

³² Hablo de la necesidad de reglas que “genuinamente” establezcan estándares de prueba debido a que, para la concepción racionalista, eso sucede sólo si esas reglas cumplen con los requisitos propuestos para su adecuada formulación (Ferrer, 2021, pp. 29-107), tales como 1) referirse a la capacidad justificativa del acervo de pruebas (y no a los estados mentales que en uno pueda causar el contacto con las pruebas), 2) con miras a establecer un umbral que, si es igualado o superado por las pruebas entonces el hecho respectivo debe darse por probado, y por no-probado si la capacidad justificativa de las pruebas termina por debajo de dicho umbral (cosa que no ocurre si meramente se dice que el estándar de prueba es el de “la sana crítica racional”), 3) sin apelar a las versiones frecuentista y bayesiana de la probabilidad (sino a la probabilidad inductiva), y 4) teniendo en cuenta que, si se trata de estándares para el mismo procedimiento, estos deben aumentar progresivamente su grado de exigencia (lo que significa que, en las primeras etapas del mismo no sería adecuado establecer el estándar más exigente para luego imponer estándares menos exigentes).

³³ Cruzada que no se ha visto exenta de reacciones que, basándose en intuiciones y argumentos bastante sensatos, intentan oponer resistencia (Gama, 2021).

de la concepción persuasiva, ya que incluye al conocimiento respecto de los hechos (o a la creencia fundada de que se ha tenido acceso a la verdad de lo acontecido), como parte integral de su teoría. Eso sería, en mi opinión, no sólo apresurado, sino erróneo. La idea detrás de esta aseveración es que la sola inclusión de la convicción u otro estado mental no hace automáticamente irracional, persuasiva o, desde una perspectiva más general, inadecuada, a la concepción o teoría de la prueba que postule dichos estados.³⁴ Explico por qué a continuación.

Una de las principales razones que se esgrimen para predicar la superioridad de la concepción racionalista respecto de la persuasiva es que, si se acepta que un objetivo prioritario del proceso es maximizar la averiguación de la verdad³⁵ (entendida como correspondencia de un enunciado empírico con el mundo), el mejor medio para alcanzar ese objetivo no es otro que concebir a la prueba de un hecho como lo hace la concepción racionalista, a saber, como un enunciado empírico suficientemente corroborado (por otros enunciados empíricos, que serían las pruebas), o más técnicamente, como un enunciado (o proposición) que tiene a su favor razones epistémicas suficientes, a lo que se le conoce como “justificación proposicional”. Esto da la impresión de que la prueba de un hecho es una cuestión objetiva, o al menos lo suficientemente objetiva como para reducir al mínimo el espacio para el involucramiento cognitivo del agente epistémico, quedándole sólo una tarea perceptiva neutral consistente en determinar si enfrente tiene o no un enunciado con suficiente respaldo empírico.

No obstante, como lo han puesto de relieve autores como Turri (2010), determinar si en un momento dado una proposición está o no justificada no es un acto neutral, pues —sobre todo si se trata de proposiciones cuya prueba no sólo consiste en la observación directa de lo que describen— ello requiere de la participación activa de la persona a los efectos de organizar la información disponi-

³⁴ Para un argumento similar, véase Gama (2021).

³⁵ En el siguiente apartado haremos un repaso de los argumentos a favor de esta posición; terreno en el cual Levanon también hace una contribución destacable.

ble en términos argumentativos de modo que queden manifiestas las respectivas relaciones inferenciales, cuya fortaleza debe evaluarse. Lo anterior conduce a la persona a en algún momento adquirir la creencia de que la proposición cuenta o no con respaldo empírico suficiente. O sea que no es que no haya ningún despliegue de destrezas cognitivas ni adquisición de creencia alguna por el hecho de que la labor consista sólo en determinar si hay o no justificación proposicional. Si esto es así, la purga de estados mentales en pro de la objetividad que pretende la concepción racionalista, cuando es leída así, no comienza bien.

Pero esa purga de estados mentales se torna aún más complicada, pues bien puede sostenerse que los estados de convencimiento (o de ausencia del mismo) que experimenten las personas juzgadoras, en ciertas condiciones, podrían rastrear lo que realmente ocurrió (sin que ello sea sólo producto de la casualidad) y, en ese sentido, que podrían también ser medios para averiguar la verdad. Y es que, aunque suela decirse “estoy convencida de tal o cual hecho”, ¿de qué si no de la verdad del enunciado que lo describe estaríamos convencidos? Dicho de otro modo, decir “estoy convencida de tal o cual hecho” y simultáneamente pensar que el enunciado que lo describe es falso, es una contradicción (además de ser algo que no ocurre en el caso normal).³⁶ Si esto es así, en mi opinión comienza a abrirse la puerta para una versión de la concepción racionalista de la prueba que, en lugar de centrarse en la justificación proposicional, lo haga en la llamada justificación doxástica.

Ahora bien, en efecto, no toda convicción o ausencia de la misma rastrearía la verdad. Por eso hablé de ciertas condiciones que, de ser satisfechas, desembocarían en una justificación doxástica. Sin entrar todavía en la propuesta de cuáles podrían ser esas condiciones, en principio, parecen tener poco que ver con la forma en que la concepción persuasiva suele entender al deber de motivación de las resoluciones judiciales —a saber, como la explicita-

³⁶ Lo mismo sucede a la inversa, si se dice “no estoy convencida de que tales hechos ocurrieron”, se incurre en una contradicción si simultáneamente se piensa que es verdadero el enunciado que los describe.

ción de la trayectoria mental efectivamente seguida para alcanzar el estado de convencimiento o de no-convencimiento, cualquiera que esa trayectoria haya sido—, y con el papel prominente que dicha concepción les da a los elementos paralingüísticos de las declaraciones testimoniales. Estos son problemas genuinos, y la concepción, tradición o teoría que los incluya, llámese persuasiva o como se quiera, en efecto sufre de un deterioro en su potencial de servir como medio apto para la averiguación de la verdad.

Si lo anterior es correcto, puede verse entonces que la distinción entre las concepciones racionalista y persuasiva no colapsa, pero reside, más bien, en la inclusión o no de dichos rasgos problemáticos, más que en la inclusión o no del requisito de la convicción.

Pasando ahora a las condiciones que harían de la convicción un estado mental apto para rastrear la verdad de lo acontecido, estas bien pueden ser las propuestas por Levanon que, como ya sabemos, tienen que ver con el empleo de pruebas y con razonar con ellas de un modo apropiado para eliminar el error. Se trataría entonces de una convicción basada a su vez en la creencia fundada de que se ha tenido acceso a la verdad de lo ocurrido, es decir, en razones que hagan a la persona juzgadora pensar que no está equivocada, las cuales, en suma, consisten en que no hay una explicación de por qué cuenta con las pruebas de las que dispone, ni igual de buena, ni mejor, que el que haya tenido lugar la conducta o el hecho del que, justo porque no hay otra explicación disponible (ni igual de buena, ni mejor), está convencida.

La versión de racionalismo doxástico en materia probatoria que viene emergiendo, no obstante, enfrenta también problemas. Uno muy importante es el que se basa en la intuición de que algo anda mal si habiendo prueba suficiente de un hecho no se le declara probado sólo porque la persona juzgadora no cree o no está convencida de que ocurrió. Pero si a ese estado mental se le trata como condición necesaria de la prueba de un hecho, dado que en el caso que estoy presentando quien juzga no cumple con esa condición, lo que toca es precisamente declararlo no-probado, pese a que haya prueba suficiente en respaldo del enunciado que lo

describe (que podría ser la otra condición necesaria de la prueba de un hecho), y pese también a que la persona juzgadora se percate de ello.

A esta cuestión se refieren Ferrer (2021, pp. 184-186) y Lackey (2021, p. 192-195); el primero, de un modo más general, y ella, mediante la presentación de un ejemplo hipotético aproximado al siguiente. Supongamos que la persona juzgadora a quien le toca resolver un asunto, digamos en materia penal, está rehabilitándose de su racismo. Se ha apuntado a varios cursos sobre el fenómeno, en los que ha tomado consciencia de lo inapropiado de esa actitud, se ha sensibilizado con respecto a sus efectos perniciosos, y ha adquirido la capacidad de percatarse de cuando su racismo opera distorsionando su realidad. Al terminar de valorar la prueba en el caso que le ocupa, llega a la conclusión de que se ha satisfecho el estándar vigente. Sin embargo, cae en la cuenta de que, por un efecto residual del racismo con el que batalla, no cree que la persona acusada sea culpable, pues se trata de una persona caucásica, con quien empatiza, y, además, la víctima es una persona afrodescendiente. Ella está dispuesta a condenar, pues supone que al derecho sólo le interesa que haya pruebas incriminatorias suficientes. Pero recuerda que la legislación ha cambiado y que ahora la convicción de que la persona acusada cometió el delito respectivo es una condición también necesaria. Por lo tanto, absuelve. Pues bien, según Lackey, la absolución requerida en estos casos como resultado de tratar al convencimiento como una condición necesaria (aunada a la de contar con prueba suficiente), sería muy problemática e incluso injusta. No sólo para la persona víctima y la sociedad en su conjunto, sino también para la persona juzgadora, pues sería como si el derecho la castigara por no ser una decisora ideal, libre de toda clase de prejuicios, sin tomar en cuenta su honestidad, su valor para reconocer que sigue teniendo un problema y los avances que ha obtenido en su esfuerzo por atenderlo.

Al anterior pueden sumarse casos más preocupantes. Piénsese, por ejemplo, en una persona juzgadora coludida de algún modo con el crimen organizado, a quien se le paga por intentar liberar

a los miembros del grupo criminal que la ha cooptado cuando alguno enfrenta un proceso judicial. De un escenario como el que venimos analizando, esta persona juzgadora podría aprovecharse mucho, pues, como último recurso para lograr su cometido, siempre sería posible que dijese simplemente que no está convencida de la culpabilidad de la persona acusada pese a que haya prueba suficiente en su contra y, por tanto, absolver.

Otro problema para el racionalismo doxástico tiene que ver no con personas juzgadoras que no tienen (o dicen no tener) el estado mental requerido, pese a que exista prueba suficiente del hecho de que se trate, sino con quienes se encuentran en dicho estado, pero este no se basa en las pruebas disponibles que, en efecto, satisfacen el estándar aplicable, dándose cuenta de ello la persona juzgadora. Esto es un problema, pues si se toma en serio la noción epistemológica de justificación doxástica (con la que el racionalismo doxástico está íntimamente ligado), la creencia plena (o la convicción) en la proposición de que se trate no sólo debe acompañar a, o coexistir con, la prueba suficiente, sino que esta —que ya sabemos que no meramente se percibe, sino que se construye argumentativamente—, tiene que causar la creencia para que pueda decirse que es una creencia basada en la evidencia disponible. Si la creencia meramente acompaña a las pruebas, en principio, no hay entre estos elementos la conexión racional adecuada.

Un ejemplo de dicha desconexión podría ser el siguiente: supongamos que una persona juzgadora, razonando apropiadamente con las pruebas aportadas, concluye que el estándar probatorio aplicable ha sido satisfecho, y también cree plenamente en la proposición apoyada por esas pruebas. Sin embargo, no lo cree con base en ellas, sino que ya estaba convencida desde que salió de la visita a un médium al que acudió la noche anterior. Supóngase también que la persona acusada o demandada tiene pruebas de la visita y de la consulta concreta que la persona juzgadora le hizo al médium con respecto al caso. ¿Qué hemos de hacer? ¿Permitir que tales pruebas sean ofrecidas y practicadas? Si la respuesta es afirmativa, como debería ser dado el compromiso con la

justificación doxástica, el debate deja entonces de centrarse en si hay una prueba suficiente de que la persona acusada o demandada cometió el ilícito y vira hacia lo que para algunos podría parecer la minucia de si esas pruebas, concediendo que son suficientes, tuvieron o no el efecto de causar la creencia que la persona juzgadora reconoce tener. Si a su vez suponemos que las pruebas de la persona acusada o demandada son suficientes, la absolución que procede emitir parece aún más cuestionable que la del ejemplo anterior en que había prueba suficiente, pero no la creencia. En este caso, recuérdese, hay prueba suficiente y también la creencia de quien juzga, en la responsabilidad de la persona acusada o demandada. Requerir más que eso para condenar a alguien parece más bien propio de un sistema de justicia perfeccionista que no sólo espera de sus operadores una elevada destreza técnica, sino que también tengan un carácter epistémico excelente.

Aquí no puedo más que intentar sentar las bases de una posible salida a los problemas previos. Con respecto al último, se podría acudir a otra forma de concebir la conexión racional adecuada que debería haber entre las pruebas y la creencia en la proposición que aquellas respaldan. Antes he seguido la ruta de quienes la conciben como una conexión causal. Sin embargo, en este campo (conocido como el de la "*basing relation*"),³⁷ también está disponible una posición doxástica, según la cual, se genera una conexión racional adecuada entre las pruebas y la creencia respectiva si al menos el agente epistémico a su vez cree que tales pruebas apoyan suficientemente a la proposición de que se trate, lo cual parece siempre suceder cuando el sujeto concluye que hay justificación proposicional. Y eso, es decir, que hay justificación proposicional, es lo que presuponemos que la persona juzgadora del último ejemplo concluye al haber especificado que se trata de alguien que cuenta con prueba suficiente y se percata de ello. Esto deja espacio para que, pese a que la prueba suficiente no cause, o no cause preponderantemente, la creencia en la proposición

³⁷ Para una buena introducción al campo, véase Korcz (2021).

que las pruebas respaldan, no obstante, haya una conexión racional adecuada entre esas pruebas y la creencia respectiva y, por tanto, para que se pueda decir que esta última está basada en aquellas. Si esto es así, en el ejemplo en comento la persona juzgadora puede perfectamente condenar.

Ahora bien, con respecto al ejemplo de la persona juzgadora corrupta, una posible respuesta sería requerir la honestidad de la persona al reportar si experimenta o no el estado mental respectivo. Suponiendo que esto se cumple mayoritariamente (y claro, que hay alguna forma de determinar si la persona efectivamente es honesta al realizar estos reportes), los casos en que simplemente se mienta para terminar absolviendo a la persona acusada se reducirían significativamente.

Pero, aun así, podría haber casos en los que con sinceridad se informe que no se tiene el estado mental de que se trate, lo cual nos sitúa en el primer ejemplo, a saber, el de la persona juzgadora racista. Aquí una posibilidad un tanto extravagante, pero no sin seguidores ni literatura filosófica que la respalde, sería una adscripción doxástica subsidiaria, la cual, en vista de que la persona juzgadora no tiene la creencia de que la persona acusada cometió el delito respectivo, consistiría en atribuirle tal creencia al sistema de justicia en su conjunto, es decir, como entidad colectiva.³⁸ Al llamarle subsidiaria a esta estrategia me refiero a que debería tomarse como excepcional de tal suerte que tener el estado mental de que se trate seguiría siendo prioritario. Esto, en mi opinión, ejercería más presión normativa para que continuamente se capacite a las personas juzgadores para razonar adecuadamente con las pruebas y para reaccionar doxásticamente a ellas como es debido. Contrario a lo que ocurriría si meramente se sustituyera la condición de tener la convicción por la de que la persona juzgadora debería

³⁸ Para una introducción al problema de las mentes grupales o colectivas y de los estados que puede decirse que tienen (como las creencias, etcétera), véase, por todos Theiner (2014). Por otro lado, hay teorías del conocimiento colectivo que no requieren del compromiso ontológico con la existencia previa de una mente grupal (pero tampoco de que cada uno de los miembros del grupo se encuentre en un estado susceptible de ser descrito como conocimiento individual). Una teoría así ha sido propuesta por Eraña y Barceló (2016).

haberse convencido dada la presencia de prueba suficiente (aunque, de hecho, no lo esté por esa razón).³⁹

Por su parte, el racionalismo no-doxástico en materia de la prueba de los hechos⁴⁰ tampoco transita por un camino libre de obstáculos. Uno de los desafíos que debe enfrentar tiene que ver con la crítica de que la metáfora del umbral a la que suele recurrir para dar cuenta del carácter y funcionamiento de los estándares de prueba no es apropiada. Y no lo es, continúa la crítica, porque recubre a los estándares de un halo de objetividad poco realista. Estos no son marcas en una escala establecida de justificación probatoria con las que luego se compara el respaldo empírico que a un enunciado le transmiten las pruebas aportadas en un caso concreto, a fin de determinar si las marcas referidas han sido al menos igualadas para entonces poder dar por probado el enunciado respectivo (Dei Vecchi, 2020, pp. 225-232).

Concediendo el punto anterior, el racionalismo probatorio no-doxástico ha matizado la idea de los umbrales probatorios como marcas rígidas y se ha enfocado en la descripción aproximada de los resultados a los que puede conducir la valoración en conjunto de las pruebas aportadas.

Un resultado posible es que la persona juzgadora haya determinado que hay una hipótesis que de manera coherente explica o da cuenta de las pruebas disponibles, que dichas pruebas se corresponden con todos los indicios o datos que esperaríamos encontrar si esa hipótesis fuese verdadera, y que, además, hay pruebas que refutan cualquier otra explicación plausible. Otro resultado menos contundente podría ser que una hipótesis explica las pruebas disponibles mucho mejor de lo que lo hace cualquiera de las alternativas plausibles (aunque ninguna de ellas haya sido estrictamente refutada). Y así pueden seguirse identificando más resultados de la

³⁹ Como parece proponer Ferrer (2021, pp. 185 y 186, 198-200) en cierto punto de su argumentación.

⁴⁰ Para el que lo crucial no es que se tenga ningún estado mental, sino que se determine si hay o no razones epistémicas suficientes a favor de una proposición empírica jurídicamente relevante, o sea, si hay o no justificación proposicional.

valoración de las pruebas que sean progresivamente menos contundentes, los cuales podrían tomar en cuenta no sólo el número de hipótesis plausibles en competencia, sino si el peso del acervo probatorio es tendencialmente completo, es decir, si contiene el mayor número de pruebas relevantes que podrían haberse recabado, etcétera (Ferrer, 2021, pp. 208-236). El punto es que, aun sin ser marcas rígidas en una escala de justificación, cada uno de estos escenarios podría ser tomado como el resultado esperado de la valoración conjunta de las pruebas y, por tanto, puede operar como el estándar probatorio para el tipo de casos en que se juzgue que el grado de contundencia representado por el escenario escogido es el adecuado. Y no, eso no elimina cualquier problema, al contrario, genera nuevos, pero esta estrategia parece ser, al menos, más esclarecedora que simplemente decirle a la persona juzgadora que debe declarar probado un hecho sólo si no le ha quedado duda razonable de que ocurrió (o alguna otra indicación por el estilo).

Otra complicación del racionalismo probatorio no-doxástico es más básica o profunda y surge de su negativa a considerar que también las razones justificativas pueden ser factores motivadores de una creencia. Me explico: de acuerdo con la versión de racionalismo probatorio de Ferrer (2021, pp. 187-198), las creencias que en un momento dado experimentamos son estados que no controlamos, es decir, sucesos mentales en los que, de pronto, nos encontramos. Pero no sólo eso, sino que mayoritariamente son el resultado de la influencia de motivos espurios, como los prejuicios, las predisposiciones, las generalizaciones apresuradas, las emociones o la intuición. Por eso, la sugerencia es que cuando detectemos que alguna creencia ha surgido en nosotros, sin importar su intensidad (es decir, aunque se trate de una convicción firme), pasemos en nuestra mente a una suerte de “modo revisionista” y verifiquemos si en efecto hay razones correctas (es decir, razones epistémicas o pruebas) que se puedan esgrimir a favor de su contenido; ya no a favor de tener o no tener la creencia misma, pues, si se trata de un suceso mental que escapa de nuestro

control, carece de fundamento cualquier tipo de deber doxástico y, por tanto, cualquier reproche por su quebranto o elogio por su cumplimiento. Esta desconfianza permanente en el modo en que surgen las creencias es la principal razón por la que el racionalismo probatorio no-doxástico se decanta por la justificación proposicional como noción clave.

La cuestión es que entrar en ese modo revisionista para determinar si una proposición está o no justificada es un proceso que, como antes se mencionó, involucra también una creencia, que es precisamente con la que dicho proceso culmina. ¿Cuál? La creencia en que la proposición respectiva está justificada al grado esperado o no lo está, lo cual es paradójico, pues el propósito de esta propuesta era lograr que el razonamiento probatorio prescindiera de toda creencia o convicción para así rescatarlo del subjetivismo de la concepción persuasiva. Pero, además, si usamos el argumento del propio Ferrer, se obtiene que, al ser la anterior también una creencia, eso significa que de pronto nos asaltó, sin ningún control por nuestra parte, y que lo que la hizo emerger fueron motivos espurios. Por tanto, deberíamos entrar en un ciclo más del modo revisionista, y así al infinito, pues cada ciclo culminaría, a su vez, con una creencia con supuestos orígenes dudosos o espurios. Este regreso al infinito no es el único problema. Otro es la asunción misma de que cada vez que tenemos una creencia ello se debe a algún factor espurio. Lo inadecuado de esa asunción se percibe mejor cuando la creencia en cuestión es la de que tal o cual proposición está o no está justificada de modo suficiente, pues se supone que en este contexto es a las pruebas disponibles, es decir, a las razones correctas (que en este caso son de carácter epistémico), a las que estamos prestando toda nuestra atención de manera consciente. ¿Acaso esas razones se vuelven incorrectas o espurias por el sólo hecho de haber dado pie o haber motivado el surgimiento de una creencia (en específico, la de que hay pruebas suficientes a favor de cierta proposición)? Si la respuesta es negativa, como pareciera que tendría que ser, se ha concedido entonces que, en oca-

siones, las razones correctas o justificativas son también factores motivadores de una creencia.⁴¹

2. De cómo se inserta la propuesta de Levanon en el panorama de argumentos en apoyo de la averiguación de la verdad como objetivo prioritario de la actividad probatoria en el proceso

En la sección anterior vimos que, si la averiguación de la verdad acerca de lo que las partes alegan que ocurrió es el objetivo prioritario del proceso⁴² y particularmente de la actividad probatoria, un modelo de los hechos probados en el que la justificación proposicional sea la pieza clave resulta racional en el sentido de ser un medio adecuado para el objetivo en comento. Pero igualmente lo sería un modelo sobre los hechos probados para el que la justificación doxástica fuese lo central. Ambos modelos enfrentan problemas en cuya solución debe seguirse trabajando, pero la consideración de la propuesta de Levanon nos hace caer en la cuenta de que la sola inclusión de un estado mental como requisito de la prueba de un hecho no inhabilita automáticamente a la teoría que así lo proponga para ser un medio que promueva el hallazgo de la verdad.

Por supuesto, si dicho estado es la convicción a secas, la que no pasa por el tamiz de la racionalidad epistémica, en efecto, el modelo resultante no sería apropiado como medio conducente a la verdad. Y aun menos si se complementa, de un lado, con la solicitud a la persona juzgadora de que, al motivar su sentencia meramente explique cómo es que llegó o no llegó a ese estado (en lugar de pedirle que justifique por qué piensa que haberse con-

⁴¹ Lo cual habría de matizarse pues, para hacerle un espacio a la posibilidad de errar y a la intervención de otra u otras personas en la revisión de si realmente hay prueba suficiente, se podría sostener más bien que un posible factor motivador de creencias (en especial, de la creencia en que una determinada proposición está justificada de modo suficiente), es el pensar que se cuenta con razones correctas.

⁴² Hablamos de verdad en el sentido de la correspondencia de una proposición (expresada por un enunciado declarativo) con la forma de ser del mundo.

vencido o no era lo correcto desde la óptica epistémica); y, de otro, con el requerimiento de que los factores paralingüísticos de las declaraciones testimoniales sean prominentes en la adquisición o no del convencimiento respectivo. Pero si el requisito es, siguiendo a Levanon, que la convicción se funde a su vez en la creencia racional de que ha sido eliminada toda posibilidad de estar en un equívoco al pensar y afirmar que cierto hecho aconteció, el potencial como medio de averiguación de la verdad de la teoría respectiva permanece incólume.

Si esto es correcto, puede hablarse entonces de al menos dos versiones o familias del racionalismo probatorio, según sea la noción de justificación epistémica que estimen central: la versión o familia no-doxástica (o exclusivamente proposicional) y la doxástica.

Pues bien, hablando de la averiguación de la verdad como objetivo prioritario en la labor jurisdiccional, toca en este apartado abordar la cuestión de los argumentos en defensa de esa posición y de cómo la propuesta de Levanon se inserta en dicho terreno, en el que de inicio se reconoce que el objetivo en comento no es exclusivo, sino que hay otros cuya satisfacción también se busca a través de las reglas que dan cuerpo a un proceso.

Un buen punto de partida es la distinción que en principio puede trazarse entre argumentos no-morales y morales en defensa de la verdad como objetivo central. De entre los más importantes del primer grupo puede citarse aquel que se basa en la idea de la aplicación correcta del derecho, el de la preservación del funcionamiento del derecho como un mecanismo indirecto de motivación de la conducta, y el del derecho (jurídicamente reconocido) que las partes tienen a probar sus alegaciones fácticas.

El primero discurre así: el derecho contiene la política pública acerca de cómo lidiar con ciertas situaciones que podrían presentarse; situaciones a las que el legislador se anticipa a efecto de decidir la forma en que deben gestionarse o qué solución debe dárseles. Las personas juzgadoras juegan un papel prominente en la aplicación de las soluciones referidas. La cuestión es que,

si la averiguación de lo que realmente ocurrió se saca de la agenda de intereses de un proceso, la aplicación de las soluciones legislativas a los hechos individuales que instancian los supuestos a los que aquellas están condicionadas, puede volverse algo meramente casual, con el riesgo de que de forma mayoritaria las soluciones se apliquen sin que su condición fáctica se haya cumplido,⁴³ o de que no se apliquen pese a que sí haya sido satisfecha tal condición.⁴⁴ En suma, las soluciones que el derecho prevé para sus supuestos se aplican correctamente sólo si, de hecho, hubo instancias concretas de dichos supuestos (Taruffo, 2013, pp. 241-243).

Por su parte, el segundo argumento apunta hacia el deterioro que el derecho —en su faceta de técnica para motivar indirectamente ciertas conductas en sus destinatarios—, sufriría si fuese común que las amenazas que hace y los beneficios que promete se ejecutan y otorgan cuando no debían⁴⁵ y/o si no se ejecutan ni otorgan también indebidamente.⁴⁶ Un ambiente así parece tender a generar incumplidores sistemáticos de las reglas, pues si existe el riesgo de ser castigados aun cuando no se incurra en los supuestos anunciados, ¿por qué evitar la conducta respectiva? Llevarla a cabo puede al menos dejar la satisfacción de cometer el ilícito y quizá alguna ganancia adicional, lo cual se vuelve más atractivo debido a que también es probable que no haya ninguna consecuencia.⁴⁷

En lo que respecta al derecho a la prueba (Ferrer, 2021, pp. 61-63), este sería un derecho fundamental de carácter procesal que, a su vez, se deriva de la noción de debido proceso y del derecho de audiencia. Se trata de un derecho multifacético conformado, en primer lugar, por el derecho de las partes a probar sus alega-

⁴³ Es decir, cuando los hechos relevantes en realidad no tuvieron lugar, no obstante, su ocurrencia quedó establecida como la verdad jurídica.

⁴⁴ Es decir, cuando los hechos relevantes sí acontecieron, no obstante, se toma como verdad jurídica que no fue así.

⁴⁵ Por no haberse dado las conductas que originalmente se quería inhibir mediante las amenazas y promover mediante las promesas.

⁴⁶ Es decir, cuando sí acontecieron las conductas que se quería inhibir o promover.

⁴⁷ Para una presentación más desarrollada de este argumento, véase Dei Vecchi (2020, pp. 26-30) y Ferrer (2007, pp. 29-32, 82 y 83).

ciones fácticas, es decir, a valerse en principio de cualquier prueba relevante para demostrar la verdad de esas alegaciones. Luego vendrían los derechos a que tales pruebas sean admitidas, debidamente practicadas, y a la valoración racional de dicha información (valoración que, por tanto, no debería darse en el marco de los sistemas conocidos como “la prueba tasada” o el de la “libre convicción”). Y, por último, tenemos el derecho (aunado al deber correlativo) de que las resoluciones judiciales se motiven, entendiéndose por ello la obligación de la persona juzgadora de ofrecer razones justificativas (no meramente explicativas) de sus decisiones sobre los hechos.

Ahora bien, antes de pasar a los argumentos morales a favor de la averiguación de la verdad como objetivo prioritario del proceso, haré alusión a uno que tiene digamos un carácter híbrido,⁴⁸ el cual me servirá de puente. Comienza por asumir el argumento de la preservación del funcionamiento del derecho como un mecanismo indirecto de motivación de la conducta, y a ello se agrega la afectación a la autonomía moral de las personas que resultaría de actualizarse el escenario al que apunta el argumento asumido en el primer paso de esta línea de pensamiento. Más específicamente lo que ese escenario afectaría sería la faceta de la autonomía de las personas que tiene que ver con su capacidad de hacer planes vitales a corto, mediano y largo plazo. Buena parte de esos planes toma en cuenta la información —contenida en las normas que se hacen del conocimiento público—, sobre cómo actuarán las autoridades, es decir, sobre cuál será la reacción del Estado, si se incurre en tal o cual conducta. Pues bien, de poco sirven esos planes y, por tanto, de poco sirve tener confianza en la información previa si la reacción implementada por las autoridades, especialmente por las jurisdiccionales, no se corresponde con lo que le fue anunciado a la ciudadanía que ocurriría. Se trata entonces de una traición de las autoridades a su compromiso de establecer una relación tersa, sa-

⁴⁸ Por eso dije antes que sólo en principio se podían clasificar estos argumentos en no-morales y morales.

ludable y fructífera con la gente respetuosa de la ley, pues, recuérdese, en el escenario al que apunta el argumento asumido, respetar la ley no garantiza ser libre de intromisiones estatales injustas en la esfera de nuestros derechos, ni que no quede impune el comportamiento antijurídico de quienes optan por obrar de ese modo (Aguilera, 2021, pp. 455 y 456).

Ya en el terreno de los argumentos morales, algunos de los más representativos son el de la responsabilidad moral y el de la justicia. De acuerdo con el primero, la legitimidad de las prácticas de atribución de responsabilidad jurídica (penal y/o civil) descansa en buena medida en la similitud que deben guardar con las prácticas de atribución de responsabilidad en el ámbito moral, sobre todo en lo que respecta a la condición básica de procedencia de tales atribuciones, la cual claramente consiste en que la persona bajo escrutinio haya efectivamente obrado de modo reprochable.⁴⁹ El segundo, por su parte, apela a la forma en que deberían ser resueltas las controversias jurídicas. Cuando reflexionamos en ello, la justicia viene rápido a la mente. Y siendo esto así, pronto también aparece la averiguación de la verdad como condición de aquella (Taruffo, 2013, pp. 241-243). Y, en efecto, no sería la única condición por satisfacer para que una controversia fuese resuelta justamente, pues la norma aplicable debería en sí misma ser justa también, es decir, tener un contenido que se ajuste a las demandas sustantivas de dicho valor.

Pues bien, es en este campo de los argumentos morales a favor de la averiguación de la verdad en el que se inscribe una de las contribuciones más destacables de Levanon, a saber, su argumento del respeto con el que debe tratarse a las partes de una controversia, y su elaboración de lo que ese respeto exige.

Como sabemos, para la autora, el respeto no admite concesiones ni compromisos. Esto significa que, en principio, lo que me-

⁴⁹ Como apunta Dei Vecchi (2020, pp. 25 y 26), en dichas prácticas morales el argumento de que no se hizo aquello por lo que se nos quiere reprochar es suficiente para bloquear ese reproche, lo cual deja de manifiesto la importancia de haber averiguado la verdad respecto de las acusaciones respectivas.

rece ser respetado no puede respetarse a medias o parcialmente. Sin embargo, dadas nuestras limitaciones, el deber de respetarnos se traduce en hacer el mejor esfuerzo humanamente posible por no incurrir en una falta de respeto en la forma en que tratamos a los demás, tanto con nuestros pensamientos, como con nuestras palabras y acciones. Una exigencia más concreta del respeto que nos debemos entre las personas surge cuando alguna de ellas ha sido objeto de una conducta reprobada (por la moral y/o el derecho). Esto presupone que, en quien la llevo a cabo, el respeto perdió eficacia como factor de motivación de su comportamiento. Y precisamente para recuperar la operatividad de las demandas de este valor —es decir, para reafirmar su vigencia en la sociedad—, así como para restituirle a la víctima al menos parte del respeto con el que merecía y merece ser tratada, es que se requiere de un reporte público detallado de lo que ha tenido lugar. Dicho reporte adopta la forma de una aserción, la cual, dado que la víctima tiene derecho a saber y a que se sepa qué fue lo que le ocurrió, tiene que estar sujeta a una regla epistémica que no sólo exija la adquisición de la creencia respectiva por parte de quien realiza la afirmación, sino a una que exija haber hecho el mejor esfuerzo posible por averiguar la verdad de lo acontecido. Ese esfuerzo tiene que ver con la recolección de cierta clase de pruebas y con razonar con ellas de determinada manera. Con respecto a las pruebas, estas no tienen que implicar lógica o necesariamente la comisión de errores (como ocurre en el caso de la llamada “*naked statistical evidence*”), sino que tienen que ser aptas para tener algún grado de fiabilidad (idealmente alto) mediante atribuciones en sí mismas fiables, es decir, mediante atribuciones que se guíen por criterios realmente indicativos de la fiabilidad del medio de prueba de que se trate (y no por criterios espurios como podría ser el que hace depender la fiabilidad de la prueba testimonial preponderantemente de la interpretación subjetiva de los elementos paralingüísticos que acompañan a las declaraciones de los testigos al momento de practicarse esta prueba). Y con respecto al tipo de razonamiento, este debe siempre tomar en cuenta explicaciones alternativas de la evidencia disponible a los

efectos de ir las descartando hasta llegar a la conclusión racional/razonable de que se ha eliminado toda posibilidad de error. Como también sabemos ahora, para Levanon, sólo con una afirmación con esas bases se responde adecuadamente a lo que llama el desafío práctico (de restituirle a la víctima parte del respeto que no se le brindó por quien originalmente le produjo el daño respectivo) y el desafío epistémico (consistente en contar con pruebas como las anteriores y en razonar con ellas del modo especificado), y simultáneamente se respeta a la víctima y al perpetrador de la conducta reprobada.

Con base en el repaso previo de la propuesta de Levanon, puede sostenerse que el racionalismo probatorio no-doxástico —en particular, el de Ferrer— carece de un argumento lo suficientemente potente para fundar en él, de forma clara, la necesidad de que al menos los veredictos positivos contengan una afirmación categórica acerca de los hechos basada en el mejor esfuerzo posible por eliminar el error. Dada su postura de que las conclusiones del razonamiento probatorio son siempre probabilísticas (Ferrer, 2021, pp. 17 y 18) —necesaria, por cierto, para abrir espacio a la existencia de diversos estándares de prueba con distintos grados de exigencia justificativa—, no hay impedimento para que la premisa menor del razonamiento judicial sea justo eso, una conclusión probabilística; la cual puede estar sujeta a estándares probatorios muy poco exigentes (incluso menores al de la preponderancia de las pruebas), si es que así lo hubiese decidido el órgano legislativo competente. En este último caso, no parece haber una buena justificación para requerir que la premisa menor consista en una afirmación categórica de que el hecho respectivo ha tenido lugar. Y es que, con un esfuerzo reconstructivo de los hechos tan endeble —toda vez que estamos en el supuesto de que pocas pruebas y de calidad cuestionable pueden, no obstante, considerarse suficientes de acuerdo con un estándar muy poco exigente—, el paso de la conclusión probabilística respectiva a la afirmación categórica de que tales o cuales hechos ocurrieron adquiere tintes de un salto de fe.

Por otra parte, sin la inclusión de las exigencias del respeto a las partes en el panorama, en particular, la de que haya una creencia no meramente parcial —pues eso equivaldría a respetar a medias y, por tanto, a una falta de respeto—, sino una creencia plena en que se ha hecho el mejor esfuerzo por eliminar el error —misma que conduce a la creencia también plena de que el hecho respectivo tuvo lugar—, se carece de un dique robusto que impida el viraje hacia el bayesianismo. Esto debido a que con lo que se cuenta actualmente para fundar la preferencia por la probabilidad lógica o inductiva es con una serie de señalamientos en contra del empleo del teorema de Bayes, que podrían ser subsanados. Entre ellos puede citarse la dificultad para disponer de la información estadística necesaria para asignarle algún valor a las probabilidades a priori, la posible tensión de dichas probabilidades a priori con el principio de presunción de inocencia, la dificultad de la persona juzgadora para estimar valores apropiados en los casos del numerador y del denominador de la ratio de verosimilitud ("*likelyhood ratio*"), y la falta de homogeneidad en el seguimiento del protocolo bayesiano por parte de distintos usuarios (Ferrer, 2021, pp. 80-87).

No de forma sencilla, claro está, pero todas estas preocupaciones, como dije antes, podrían subsanarse o de menos matizarse con medidas tales como la inversión significativa en actividades de recolección de los datos estadísticos requeridos y en programas de capacitación para las personas juzgadoras; y también mediante un posible consenso en torno al valor máximo que se puede asignar a las probabilidades a priori en el caso de la materia penal (para así no generar demasiadas tensiones con la presunción de inocencia).⁵⁰ En cambio, si se incluye el argumento del respeto en la ecuación se cuenta entonces con una objeción de inicio para el uso del protocolo bayesiano de razonamiento. Y esa objeción es que el teorema de Bayes trabaja con creencias parciales de principio a fin (es decir, con "*credences*" en lugar de "*full beliefs*"),

⁵⁰ Para conocer los argumentos contemporáneos en defensa del bayesianismo probatorio en el derecho, véase Fenton et al. (2019), Urbaniak y Di Bello (2021), Fenton y Lagnado (2021), y Dahlman y Kolflaath (2024).

lo cual queda descartado por el carácter absoluto de las demandas del respeto, mismas que no admiten concesiones.

3. *El (medio) “giro deontológico” de Levanon en materia de estándares de prueba*

Hacia el final de la primera sección de esta segunda parte del trabajo vimos que, para matizar la crítica del halo poco realista de objetividad con el que se recubre a los estándares de prueba debido al empleo de la metáfora del umbral (o de las marcas rígidas en una suerte de escala de justificación probatoria), la concepción racionalista ha recurrido a la descripción aproximada de los resultados a los que podría conducir la valoración conjunta de las pruebas aportadas en un caso concreto.

Como también vimos, asumiendo que cada uno de esos resultados posibles representa un grado distinto de contundencia probatoria o de capacidad justificativa de las pruebas,⁵¹ la idea sería escoger alguno y tomarlo como el resultado probatorio esperado a efecto de poder declarar probados los hechos respectivos en alguna rama procesal o tipo de casos.

Pues bien, como punto de partida de esta sección quiero referirme a la posición prominente en lo que respecta al tipo de razonamiento que debería estar en la base de la elección de alguno de los resultados probatorios posibles a efecto de que funja como el resultado esperado (o sea, como el estándar de prueba), repito, para cierta rama procesal o tipo de casos.

En mi opinión, esa postura tiene tintes preponderantemente consecuencialistas, lo cual se traduce en requerir una comparación de la gravedad de las consecuencias que conlleva la emisión de falsos positivos⁵² y de falsos negativos.⁵³ En este sentido, mientras

⁵¹ Cosa que autores como Dei Vecchi (2020, pp. 225-232) niegan.

⁵² En general, un falso positivo consistiría en declarar probados hechos que en realidad no ocurrieron, como cuando se condena al materialmente inocente.

⁵³ Por su parte, un falso negativo consistiría en declarar no-probado un hecho que sí tuvo lugar, como cuando se absuelve al materialmente culpable.

más graves sean las consecuencias (o costos) de los falsos positivos en comparación con las consecuencias (o costos) de los falsos negativos, más exigente debería ser el grado esperado de contundencia probatoria vinculado a la hipótesis de culpabilidad (penal o civil).⁵⁴

Pues bien, además de la falta de consenso acerca del método específico para la asignación fundada y detallada de costos a ambas clases de veredicto erróneo, el problema más importante con esta forma de proceder consiste en su carencia de restricciones a los resultados de dicha asignación. Tanto si esos costos sólo son percibidos, es decir, tanto si meramente están basados en intuiciones, como si son más objetivos, el punto es que los resultados de la asignación sencillamente tienen que aceptarse, cualesquiera que sean.⁵⁵

Para poner un ejemplo de los riesgos de lo anterior, situémosnos en la materia penal. En este ámbito tan delicado, podría suceder que, de pronto, ya no se considere vigente el aforismo de que las condenas falsas son (aproximadamente) diez veces más graves que las absoluciones falsas (apreciación que suele ser atribuida a Blackstone), sino digamos sólo siete, cinco o tres veces más graves.⁵⁶ La cuestión es que cada disminución en la brecha de gravedad entre las condenas y las absoluciones falsas debe acarrear, a su vez, una reducción en el grado de exigencia probatoria que la teoría del caso de la fiscalía debe satisfacer para ser exitosa. Pero sigamos explorando el peligro de proceder de ese modo. Me detuve antes en el supuesto de que las condenas falsas fuesen consideradas sólo tres veces más graves que las absoluciones falsas. Esto ya de por sí habría acarreado un descenso significativo en el grado de exigencia probatoria. Pero supongamos que el escenario es to-

⁵⁴ En Ferrer (2021, pp. 150-163) pueden verse claros rastros de este consecuencialismo.

⁵⁵ Resultados que, además, pueden variar de región a región y de momento en momento.

⁵⁶ Y, como sostuve antes, puede ser que ese cambio esté respaldado por la aplicación correcta de alguna métrica de costos más objetiva (como lo sería una que tome en cuenta estudios bien diseñados acerca del fenómeno de la reincidencia delictiva); es decir, que no sólo se trate de un mero capricho u ocurrencia.

davía más extremo. Piénsese en uno en el que las cosas se hayan invertido al punto de que las absoluciones falsas sean ahora el veredicto considerado más grave. Aquí el punto de partida no sería más la presunción de inocencia, sino la de culpabilidad, lo cual significa que la persona acusada tendría la carga de probar su inocencia y que el estándar probatorio para que tuviera éxito podría ser muy elevado (tan elevado como amplia sea la diferencia de gravedad de las absoluciones falsas respecto de las condenas falsas).

Para contrarrestar los riesgos anteriores, podría adoptarse una perspectiva deontológica, para la cual, identificar y comparar las consecuencias previsibles (negativas y positivas por igual) de cada tipo de veredicto erróneo no sería la preocupación primordial; incluso de ello podría prescindirse. El énfasis sería puesto más bien en determinar cuál es el nivel de exigencia probatoria (o el resultado de la valoración conjunta) más apropiado para cumplir con ciertos deberes u obligaciones principalmente morales. Y aquí es donde claramente la propuesta de Levanon hace un aporte importante, poniendo en primer plano al deber de respetar a las partes de una controversia. La pregunta entonces es: ¿qué resultado probatorio es el más apropiado para cumplir con ese deber, según la autora? Y para responderla nuevamente tenemos que hacer un breve recorrido por su propuesta. Vayamos a ello.

Sabemos ya que, de acuerdo con Levanon, el respeto es un valor que exige que sus demandas sean plenamente satisfechas, y que, dadas nuestras limitaciones, en la práctica eso se traduce en hacer el mejor esfuerzo posible para evitar hallarnos en una situación en que creamos que el trato que damos (o estamos por dar) es respetuoso cuando en realidad no lo es, es decir, el mejor esfuerzo para eliminar el error. Ante la presunta comisión de una conducta reprobada por el derecho (que es el ámbito en el que ahora nos estamos centrando), sabemos también que ese mejor esfuerzo se muestra 1) recabando, de preferencia, pruebas altamente fiables (lo cual descarta el uso exclusivo de datos estadísticos), 2) razonando con ellas de conformidad con el esquema de la inducción eliminativa (con lo cual queda descartado recurrir al teorema de Bayes)

y, sólo si se cuenta con lo anterior, y 3) afirmando públicamente que tuvo lugar la conducta respectiva.

La pregunta más específica que ahora surge es: ¿cuál es el resultado de valoración conjunta al que debería conducir ese razonamiento inductivo-eliminativo que usa el contenido de las pruebas como insumo? Y ese resultado esperado, según Levanon, es el siguiente: que no haya una hipótesis ni igual de buena, ni mejor, que la hipótesis bajo examen, o sea, que la hipótesis de la que se intenta determinar si está o no está probada (por ejemplo, la hipótesis de culpabilidad en materia penal).

Es plausible sostener que hay una relación de identidad entre el resultado previo y uno de los resultados posibles de valoración conjunta de las pruebas propuesto por Ferrer (2021, pp. 209 y 210), al que me referiré a continuación. Pero antes, cabe decir que dicho resultado concuerda con la interpretación más exigente que, de acuerdo con el autor, es posible dar al famoso estándar de la "preponderancia de las pruebas", el cual, *grosso modo*, insta a declarar probada la hipótesis con mejor soporte probatorio (Ferrer, 2021, p. 226). Y elijo la interpretación más exigente de este estándar por una suerte de condescendencia hermenéutica, es decir, con el ánimo de hacer justicia a la idea del "mejor esfuerzo", tan persistente en el proyecto de Levanon.

Pues bien, planteado ya como si estuviese vigente, este estándar instruye a la persona juzgadora a declarar probada la hipótesis en cuestión sólo si 1) es la más probablemente verdadera a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial, y 2) el peso del conjunto de los elementos de juicio relevantes es completo (excluidas las pruebas redundantes).⁵⁷ Se trata de una versión exigente del estándar de la preponderancia de las pruebas porque no exige meramente determinar si la hipótesis principal tiene mejores credenciales explicativas que la de la parte contraria. El objetivo es más ambicioso: determinar si la hipótesis principal

⁵⁷ Se trata del estándar al que Ferrer (2021, pp. 210, 225-236) se refiere como el estándar de prueba 4).

es mejor que todas las hipótesis alternativas plausibles que permitan predecir la presencia de las mismas pruebas. Además, esta versión del estándar en comento exige que se haya aportado la mayor cantidad posible de pruebas relevantes, es decir, la mayor cantidad posible de las pruebas que, con base en los detalles de cada hipótesis en consideración, sería razonable esperar que se hubiesen aportado (que es a lo que Ferrer se refiere con la idea del peso completo del acervo probatorio).

La cuestión es que, aun y cuando tengamos sobre la mesa esta versión exigente del estándar de la preponderancia de las pruebas, todavía pueden articularse estándares más severos. Esto significa que habría candidatos más apropiados para instanciar ese mejor esfuerzo que, en lo tocante a la averiguación de la verdad, el respeto a las partes obliga a realizar como paso previo a afirmar que cierto hecho jurídicamente desaprobado tuvo lugar. Quizá el más apropiado sería el que, para Ferrer, insta a declarar probada una hipótesis sólo si: 1) esta explica de forma coherente e integral los datos disponibles, 2) se han satisfecho todas las expectativas probatorias razonables que surgen de la consideración de los detalles de la hipótesis en cuestión (es decir, si se han aportado todas las pruebas que razonablemente tendrían que haber sido aportadas a la luz del hecho que la hipótesis propone como explicación de lo ocurrido), y 3) han sido refutadas todas las demás hipótesis plausibles que explican los mismos datos y que son compatibles con la inocencia de la persona acusada o demandada, o más benéficas para ella (excluidas las meras hipótesis *ad hoc*).

La propuesta de un estándar como el anterior ha sido hecha por Picinali (2018). Su proyecto es interesante porque, como hace Levanon, también invoca al respeto como valor fundamental de la labor jurisdiccional. Sin embargo, él se enfoca específicamente en el derecho penal y en la persona acusada, a quien no se le estaría tratando respetuosamente si no se le permitiera defenderse de los cargos en su contra. Pero tampoco, y esto es lo relevante para nuestra discusión, si alguna hipótesis plausible compatible con su inocencia no hubiese sido descartada (sin importar que la

persona acusada no la hubiese esgrimido como parte de su estrategia defensiva). O sea que, para Picinali, el estándar de “más allá de toda duda razonable” debe interpretarse de modo semejante a lo que Ferrer concibe como el resultado probatorio más contundente, al menos en lo que respecta a la tercera condición que, como sabemos, exige la refutación de todas las hipótesis plausibles alternativas a la de culpabilidad.

En vista de lo anterior, Levanon podría defenderse de un posible señalamiento de inconsistencia por no proponer un estándar semejante al propuesto por Ferrer y Picinali y simultáneamente exigir el mejor esfuerzo para eliminar la posibilidad de error, recordándonos que el de ella es un proyecto que busca respetar a ambas partes, no sólo a la persona acusada; y sosteniendo que, por tanto, un estándar más equilibrado sería el que ha propuesto, al que aquí he equiparado con la versión más exigente del estándar de la preponderancia de las pruebas. Con ese estándar en vigor se evitaría el previsible crecimiento desproporcionado de absoluciones falsas que tendría lugar si el estándar fuese más severo y, a su vez, se estaría imponiendo una carga nada menor a la fiscalía para lograr una condena, la cual, recuérdese, tendría el importante reto de recabar todas las pruebas que es razonable esperar que hubiesen sido encontradas si su teoría del caso fuese verdadera, y de mostrar que las credenciales explicativas de dicha teoría son mejores que las de cualquier otra hipótesis alternativa.

No obstante, no es así como responde Levanon, sino que concede que el estándar de prueba en efecto podría ser el de “más allá de toda duda razonable” o cualquier otro. El problema con la primera parte de esta respuesta es que ahora la autora estaría siendo inconsistente con su compromiso de que se haga lo posible por respetar a ambas partes, no sólo a la persona acusada, pues son preponderantemente los intereses de esta última los que parece proteger un estándar como el de Ferrer-Picinali.

Pero es la segunda parte de la respuesta la que, en mi opinión, es más problemática. Y es que conceder que puede fungir como estándar de prueba cualquier otro resultado de valoración

conjunta en el que se considere mejor a alguna de las hipótesis contempladas, debilita extremadamente la idea de que se requiere del mejor esfuerzo por averiguar la verdad (o por eliminar el error) para satisfacer las demandas epistémicas del respeto a las partes. El siguiente escenario me parece ilustrativo de ese debilitamiento. Una de las situaciones en que se puede concluir que una hipótesis es mejor es la que Ferrer plantea como el resultado probatorio menos exigente de todos los que analiza, en el cual dicha hipótesis es sencillamente más probablemente verdadera que la de la parte contraria, sin que se haya considerado el resto de las hipótesis alternativas plausibles que pudiera haber y aun si el peso del acervo probatorio disponible es muy bajo. En la discusión epistemológica general, a este escenario se le conoce como el problema del conjunto malo (Laudan, 2007), entendiéndose por esto último al menos dos malas explicaciones de un acervo probatorio que ni de cerca incluye todas las pruebas relevantes con las que podría haberse contado. En efecto, aun si las cosas son así de poco ideales, las hipótesis pueden compararse y una de ellas resultar mejor. Pero claramente esa determinación no puede tomarse como el mejor esfuerzo por averiguar la verdad o eliminar el error. Al contrario, no sería nada sorprendente que eventualmente saliera a la luz la falsedad de una hipótesis declarada vencedora en un contexto epistémico tan pobre.

Adicionalmente, al responder que la satisfacción de cualquier estándar de prueba (incluyendo la de uno tan poco exigente como el anterior) instanciaría el mejor esfuerzo por averiguar la verdad, se deja de ofrecer un modo de fundar racionalmente la elección de algún estándar de prueba, alternativo al consecuencialismo. De hecho, se sigue dependiendo de este último, pues, en realidad, no se trata de determinar cuál es el estándar de prueba con el que se cumple con las demandas del respeto a las partes, sino de fundar esa elección como lo ha venido sugiriendo la postura dominante desde un inicio, es decir, determinando cuál es el estándar de prueba que mejor refleja la amplitud de la diferencia en costos que hay (o que se percibe que hay) entre los falsos positivos y los

falsos negativos. Esto, claro, si no se quiere meramente imponer a capricho cualquier estándar probatorio. Así que, en suma, el proyecto de Levanon termina siendo deontológico sólo de fachada.

Una observación más, muy emparentada con la anterior, tiene que ver con la idea de Levanon de que el respeto a las partes exige que la persona juzgadora sepa lo que realmente ocurrió como la base para realizar la afirmación respectiva. Una primera cuestión es que si se entiende al conocimiento como lo hace el análisis tripartito tradicional, es decir, como una creencia verdadera y justificada, ese no podría ser el estado mental requerido, en virtud de que la correspondencia del contenido de una creencia con la realidad (es decir, que la creencia sea verdadera) es algo de lo que no podemos estar racionalmente seguros, dadas nuestras limitaciones humanas. En su lugar podría hablarse de una suerte de derecho a sostener que se ha tenido acceso a la verdad de alguna cuestión, es decir, de una creencia justificada a tal punto que puede servir de base para afirmar que se sabe el hecho aludido por la proposición que conforma el contenido de dicha creencia. La anterior es semejante a la posición que la autora termina adoptando cuando, al discutir con la corriente del *pragmatic/moral encroachment*, habla del conocimiento calificado (o sea, de aseveraciones del tipo “hasta donde este tribunal o juzgado ha podido enterarse, tal o cual cosa sucedió”).

Pues bien, a ese conocimiento calificado, como le ocurre a la idea del mejor esfuerzo por averiguar la verdad, se le termina trivializando, pues la autora lo desvincula de una justificación robusta o de la necesidad de que sea satisfecho un estándar de prueba exigente, al sostener que dicho conocimiento será lo suficientemente bueno para que sobre él se tome la decisión fáctica respectiva siempre que se haya satisfecho el estándar probatorio vigente, cualquiera que este sea.⁵⁸ El problema es que no parece adecuado

⁵⁸ A estas dos ideas, la del mejor esfuerzo epistémico y la del conocimiento calificado, les ocurre algo semejante a lo que, en opinión de Ferrer, ocurrió con idea de que la verdad es una condición necesaria de la prueba de un hecho. Dado que ese tratamiento de la verdad conduce a la posición, contraintuitiva para el autor, de que enunciados falsos no podrían

sostener que la persona juzgadora sabe lo que ocurrió si el estándar probatorio con el que se cumplió es uno semejante al que antes describimos como el problema del conjunto malo.

La resistencia a atribuir conocimiento en un escenario así es análoga a la que en el terreno de la epistemología general se ha opuesto en los llamados “casos Gettier”, algunos de los cuales bien pueden describirse como casos en los que, aun suponiendo que la proposición respectiva es verdadera y que hay razones epistémicas que la justifican, esa justificación sigue provocando insatisfacción, tanto que nos hace retener la atribución de conocimiento.⁵⁹

En la búsqueda de lo que robustecería esa justificación o, en todo caso, de la condición que hace falta en los casos Gettier para por fin conceder que los sujetos involucrados saben, se han propuesto nociones como las de creencia sensible y creencia a salvo de (o protegida contra) el error. La primera sería una creencia fundada en un conjunto de pruebas de tal contundencia que sería sorprendente que las hubiéramos recabado y que la creencia fuese falsa. Por su parte, que una creencia esté a salvo del error significa que no hay mundos posibles cercanos en los que la creencia que en el mundo actual hemos adquirido sobre la base de ciertas pruebas, la adquiramos del mismo modo en esos mundos y sea falsa (Ichikawa y Steup, 2024).

Gardiner y Zaharatos (2022) sostienen que la teoría (del descarte) de las alternativas relevantes proporciona un marco unificador de ambos conceptos. En este sentido, una creencia es más sensible

nunca declararse probados, Ferrer explica que, por tanto, la verdad, para un buen sector de la doctrina, se convirtió en algo meramente formal, es decir, en algo con lo que, por definición, se cumple cuando se declaran probados los hechos respectivos. De este modo, no sólo la satisfacción de cualquier estándar de prueba implica la verdad formal de la proposición en cuestión, sino el empleo de cualquier método de decisión, como podrían ser las ordalías con todas sus variantes, o hasta lanzar una moneda al aire (Ferrer, 2005, pp. 29-32, 55-78). En el caso de la propuesta de Levanon, no cualquier método de decisión, pero sí la satisfacción de cualquier estándar de prueba parece ser tomada, por definición, como una instancia del mejor esfuerzo epistémico posible y como una razón para atribuir conocimiento, cayendo con ello en una versión meramente formalista de esas ideas.

⁵⁹ Véase la sencilla explicación de los casos Gettier que se hace en (Ichikawa y Steup, 2024). Para una explicación más elaborada del tema, véase Hetherington (s. f.).

mientras más hipótesis alternativas puedan descartarse con base en las pruebas que la apoyan, y se encontrará más a salvo del error mientras más próximos estemos a que queden sólo hipótesis sumamente implausibles o extravagantes por descartar.⁶⁰

Puede verse entonces que sólo estándares de prueba tan exigentes como el estándar Ferrer-Picinali podrían ser los apropiados para fundar ese conocimiento calificado del que habla Levanon, pues si se determina que han sido satisfechos en un caso concreto eso significa que, en principio, la proposición de que se trate, y la creencia en ella por parte de la persona juzgadora, son altamente sensibles y que se encuentran considerablemente a salvo del error, lo cual daría lugar a una atribución legítima de conocimiento, preliminar si se quiere, pero con un respaldo probatorio tan robusto que sería improbable haberlo recabado si la proposición respectiva fuese falsa (tan improbable que si esa proposición fuese falsa sólo restan, como candidatas a ser verdaderas, teorías fantasiosas, extravagantes o extremadamente implausibles).

Ahora bien, dado que, según la autora, el conocimiento (calificado) de los hechos es siempre requerido para así poder respetar a las partes, su proyecto tendría que suscribir lo que, para terminar, podríamos denominar la tesis de la invariabilidad de los estándares de prueba o, como mínimo, suscribir la tesis de la variabilidad moderada de estos dispositivos. Autores como Ross (2024) adhieren a esta última. La idea fuerza de su posición es condicionar el ejercicio del poder punitivo del Estado a la satisfacción de un estándar de prueba de por sí severo, que podría ser el que aquí he considerado la versión más exigente del estándar de la preponderancia de las pruebas. Nunca debería ser inferior, pero sí podría ser aún más demandante, como lo es el estándar Ferrer-Picinali, sobre todo cuando la pena a imponer sea muy grave. Esta propuesta también tiene sus problemas, los cuales, por limitaciones de espacio, no serán abordados en esta ocasión.

⁶⁰ Véase también Gardiner (2024).

IV. Referencias

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? *Revus* (39).
- Aguilera, E. (2023). Los estándares de prueba: Revisión crítica de su caracterización como umbrales o prototipos, y algunas alternativas. *Discusiones*, 30(1), 227-274.
- Aguilera, E. (2021). Derecho a la verdad y procedimientos penales veritativo-promotores. En P. Rovatti (Ed.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal* (pp. 449-490). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Cohen, J. (1977). *The probable and the provable*. Clarendon Press.
- Dahlman, C., y Kolflaath, E. (2024). Presumed prior, contextual prior, and bizarre consequences. *Law, Probability, and Risk*, 23(1).
- Dahlman, C., Stein, A., y Tuzet, G. (2021). *Philosophical foundations of evidence law*. Oxford University Press.
- Dei Vecchi, D. (2023). Sentencia judicial, prueba y error. El rol de la verdad de las premisas fácticas en la aplicación de normas jurídicas y en la justificación de decisiones judiciales. *Isonomía*, (58), 107-148.
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Zela.
- Dretske, F. (1981). *Knowledge and the flow of information*. MIT Press.
- Fenton, N., Lagnado, D., Dahlman, C. y Neil, M. (2019). The opportunity prior: a proof-based prior for criminal cases. *Law, Probability, and Risk*, 18(4).
- Fenton, N. y Lagnado, D. (2021). Bayesianism: Objections and Rebuttals. En C. Dahlman, A. Stein y G. Tuzet (Eds.), *Philosophical foundations of evidence law* (pp. 267-285), Oxford University Press.
- Eraña, A. y Barceló, A. (2016). El conocimiento como una actividad colectiva. *Tópicos, Revista de Filosofía*, (51), 9-36.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.

- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2a. ed.), Marcial Pons.
- Gama, R. (2021). En búsqueda de El Dorado: la concepción racional de la prueba y la formulación de estándares de prueba precisos y objetivos. *Revus*, (43).
- Gardiner, G. (2024). Legal Evidence and Knowledge. En M. Lasonen-Aarnio y C. Littlejohn (Eds). *The Routledge Handbook of the Philosophy of Evidence* (pp. 453-466). Routledge.
- Gardiner, G. y Zaharatos, B. (2022). The safe, the sensitive, and the severely tested: a unified account. *Synthese*, 338-369.
- Goldman, A. (1976). Discrimination and perceptual knowledge. *The Journal of Philosophy*, 73.
- Hetherington, S. (s. f.). Gettier Problems. *Internet Encyclopedia of Philosophy*. <https://iep.utm.edu/gettier/#H5>
- Ichikawa y Steup. (2024)
- Korcz, K. (2021). The epistemic basing relation. En E. N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/basing-epistemic/>
- Lackey, J. (2021). Norms of criminal conviction. *Philosophical Issues*, (31), 188-209.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal; un ensayo sobre epistemología jurídica*. (C. Vázquez y E. Aguilera, Trads.), Marcial Pons.
- Laudan, L. (2007). Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal (E. Aguilera, Trad.). *Problema; Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(1), 305-327. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2007.1.8034>
- Levanon, L. (2022). *Evidence, respect, and truth; knowledge and justice in legal trials*. Hart Publishing.
- Nozick, R. (1981). *Philosophical explanations*. Harvard University Press.
- Stine, G. (1976). Skepticism, relevant alternatives, and deductive closure. *Philosophical Studies*, 29(4).

- Picinali, F. (2018). Can the reasonable doubt standard be justified? A reconstructed dialogue. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 31(2), 365-402.
- Ross, L. (2024). *The philosophy of legal proof*. Cambridge University Press.
- Taruffo, M. (2013). La verdad en el proceso. *Derecho y Sociedad*, (40), 239-248.
- Theiner, G. (2014). A beginner's guide to group minds. En M. Sprevak y J. Kallestrup (Eds.), *New waves in philosophy of mind* (pp. 301-322). Palgrave-Macmillan.
- Turri, J. (2010). On the relationship between propositional and doxastic justification. *Philosophy and Phenomenological Research*, 80(2), 312-326.
- Urbaniak, R., y Di Bello, M. (2021). Legal probabilism. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/legal-probabilism>
- Vázquez, C. (Ed.). (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Aguilera, Edgar, "Respeto, verdad y eliminación del error en el proceso: un balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19527. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19527>

APA

Aguilera, E. (2025). Respeto, verdad y eliminación del error en el proceso: un balance de la contribución de Levanon a la teoría general de la prueba. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19527. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19527>

Dimensiones y fuerzas de los enunciados probatorios¹

Dimensions and forces of evidentiary statements

Renato Lira Rodríguez

 <https://orcid.org/0000-0003-1119-0834>

Universidad Austral de Chile. Chile
Correo electrónico: renatolirarodriguez@gmail.com

Recibido: 21 de febrero de 2024

Aceptado: 22 de agosto de 2024

Publicación: 9 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.18724>

Resumen: ¿Qué hace un juez al emitir un enunciado probatorio (está probado que p)? Responder a esta pregunta exige explicitar las dimensiones epistémicas, interpretativas y axiológicas involucradas en la emisión de un enunciado probatorio. También requiere acudir a la filosofía pragmática del lenguaje para dilucidar los alcances conceptuales de la noción de fuerza ilocucionaria. Conforme a las clasificaciones afianzadas en el debate probatorio, sostengo que el juez no describe que p está probado, sino que, a partir de la constitución de la suficiencia probatoria, adscribe el predicado “probado” a p .

Palabras clave: prueba; enunciados probatorios; fuerza ilocucionaria; derecho probatorio; justificación; decisión judicial.

¹ Investigación realizada gracias al patrocinio de ANID-Subdirección de Capital Humano/ Doctorado Nacional/2023-21230033, en el marco de las actividades académicas del Programa de Doctorado en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho, de la Universidad Austral de Chile. La investigación también fue realizada en el marco de *Imputatio*: “Centro de Análisis sobre la atribución de intenciones y la imputación de responsabilidades (www.imputatio.cl)”. Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en las *III Jornadas Nacionales de Derecho Probatorio*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco el valioso apoyo de Daniela Accatino en las distintas etapas de este trabajo y los agudos comentarios de Diego Dei Vecchi, Sebastián Agüero, Leticia Morales y de los asistentes al Seminario Permanente de Estudiantes de Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. También agradezco los comentarios de las personas evaluadoras de este artículo.

Abstract: What does a judge do when he utters an evidentiary statement (it is proven that p)? Answering this question requires to explicit the epistemic, interpretative and axiological dimensions involved in the issuance of an evidentiary statement. It also requires turning to the pragmatic philosophy of language to elucidate the conceptual scope of the notion of illocutionary force. In accordance with the classifications of the evidentiary discussion, I argue that the judge does not describe that p is proven, but based on the constitution of evidentiary sufficiency, he ascribes that character to p .

Keywords: evidence; proof statements; illocutionary force; evidence law; justification; judicial decision.

Sumario: I. Introducción. II. Los enunciados probatorios. III. La fuerza en la filosofía del lenguaje. IV. La fuerza de los enunciados probatorios. V. Conclusión. VI. Referencias.

I. Introducción

En la teoría de la prueba judicial se defiende que los enunciados probatorios poseen una fuerza ilocucionaria descriptiva (Ferrer, 2001, 2005, 2007, 2021) o constitutiva (Dei Vecchi, 2014, 2018, 2020, 2022). Se asume que la fuerza es lo que el juez *hace* al emitir un enunciado probatorio, sin profundizar en sus diferentes alcances, lo que indica que el estudio de una característica definitoria de los enunciados probatorios —su fuerza— está apoyado en una red conceptual frágil. Para suplir esta situación, en las siguientes páginas examinaré las dimensiones epistémicas, interpretativas y axiológicas, involucradas en la emisión de enunciados probatorios, para vincularlas con presupuestos teóricos de la fuerza ilocucionaria extraídos de la filosofía del lenguaje. Así será posible ofrecer bases argumentativas para identificar la fuerza de los enunciados probatorios.

Esta investigación reporta la utilidad de precisar una noción difusa como la de *fuerza* y aplicarla al estudio de los enunciados probatorios, para construir, así, un puente entre las filosofías del lenguaje y jurídica. Del mismo modo, al distinguir analíticamente los alcances y relaciones entre varias dimensiones que configu-

ran a los enunciados probatorios, deja entrevisto diferentes (des) acuerdos teóricos manifestados, por ejemplo, en el alcance de la verdad en la elaboración de inferencias probatorias, la invisibilizada interpretación de instituciones probatorias, la precisión en el umbral de suficiencia y los componentes morales involucrados en la toma de una decisión.

El trayecto por seguir será el siguiente. En primer lugar, plantearé que, desde la filosofía del lenguaje, los enunciados de las decisiones judiciales se manifiestan en un poder discursivo judicial y ejercitativo empleado por el juez. Luego, distinguiré los alcances de las diferentes dimensiones de los enunciados probatorios, y delinearé los principales tópicos de cada una. En segundo lugar, argumentaré a favor de una concepción híbrida de fuerza ilocucionaria, que la concibe como un efecto institucional proveniente de factores internos y externos a los sujetos que participan en la interacción comunicativa. En tercer lugar, sostendré que los enunciados probatorios son capaces de irradiar fuerzas ilocucionarias conjuntas, y argumentaré a favor de una fuerza constitutiva y otra adscriptiva. Finalmente, destacaré la importancia de incorporar nuevas perspectivas en el estudio de los enunciados probatorios.

II. Los enunciados probatorios

En el derecho se realizan distintos actos a través del lenguaje, como leyes, sentencias judiciales, resoluciones administrativas, promesas, testamentos y contratos. A diferencia de lo que ocurre en la cotidianidad, donde se realizan actos sin requerir una específica competencia lingüística y social, en el derecho no cualquiera puede emitir válidamente los enunciados componentes de la decisión judicial.² Se deben respetar roles institucionales (intervinientes procesales), normas jurídicas (procesales, sustantivas y probatorias)

² Utilizo la expresión “decisión judicial” para referir conjuntamente a la conclusión particular y a los enunciados que componen sus premisas. Sobre los alcances y ambigüedades de la expresión se recomienda el trabajo de Caballero (2019, pp. 71-73).

y hasta convenciones sociales y morales (como obedecer lo decidido). Así, desde la filosofía del lenguaje, los procesos judiciales siguen una serie de etapas y prácticas muy diferentes a otros contextos: cuándo sentarse, hablar, intervenir, manejar las emociones y formas de vestir son algunos ejemplos. Pero, en lo que nos interesa, los participantes adecúan su lenguaje a un patrón discursivo estructural que transforma al proceso en un escenario ritual, es decir, en una instancia de comportamiento normalizado y repetitivo que da sentido a su existencia (Dunn, 2003, p. 494; Ho, 2006, pp. 6-13; 2008, pp. 15, 70).

Al derivar de procedimientos complejos, relaciones de autoridad y formas lingüísticas típicas, las decisiones judiciales son un caso paradigmático de actos que generan cambios en el mundo a través del lenguaje. Y ello está fundamentado, en gran parte, por la facultad de los jueces para consagrar una visión oficial y definitiva del asunto juzgado, considerando distintas fuentes del derecho y la prueba de (enunciados sobre) hechos con relevancia jurídica. Bajo esta mirada, las decisiones judiciales presuponen la existencia de un sistema normativo, y que sólo una autoridad normativa pueda (o deba), por ejemplo, declarar la filiación o condenar, sellando la disputa sobre la verdad en el proceso y continuar así con la trayectoria institucional. Por tales circunstancias, las decisiones judiciales son susceptibles de nulidad: el juez puede ser incompetente, extralimitarse, no fundamentar, entre otras causales.³

Para tomar una decisión, los jueces formulan enunciados interpretativos, probatorios y fácticos. Los primeros siguen la estructura "T significa S" (donde T refiere a un texto normativo y S al significado adscrito resultante de la interpretación) (Guastini, 2012, pp. 38-54). Los segundos adquieren típicamente las formas "está probado

³ Las normas de competencia determinan la producción y efectos de los actos jurídicos. Excede los límites de este trabajo analizarlas, pero se recomienda Ross (1974, p. 185). También es importante dar cuenta de que el estilo de la escritura influye en la comprensión de las decisiones judiciales: las estrategias discursivas de atenuación o refuerzo delimitan el poder e influencia en los destinatarios (Sbisà, 2001, pp. 1793-1795 y 1801). Por ejemplo, se ha dicho que emplear una voz pasiva resta importancia a la responsabilidad del decisor y sugiere que su acción está fuera de su control (Dunn, 2003, p. 514).

que p ”, “ p ha sido probado” o “se declara probado que p ”. Y los terceros adquieren la forma “ p ”, “A realizó B”, entre otras (Dei Vecchi, 2014, p. 238; 2016, p. 276; 2018, p. 38).

Los enunciados de las decisiones judiciales, desde la filosofía del lenguaje, gozan de un carácter judicativo y ejercitativo; nomenclatura elaborada por Austin (1962) para distinguir enunciaciones de hablantes dotados de autoridad para tomar decisiones (Sbisà, 1984, pp. 96-102; 2013, pp. 33-34). A pesar de que las categorías se solapan —por retratar situaciones prototípicas que pertenecen a más de una clase—, permiten ilustrar contextos donde una autoridad (absoluta, restringida, débil o fuerte, con más o menos alcance) toma decisiones justificadas textualmente en términos normativos y fácticos.⁴ En este sentido, ambas características dan cuenta de que las decisiones judiciales son elaboradas bajo una estructura institucional cuyo objetivo principal es la resolución definitiva de conflictos jurídicos en una comunidad.

Mientras el carácter judicativo surge en la emisión, bajo una posición oficial, de enunciados apoyados en evidencias y razones, el carácter ejercitativo se aprecia en el ejercicio de autoridad para decidir en favor (o no) de un curso de acción, sin que necesariamente existan evidencias o razones. El ejercitativo puede distinguirse en cualquier tipo de autoridad (como la legislativa), pero el judicativo es mayormente distinguible en el ámbito judicial por la facultad (o deber) del hablante para provocar consecuencias institucionales individualizadas al insertar secuencias de palabras en un documento oficial (Austin, 1962, pp. 99-104). Por ejemplo, frente a la prueba audiovisual que muestra a Pedro apuntando a María con un arma de fuego mientras le arrebató sus especies, el juez puede

⁴ Por su entrelazamiento, es difícil encontrar una taxonomía uniforme de actos de habla. Así, los judicativos y ejercitativos pueden estar englobados por un grupo más grande: los declarativos. Ellos traen a la existencia el estado de cosas anunciado, por lo que suponen la existencia de una institución extralingüística y que los participantes gocen de cierto estatus. Cualquiera que sea la clasificación, todas comparten que la comunicación está permeada por procedimientos complejos, circunstancias contextuales, relaciones de autoridad, capacidad de los hablantes y formas lingüísticas adecuadas para provocar distintos efectos (Sbisà, 2013, p. 34).

ejercer su autoridad para establecer el enunciado probatorio “está probado que Pedro intimidó a María con un arma para arrebatarle sus especies”. Aquella secuencia de palabras justifica el posterior uso del enunciado fáctico p (Pedro robó a María) como premisa fáctica de la decisión judicial y, en consecuencia, la aplicación de la norma jurídica que sanciona el robo.

Los enunciados probatorios son secuencias de palabras que dictaminan la prueba de un (enunciado sobre un) hecho. Tras examinar un conjunto de datos, los jueces ejercen sus facultades para consagrar una visión definitiva sobre lo ocurrido, por lo que su estudio se ha desarrollado mayoritariamente desde una perspectiva cognoscitiva: es ampliamente compartido que se apoyan en razones epistémicas derivadas de (o atribuidas a) la evidencia al estar, el proceso judicial, orientado a la averiguación de la verdad. No obstante, como mostraré más adelante, se ha sostenido que los enunciados probatorios también se apoyan en consideraciones morales —no neutrales— sobre los errores y resultados que los jueces están dispuestos a asumir. Y como decidir la prueba de un hecho implica dictaminar la suficiencia de un conjunto de datos, la suficiencia puede variar según el contexto (tipo de proceso) y la consecuencia (acusar, embargar, condenar).

Sumado a lo anterior, se ha descuidado el vínculo de la empresa epistémica judicial con las decisiones interpretativas que permean la labor de juzgar, ya que la operatividad de las instituciones probatorias depende de la interpretación de los textos que las consagran. Y como los textos normativos son equívocos, es posible identificar varios significados para una misma institución probatoria, uno de los cuales debe ser decidido por el intérprete. De esto deriva la imposibilidad de interpretar en clave objetiva y, en consonancia con la perspectiva moral sobre la suficiencia probatoria, que dos jueces frente a las mismas pruebas, pero con diferencias interpretativas y axiológicas, se inclinen por diferentes decisiones.

Así las cosas, los enunciados probatorios resultan del ejercicio de un poder institucional judicial para consagrar una visión unificada sobre lo *probado*. Y para arribar a esa decisión, razonan sobre

aspectos epistémicos, interpretativos y axiológicos. En lo que sigue plantearé lo implicado en aquellas esferas, y resaltaré algunos puntos de discusión indicativos de que se trata de un asunto enrevesado con diferentes miradas. Esto permitirá cimentar bases argumentativas para conectar el fenómeno probatorio con la producción de efectos por medio del lenguaje.

1. *Dimensión epistémica*

Los enunciados probatorios dependen de razones epistémicas formuladas a partir de la evidencia disponible. El proceso judicial opera como una empresa epistémica que busca comprobar la hipótesis en competencia y alcanzar la verdad, donde la prueba es vista como un instrumento de conocimiento que permite concebir a una proposición como verdadera. Y debido a que convergen varias disciplinas para explicar la ocurrencia de acontecimientos con relevancia jurídica, la prueba actúa de anclaje inferencial para argumentar que las cosas ocurrieron de un modo u otro.

Está generalmente acordado que el conocimiento de los hechos y el establecimiento de enunciados probatorios deriva de un método de corroboración de hipótesis elaboradas con base en los datos disponibles.⁵ Se espera contar con datos probatorios que permitan tomar la decisión más cercana a la verdad y así justificar — más allá de lo procedimental— los cursos de acción institucionales. Desde luego, también existen puntos de vistas situados en un desencanto epistémico, que no reducen la prueba únicamente al análisis de resultados epistémicamente íntegros. Reconociendo que las cosas no pueden demostrarse en términos absolutos, que las decisiones nunca despejarán toda duda en cuanto a que lo probado haya efectivamente ocurrido, bastaría con elaborar buenas explica-

⁵ Es importante destacar que la formulación inicial de una hipótesis “se sitúa más bien en el ámbito de la imaginación, la invención o la creatividad” porque “nuestra observación del mundo está mediatizada por la experiencia previa, conocimientos anteriores, el saber científico del momento, etc.” (Ferrer, 2007, p. 129).

ciones que sirvan de una representación fiel de los acontecimientos (Coloma, 2009, p. 224; 2020, p. 626).

Bajo el paradigma mayoritario, se espera que la sanción jurídica se aplique únicamente si el supuesto de hecho de la norma ha ocurrido en una realidad externa al proceso (Ferrer, 2007, pp. 29, 106-108; 2021, p. 115). Pero como se toman decisiones en contextos de incertidumbre y las reglas de la epistemología son falibles, la verdad actúa como un ideal regulativo, es decir, como un objetivo a alcanzar considerado como valioso, pasando a explicar el conocimiento de los hechos bajo nociones de probabilidad, verosimilitud y/o razonabilidad con un marcado escrutinio en la comprobación de hipótesis (Accatino, 2019, pp. 90-93).⁶

Que la verdad sea un ideal regulativo supone que se deban realizar los mayores esfuerzos para alcanzarla. Un intento se aprecia en la fundamentación bajo criterios de racionalidad epistémica basados en el pensamiento crítico, mediante el desarrollo de diversas teorías de justificación —que van desde la coherencia, el fundherentismo, hasta la inferencia a la mejor explicación— para minimizar errores en la toma de decisiones, erradicar la arbitrariedad y las epifanías judiciales. Esto implica, por cierto, fomentar una cultura de fundamentación que vaya más allá de frases lingüísticas sacramentales, indicativas de una justificación probatoria casi inexistente (Ferrer, 2007, pp. 19-20; Carbonell, 2018, pp. 36-39; Accatino, 2019, p. 92).

Sin embargo, habitualmente no se explicita que los jueces conservan un ámbito de discrecionalidad para valorar la prueba, para crear jerarquías entre las formas de conocimiento y fundamentar sus conclusiones probatorias. Es decir, son libres para determinar, bajo márgenes más o menos laxos, las razones epistémicas que justifican su decisión; razones que se espera coincidan con ámbitos disciplinares epistémicamente reconocidos. Aquellas razones,

⁶ Las pruebas, en todo caso, no equivalen a la verdad. Podemos creer que *p*, tener pruebas para sostener esa creencia y que, sin embargo, sea algo falso (como las brujas). Así, la verdad o falsedad del hecho es independiente de las pruebas o de las justificaciones (Tuzet, 2021, p. 82).

por cierto, también dan cuenta de que el conocimiento humano está construido sobre datos empíricos y un porcentaje de elementos internos. De ahí que sea importante que los jueces no decidan antes de reflexionar sobre todas y cada una de las pruebas disponibles, sin perjuicio de que cuenten con ideas provisionales que revisan sobre la marcha (Ho, 2008, pp. 33-34).

Claramente, si la decisión es formada al margen de las pruebas, en contra de lo que dicen o derivada de prejuicios, el argumento será irracional. Por ello, a pesar de que puedan llegar al resultado correcto, está prohibido justificar según actividades paranormales o azarosas. Si aquello ocurriera, se destruiría la legitimidad y confianza en la empresa epistémica judicial. De ahí que se espere que los jueces elaboren relaciones de corroboración —entre los enunciados fácticos y los elementos de juicio disponibles—, por medio de generalizaciones y técnicas argumentativas, para adoptar una actitud proposicional consistente en la aceptación del enunciado p como verdadero.⁷

De esta forma, si bien la búsqueda de la verdad es un objetivo deseable que estructura a los procesos judiciales, se debe conciliar normativamente con los sistemas de valoración probatoria y estándares de prueba. Por ello, es posible aferrar la idea de que los enunciados probatorios son el producto de un laboratorio procesal que cuenta con sus propios tests de verificabilidad y que, por lo mismo, sea perfectamente posible que en disciplinas más exigentes se sostenga o niegue la prueba del mismo evento.

Con todo, al estar el conocimiento mediado por el entendimiento cognitivo de todos los intervinientes, la justificación epistémica es legitimada cuando no es impugnada ni cuestionada por los destinatarios, pasando a servir de garantía para ejecutar las decisiones adoptadas. Sin olvidar que el conocimiento producido en los

⁷ La aceptación es clave porque enriquece el catálogo de premisas de la decisión judicial. Una persona puede aceptar una proposición —y obligarse a actuar— sin creer en su verdad: sólo acepta que hay razones para actuar como si lo aceptado fuera verdadero. Es por esto que la aceptación exige razones epistémicas y prácticas independientes del contenido aceptado (Ferrer, 2007, p. 71; Dei Vecchi, 2018, p. 62).

procesos es definitivo, y que las decisiones judiciales deben emitirse dentro de cierto plazo, serán las pruebas, las prácticas y creencias de la comunidad jurídica las que darán el soporte necesario para que la decisión se entienda, en ese momento, plenamente justificada por estar más cercana a la verdad. Esto explica que somos epistémicamente dependientes de lo comunicado por otros; que nuestra imagen del mundo depende del conocimiento construido en los procesos judiciales, ya que es un escenario donde los enunciados probatorios sirven de representaciones disponibles para otros ámbitos de nuestras vidas (Ho, 2008, pp. 23-34, 60-72; Coloma, 2020, p. 631).

2. Dimensión interpretativa

Una comprensión integral del establecimiento de enunciados probatorios exige tomar en cuenta la incidencia normativa. Considerando que existe una regulación que estructura al proceso judicial con ciertas particularidades —como la aportación de parte, la admisión, sistemas de valoración probatoria e incluso presencia de principios sustantivos propios de cada procedimiento—, la reducción a una dimensión epistémica es insuficiente. Se deben tomar en cuenta los textos normativos que facultan al juez para asignar valor epistémico (con mayor o menor libertad), adoptar inferencias, declarar inadmisibles ciertas evidencias, probar un hecho según presunciones, y cautelar otros fines diferentes a la verdad.⁸

Esta dimensión implica construir un puente entre la comunidad probatoria e interpretativa y forjar un paradigma que considere, ex-

⁸ Si bien excede de los límites de este trabajo, es importante puntualizar que la constitucionalización del ordenamiento jurídico es un fenómeno interesante relacionado con el ámbito probatorio. Al incluir categorías de ser y pertenecer (a través de normas de protección de minorías, niños, niñas, adolescentes y otros grupos históricamente no considerados) y principios jurídicos (como el interés superior de la niñez o el pro operario) se invita a redefinir los alcances conceptuales de las instituciones probatorias. Así, lo probatorio no sólo buscaría satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino considerar tales categorías de ser y pertenecer al probar un enunciado (Coloma *et al.*, 2021, pp. 125-136). En cuanto a los fines distintos a la verdad, destaca la inspiración de confianza, el apoyo a políticas sociales, tranquilizar a la sociedad o reconocer comunidades (Ho, 2008, p. 70).

plícitamente, la interpretación de textos normativos habitualmente utilizados en la emisión de enunciados probatorios y en la calificación jurídica de los hechos. En este sentido, la dimensión se manifiesta en dos operaciones que se alimentan mutuamente: (1) la adscripción de significado a disposiciones normativas probatorias (como sana crítica, impertinencia, carga de la prueba, más allá de toda duda razonable, entre otras); y (2) la calificación de enunciados fácticos bajo categorías jurídicas.

La primera operación se explica por la equívocidad de los textos normativos; aspecto no sólo proveniente de defectos lingüísticos, sino de la multiplicidad de métodos interpretativos, teorías dogmáticas y habilidades profesionales. Por esta razón, se abre la posibilidad de identificar varios significados para un mismo texto, uno de los cuales debe ser decidido por el intérprete —el juez—, que experimenta situaciones de interacción estratégica con sus pares, quienes son guiados por diferentes ideologías y argumentos. En tal sentido, es imposible desconocer que existen múltiples circunstancias que inciden en la labor judicial: experiencias previas, aspectos idiosincráticos e incluso el rol que se espera que cumplan los operadores jurídicos (Guastini, 2016, p. 338).⁹

En términos simples, el proceso interpretativo consta de dos etapas. La primera refiere a la determinación de las alternativas de significado posibles, para lo cual se requiere adoptar un determinado método y delinear un marco de significados. Al delimitar el marco interpretativo, el sujeto decide aquello que queda dentro y aquello que queda fuera. La otra etapa se refiere a la elección voluntaria del significado, que el intérprete considera adecuado, y que debe ser justificado (Huerta, 2017, pp. 391-392).

La segunda operación consiste en subsumir un caso particular en la clase de casos previstos por una norma jurídica. La calificación

⁹ Se ha sostenido que el resultado de las decisiones interpretativas puede ser evaluado mediante la reconstrucción de un código hermenéutico de una comunidad jurídica. Mirada bajo la cual los enunciados interpretativos serían afirmaciones indicativas de que el significado asociado a un texto es la mejor opción dada la convención vigente (Arena, 2013, p. 435). Sin embargo, es difícil determinar claramente el alcance de las convenciones interpretativas, toda vez que, por el momento, es cada juez quien decide finalmente cuál es la convención.

opera bajo un trasfondo institucional y teórico que encuadra los hechos del caso en un concepto jurídico. Aquí, el juez es la autoridad competente para determinar (en el caso de tribunales inferiores) y modificar (en el caso de tribunales superiores) el carácter jurídico de los (enunciados sobre) hechos probados. Por ello, el hecho no es visto como un dato bruto, sino bajo la óptica de consideraciones institucionales constitutivas de la realidad social (Searle, 1969, pp. 1-50; Taruffo, 2011, pp. 106-114).¹⁰

Por ejemplo, la primera operación se aprecia en la regulación de los estándares de prueba que, típicamente, no establecen parámetros de suficiencia precisos para tener *p* por probado. Su alcance puede (o debe) ser delineado acudiendo a argumentos interpretativos como los originalistas (para sostener que una de las inspiraciones del estándar es la protección del acusado) y sistemáticos (para comparar su alcance con otros umbrales positivizados); técnicas que, por cierto, pueden desembocar en resultados distintos, en la medida que toda interacción con la evidencia requiere asumir un compromiso interpretativo sobre el alcance de los conceptos probatorios. En cambio, la segunda operación se aprecia al hablar de instituciones como la compraventa, que dependen de objetos o acciones tangibles observadas bajo representaciones normativas (que permiten hablar de propiedad, posesión o dominio), o en los denominados hechos valorativos, que exigen reconducir predicados valorativos a fácticos para hablar de una conducta de buena fe, un buen padre de familia o un apremio ilegítimo (Wroblesky, 1989, p. 26; Carbonell, 2017, p. 31; González Lagier, 2001, p. 152).

En definitiva, ambas operaciones impactan en la forma en que el derecho conoce el mundo. Manifiestan un cruce entre la empresa epistémica y aspectos normativos, en la medida que la operativi-

¹⁰ En la práctica, sin embargo, es artificioso pensar en la norma y en el caso particular como entidades separadas: tanto la premisa normativa como la premisa fáctica resultan de un proceso de determinación recíproco. En este sentido, la esquelética estructura del silogismo judicial no da cuenta de cómo efectivamente se toma una decisión judicial. Por esto es que entre el supuesto de hecho concreto y la premisa mayor del silogismo hay un ir y venir de la mirada: la actividad interpretativa sobre la premisa mayor influye sobre la actividad probatoria y viceversa (Tuzet, 2021, pp. 36-38).

dad de las instituciones probatorias depende del uso que los operadores jurídicos hagan de ellas. De esta forma, muestran que los enunciados probatorios se emiten bajo un marco normativo que no supone acoger argumentos escépticos sobre la posibilidad del conocimiento o de adoptar decisiones racionales, sino simplemente de sostener que el acto de determinar la prueba de un evento está mediado por normas que dan un amplio margen de discrecionalidad a los jueces y hacen que difícilmente exista una sola respuesta jurídicamente correcta. Por ello, además de ampliar la mirada epistémica del fenómeno probatorio, esta dimensión permite hacerse cargo de carencias justificativas al mostrar el ocultamiento de las razones tenidas en cuenta, donde se incluyen las razones jurídicas, y donde no sólo influye la determinación de lo verdadero. Así, en ciertas ocasiones los jueces determinan la prueba de p sin saber lo que pasó, porque importa establecer, por ejemplo, la seguridad jurídica (prescripción adquisitiva o extintiva) o formar una memoria colectiva (justicia transicional) (Ho, 2008, pp. 42-49; Accatino, 2016, p. 355).

3. Dimensión axiológica

Además de formar relaciones de corroboración entre los enunciados fácticos y los elementos de juicio, el juez debe hacerse cargo de la suficiencia probatoria, lo que exige cumplir las exigencias de los sistemas de valoración en relación a los estándares de prueba. Mientras los primeros determinan qué cuenta para la decisión, los segundos establecen el umbral de suficiencia para decidir, y distribuyen el riesgo de error.

Recientemente se ha defendido la formulación del umbral de suficiencia probatoria mediante un modelo reglado, con requisitos que no apelen a una dimensión subjetiva del decisor. En este sentido, se espera que el estándar determine por sí solo el nivel de exigencia identificando claramente los supuestos requeridos para su aplicación. De lo contrario, se desembocaría en una concepción subjetiva de la prueba que impide el control del razo-

namiento probatorio, porque el parámetro de decisión resultaría del convencimiento del decisor. Si el juzgador es quien determina el umbral caso a caso, no se puede disponer de criterios generales, intersubjetivamente controlables, que aplicar criterios de corrección de la decisión (Ferrer, 2021, p. 185).

Bajo tal perspectiva, para decidir la prueba de un evento se debe analizar únicamente el grado de corroboración que las pruebas aportan a una de las hipótesis. Y si bien toda formulación normativa de los estándares de prueba siempre tendrá un grado de vaguedad, la idea es aspirar a un umbral lo más preciso posible que logre una mayor cantidad de casos claros de (in)cumplimiento del estándar, y un menor margen de casos dudosos.

Aquella propuesta asume, al menos implícitamente, la capacidad de reducir en un alto porcentaje la equivocidad de los textos normativos. Es una postura muy cercana a la idea de una solución correcta para cada caso, y a la separación del derecho de otros sistemas normativos (como los morales), donde el juez sólo debe descubrir cognoscitiva y avalorativamente la solución. Sin embargo, es claro que aplicar toda norma (donde se incluyen los estándares) presupone interpretar los textos normativos que consagran a las instituciones, proceso donde también operan elementos ideológicos y morales (como los sentimientos de justicia). Por esto, llama la atención que algo aceptado y asumido, como la equivocidad de los textos normativos y las distintas variables que operan en la interpretación, sea visto como un problema que es posible solucionar.

En otras palabras, adherirse a esa postura implica asumir la posibilidad de reducir, a términos objetivos y precisos, instituciones teñidas de consideraciones morales. Sin embargo, en el fenómeno probatorio las reglas de la epistemología sólo nos aclaran cuándo la aceptación de un enunciado es injustificada por no ceñirse a las razones epistémicas, pero son inútiles para determinar la suficiencia de aquellas razones. La suficiencia es necesariamente establecida bajo el alero de consideraciones axiológicas sobre los errores y resultados que los jueces están dispuestos a asumir en cada deci-

sión.¹¹ Además, las vicisitudes que afectan a los textos normativos no impiden justificar racionalmente una decisión judicial, ya que es posible controlarla mediante la explicitación de razones y concebir a los estándares de prueba como exigencias argumentales que indican los temas y aristas propias del caso concreto (Dei Vecchi, 2016, pp. 290-291; 2018, p. 59; 2022, p. 340; Gama, 2022, pp. 90-95).

Conforme a lo anterior, determinar la suficiencia implica evaluar las consecuencias de tomar una línea de acción apoyado en razones prácticas. Mientras las razones epistémicas justifican el contenido de enunciados sobre el mundo, las razones prácticas justifican hacer algo (decidir sobre la prueba de un enunciado). Así, la decisión probatoria está teñida con juicios morales no neutrales sobre los potenciales resultados: el juez razona si las razones epistémicas justifican el curso de acción al aceptar tener p probado. Este aspecto explica que la cantidad óptima de pruebas está, en parte, determinada por nuestros deseos, y que las decisiones más importantes vuelven más racional la acumulación de más pruebas (Coloma, 2009, p. 213). Por ello, la suficiencia puede variar según el contexto y curso de acción: dos jueces pueden contar con las mismas pruebas, pero, debido a sus diferencias en torno a la situación pragmática (como los bienes jurídicos en juego), uno estará justificado en tener probado p y el otro no (Dei Vecchi, 2014, p. 252; 2016, pp. 288-289; 2022, pp. 343-344).

Por consiguiente, el órgano decisor determina cuándo la actividad cognoscitiva (que puede ser contingente) es axiológicamente suficiente para los efectos prácticos deseados. Sostener que una hipótesis resulta plausible obedece a valoraciones dependientes de variables que van más allá de la misma hipótesis, razón por la cual expresa juicios de valor alejados de aspectos descriptivos,

¹¹ De ahí que se diga que la epistemología sólo satisface una “sensibilidad mínima” al riesgo de error: se conforma con tener por probada la mejor hipótesis (incluso siendo mala); pero en el derecho se necesita una sensibilidad “más que mínima”, es decir, hipótesis especialmente buenas (Dei Vecchi, 2014, pp. 241-249; 2018, p. 51; 2020a, pp. 44-50).

lo que impulsa la adecuación del mundo a las palabras.¹² Y a menos que se pueda predicar verdad o falsedad de los juicios morales, no es posible sostener que los enunciados probatorios provoquen actos informativos. Así, resulta forzoso aplicar categorías objetivas a circunstancias donde influyen aspectos axiológicos dependientes de la persona del juez (Carbonell, 2018, p. 45; Dei Vecchi, 2014, pp. 253-255; 2018, pp. 60-61; Calderón, 2023, pp. 157-159).

En suma, emitir un enunciado probatorio implica tomar posición y formular juicios valóricos (a veces implícitos) y elaborar un discurso justificativo (que puede o no coincidir con el contexto de descubrimiento) que decida la prueba de algún evento. Se trata de un aspecto que, sumado al fenómeno de la indeterminación normativa, impide hablar de una aplicación mecánica en la decisión que declara los hechos probados.

III. La fuerza en la filosofía del lenguaje

Lo delineado hasta aquí muestra el amplio espectro de lo implicado en la prueba de un (enunciado sobre un) hecho. En todas hay un posicionamiento en ámbitos epistémicos, interpretativos y axiológicos: se selecciona la tesis de justificación epistémica a seguir, el significado y alcance de las instituciones probatorias para luego definir la suficiencia de la evidencia. Y una vez establecido el enunciado probatorio, "viene a ser semejante a la magia: las palabras crean el efecto que nombran" (Ross, 1974, p. 187).

Los enunciados probatorios conectan el ejercicio de poder jurisdiccional y la capacidad de hacer cosas con palabras. Para esto es importante tener presente que el lenguaje cuenta con una función sintáctica (orden de los signos), semántica (significado

¹² Todo discurso jurídico está destinado a asumir un carácter que se manifiesta, a nivel muy general, en usos imperativos, facultativos o declarativos para imponer obligaciones, conferir derechos o constituir nuevas situaciones (Tarello, 1967, p. 427). En ese sentido, es posible identificar que en ciertas decisiones hay enunciados que no comparten la misma dirección de ajuste (Ho, 2006, pp. 13-14; 2008, p. 23).

de los signos) y otra pragmática (funciones asignadas de los signos). Si bien todas ellas operan de manera simultánea y conjunta, en lo que sigue estaré dentro del ámbito de lo pragmático. Así, las preguntas “¿qué es hacer algo por medio del lenguaje?”, “¿qué efectos generan los enunciados probatorios?” y “¿cómo es que pueden tener fuerza?” adquieren especial relevancia porque es difícil saber qué hace el juez cuando emite un enunciado probatorio, al no explicitar lo que está haciendo, lo cual abre un abanico de interpretaciones. Por ello, argumentaré a favor de una concepción híbrida de fuerza que la concibe, en general, como un efecto institucional de los enunciados probatorios para servir de soporte para utilizar p como premisa fáctica de la decisión judicial y, con ello, imponer cargas o beneficios a los intervinientes procesales. Y luego de ello, en particular, desarrollaré la idea de que ese efecto general deriva de la adscripción del predicado probado a p con base en la constitución de la suficiencia probatoria.

Durante el siglo XX, se produjo un *giro pragmático* en la filosofía del lenguaje y se comenzó a estudiar las acciones generadas por decir ciertas cosas. Austin (1962, pp. 64, 75, 148), pionero en esto, distinguió tres actos abstractos y coexistentes en las situaciones comunicativas: acto locucionario, ilocucionario y perlocucionario.¹³

El debate sobre la fuerza se enmarca en el segundo tipo: las acciones generadas al decir algo. La razón de Austin para utilizar la noción de *fuerza* se debió a que, muchas veces, hay una carga comunicativa no explicitada en la literalidad de lo dicho. Por ello, prestó atención a las acciones lingüísticas que ciertas enunciaciones permiten llevar a cabo, lo que abrió tres niveles de análisis: (1) los requisitos para que un enunciado tenga fuerza; (2) la clasificación, fronteras y extensiones de la fuerza, y (3) las estrategias lin-

¹³ Un acto locucionario es realizar el acto de a) emitir ciertos ruidos (un acto fonético o *phone*); b) emitir ciertos vocablos o palabras pertenecientes a cierto vocabulario adecuados a cierta gramática y entonación (un acto fáctico o *pheme*); c) usar tal *pheme* con un “sentido” y una “referencia”, elementos que equivalen al “significado” (acto fáctico o *rheme*). El estudio de estos elementos se denomina estudio de las locuciones. Por su parte, el acto perlocucionario es lo que producimos o logramos por decir algo. Se pueden presentar al emitir cualquier expresión, con o sin el propósito de que ocurran (Austin, 1962, pp. 62-72).

güísticas para irradiar fuerza (Sbisà, 2001, p. 10). En esta sección transito entre los dos primeros niveles para delinear una noción de *fuerza* extrapolable al estudio de los enunciados probatorios.

La noción de *fuerza* fue acuñada por Frege (1956) para referirse a los juicios realizados por hablantes sobre la verdad o falsedad de ciertas expresiones. Austin (1962, pp. 69-71, 76) liberó la noción de aquel restringido carácter y la generalizó en un planteamiento pionero y difuso: la fuerza se realiza al emitir enunciados, en circunstancias apropiadas, mediante procedimientos convencionalmente aceptados (Sbisà, 2001, pp. 1792-1793; 2013, pp. 44-45) ¹⁴ El autor ofrece el clásico ejemplo de enunciar "Bautizo a este barco Queen Elizabeth" (acto locucionario) para realizar el acto ilocucionario de bautizar, cuya fuerza es el bautizo. En un ejemplo común, González Lagier (2001, p. 93) muestra que la expresión "piénsalo bien" realiza la acción de rogar, aconsejar u ordenar, cuya fuerza es constituir un ruego, consejo u orden.

La definición de Austin es amplia y capaz de cobijar tres concepciones rivales sobre sus requisitos de producción: externalista, internalista e híbrida. Todas asumen que están dadas las condiciones de *input* y *output* (como hablar el lenguaje sin impedimentos), la distinción entre hechos brutos e institucionales, y las condiciones preparatorias referidas al estatus del hablante (como la autoridad del juez).

Para la *concepción internalista*, un enunciado irradia fuerza al ser emitido con cierta intención reconocida por el oyente a través de inferencias, presunciones o información contextual. Es una perspectiva que confía en la capacidad para discernir intenciones comunicativas y sostiene la complejidad de limitar institucionalmente los efectos de un enunciado a un cierto número (Sbisà, 2001,

¹⁴ Por eso Ross (1974, p. 170) sostuvo que "lo único que se puede hacer es tratar de seguir las ideas de Austin en su evolución dialéctica y, al hacerlo, reformular o reconstruir los principales derroteros de su pensamiento, sus principales problemas, sus argumentos y soluciones". Es precisamente lo realizado por Sbisà en varias investigaciones citadas en este estudio.

p. 1795; 2002, p. 422; Harnish, 2009, pp. 14-20; González Lagier, 2001, pp. 83-84).

Para la *concepción externalista*, por su parte, la fuerza proviene de convenciones (sociales o normativas) que asignan un efecto institucional a una acción provocada al decir algo. En este sentido, las convenciones determinan los significados, usos y condiciones adecuadas en que ciertas expresiones constituyen, por ejemplo, una promesa. Aquí no influye la subjetividad de los sujetos pues la interacción comunicativa se traduciría en una lectura mental y, sumado a esto, los alcances de nociones como intención o propósito varían según la perspectiva asumida en la teoría de la acción (Harnish, 2009, pp. 11, 16-17, 25; González Lagier, 2001, p. 82; Millikan, 1998; Sbisà, 2000, p. 10; 2013, p. 57; Dunn, 2003, p. 500).

Frente a tales polos, la *concepción híbrida* defiende la presencia de factores internos y externos en la fuerza ilocucionaria. Para esta perspectiva lo relevante es que la intención de los emisores esté convencionalmente enlazada a la realización de un acto con cierta fuerza ilocucionaria. Esto se manifiesta en tres elementos requisitos que cierta enunciación debe cumplir para irradiar fuerza ilocucionaria: (1) asegurar la aprehensión; (2) producir un efecto institucional, y (3) invitar a una respuesta. Por esto, asumen que el proceso judicial pertenece a una clase de espacios ritualizados donde los participantes respetan los alcances y procedimientos para generar efectos pragmáticos (Austin, 1962, pp. 116-117; Searle 1969, pp. 57-62; Sbisà, 2009, p. 42; Harnish, 2009, p. 11).¹⁵

Asegurar la aprehensión implica adoptar cierta actitud proposicional para aceptar y compartir los efectos generados por la emisión de un enunciado (Searle, 1969, pp. 65 y ss.; González Lagier, 2001, pp. 98-101; Sbisà, 2007, p. 465).¹⁶ Tanto juez y auditorio, desde sus propias ópticas, ejecutan un proceso voluntario amparado

¹⁵ Por el contrario, en situaciones informales o casuales, cuesta más determinar qué efecto se está llevando a cabo o si un sujeto tiene la autoridad para hacerlo.

¹⁶ La existencia del dinero o del matrimonio depende de que las personas crean en tales instituciones. En el mismo sentido, cuando se emite un enunciado en cierto contexto no sólo se establecen cosas físicas, sino que se crean otras consecuencias.

institucionalmente. Es un requisito que asume que la fuerza sólo se logra mediante la emisión de un enunciado con un contenido proposicional adecuado a las razones disponibles. Y en contextos donde los efectos generados dependan de una labor conjunta entre los hablantes (como en una conversación) asegurar la aprehensión supone afianzar un acuerdo intersubjetivo (explícito o implícito) (Sbisà, 1984, p. 94; 2001, p. 1797; 2009, pp. 34, 45-46, 50; González Lagier, 2001, p. 146).

Producir un efecto institucional requiere distinguirlos de los efectos naturales o sociales. Los efectos institucionales requieren el cruce de intenciones y normas que enlacen una o más consecuencias a una enunciación. Los efectos naturales no sólo abarcan a los interlocutores y se producen sin considerar intenciones o aspectos convencionales. Los enunciados de las sentencias judiciales pueden ser analizados desde ambas ópticas, pero en lo que interesa, sigo una perspectiva institucional al reconocer la competencia del juez para emitir ciertas palabras y adquirir compromisos por hacerlo, es decir, la obligación institucional de utilizar *p* como premisa fáctica de la decisión judicial y, con ello, imponer cargas o beneficios (Austin, 1962, p. 117; Sbisà, 1984, p. 97; 2001, pp. 1797-1800; 2007, p. 466; 2013, pp. 31-35; González Lagier, 2001, pp. 124-128).

Invitar a una respuesta exige realizar una acción independiente y posterior para que un enunciado provoque efectos. La aserción, por ejemplo, no requiere que el oyente haga algo, más que adoptar una cierta actitud proposicional, como creer o aceptar lo dicho (Sbisà, 2001, p. 1809; 2013, p. 33; González Lagier, 2001, p. 94). Se trata de un requisito que, en estas páginas, no goza de gran protagonismo porque estoy analizando únicamente lo que el juez hace al emitir enunciados probatorios, sin considerar la respuesta de los destinatarios. Al respecto, basta señalar que pueden existir las más variadas respuestas institucionales al enunciado probatorio emitido por el juez, como su impugnación procesal.

Conforme a dichos requisitos, la fuerza es un efecto generado tras emitir enunciados con base en ciertas intenciones del emisor y cuestiones institucionales. Sumado a ello, la literatura ha señala-

do que la fuerza depende de la “función típica” de un enunciado (o serie de enunciados), sin que existan restricciones para atribuir más de un efecto a ciertas enunciaciones: una misma locución puede usarse con diferentes funciones. Y por la misma razón, la fuerza de un enunciado puede comprometer a otras futuras fuerzas formando una cardinalidad según la función que los enunciados cumplen en sus contextos (Tarello, 1967, p. 426; Ross, 1974, p. 179; Searle, 1975, p. 44).

En la teoría probatoria se ha dicho que la fuerza “tiene que ver con aquello que se hace al emitir [un enunciado] (prescribir una conducta, describir un estado de cosas, preguntar algo, expresar una emisión, etc.)” (Ferrer, 2005, p. 20). También se ha dicho que la fuerza “se manifestaría en cada instancia de emisión del enunciado” y que “las enunciaciones [...] en determinados contextos sólo pueden tener una determinada fuerza que será, por ello, la función de esos enunciados” (Dei Vecchi, 2014, pp. 240-241). Esta segunda definición ha sido profundizada para sostener que “la fuerza ilocucionaria de una enunciación depende, al menos en parte, de las intenciones de la persona hablante” (Dei Vecchi, 2022, p. 339, n. 5).

Ambas posiciones asumen que la fuerza es un factor indicativo del acto realizado mediante enunciaciones en circunstancias concretas. Esto es cierto pero incompleto, porque asumen una relación unívoca entre la fuerza y el enunciado, es decir, que los enunciados probatorios sólo pueden tener una determinada fuerza. Adoptar ese punto de vista es limitante al no abordar todo lo que un enunciado es capaz de provocar. Los autores no se han percatado (al menos explícitamente) que la noción de “función típica” sirve de paraguas para cobijar distintas miradas sobre los efectos institucionales de los enunciados probatorios.¹⁷

¹⁷ En el caso de los enunciados interpretativos, dependiendo de la óptica de análisis, pueden expresar ya sea una constatación (x ha sido interpretado en el sentido y), una predicción (x será interpretado en el sentido y), una propuesta (que x sea entendido en el sentido y), o una adscripción (el significado de x es y). El discurso de quien constata o prevé es característico de una investigación histórica o sociológica; y si bien son actos lingüísticos distintos, ambos pertenecen al lenguaje descriptivo susceptible de verdad o falsedad. En cambio,

Tomando una idea de cada autor, compartiré que la fuerza depende de la “enunciación concreta del [enunciado]” (Ferrer, 2001, p. 121, n. 3; 2005, p. 20) y que “la función [del enunciado probatorio] se identifica con la «fuerza típica» de sus instancias” (Dei Vecchi, 2014, pp. 240-241). Bajo estas ideas, y considerando la toma de posición sobre las razones epistémicas, el significado de los textos normativos, y la superación (o no) de la suficiencia probatoria, los enunciados probatorios cumplen, gozan, al menos, dos fuerzas que pasaré a explicar.

IV. La fuerza de los enunciados probatorios

El debate sobre la fuerza de los enunciados probatorios oscila entre perspectivas descriptivas y constitutivas.¹⁸ La elección de esta terminología obedece a selecciones que las investigaciones sobre enunciados probatorios han llevado a cabo. Sin embargo, fácilmente podrían utilizarse vocablos como afirmativo o asertivo (para hablar de fuerza descriptiva), creativa o declarativa (para hablar de fuerza constitutiva), y atributivo o asignativo (para hablar de fuerza adscriptiva). Con todo, aquella nomenclatura no impide que en el futuro puedan proponerse nuevas clasificaciones: el catálogo está abierto y propenso a ser desarrollado.

Para indagar en el debate sobre las fuerzas de los enunciados probatorios, es necesario acudir a la gran división entre enunciados del discurso descriptivo y prescriptivo (valorativos). Es una distinción que presupone la posibilidad de separar controversias fácticas

quien propone o decide atribuir una cierta interpretación usa el lenguaje con una función prescriptiva. Quien decide, particularmente, atribuye constitutivamente un significado a cierto objeto (Guastini, 1999, p. 40).

¹⁸ Recientemente, pero de forma difusa, se ha dicho que los enunciados probatorios *expresarían* “la aceptación por parte del juzgador, del argumento que considera razonable incorporar el grado de cautela epistémica moralmente apropiado para el contexto de que se trate [...], el compromiso del juzgador de hacer explícito dicho argumento si se le es requerido y [...] su exhortación al auditorio relevante a que se acepte de forma compartida dicho argumento y su disposición a ser racionalmente persuadido de lo contrario” (Aguilera, 2022, pp. 100-101).

(que pueden ser verdaderas o falsas y que pueden ser resueltas observando la realidad empírica) y controversias valóricas (que no son susceptibles de verdad o falsedad y que sólo pueden ser resueltas mediante la argumentación relativa a cuestiones axiológicas). Dicho esto, parece intuitivo pensar que, al establecer un enunciado probatorio, el juez describe la prueba de p . Ello se distingue al adoptar un punto de vista externo (como un tercero que observa la emisión del enunciado) donde sería verdadera la descripción de que el juez ha tenido por probado p y falso en caso contrario. Sin embargo, este punto de vista sólo nos dice cómo la decisión ocurre en el mundo, pero no dice nada sobre cómo la decisión lo connota a través del empleo de normas, valores e instituciones jurídicas (Ho, 2008, p. 13).

Desde el punto de vista interno también parece intuitivo inclinarse por la fuerza descriptiva. Y así tradicionalmente se ha entendido: la función de los enunciados probatorios es la de describir la presencia de elementos de juicio suficientes a favor de p . Gracias a ello, sería posible “concebir la falibilidad de las decisiones judiciales al referir al resultado de la actividad probatoria desarrollada a favor y/o en contra de la conclusión p en atención a los distintos medios específicos de prueba aportados”. De forma que se fomentaría el seguimiento del derecho al destacar el valor de la verdad (Ferrer, 2001, pp. 126-130; 2005, p. 26).¹⁹

Grosso modo, se ha sostenido que los enunciados probatorios no tienen fuerza constitutiva, porque conlleva asumir que las decisiones producen efectos jurídicos, con independencia de la verdad de sus enunciados, cuya consecuencia evidente es que no sería posible predicar verdad o falsedad de las declaraciones de hechos probados (Ferrer, 2001, p. 121-122; 2005, pp. 21-22).²⁰ No obstante,

¹⁹ Este punto ha sido criticado por Reyes (2017, p. 319), quien sostiene que dicha afirmación no permite explicar cómo la averiguación de la verdad sorte los problemas del desconocimiento del contenido del derecho y de la indeterminación jurídica.

²⁰ También se ha sostenido que no pueden tener fuerza normativa, porque, si los enunciados probatorios entran a formar parte de un razonamiento cuya conclusión es normativa, cabe advertir que ello no justifica el paso de considerar que todas las premisas de ese razo-

te, gran parte de la crítica confunde la distinción entre enunciados fácticos y probatorios, en el sentido de que pareciera que se está diciendo que el juez crea los hechos que son condición de aplicación de una norma jurídica (la misma premisa fáctica), cuya fuerza descriptiva no se discute, cuando en realidad los enunciados probatorios, al traer consigo evaluaciones epistémicas, interpretativas y axiológicas, no pueden conllevar descripciones ni pretensiones informativas.

Para emitir un enunciado probatorio, el juez constituye la suficiencia axiológica de las razones epistémicas disponibles en razón de los necesarios juicios valorativos que debe tomar. El decisor considera las circunstancias particulares (como la gravedad de los errores) para decidir si está justificado adoptar el curso de acción, de tal forma que con cada enunciado está diciendo que es valioso o deseable aceptar el hecho probado. Y a menos que se asuma que puede predicarse verdad o falsedad de los juicios de valor, es difícil concebir al enunciado probatorio con una función descriptiva. Esto exigiría, al menos, hacer un listado para develar las connotaciones valorativas de los enunciados bajo análisis. En otras palabras, los enunciados probatorios entrañan una evaluación moral resultante de la superación de los estándares de prueba, donde incluso es capaz de contener expresiones de deseo, adjetivos de valor y palabras con connotaciones laudatorias o despectivas. Razón por la cual el predicado *probado* resulta ser un concepto moral denso que expresa la unión entre las pruebas epistémicamente relevantes y la valoración moral de su suficiencia (Dei Vecchi, 2014, pp. 252-255; 2018, p. 64).²¹

La perspectiva constitutiva es parte de un fenómeno más amplio en virtud del cual el juez adscribe el predicado probado a *p*.

namiento son, a su vez, normativas (Ferrer, 2001, p. 125; 2005, p. 24). Para los efectos de este trabajo, dejaré este aspecto de lado.

²¹ El derecho está repleto de conceptos morales densos, que hablan de acciones bajo un cargado lenguaje moral. Cuando se determina que una persona es culpable por cometer el delito de homicidio, la decisión no es un mero registro de información, sino expresa un juicio de valor sobre lo probado (Ho, 2008, p. 9).

En razón de la discrecionalidad presente en las dimensiones de los enunciados probatorios, el carácter probado es atribuido por la autoridad judicial a partir de razones —clausuradas de forma decisional— alcanzadas a través de un proceso evaluativo. En este sentido, los enunciados probatorios manifiestan el ejercicio de una labor decisoria, adjudicativa, no sólo para valorar ciertos datos probatorio, sino también para seleccionar qué situaciones, amparadas por el caudal probatorio, tener por probadas. De esta forma, adscribir implica decidir contextualmente, porque que algo esté probado puede variar caso a caso.

En lo pragmático, los enunciados probatorios no sirven para dar cuenta de efectos lingüísticos descriptivos, porque no son útiles para hablar de una simple constatación de ciertos datos probatorios. Son enunciados representativos de una decisión ya sea en el ámbito de la valoración epistémica de la evidencia, en el ámbito de atribución de significado a las instituciones probatorias respectivas, o en lo referido a la suficiencia de cierto caudal para superar el estándar de prueba. Por esto, su emisión implica realizar un acto no constatativo, sino adjudicativo, donde se decide con base en distintas versiones explicativas y cuestiones interpretativas-axiológicas.

La adscripción es una operación que la autoridad judicial realiza para estipular que algo es tal o cual cosa, en este caso: que en virtud de ciertas razones *p* está probado. Es algo que también es propio de los enunciados interpretativos, en la medida que los jueces los emplean del mismo modo *aparentemente* descriptivo para afirmar que al interpretar “encuentran” o “descubren” los significados previos, cuando en realidad atribuyen y deciden un significado.²² De ahí que, por el momento, en última instancia, es cada juez quien decide finalmente *lo probado* en razón de su irreductible discrecionalidad para emplear razones evaluativas empleadas y adquirir compromisos por emitir un enunciado. Así, por razones pragmáticas, los enunciados probatorios no pueden ser verdaderos

²² Los enunciados interpretativos no son verdaderos ni falsos; no porque su criterio de verdad sea desconocido o controvertido, sino por razones pragmáticas. No son *truth-apt*. (Guastini, 2023, pp. 72-73).

ni falsos; sirven para que continúe el curso institucional, y para establecer la premisa fáctica que sí puede ser susceptible de verdad o falsedad.

La corrección de los enunciados probatorios viene dada por la toma de posición en cuestiones valóricas, lo que supone una ideología sobre la suficiencia de un tipo o tipos de evidencias individual o conjuntamente analizadas. En este sentido, resulta claro que un único criterio universalizable —hoy en día— no parece aceptable, en la medida que toda evaluación está anclada en un sistema de valores y teorías que tienden a ser diversas y dependientes de la persona del juez, quien está insertado en un ambiente social. En caso contrario, tendríamos que volver al sistema de la prueba tasada, donde la restricción valorativa ya venía ajustada de antemano.

Conforme a lo anterior, la adscripción no sólo supone imputar ciertos hechos o conductas, sino determinar que cierto caudal probatorio permite realizar acciones jurídicamente relevantes, como usar p en la premisa fáctica de la decisión judicial, aplicar una norma con base en ella, imponer una pena e impedir nuevas problematizaciones. Así, dado que el juez está decidiendo que, en virtud de ciertas razones, se prueba o no un evento, hacer eso no es describir, sino tomar una decisión que no está separada de las evaluaciones realizadas.

El acto de adscribir el predicado probado a p puede ser criticado por no ceñirse a razones (epistémicas o prácticas) que debieron ser consideradas. Por ello, el acto puede ser una decisión correcta o incorrecta, un buen o mal juicio, que incluso puede ser confirmado o anulado por un órgano superior; pero no podemos decir que es verdadero o falso. Y en tal sentido, cuando es anulada la decisión probatoria, no se dice que el juez tiene que describir nuevamente la prueba de un evento, sino decidir sobre ella con base en operaciones evaluativas. Decisión que, por cierto, trae información consigo, porque está referida a aspectos que permiten justificar un curso de acción. Pero, como se trata de un acto adjudicativo, no puede ser necesariamente verdadera o falsa (Hart, 1949, pp. 184, 193).

Sin perjuicio de que puedan existir desacuerdos, la adscripción es una acción que destaca la funcionalidad del predicado para cerrar discusiones y cambiar el estatus institucional de ciertos individuos. Y si bien la labor adjudicativa para emitir un enunciado probatorio es una operación decisoria que determina lo probado, no significa que estemos siempre frente a decisiones irracionales. Para evitar aquel destino, el deber de fundamentación se torna imprescindible, en la medida que dictaminar la prueba de un evento presupone que se entreguen razones que justifiquen tal acción.

V. Conclusión

La noción de fuerza no ha sido importada en su integridad a la teoría probatoria. En estas páginas he buscado depurar aquella noción para favorecer la discusión sobre una característica definitoria de los enunciados probatorios, y así poder analizar, con mayor claridad, qué hace el juez cuando enuncia “está probado que p ”. En este sentido, propuse bases iniciales para entender que la fuerza es un efecto provocado por un emisor dotado de autoridad, y que ciertos enunciados (como los probatorios) tienen la peculiaridad de contener fuerzas ilocucionarias conjuntas. Razón por la cual me adherí a la posibilidad de que gocen de fuerza adscriptiva y constitutiva, delineando sus contornos.

Lo dicho no impide que los enunciados probatorios proporcionen conocimiento sobre lo probado en una comunidad: un tercero puede perfectamente describir lo probado y reproducir el conocimiento que aquello significa. Por cierto, no se trata de un conocimiento absoluto que permita decir que lo probado es lo mismo que los hechos pasados, sino de un conocimiento vinculado a una forma socialmente aceptada de construcción de conocimiento a través del proceso judicial. Por ello, existen buenas razones para analizar los efectos perlocutivos de los enunciados probatorios y sostener, en una futura investigación, que tales enunciados refle-

jan lo que quiere ser recordado al establecer fragmentos discursivos oficiales sobre un estado de cosas.

VI. Referencias

- Accatino, D. (2016). Prueba, verdad y justicia de transición: El caso de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin (Corte Suprema). *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29(1), 337-361. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502016000100016>
- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus; Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (39). <http://journals.openedition.org/revus/5559>
<https://doi.org/10.4000/revus.5559>
- Aguilera García, E. R. (2022). Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (3), 81-102. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i3.22733
- Arena, F. J. (2013). Una alternativa para el escepticismo interpretativo: convenciones y cuasirrealismo en la interpretación jurídica. *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), 417-438. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.1>
- Austin, J. (1962). *Cómo hacer cosas con palabras*. Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. https://revistaliterariakatharsis.org/Como_hacer_cosas_con_palabras.pdf
- Caballero, P. (2019). Las decisiones judiciales: justificación y racionalidad. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (13), 67-98. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2019.13.13716>
- Carbonell, F. (2017). Elementos para un modelo de decisión judicial correcta. *Revista de Estudios de la Justicia*, (27), 1-35. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2017.47956>
- Carbonell, F. (2018). Sana crítica y razonamiento judicial. En J. Benfeld, y J. Larroucau (Eds.), *La sana crítica bajo sospecha* (pp. 35-47). Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

- Coloma, R. (2009). Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 22(2), 205-229. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000200011>
- Coloma, R. (2020). ¿Por qué (a veces) las teorías de la prueba nos parecen inútiles? *Política Criminal*, 15(30), 614-638. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992020000200614>
- Coloma, R., Agüero, C. y Lira, R. (2021). Tecnología para decidir hechos en procesos judiciales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), 111-143. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.56816>
- Dei Vecchi, D. (2014). Acerca de la fuerza de los enunciados probatorios: El salto constitutivo. *Doxa; Cuadernos de filosofía del derecho*, 37, 237-261. <https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.13>
- Dei Vecchi, D. (2016). La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. En J. Ferrer, y C. Vázquez (Eds.), *Debatiendo con Taruffo* (pp. 273-295). Marcial Pons.
- Dei Vecchi, D. (2018). *Problemas probatorios perennes*. Fontamara.
- Dei Vecchi, D. (2022). Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (45), 337-373. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.12>
- Dunn, P. (2003). How judges overrule: speech act theory and the doctrine of stare decisis. *The Yale Law Journal*, 113(2), 493-531. <https://doi.org/10.2307/3657527>
- Ferrer, J. (2001). "Está probado que p". en L. Triolo (Ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (pp. 73-96). G. Giappichelli.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Frege, G. (1956). The thought: A logical inquiry. *Mind*, (65), 289-311.
- Gama, R. (2022). En búsqueda de El Dorado. *Revus*, (43). <https://doi.org/10.4000/revus.6773>
- González Lagier, D. (2001). *Las paradojas de la acción*. Publicaciones de la Universidad de Alicante.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo*. Gedisa.

- Guastini, R. (2012). El escepticismo ante las reglas replanteado. *Discusiones*, (11), 27-57.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2012.2537>
- Guastini, R. (2023). Respuesta a Marcela Chahuán. En S. Agüero-San Juan, y G. Battista Ratti (Eds.), *La escuela genovesa en Chile* (pp. 69-74). Tirant lo Blanch.
- Harnish, R. (2009). Internalism and externalism in speech act theory. *Lodz Papers in Pragmatics*, 5(1), 9-31. <https://doi.org/10.2478/v10016-009-0001-2>
- Hart, H. L. A. (1949). The ascription of responsibility and rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, (49), 171-194.
- Ho, H. L. (2006). What does a verdict do? A speech act analysis of giving a verdict. *International Commentary on Evidence*, 4(2). <https://doi.org/10.2202/1554-4567.1042>
- Ho, H. L. (2008). *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford University Press.
- Huerta, C. (2017). Interpretación y argumentación en el derecho. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (11), 379-415. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2017.11.11078>
- Millikan, R. (1998). Language conventions made simple. *The Journal of Philosophy*, 95(4), 161-180. <https://doi.org/10.2307/2564683>
- Reyes, S. (2017). Sobre derecho y la averiguación de la verdad. *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (40), 317-336. <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.13>
- Ross, A. (1974). Auge y decadencia de las expresiones realizativas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 7(21), 169-188. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1974.21.1102>
- Sbisà, M. (1984). On illocutionary types. *Journal of Pragmatics*, (8), 93-112. [https://doi.org/10.1016/0378-2166\(84\)90066-3](https://doi.org/10.1016/0378-2166(84)90066-3)
- Sbisà, M. (1995). Speech act theory. En J. Verschueren, J. Östman, y J. Blommaert (Eds.), *Handbook of Pragmatics* (pp. 495-506). John Benjamins.

- Sbisà, M. (2001). Illocutionary force and degrees of strength in language use. *Journal of Pragmatics*, 33(12), 1791-1814. [https://doi.org/10.1016/S0378-2166\(00\)00060-6](https://doi.org/10.1016/S0378-2166(00)00060-6)
- Sbisà, M. (2007). How to read Austin. *Pragmatics*, (17), 461-473. <https://doi.org/10.1075/prag.17.3.06sbi>
- Sbisà, M. (2009). Uptake and Conventionality in Illocution. *Lodz Papers in Pragmatics*, 5(1), 33-52. <https://doi.org/10.2478/v10016-009-0003-0>
- Sbisà, M. (2013). Locution, illocution, perlocution. En M. Sbisà, y K. Turner (Eds.), *Pragmatics of speech actions* (pp. 25-75). De Gruyter Mouton.
- Searle, J. (1969). *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge University Press.
- Searle, J. (1976). Una taxonomía de los actos ilocucionarios. *Teorema. Revista Internacional de Filosofía*, 6(1), 43-78.
- Tarello, G. (1967). Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 44(3), 419-435.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Marcial Pons.
- Wróblewski, J. (1989). *Sentido y hecho en el derecho*. San Sebastián.

Cómo citar

IJ-UNAM

Lira Rodríguez, Renato, "Dimensiones y fuerzas de los enunciados probatorios", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e18724. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.18724>

APA

Lira Rodríguez, R. (2025). Dimensiones y fuerzas de los enunciados probatorios. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e18724. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.18724>

Perspectiva ontológica sobre los animales como seres sintientes en Colombia

Ontological perspective on animals as sentient beings in Colombia

Wilkar Simón Mendoza Chacón

 <https://orcid.org/0000-0002-1901-5160>

Universidad Simón Bolívar. Colombia
Correo electrónico: wilkar_001@hotmail.com

Recepción: 18 de noviembre de 2023

Aceptación: 22 de agosto de 2024

Publicación: 27 de septiembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.18534>

Resumen: El presente trabajo aborda la noción de *seres sintientes*, integrada al sistema jurídico por la Corte Constitucional sin un sustento filosófico o epistémico claro. El objetivo general fue analizar el panorama ontológico del *ser sintiente* como categorización especial para los animales dentro del régimen jurídico de las cosas en Colombia, el cual fue desarrollado mediante una metodología cualitativa con énfasis hermenéutico. Se comprende que la noción de *ser*, desde sus distintas acepciones, no es un debate netamente teórico, ya que la precisa consolidación de este concepto determina un rumbo para el pensar jurídico, decisivo en el camino a reconocer la calidad de sujetos de derechos a los animales no humanos, dada su capacidad de sintiencia, pues su protección actualmente está condicionada a la moral humana, además, deriva de considerar a los animales parte del ambiente y no individuos cuasi racionales independientes, impidiendo profundizar en posibilidades normativas de protección a éstos. Del análisis, se concluye que el reconocimiento como seres sintientes es un primer paso en las garantías a favor de los animales; el siguiente sería transitar del Estado social de derecho a un Estado socioambiental de derecho, donde se reconozca al ambiente como eje central para definir los parámetros del bienestar humano y animal, teniendo en cuenta una igualdad entre especies, aunada a la responsabilidad de cuidado que conlleva la racionalidad humana.

Palabras clave: animales; derecho animal; ontología jurídica; seres sintientes; sujetos de derechos.

Abstract: This paper approaches the notion of sentient beings integrated into the legal system by the Constitutional Court without a clear philosophical or epistemic support. The general objective was: To analyze the ontological panorama of sentient being as a special categorization for animals within the legal regime of things in Colombia, which was developed through a qualitative methodology with hermeneutic emphasis. It is understood that the notion of being, from its different meanings, is not only a theoretical debate since the consolidation of this concept determines a course for legal thinking, which is decisive on recognizing the quality of subjects of rights for non-human animals, given their sentience capacity, since their protection is currently conditioned by human morality, in addition, it derives from considering animals part of the environment and not independent quasi-rational individuals, blocking further regulatory possibilities for their protection. From the analysis, it is concluded that the recognition as sentient beings is a first step in the guarantees for animals, the next one would be passing from the social rule of law to a socioenvironmental rule of law where the environment is recognized as the central axis to define the parameters of human and animal welfare, considering the equality between species and the responsibility of care that human rationality entails.

Keywords: animals, animal law, legal ontology, sentient beings, subjects of rights.

Sumario: I. *Introducción.* II. *Nociones generales sobre la ontología enfocada a la esfera jurídica.* III. *El ser como problema filosófico tocante al derecho.* IV. *La ontología de las cosas en la filosofía general y del derecho.* V. *La disrupción ontológica del ser sintiente en Colombia y sus implicaciones en los derechos animales.* VI. *Los animales como seres sintientes frente a otros sujetos de derechos en Colombia.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Referencias.*

Cada animal tiene su propia vida biográfica, la cual le pertenece en tanto vive desde su propia subjetividad.

Villegas Aleksov, 2021, p. 162

I. Introducción

A lo largo de los años, las diferentes posiciones ideológicas han originado formas de percibir el mundo en que la ontología, entendida

como la ciencia que estudia el ser, ha servido de guía para la generación de consensos (Posada-Ramírez, 2014). Durante el recorrido histórico del derecho, los animales no humanos han sido concebidos como cosas, siendo denominados *cosas semovientes* o *res semovientes* desde el derecho romano, cuya influencia en el derecho civil latinoamericano es eminente. Aún más en Colombia, donde aún se conserva un Código Civil de 1873, ampliamente inspirado en normas de la compilación de Justiniano (Medellín, 2014).

El progreso del derecho en esta materia se retoma del desarrollo axiológico de las diferentes formas de Estado que se han dado a través de la historia humana, tales como: Estado de bienestar, Estado de derecho, Estado social de derecho y la propuesta de un Estado socioambiental de derecho, al incorporar el ecocentrismo como un valor determinante en la evolución dogmática del constitucionalismo actual, que reconoce la relevancia intrínseca de la naturaleza (Aranda Ortega, 2013). En cada uno de estos modelos, el *ser del derecho* y el *ser en el derecho* presentan diversas perspectivas del ser humano, el animal y la cosa, que configuraron las dinámicas sociales, políticas y culturales en función de la protección de derechos mediante la aplicabilidad de acciones jurídicas, al valorar a entes de la realidad como nuevos sujetos de derechos, donde cabe destacar a los animales no humanos, cuya concepción frente a la del ser humano, en tanto integrantes de una misma naturaleza, ha dado origen a todo un movimiento de proteccionismo animal (Marchena Domínguez, 2011; García Lozano, 2021).

Actualmente, existe una transición paradigmática que la Corte Constitucional planteó al introducir el término *seres sintientes* para categorizar, de algún modo, a los animales como una clase de cosas que requiere un trato diferencial y les comporta acceder a derechos, tornándolos en existencias distintas pero no distintas al interior del género de los bienes en el derecho civil, pudieran ser metabienes o suprabienes,¹ aunque no existe una aclaración on-

¹ La propuesta de esta clasificación responde al problema ontológico que se genera cuando los animales no humanos siguen siendo vistos como objetos susceptibles de propiedad que, de algún modo, merecen una protección o importancia especial de la que otros

tológica específica al respecto, si bien se ha procurado desarrollar la conceptualización del término y su alcance en el sistema jurídico colombiano, desde la sentencia C-666 de 2010, donde se origina tal categorización, y posteriores decisiones jurisprudenciales, proceso dialéctico que da inicio a una descosificación del *ser animal* en el derecho colombiano.

La nueva noción rectora respecto a los animales ha significado un innegable progreso en términos de protección a la naturaleza, por cuanto da lugar al reconocimiento de ciertos derechos a razón de la *sintiencia*, definida como “capacidad de poseer experiencias positivas y/o negativas, es decir, es la condición de posibilidad de cualquier experiencia subjetiva” (Torres Aldave, 2022, p. 12), lo cual supone la existencia de un sistema nervioso central que habilita al individuo para identificar sensaciones básicas como el placer, el miedo o el dolor, dejando canal abierto al debate moral sobre la prevalencia o equivalencia de unas especies frente a otras. Desde la óptica jurídica, la *sintiencia* lleva a reflexionar sobre si aplicar —o no— el precepto *alterum non laedere* o principio de no causar daño a otros, uno de los componentes madre para el derecho y la justicia, pensado así en la Roma clásica,² lo cual brinda una justificación axiológica a la protección animal (Rincón Angarita, 2018).

La característica especial de *sintiencia*, entonces, colige una clara diferencia entre los animales y las simples cosas, que es todavía más evidente en la Ley 1774 de 2016, donde se replanteó la visión jurídica hacia los animales, catalogándoles como algo que dista de la categoría de las cosas, pero no les exime de ser cobijados por su régimen legal, haciendo que ambas clasificaciones, en apa-

bienes no gozan, en razón a las características particulares que los componen. Por ende, *metabienes* (más allá de los bienes) o *suprabienes* (por encima de los bienes) serían posibles denominaciones para los animales, debido a la posición privilegiada que ostentan en comparación con las demás cosas dentro del derecho, cuestión que Kurki (2024) observó al abordar la dicotomía o bifurcación que atañe al marco persona-cosa.

² Los tres ejes que fundan el derecho y la justicia, enunciados en la época del Imperio Romano por Ulpiano, son: vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada quien lo suyo (Rincón Angarita, 2018). Estas máximas han sido citadas por los juristas desde tiempos remotos, por lo que muchos las consideran parte de los principios generales del derecho.

riencia, sean compatibles (Ceballos Rosero, 2020), pues el primer artículo de esta norma establece textualmente que los animales no son cosas, pero no se crea en lo demás un régimen especial sino se modifica mínimamente el artículo 655 del Código Civil.

Así, surgen diversas dudas sobre el alcance de los derechos de los animales, por lo que Muñoz López (2020) contempla la posibilidad de extenderles reconocimientos subjetivos como: víctima del conflicto armado, migrante, refugiado, miembro de la familia, sujeto de adopción, beneficiario de alimentos, sujeto de custodia, víctima de violencia intrafamiliar, heredero, titular de propiedad intelectual, entre otros, contemplaciones que se están haciendo reales, como es observable en un fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde se reconoció a una canina de compañía parte de una familia multiespecie (Ámbito Jurídico, 2023). Ahora bien, el ser humano se presenta como amo y señor de las existencias no humanas, de manera que compone un concepto antitético al de las cosas en el derecho clásico (Medellín, 2014; Kurki, 2015). Esto se traduce en que la relación humano-animal debe ser interpretada de forma distinta, dentro y fuera del derecho, pues cambiar definiciones generales implica distintas formas de asumir problemas prácticos que las involucren (Bonorino y Peña Ayazo, 2008).

Partiendo de este problema iusfilosófico, se formuló la pregunta de investigación: ¿cuál es el panorama ontológico del ser *sintiente* como categorización especial para los animales dentro del régimen jurídico de las cosas en Colombia? La importancia de este análisis radica en la necesidad de dilucidar una idea sobre qué es en realidad el *ser sintiente* y cuál es su origen ontológico; ello se reafirma al considerar que una imprecisión al interior del andamiaje normativo constituye una *laguna del derecho*, según Ramos Pascua (2017), esto es, un vacío que en el ejercicio interpretativo puede ser solventado por fuentes auxiliares del derecho como la doctrina, en aplicación del artículo 230 de la Constitución política de 1991. Por ende, trabajar en la construcción doctrinaria de respuestas a este problema ontológico es sinónimo de contribuir con el progreso de los principios y valores que permean al Estado social de derecho vi-

gente en Colombia, sentando bases para la solución de problemas jurídicos que sobrevienen durante la evolución del mundo contemporáneo.

Esta investigación se desarrolló bajo el modelo dialéctico del conocimiento, por cuanto supone dar importancia a las realidades que rodean al ser humano, más allá de lo comprobable por el método científico tradicional. Por ello, el enfoque de investigación en este estudio es cualitativo, aterrizado en el método hermenéutico, a partir del cual es posible para el investigador interactuar con las fuentes de información —en este caso textos— que registran una realidad compuesta por diversos fenómenos producto de la relación entre el ser humano y el mundo, utilizando pautas lógicas, éticas, teóricas, jurídicas y filosóficas para lograr una inmersión profunda de la cual se pueda extraer conocimiento particular (Martínez Miguélez, 2010).

El procedimiento para rastrear y examinar información fue el análisis documental, a partir del cual se sistematizaron diversas percepciones teóricas sobre el ser en tanto preocupación general del saber ontológico, las cosas y los seres sintientes, con enfoque en sus implicaciones axiológicas y estructurales, sobre los parámetros hermenéuticos descritos por el mismo Martínez Miguélez (2010), lo cual permitió luego triangular los datos cualitativos para definir la interrelación conceptual entre esas tres categorías. Con todo ello, se realizó una reflexión final sobre cómo la perspectiva ontológica influye en el tratamiento social y jurídico de los animales, la cual reitera la importancia de los aportes doctrinarios a la aplicación del cuerpo normativo, en el marco de la coyuntura socioambiental circunscrita en Colombia.

II. Nociones generales sobre la ontología enfocada a la esfera jurídica

La importancia de la ontología para el progreso de la ciencia en general es clara, pues no hay forma de estudiar los fenómenos

bióticos, sociales e incluso imaginarios sin un consenso claro sobre qué son. Existen acuerdos implícitos a los cuales se llega sólo a partir de la reflexión y diálogo permanente de múltiples agentes del conocimiento. Por ende, la ontología no es otra cosa que “aquel pensamiento que trata de captar el ser real refiriéndolo centralmente a la situación del ser humano pleno, considerado en sus máximas posibilidades y en sus límites irrebasables” (Sánchez de la Torre, 1969, p. 83). En otros términos, se trata de una disciplina que considera las preocupaciones del ser humano, dentro de los límites de lo cognoscible y no cognoscible para este, ocupándose en buscar un supuesto fundamental sobre el ser de cada individualidad concreta o abstracta, haciendo posible la continuidad del ejercicio filosófico y científico.

Así las cosas, es posible identificar tres sendas históricas de la ontología jurídica, enfocadas en: la estructura formal del derecho, la realidad confrontable con el cuerpo normativo y los fines del contenido legal; en cada una de ellas hay lugar a contemplar el ser *del derecho* y emitir distintos razonamientos (Sánchez de la Torre, 1969). No obstante, los problemas del siglo XXI suscitan nuevas preocupaciones para el saber ontológico, teniendo en cuenta que ello conduce a metamorfosis paradigmáticas en lo social, político y científico, que no pueden ser desconocidas por la esfera jurídica, tal es el caso de los nuevos conceptos que espontáneamente deben incorporarse al derecho, mediante normas constitutivas³ y regulaciones posteriores, cuyos vacíos, por reproducción incierta del lenguaje, materializan problemas tanto para los destinatarios como para los juristas (Arriagada, 2022).

Por ello, Fernández Blanco (2019) resalta el papel de lo social en la concepción ontológica del derecho, pues cabe recordar que los fenómenos del entorno terminan siendo abordados por las estructuras normativas, bajo la necesidad de formalizar, o bien, con-

³ Entiéndase por normas constitutivas a aquellas que crean nuevas entidades o instituciones al interior del derecho, lo cual supone formas de interpretación distintas desde las cuales puede aplicarse la norma; mientras que son regulativas aquellas que simplemente cumplen la función natural de regular asuntos ya existentes en el derecho (Arriagada, 2022).

dicionar la concepción colectiva hacia ciertos comportamientos culturalmente normalizados. En otras palabras, el derecho, enunciado como normas formales, se enfoca en verificar la afectación positiva o negativa (en términos de armonía sistémica) de las normas sociales o informales, para luego oficializar su contenido o transformarlo mediante la coacción legal. Es allí donde una determinación ontológica precisa es crucial, porque el sistema cultural que precede a las normas informales debe ser estudiado y comparado con el sistema jurídico, compuesto por valores, principios y reglas, de modo que estos sean compatibles entre sí y a su vez permitan la fluidez de lo social-cultural-ambiental (Zagrebelsky, 2011; Aguiló Regla, 2019).

Así, la introducción de un nuevo concepto al mundo jurídico está precedida por múltiples factores que conducen a cambios dentro de la estructura normativa, como es el caso de los animales no humanos, que han generado discusión interdisciplinar, a raíz de la concepción cultural que sobre estos viene variando (Acero Aguilar y Montenegro Martínez, 2019). El problema ontológico jurídico de los animales requiere de un análisis amplio, más allá del derecho puro, partiendo de que el ser inscrito en el cuerpo legal no emergió de otra parte más que el análisis integrativo, aunque superficial, sobre los paradigmas científicos y socioambientales vigentes. Este análisis aborda las implicaciones jurídicas de oficializar una precisión ontológica mediante una norma formal, ejercicio que supone abordar preliminarmente la noción del ser, como eje central para la ontología, haciendo énfasis en la óptica iusfilosófica.

III. El ser como problema filosófico tocante al derecho

Un pionero de la reflexión ontológica fue Aristocles, históricamente conocido con el distintivo de Platón. Este influyente griego planteaba que la esencia conceptual que permite identificar a cada existencia y diferenciarla de otras, se denominaba *idea*, la cual es eterna, inmutable y sirve de principio al *ser*, cuyo complemento son las características perceptibles para los sentidos humanos, siendo es-

tas una reproducción imperfecta de la esencia ideal, pero un componente necesario de la individualidad (Ross, 1993). Del mismo modo, Tomás de Aquino expresaba que el ser comprende una serie de factores materiales y funcionales que determinan a una existencia o ente (Torralba Roselló, 1993). También Sartre (1993) entendió al ser como las propiedades conceptuales y físicas de cada individuo, las cuales lo hacen identificarse bajo una noción específica, donde se incluyen los componentes perceptibles y no perceptibles del ser, de los que surge el fenómeno, aquello del ser con que se logra interactuar mediante los sentidos.

Heidegger (2005), bajo sus propias precisiones, apoya esta idea del ser como punto preliminar o bosquejo de la existencia material. La tesis heideggeriana divide entre seres y entes, definiendo como ser a aquella esencia conceptual determinante de una identidad concreta, la cual es referencia para definir a todo lo que habita singularmente en el plano material o fenoménico, cuya denominación es la de ente. En este sentido, un mismo ser puede circunscribir a muchos entes, pero cada uno sólo será una proyección de su verdadero significado. Adicionalmente, este filósofo añade que, al descubrirse en sí e interactuar subjetivamente con los demás seres, nace un ser dotado consciente que puede explorar el mundo, describiendo acciones no espontáneas traducibles en voluntad, al cual denomina *Dasein*, un ser con autodeterminación y autenticidad. De acuerdo con esto, el fundamento de la humanidad estaría en la conciencia aunada a la voluntad.

Por otro lado, en la visión aristotélica, el ser es una composición de esencia y materia, bajo el entendido de que la primera es la función o destino de cada ente singular, mientras la otra es su manifestación física en el espacio-tiempo. Estas dos siempre obedecen a un principio de movimiento, el cual radica en la probabilidad permanente de que un ser transforme su funcionalidad o su forma tangible, de tal manera que el tercer elemento constitutivo del ser es la movilidad. Como último ingrediente, Aristóteles (1994) planteó, como razón primera de toda existencia en cuanto a su esfera funcional, al bien; esto es, el beneficio o utilidad que cada ser está

destinado a generar a través de su función. El filósofo estagirita enunció varias formas del *ser*: la convergencia de características fundamentales que constituyen conceptualmente a una existencia o *ser en sí*, las cualidades individuales de esta o *ser accidental*, toda descripción que le sea impropia o *no ser*, la noción momentánea que dicha existencia representa o *ser en acto* y las múltiples mutaciones que podría tener o *ser en potencia*.

Otros autores desarrollan ese enfoque integral del *ser*, equiparándolo con las individualidades en sí que integran el plano cognoscible, por lo que condicionan la concepción de aquel a los límites del conocimiento humano, incluso, llegando a tornar al *ser* en un atributo exclusivo de la humanidad. La ontología antropocéntrica radical⁴ se observa en Sánchez de la Torre (1969), al explicar al *ser real* como todo el conjunto constitutivo del *ser humano*, desde lo físico y lo racional. De igual manera en Bunge (1976), quien solo apela al término *ser* mientras esté refiriéndose al individuo humano; es decir, interpreta como *ser* nada más al individuo vivo que está dotado de capacidad racional para interactuar con el mundo de manera compleja, pues se refiere a todo lo demás como *objetos*. Esto significa que, para los exponentes de esta senda, sólo los humanos cuentan con una esencia auténtica derivada de la razón.

En cambio, desde la perspectiva de Kelsen (2009), los seres son todas las singularidades que se hallan en el universo; pero concuerda con llamar *racional* sólo al *ser humano*, lo cual denota una decantación más flexible de la misma ontología antropocéntrica. Por otra parte, Atienza (2005) manifiesta que el *ser* es todo lo que puede ser identificado de dos maneras: mediante una definición construida por la humanidad (*identidad completa*), o a través de una comparación sujeta al concepto de justicia (*identidad*

⁴ En el presente trabajo se considera plausible llamar *antropocentrismo ontológico* al conjunto de teorías que liga la definición del *ser* a los atributos del *ser humano*, considerándolo un ente superior. Entiéndase por *ontología antropocéntrica radical* a aquella que privatiza al *ser* como una noción que sólo define al humano. Por otro lado, se habla de *ontología antropocéntrica flexible* cuando enmarca el concepto del *ser*, a partir de lo cognoscible para la razón y los medios humanos, puesto que se limita la aceptación de lo que existe a las capacidades exploratorias de la humanidad, apartándose de la imaginación.

parcial). Hasta aquí se observa que los animales, hasta cierto punto, pueden configurar una acepción del ser. Sin embargo, sigue habiendo una sutil distinción entre los seres racionales y lo demás (o bien, las cosas), lo cual apunta a clasificar a los animales en ese género subsidiario del ser en tanto no racionales y no humanos.

Como se puede apreciar, el ser adquiere varias connotaciones, pero es válido concluir que escasean las contradicciones ontológicas frente a la posibilidad de considerar a los animales como seres. De hecho, las acepciones expuestas en su mayoría admiten cobijar al animal dentro del rango del ser, sin emitir una precisión ontológica hacia ellos; por lo cual se presume en principio que son cosas, o, al menos, que no son racionales y, por ende, no pertenecen a la especie humana. Tampoco se declara inadmisibile la existencia de puntos intermedios entre la razón y la mera existencia, lo cual permitiría hablar de *seres cuasi racionales* o de un *cuasi ser* asignable a los animales no humanos, si se logra demostrar en ellos características que, en apariencia, sólo son propias al ser humano, tales como la conciencia y la voluntad, que en el animal pueden ser más básicas, pero no inexistentes.⁵ Ello, sin la necesidad de incurrir en comparaciones despectivas como sucede en el llamado argumento de los casos marginales, donde se defienden los derechos animales desde la observación de instintos básicos que se equiparan a la subjetividad de ciertos individuos humanos, como los bebés o las personas con discapacidad, siendo esta una teoría fallida según Pineda Repizo (2017). Además, denota un claro menosprecio, al sugerir la inferioridad de unas personas frente a otras; a su vez, implica definir la individualidad animal tomando como referencia al ser humano, aspecto incompatible con la postura sustentada en este trabajo.

⁵ Con esto, no se pretende equiparar a los animales en los niveles de racionalidad humanos, sino reconocer sus capacidades para experimentar sensación de peligro, necesidad de supervivencia, emoción, miedo, dolor, ira, alegría, tristeza, placer, euforia e incluso cuestiones más profundas como amor o rencor, que muchas veces son observables en ellos incluso de forma más marcada que en algunos seres humanos, traduciéndose en un nivel de inteligencia menos avanzado, pero que debe ser reconocido.

IV. La ontología de las cosas en la filosofía general y del derecho

Considerando que el ser comprende diferentes formas y aspectos de la existencia. Es válido abordar la cosa partiendo de que esta es un ser que se caracteriza por habitar el universo y someterse a sus reglas naturales, es decir, todo lo que posea materia o esté conformado por átomos ha de ser una cosa, teniendo como única excepción al ser humano, quien cuenta con el especial atributo de la razón. Esta definición básica es compartida por distintos autores, como Ortega y Gasset (s.f., en Ruiz Fernández, 2012), Pessoa (s. f., en Rivera Muriel, 2013) y Heidegger (2005). Sin embargo, al adentrarse más en el concepto, es posible notar que no siempre el término *cosa* alude a un cuerpo que es y está en el espacio y tiempo. De acuerdo con Heidegger (2005), las cosas, en tanto *entes*, son naturalmente cognoscibles, es decir, se manifiestan de alguna manera, permitiendo al ser humano percatarse de ellas para reputarse existentes, incluso si no han sido descubiertas aún.

Por otro lado, Bunge (1976; 2011; 2012) prefiere hacer uso genérico del término *objetos*, para nombrar tanto a aquello corpóreo como espiritual o racional, y sólo llamar *cosas* u *objetos físicos* a aquellos que poseen materia. Además, allí aclara que las sensaciones humanas y cuestiones similares, al provenir de una reacción neurológica sin forma material, también están sometidas a las variables del espacio y tiempo; además de ser producidas por una entidad física como es el cerebro; por lo cual son también cosas, distinto a los números, percepciones, fenómenos, valores y demás edificaciones racionales que determina como *constructos* u *objetos conceptuales*; por cuanto han surgido, exclusivamente, del ejercicio mental de la humanidad.

Cabe resaltar la confluyente claridad que denotan los eruditos mencionados, en cuanto al hecho de que sea probable interactuar con las cosas (físicas o etéreas), pero no definirlas según el contacto individual con ellas; pues, lo que humanamente se puede percibir es sólo una imagen, algo superficial y lejano de su ver-

dadero concepto o esencia, como explica Heidegger (2005), añadiendo que existe una distancia entre la racionalidad y el mundo en sí. Por ende, interpreta el grado de conocimiento humano hacia una cosa como cercanía. No obstante, esa *sensación de cosa*, así catalogada en Pessoa (s. f., en Rivera Muriel, 2013), conduce a la objetividad, pues compartir ciertos puntos al entrelazar la pluralidad sensitiva, hace posible vislumbrar características fundamentales de la cosa en sí, es decir, se devela parte de su *esencia*, sin haber certidumbre de cuándo ha sido completamente descubierta.

Asimismo, se encuentran derivaciones teóricas, a saber: *cosa universal*, entendida como la identidad fundamental de cada individuo; *cosa individual*, que consiste en la noción específica que cada singular racional ostenta sobre las existencias con que interactúa; *cosa necesaria*, la cual es el conjunto de elementos básicos para que algo se constituya en la identidad que le es respectiva, y la *cosa contingente*, que respecto a las cualidades adicionales que le hacen particular frente a sus pares, también existe el concepto de *cosa justa*, como aquello merecido por una persona en virtud de la justicia (Ruiz Rodríguez, 2009). Además, se plantea que todo lo carente de *personalidad jurídica* es cosa, lo cual reitera la tesis de identificar como tales a aquellas entidades existentes no humanas (Montoro Rueda, 2010). Por tanto, la ontología jurídica tradicional categoriza o tiende a categorizar a los animales como cosas, pues no poseen personalidad jurídica; asimismo, parece que su espectro cuasi racional es minimizado al punto tal de considerarse inexistente, pues no hay distinción alguna entre estos y las cosas en general.

En este sentido, sostener que los animales son cosas porque no son humanos constituye una bifurcación en la ontología jurídica, desde la cual no hay más categoría que la de cosa para cualquier ente que no encaje en el concepto de humano, por cuanto se asume que la personalidad jurídica, o bien la calidad de persona, es la vía unívoca para reconocer los derechos de especies animales no humanas (Kurki, 2015; 2019; 2024). Sin embargo, la tesis de esta investigación dista de ello, considerando que la persona en el dere-

cho es una distinción acuñada y pensada en función del ser humano. Por lo tanto, extender la personalidad jurídica a otras especies implica refutar toda una historia dogmática que hoy día permea múltiples legislaciones. Así las cosas, la opción más viable, desde esta investigación, reside en establecer una nueva categoría que permita avanzar en el proteccionismo animal, sin comprometer todo el desarrollo dialéctico que rodea a la persona en el derecho, por cuanto ello comportaría lidiar con siglos de teoría, cuando también es posible incorporar un concepto nuevo, encajable.

Si todo esto se contrasta con el régimen de las cosas en el derecho colombiano, se observa que, en efecto, la legislación civil toma por *bienes* o *cosas* a todo lo que existe, tanto en el plano material como imaginario; pero no es humano, clasificándolas en *corporales*, y a su vez, en *muebles* o *inmuebles* e *incorporales*, las cuales hacen referencia, principalmente, a *derechos*, tal y como está expresado en el artículo 653 del Código Civil. En este sentido, es justificable que los animales estén situados allí, debido a la concurrencia de dos factores: inicialmente, la longevidad del Código Civil colombiano, de 1873, que fue diseñado en una época donde las preocupaciones por los ecosistemas y las distintas formas de vida que los integran no llamaban la atención (que, hoy en día sí). Aunado a ello, las teorías ontológicas tradicionales —en especial las de naturaleza antropocéntrica— sobre las cuales se redactó el Código, que son notorias al observar los artículos 655 (especialmente), 658, 659, 686, 687, 690, 693, 694, 695, 696, 697 y 698,⁶ donde se insinúa que los animales, como cosas, naturalmente existen para prestar un servicio o utilidad a la especie humana y además son susceptibles de apropiación.

⁶ El artículo 655 del Código Civil cobra especial interés para este trabajo, puesto que establece la definición de los bienes o cosas muebles, así: “son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que solo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”. Los demás artículos citados hacen referencia a cuestiones de subclasificación en el régimen de las cosas y de apropiación de los animales por medios como la caza o la migración de estos a un terreno privado.

Esa dinámica ontológica, está presente también en la doctrina tradicional sobre el régimen de las cosas en Colombia, por cuanto hay consenso en que cosa es “todo lo que existe, lo que tiene entidad, corporal o incorporeal, es decir, todo lo que es susceptible de ser percibido por los sentidos o intelectualmente” (Parra Benítez, 1984, p. 43), aunque de esa idea se derivan los *bienes*, como una especie de cosas que cumplen dos características: ser representables en dinero y ser apropiables; una teoría que dista del tratamiento unívoco y equivalente que el Código Civil da a ambos términos, pero es aceptable al interior de las academias en Colombia, incluso para teóricos más actuales como Arias García (2008). Por otro lado, Velásquez Jaramillo (2008) prefiere generalizar con el término *cosa*, haciendo salvedad sobre la polisemia ontológica que ello significa; de modo que se entienda por *cosa* en sentido general a toda existencia ajena al ser humano, pueda ser corpóreo, incorpóreo, apropiable o inapropiable. También concibe como *cosa* —en sentido particular— a todo lo que es susceptible de apropiación, de modo que emplea el mismo sistema lógico de la doctrina tradicional, donde se cosifica a todo lo no humano.

Ahora bien, actualmente, el Código Civil no niega que los animales puedan tener consciencia o voluntad, pero los cosifica al privarlos de la posibilidad para manifestar tales atributos, manteniéndolos bajo la clasificación de cosas, y aun teniendo en cuenta que poseen capacidad de locomoción y *sintiencia*; una reflexión que los doctrinantes antropocéntricos no abordarían, puesto que las características asociadas a la subjetividad que permite un reconocimiento del ser en el derecho están generalmente asociadas a la persona y a la personalidad jurídica, como sostiene Kurki (2015; 2019), sin lugar a una vía alterna de categorización como sujetos de derechos. Esto sugiere que, en principio, el animal no humano es completamente irracional; por lo tanto, dependiente, administrable y sin intereses particulares. De modo que, plantear medidas de protección para este, no es otra cosa que proteger el patrimonio colectivo o particular de los seres humanos.

Incluso, reconocer que pueden sentir dolor, partiendo de la percepción humana como foco interpretativo, sugiere que defender los derechos de los animales es apenas la satisfacción de un interés moral, el cual mide la importancia de prescribirles garantías en la medida en que haya una sensación apremiante de lástima o culpabilidad, por ciertas situaciones que les sean dañinas. En síntesis, este marco teórico no protege el bienestar animal, sino el bienestar humano. Sin embargo, la cualidad especial de sintiencia, según Pá-dilla Villarraga (2022), sigue siendo un fenómeno más allá de esta visión tradicional, tanto así que constituye incluso un desafío a la ontología que niega tajantemente la racionalidad diferencial de los animales, donde es crucial comprender que el centro de la discusión no está en hacer concursar a seres claramente distintos, como son animales humanos y no humanos, porque, si bien existen formas de racionalidad más avanzadas que otras, el respeto por la dignidad no puede partir de cualidades intelectuales que terminarían traducéndose en privilegios, sino de la posibilidad de recibir protección frente a daños que ya son objetivamente conocidos, teniendo en cuenta la capacidad de vivir experiencias positivas o negativas, como sostiene Horta Álvarez (2012).

V. La disrupción ontológica del ser sintiente en Colombia y sus implicaciones en los derechos animales

A partir de la sentencia C-666 de 2010, la Corte Constitucional colombiana reconoce que, en efecto, los animales son *seres sintientes*, cuyas consecuencias ontológicas son caóticas, tras comprender la noción del ser y de la cosa desde la óptica antropocéntrica radical, pero necesarias, al contrastar el problema teórico con las nuevas realidades y paradigmas del siglo XXI. En esta providencia judicial, es de resaltar la asignación del *ser* a los animales, dotándolos de autenticidad, además se les equipara con el ser humano en términos de habitar el mundo e interactuar a través de una conciencia de este y de sí; en tal sentido, se comprende al ambiente como

un hábitat común para todos los seres con capacidad de percibirlo y explorarlo, bajo la denominación de *seres sintientes*,⁷ brindando un valor natural equitativo para todos. Además, hay una oposición directa a la perspectiva utilitarista del animal en tanto recurso útil o herramienta para el ser humano, calificando esta visión de *anacrónica*, afirmando a su vez que los animales son más que sólo cosas animadas para la Constitución, a partir de interpretar el Estado social de derecho en términos de sistema respetuoso del ambiente, donde también convive el ser humano, lo cual da base para pensar en el tránsito a un *Estado socioambiental de derecho* en el marco constitucional colombiano.

Cifuentes Sandoval *et al.* (2022) resaltan el gran cambio de paradigma que representa la sentencia C-666 de 2010, pues el animal no humano adquiere una valía intrínseca que le amerita derechos independientes. Sin embargo, en el presente estudio se observa que la profundidad del órgano jurisdiccional no trastoca la ontología de los animales como tales, sino los encasilla en la noción de *ambiente*, lo que es contradictorio al saber que los recursos ambientales son cosas con garantía de protección; incluso se invocó el artículo 80.⁸ de la Constitución para sustentar dicha tesis. Es así que, el fundamento de la Corte, entremezcla los conceptos de ser sintiente y cosa, por lo que su interpretación resulta insuficiente para superar el arraigado antropocentrismo del sistema jurídico en Colombia, máxime cuando no se contaba con herramientas dogmáticas para fundar la protección particular de los animales por el simple hecho de *ser*.

Por otro lado, Cifuentes Sandoval *et al.* (2022) asevera que el tribunal fija la protección animal al nivel de obligación moral para la humanidad; pero, a criterio de esta investigación, ese hecho no es

⁷ La Corte incursionó a clasificar tanto a humanos como a animales en *seres sintientes* que habitan el ambiente, valorándolos sin distinciones cualitativas.

⁸ El apartado normativo reza: “es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”, aunque la Corte no tenía mejores opciones argumentativas, porque la Constitución no prevé deberes enfocados puramente al cuidado de los animales en razón a su sintiencia y relevancia intrínseca, en tanto *seres*.

positivo, porque conduce a determinar la dignidad animal partiendo de la ponderación entre el interés humano y la valía intrínseca de los seres sintientes, posición que legitima. Por ejemplo, la muerte de un toro en plazas abiertas al público, pero repudia el maltrato a un canino de compañía, una discusión retomada posteriormente en el Congreso de la República y la Corte Constitucional; mediante la Ley 1774 de 2016, se estableció que los animales no son cosas, sino seres sintientes, premisa que sirvió para introducir reformas simultáneas al sistema jurídico colombiano, en materia de protección animal, sin embargo, al observar el artículo 2o. de esta disposición legal, se encuentra que no hay una verdadera transición ontológica; por el contrario, una determinación incierta de los animales como cosas y seres sintientes de forma concomitante, pues no se cambió la clasificación de bienes semovientes para los animales, sino se les asignó una descripción adicional como seres sintientes, lo cual fue respaldado mediante la sentencia C-467 de 2016, al considerarse que “la calificación legal de los animales como bienes muebles o como bienes inmuebles no constituye una modalidad autónoma de maltrato, porque no pone en peligro ningún de los postulados del bienestar animal” (sentencia C-467/16, 2016), de modo que no se halló problema alguno en la disensión ontológica del ser sintiente y la cosa.

En este sentido, se concluyó en Fonseca Bedoya y Mendoza Chacón (2019) que el *ser sintiente* es una versión menos avanzada del *ser humano racional*, aún mezclada con la noción de *cosa*, en tanto la fauna ostenta capacidad para sentir y comprender que otras individualidades habitan su entorno, así como interactuar con ellas o ejecutar acciones tomándolas en cuenta, lo cual las simples cosas no pueden hacer, haciendo de las especies animales una categoría intermedia entre la razón y la pura existencia. No obstante, esta visión apenas rescata la situación momentánea de la sintiencia animal al interior del ordenamiento jurídico colombiano, sin un mayor horizonte sobre las implicaciones jurídicas suscitadas en la admisión de tal postura ontológica, en especial cuando la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-467 de 2016,

manifestó que el carácter de seres sintientes “no constituye una condición necesaria o suficiente para la satisfacción del deber de protección animal ni para la erradicación de los escenarios de maltrato animal”. De hecho, se implanta un condicionamiento de los derechos de los animales a la moral humana, desde la perspectiva del daño, la sintiencia queda en segundo plano, siendo un simple planteamiento teórico sin desarrollar; pues el bienestar animal que se pretende tutelar con el reconocimiento de la sintiencia, según la sentencia T-095 de 2016, no compone un derecho fundamental ni cuenta con una acción constitucional particular para hacerlo efectivo.

Aun así, la concepción del ser sintiente, en la sentencia C-041 de 2017, dilucida que el respeto por la vida no sólo humana corresponde a una reflexión existencial sobre el mundo mismo y el rol de cada individuo dentro de él. Por tanto, la *sintiencia* es una forma no humana de dignidad, cuyo reconocimiento y protección no ha de corresponder a una obligación moral sino natural; en consecuencia, urgen medidas jurídicas efectivas mediante las cuales sea posible proteger dicha dignidad, transición estructural que debe iniciarse con una claridad ontológica, basada en la postulación de la naturaleza como ente superior, libre del dominio humano, merecedor de su cuidado, lo cual “permitiría un proceso de autorregulación de la especie humana y de su impacto sobre el ambiente, al reconocer su papel dentro de la cadena de vida y de la evolución” (sentencia C-041/17, 2017). Todo ello, marca un derrotero para la sucesión paradigmática que el ambiente y los animales, como entidades distintas, necesitan en Colombia. Desde esa filosofía, el *ser sintiente* gana terreno en materia de derechos, pero sigue sin contar con un mecanismo efectivo de amparo judicial que le comporte capacidad de goce y legitimación en la causa a nivel procesal.⁹

⁹ En Colombia, el único medio directo para proteger los derechos de los animales es la acción popular, un mecanismo constitucional para la protección de los derechos colectivos, dentro de los cuales se encuentra el ambiente, por ende, acudir a esta herramienta jurídica

Sobre ese contexto, Molano Bustacara y Murcia Riaño (2018) enuncian inconsistencias y vacíos en la determinación conceptual del ser sintiente para determinar su alcance jurídico, además, explican que falta un desarrollo claro sobre los derechos y garantías que asisten al animal y al ambiente, a ello añaden su interpretación de la sentencia CSJ-STL 12651-2017, emitida por la Corte Suprema de Justicia en 2017, donde al parecer los seres sintientes son percibidos como una categoría intermedia entre sujetos de derechos y objetos de derecho, similar a lo concluido en Fonseca Bedoya y Mendoza (2019), quienes plantearon la categorización de los animales como una síntesis *ser-cosa*, entendiendo al ser como individualidad auténtica, consciente y móvil.

Pasado el año 2017, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha sido reiterativa frente a los argumentos de los precedentes expuestos. El Congreso de la República, por su parte, no ha manifestado reparo alguno por la confusión ontológica vigente; por tanto, la sintiencia animal, o bien, el concepto de ser sintiente, sigue encontrando sus límites en la moral humana y la cosificación del ser, lo cual impide transitar hacia una legislación garante para los animales,¹⁰ quienes se encuentran en una posición incierta e impráctica para el ejercicio del derecho. El ser sintiente, entonces, es un ser incompleto dentro del derecho colombiano, al estar privado de su potencialidad de ser, por causa del gravamen interpretativo que el Poder Judicial y el Poder Legislativo le han impuesto. Para el sistema jurídico actual, se trata de un simple estatus adicional dentro del régimen de las cosas sujeto al juicio moral, además, constituye una disrupción frente a qué es un sujeto de derechos, ya que, si bien hay una clara promoción del animal como tal, el cuerpo normativo sugiere lo contrario y los intérpretes judiciales legitiman esa tesis.

En la doctrina, la discusión es más abierta. Rincón Angarita (2018) centra su interpretación del ser sintiente en la aplicabilidad

es un tácito reconocimiento a que los seres sintientes no tienen derechos en sí, sino que sus garantías son componente del derecho humano a un ambiente sano.

¹⁰ Véanse las sentencias C-045 de 2019, SU-016 de 2020 y C-148 de 2022.

analógica del principio *alterum non laedere* de Ulpiano. Por ello, su eje es la capacidad de sentir dolor, tomando como base la estructura anatómica de los animales, para determinar su potencial de *sintientes*, una posición que parte de la biología para definir a la sintiencia en términos de sensibilidad al dolor por determinados estímulos. Desde Sarmiento Erazo (2020), el ser *sintiente* es una derivación del *ser*, aunque dicho autor hace la precisión: ser no humano, dando a entender que, a su criterio, hay una clasificación binaria de los seres, sin revelar mayor detalle ontológico al respecto, además converge en asegurar que no hay una explícita determinación del animal como sujeto de derechos, pese a reconocérsele la calidad de ser sintiente, la cual, en su opinión, dista de ser lo mismo, ya que se sitúa más bien en un punto intermedio que únicamente representa la capacidad neurológica de ciertos animales para experimentar dolor.

Por otra parte, señala Horta Álvarez (2012) que la sintiencia animal es una forma de conciencia que debe reconocerse a partir de tres factores fundamentales: (1) la manifestación de conductas complejas, teniendo en cuenta los comportamientos espontáneos que otras especies vivas no suelen demostrar; (2) la fisiología caracterizada por poseer un sistema nervioso centralizado, que biológicamente permite procesar experiencias tanto positivas como negativas; (3) el historial evolutivo, que demuestra la necesidad de adaptación mediante la orientación del comportamiento hacia aquello que es menos dañino, denotando un patrón de conductas complejas con miras a un interés específico, derivado la posibilidad de experimentar más sensaciones positivas y menos sensaciones negativas, gracias al sistema nervioso centralizado. De allí, Horta Álvarez (2012) plantea que los animales no deben ser respetados porque puedan compararse intelectualmente con la humanidad, sino por demostrar una conciencia que da sentido a su existir, manifestando que su sufrimiento, placer o emoción no constituyen experiencias menos intensas en relación con las de los seres humanos.

En desarrollo de la misma línea teórica, Torres Aldave (2022) plantea que el ser sintiente es aquel ente poseedor de capacidad

para experimentar ciertas sensaciones cualitativamente descriptibles, por tanto, la facultad de sintiencia, a juicio del autor, es un común denominador en la mayoría de animales y debería fungir por sí sola como base para reconocerles derechos, apartándose de la perspectiva moral y el especismo, incluso propone valerse principios pensados teóricamente para los humanos, como la igualdad y el no dañar a otros, para sustentar los derechos animales. Esta es una tesis bastante completa. Sin embargo, tal demarcación ontológica desampara a algunos animales con anatomías nerviosas menos desarrolladas¹¹ por no ajustarse a la premisa de sentir dolor científicamente demostrable o de mostrar la misma intensidad sensitiva que se observa en la mayoría de los animales, incluido el humano.

Padilla Villarraga (2022) también considera que la *sintiencia* debe ser el núcleo para la formulación de derechos propios a los animales, igualmente, recoge la sensación de dolor como indicador de la *sintiencia*, pero le añade otros posibles atributos, entre ellos: *autoconciencia*, *actuar moral* y *capacidades cognitivas*, lo cual amplía el concepto de *ser sintiente*, a quien equipara con el ser humano en términos de valía moral, para, inicialmente, superar el antropocentrismo ético que sugiere una relación de superioridad-inferioridad entre especies. Además, apoya la idea de que sea la sintiencia lo que amerite el reconocimiento de dignidad para los animales, más allá del puro juicio racional humano, también avanza a proponer una desmonopolización de los derechos, en tanto humanos, al considerar que los derechos animales se encuentran rezagados. Es así como Villegas Aleksov (2021) explica que la naturaleza del comportamiento animal trasciende a la simple supervivencia, pues su capacidad cognitiva para procesar el placer, el dolor y decidir cómo actuar les permite tener una experiencia

¹¹ Un ejemplo claro, son las medusas, que no poseen sistema nervioso central, lo cual lleva a suponer que no sienten dolor. Si bien es una tesis científica respetable, la presente investigación discrepa partiendo de considerar que no se puede medir la consciencia sobre el mundo alrededor, ni la autonomía motora y volitiva, sólo por la capacidad de sentir dolor, o bien, de dar señales comprobables de él ante el ser humano.

de vida auténtica, en sus términos: “cada animal en particular vive su propia vida, no únicamente en el sentido de mantenerse vivo, sino que la vive desde sí mismo” (p. 162), siendo esta subjetividad lo que se defiende en la presente investigación.

Adicionalmente, la *sintiencia* no sólo denota un comportamiento relacional con el mundo y consigo mismo basado en la valoración de experiencias positivas y negativas, también la capacidad de exteriorizar ese juicio propio y de comprender cuándo otro individuo también envía mensajes de la misma índole, reflejando un modo primitivo de lenguaje, así como la organización grupal, la interacción con otras especies y la sujeción a ciertas normas de convivencia como si fuesen preacuerdos¹² (Villegas Aleksov, 2021). Incluso, los movimientos migratorios, la demarcación de territorios, el cuidado de los más vulnerables en un grupo, la adaptación a nuevos espacios, las estrategias grupales y la solución de problemas lógicos para obtener beneficios son otras formas en que se manifiesta la sintiencia, más allá de solo experimentar placer o dolor, como consideran algunos de los referentes expuestos. De cierto, confluyen experiencias positivas y negativas en varios de esos elementos, pero la forma en que los animales procesan esta información es especial, dada su complejidad, la cual erige una diferencia clara con otras especies vivas.

En síntesis, reconocer la sintiencia de los animales es quizá el primer paso hacia un sistema justo con estos, pero no es la solución definitiva a la gama de problemáticas que los aqueja, máxime cuando no cuentan con medios lingüísticos ni jurídicos para hacer efectivos sus derechos, pues mantener la postura ontológica an-

¹² Este aspecto de los preacuerdos puede ilustrarse con varios ejemplos, pero resulta llamativo el caso de la especie *Labroides dimidiatus*, conocida popularmente como el pez dentista, que se encarga de limpiar las bocas y branquias de otras especies marinas alimentándose de los tejidos muertos provenientes de sus residuos alimenticios. Las demás especies, incluidos los tiburones, reciben ciertas señales de este pez ante las cuales reaccionan inmovilizándose como señal de no hostilidad, luego abren su boca o disponen la parte que necesitan limpiar para que el pez dentista proceda a su trabajo, sin interferir o agredir al dentista en el proceso, comportamiento que la biología normalmente describe como mutualismo.

tropocéntrica y especista que les interpreta como cosas constituye una barrera imprescindible para lograr garantías verdaderas. El derecho no sólo debe asumir la reflexión, sino plantear una solución de fondo mediante la transformación del sistema vigente a partir de nuevos significados (Rodríguez, 2022). Frente a ello, Torres Aldave (2022) propone que el respeto hacia la naturaleza, jurídicamente reconocido, no debe partir de suponer que esta pertenece al ser humano; de hecho, aduce que la apropiabilidad de la misma no es determinante en el hecho, pues protegerla configura una obligación objetiva digna de respaldo legal, independiente de los juicios de valor, aunque aclara que esta no debería pertenecer a alguien, lo cual concuerda con la postura de esta investigación.

Por ende, el presente estudio establece su postura ontológica del *ser sintiente* en términos de: individuo auténtico, con capacidad para percibir los estímulos externos y autodeterminarse en forma espontánea dentro del mundo, lo cual significa que en el atributo de sintiencia son componentes fundamentales la consciencia y la voluntad a un nivel cuasi racional.

VI. Los animales como seres sintientes frente a otros sujetos de derechos en Colombia

Los alcances del proteccionismo animal varían según el conjunto de doctrinas éticas que le sirvan de base. De manera que, abordar una definición ontológica, requiere revisar primero las distintas miradas sobre la relación entre animales humanos y no humanos, ya que de allí derivan los sistemas morales que soportan cambios normativos; algo que la Corte Constitucional colombiana, en su momento, no plasmó en los textos jurisprudenciales de forma directa, dando lugar a esa disrupción ontológica que constituye una laguna del derecho, como se expuso inicialmente, pues nunca estuvo en discusión la sintiencia animal, sino lo que la define y justifica a nivel legal.

Para este punto, resulta óptimo explorar la ontología de los sujetos de derechos, no de derecho,¹³ entendiendo que generalmente se asocia esta condición con la de personas, como es observable en Kurki (2015; 2019), lo cual conlleva a confundir a los animales humanos con los no humanos, cuando claramente son distintos e igual de importantes en el plano de la naturaleza, de acuerdo con autores como Korsgaard (2018). Por ende, el problema de buscar una definición para los sujetos de derechos reside en separar esta categoría de las personas, entendiendo, como ya se expuso, que aquella última se trata de un concepto que se ha construido con enfoque en el ser humano. Por lo tanto, le es propio y difícilmente aplicable a otros entes, incluso si se buscan argumentos para afirmar que son parecidos. Sin embargo, esta confusión no es óbice para considerar varios argumentos que la literatura ofrece, pues cabe interpretar al sujeto de derechos como aquel que posee intereses y está en capacidad de manifestarlos o comunicarlos, por tanto, esta investigación retoma esa idea de forma separada del término *persona*.

De aquí en más, la tarea pendiente es justificar éticamente la calidad de sujetos de derechos, en tanto titulares de intereses específicos, a los animales en razón a su *sintiencia*, donde los planteamientos de Donaldson y Kymlicka (2018) constituyen un importante punto de partida, pues exponen la necesaria distinción entre el *bienestarismo*, el *ecologismo* y la *Teoría de los Derechos Animales* (TDA), al momento de abordar las corrientes del proteccionismo animal. Con el enfoque bienestarista, los autores sintetizan las posturas morales que defienden al bienestar animal sólo en la medida en que es compatible con los intereses humanos, justificando la tortura y la masacre cuando de alguna forma representa un beneficio para las personas. En contraste, el ecologismo defiende a las especies en función del sostenimiento ambiental, por lo que, desde esta óptica, es válido exterminar plagas para mantener el equilibrio eco-

¹³ Hablar de sujetos de derechos implicaría nada más una capacidad de goce, no de ejercicio, pues jurídicamente no le es exigible a los animales cumplir obligaciones.

sistémico. La TDA, por su parte, se centra de forma especial en la subjetividad y libertad animal.

Para este trabajo, las consideraciones de Donaldson y Kymlicka (2018) ofrecen insumos importantes al desarrollo del proteccionismo animal. Sin embargo, cabe disentir de esta teoría en algunos aspectos como la extensión del concepto de ciudadanía a las especies no humanas, argumentando que estos interactúan de alguna forma con el espectro del poder circunscrito en las instituciones políticas y jurídicas; pero ello sería, nuevamente, tratar de forzar una noción humana para que encaje con otros seres para quienes no fue pensado, como se discutió frente al estatus de persona, igualmente, describir a los animales no humanos tomando como referencia las dinámicas intersubjetivas puramente humanas. Tal es el caso de la cuasiciudadanía que se alega de los extranjeros, o el reiterativo argumento de los casos marginales, refleja un intento por conceptualizar desde el antropocentrismo que aquí se procura evitar.

Así las cosas, de Donaldson y Kymlicka (2018) vale rescatar que, efectivamente, los animales sostienen relaciones con lo político; pero antes que eso, con el entorno natural que es común a todas las formas de vida: el ambiente, por ende, la defensa de los derechos animales debe considerar relaciones naturales tanto como políticas, algo que Korsgaard (2018), cuando afirma que humanos y animales son cohabitantes del mismo mundo, es decir, comparten un hogar natural. A partir de ello, también es viable admitir que los animales, tal expresan Donaldson y Kymlicka (2018), deben contar con unos derechos básicos universales, a modo de derechos humanos, cuyo inicio ha de ser en garantías negativas (no ser torturados, no ser explotados, etc.), para luego transitar a facultades positivas, las cuales serían verdaderos derechos en lugar de simples protecciones contra el daño.

Ciertamente, la dogmática en torno a los derechos animales tiene grandes bases en los derechos humanos, pues todos los principios que se proponen no son otra cosa que una adaptación de las garantías a los seres humanos, motivo por el cual Stucki (2023) su-

giere que el proteccionismo animal no debería entenderse como un nuevo fenómeno, sino como una cuarta generación de los derechos humanos, al extender la epistemología que los rodea para lograr cobijar a otras especies, como ya se ha logrado con los asuntos ambientales. En ese orden lógico, Stucki (2023) también se une a pensar que humanos y animales son integrantes de un mismo hogar planetario, los cuales manifiestan comportamientos que denotan subjetividad, por lo que es válido, desde el pensamiento naturalista, proponer que por su sola existencia merezcan tener derechos, adaptando los atributos de naturalidad y universalidad que continuamente se repiten en el discurso de los derechos humanos, en función de lograr que los animales sean sujetos de derechos en el mismo estándar que las personas, una idea similar a lo expuesto por Kurki (2019).

En esta investigación, el análisis de los postulados de Stucki (2023) no dista de las críticas previamente hechas, pues esta es otra posición antropocéntrica, aunque con aportes bastante significativos. Bajo el marco argumentativo de Stucki (2023), hay una gran premisa que permite rechazar a todas luces la falacia de los casos marginales, puesto que procede a analizar desde la óptica naturalista cómo los discursos sobre derechos humanos abordan la humanidad y la titularidad sobre un aspecto de garantías básicas e inalienables: por una parte, la concepción biológica del humano reconoce a cualquier individuo que, dada su genética y características individuales, cumpla determinados criterios, en paralelo, la concepción esencialista se enfoca en lo subjetivo; es decir, reconoce que normalmente los seres humanos muestran unos patrones, aspectos o atributos inherentes a su experiencia de vida, aun cuando existe la probabilidad de que esa generalización falle. Por ende, pensar en que unas personas no encajan en el ideal de humanidad desde el cual se entiende la normalidad no tiene mayor implicación, pues de cualquier manera los derechos existen en un sentido positivo para asegurar que mínimamente la integridad de cada sujeto sea respetada, así mismo, recurrir a que algunas especies animales no posean un sistema nervioso central no debe entenderse

desde lo negativo, pues su sola existencia los hace merecedores de protección.

Entonces, es válido extraer razonamientos propios de la epistemología en torno a los derechos humanos para avanzar en el proteccionismo animal, porque más que humanos son garantías de dignidad asumidas como algo objetivo; pero la solución no puede hallarse, definitivamente, en comparar la condición humana con la condición animal, algo que tal vez han confundido los autores, bien pueda ser debido a la escasez de propuestas sólidas que posibiliten imaginar un modelo distinto en la dinámica de los sujetos de derechos, volviendo todo el tiempo a la llamada bifurcación ontológica que, en efecto, ha condicionado a la comprensión de la ética. En consecuencia, es necesario retomar dos premisas claves para el cierre de esta argumentación: (1) la subjetividad animal convive con el mundo natural, pero también con la esfera política y jurídica diseñada por el ser humano, por lo que su sintiencia de alguna forma influye en la dinamización de aquella; (2) entre animales humanos y no existe prevalencia alguna, pues ambos deben sostener una relación equilibrada a partir de su cohabitación del mundo, sin embargo, es claro que los seres humanos, por su raciocinio, ostentan una responsabilidad mayor frente al mantenimiento de dicho equilibrio.

En este sentido, procurar un nuevo marco ético que sustente el proteccionismo animal puede partir de una síntesis entre el ecologismo y la TDA expuestos en Donaldson y Kymlicka (2018), en desarrollo de la teoría del mundo compartido que se observa en múltiples referentes, puesto que hay un mensaje implícito sobre el mundo como entorno común que posibilita la subjetividad y permite el ejercicio de los derechos, sean reconocidos o no. El objetivo de este planteamiento no es justificar masacres a cambio de la sostenibilidad ambiental, como se supone en algunos ejemplos que no distan mucho de una situación real; por el contrario, este razonamiento tiene soporte en que la idea de bienestar para humanos y animales, sin duda alguna, es distinta, como sostiene Korsgaard (2018), por lo que ambas experiencias de vida procuran el bien

desde aquello que subjetivamente logran comprender como tal, pero, ¿acaso el buen estado de un hogar común no es un interés legítimo, que representa bienestar directo o indirecto para animales y humanos? De ser así, el ambiente, aunque tenga intereses propios según la lógica de los sujetos de derechos, responden al beneficio de, por lo menos, la mayoría de las especies vivas, incluyendo a los sujetos en cuestión, implicando de alguna forma un bien mayor que se ajusta a ambas ideas de bienestar, algo tal vez objetivo.

Así, pensar en un Estado socioambiental de derecho, a manera de alternativa para asegurar los derechos de la naturaleza concernientes al ambiente y los animales, desdibujando la idea del ser humano como cuestión central para el derecho, de modo que este sea reposicionado en un estatus de cuidador. Para eso, es necesario reconocer que el ambiente es un ente vivo, funcional, dinámico y con capacidad de comunicación,¹⁴ el cual ostenta un valor intrínseco que supera a las lógicas e intereses humanos, por ende, merece protección basada en una conciencia del ser humano como *habitante de* y no *dueño de*, que comporta un deber objetivo, no moral, de cuidado, cuyo peso recae tanto en animales como humanos, en tanto seres con sintiencia del mundo; pero es más significativo en el ser humano, debido a su raciocinio que, lejos de ser un privilegio, abarca una responsabilidad indiscutible de constante esfuerzo por instrumentalizar sus recursos físicos, económicos, cognoscitivos, tecnológicos y comunicativos para procurar la armonía que la naturaleza por sí sola exige.

Tras esos razonamientos, sería necesario categorizar a seres humanos y animales como agentes naturales independientes; es decir, individuos con capacidad para actuar espontáneamente, los cuales se diferencian de otros seres supeditados al ciclo cotidiano de la naturaleza, de modo que ambos adquieren responsabilidad ambiental en sus interacciones con el mundo, no por un juicio proveniente del pensamiento humano, sino por ser ambos habitantes

¹⁴ Entiéndase comunicación en sentido amplio, si se reconoce que, por ejemplo, los desastres naturales y diversos fenómenos climáticos son respuestas del ambiente en cara a las acciones humanas que lo deterioran.

de aquel, entendiéndose que el bienestar ambiental representa un interés superior al de las especies en particular, por lo que debe ser punto de partida para determinar los derechos en animales y humanos. Sobre esta propuesta, cabe añadir que, a pesar de tener una valía equitativa en términos ambientales y jurídicos, la humanidad ostenta un deber objetivo mucho mayor, proporcional a su atributo de raciocinio, desde el cual tiene facultad condicional, no discrecional,¹⁵ para ejercer control sobre la naturaleza para mantenerla en armonía.

Sobre esos argumentos, es necesario plantear un nuevo sistema de distribución de los derechos subjetivos, con respeto firme a las consolidaciones conceptuales que ya se han logrado y han dado paso a reconocer ciertas garantías. Por ejemplo, a las comunidades étnicas o al campesinado, en razón de su identidad sociocultural que generalmente guarda relación con el territorio, la historia ancestral común y el sistema de valores-creencias-costumbres, sosteniendo también las discusiones sobre otros sujetos de derechos que ya se han vislumbrado en la reflexión actual, como son: ambiente, animales no humanos e inteligencias artificiales, los cuales han tenido un desarrollo abstracto, forzado e incompleto, que abre puerta amplia a problemas que atañen a la transversalidad, al no afectar sólo a la disciplina jurídica (Ceballos Rosero, 2020). Así las cosas, corresponde al derecho adaptarse ante las complejas dinámicas que el mundo le presenta, mediante normas de transición que permitan pasar de un sistema jurídico antiguo, como sería el Estado social de derecho, a uno nuevo: el Estado socioambiental de derecho, al comprender que, según la teoría de Iniesta Delgado (2019), el derecho es una estructura destinada al cambio, pero no al cambio abrupto. Por ello, el *ser sintiente* como cosa sería nada más una calidad intermedia y transitoria desde la cual operan los derechos de los animales mientras se oficializa el nuevo paradigma.

¹⁵ Vale aclarar que esa facultad debe responder directa y exclusivamente al rol objetivo de cuidador, por ende, no se trata de un derecho dispositivo sino de una función natural.

La construcción de un Estado socioambiental de derecho, debe iniciarse entonces por el respeto al ambiente, como entidad con el máximo valor en el sistema biótico, ya que ella es el contexto para que seres humanos y animales puedan ejercer sus derechos. Por ello, le son dependientes y le deben respeto sin involucrar una contraprestación, lo que ha de interpretarse como una relación de obligaciones unidireccionales, desde el punto de vista natural, donde ser humano y animal no tienen plena libertad para su interacción con el conjunto biótico y fenoménico a su alrededor, sin que ello implique sacrificar ciertas garantías básicas en procura de la sostenibilidad ambiental (ver Ilustración 1).

Adicionalmente, el sistema distributivo de los derechos subjetivos propuesto en la presente investigación sitúa a los animales en un mismo estándar natural con los humanos, pero, ello no comprende obligaciones jurídicas asignables a ambos, por cuanto solo la humanidad, en su sentido esencial, posee el carácter racional que está naturalmente sujeto a obligaciones objetivas, de modo que debe ser visto como un vigía-regulador de las relaciones interespecíficas e intraespecíficas dentro de los ecosistemas, en aras de salvaguardar el flujo equilibrado de la naturaleza (ver Ilustración 1). Habría que entender, entonces, a los sujetos de derechos como aquellos con intereses propios y capacidad para manifestarlos, al interpretar las diversas formas de comunicación con que el ambiente y los animales responden al actuar humano.

Desde este marco ontológico, el nuevo sistema de sujetos de derechos abarcaría tres grandes categorías: *sujeto ambiental*, donde se posicionaría el ambiente en términos generales, así como los ecosistemas que han sido particularmente reconocidos;¹⁶ *sujeto fáunico*, que comprendería a los animales en general, sin distinciones, sobre el concepto expuesto de sintiencia; y *sujeto humano* o *persona*, donde estarían las tradicionalmente reconocidas por el derecho civil: naturales y jurídicas, junto a otros entes como las co-

¹⁶ Por ejemplo: la zona del río Atrato, que fue declarada "entidad sujeto de derechos" en la sentencia T-622 de 2016.

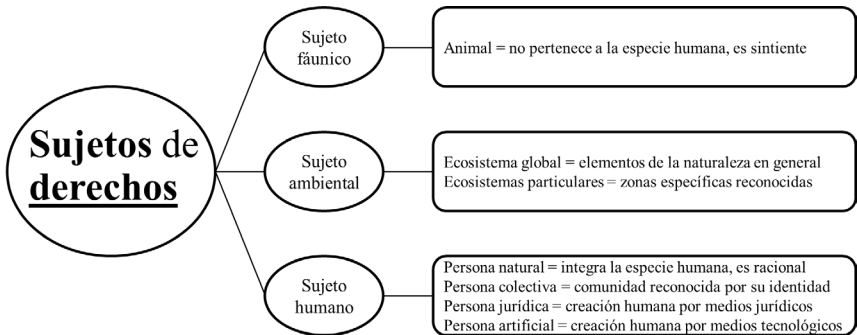
comunidades indígenas, o cualquier otra cuya identidad particular deba reconocerse, y las creaciones humanas autónomas, como podrían llegar a ser las inteligencias artificiales en algún momento (ver Ilustraciones 1 y 2).

Ilustración 1.
Sistema propuesto sobre los sujetos de derechos



Fuente: elaboración propia.

Ilustración 2.
Subclasificación propuesta sobre los sujetos de derechos



Fuente: elaboración propia.

VII. Conclusiones

Los animales no humanos en Colombia, desde el aspecto puramente normativo, ocupan dos categorías simultáneas, cuya significación ontológica es imprecisa debido a que desdibuja la dicotomía tradicional de sujeto-objeto de derechos, ya que estos son previstos como cosas o bienes semovientes; pero al mismo tiempo son seres sintientes con derechos, situándose en un punto intermedio que impide determinar las implicaciones jurídicas de involucrar este concepto en la relación humano-animal, lo cual trastoca al trabajo de los juristas en diversas áreas de la teoría y la práctica jurídica, como la filosofía, el litigio, el ejercicio judicial, entre otros.

Actualmente, no existe forma alguna de garantizar justicia a los animales en Colombia; la Constitución de 1991 fue un avance en múltiples aspectos humanos; pero en materia ambiental ha condenado a la naturaleza a no ser más que un bien para el provecho de la humanidad. La Corte Constitucional ha tratado de reivindicar el Estado social de derecho mediante una hermenéutica exhaustiva; pero no le es posible crear disposiciones constitucionales que, en efecto, no existen ni tiene forma de inferirse, en especial tratándose de los derechos de los animales, quienes deben ser considerados parte del ambiente para merecer alguna protección, ya que no se previó nada al respecto en los 380 artículos de la norma superior, ni en los subsiguientes artículos transitorios, lo que obliga a derivar el amparo legal a los animales del derecho colectivo a un ambiente sano, aunado al deber de protección a los recursos ambientales, como si se tratase de cosas que hacen parte del entorno y además sirven para el beneficio humano, una visión nada amigable con el ambiente o con la fauna.

En este sentido, el Estado social de derecho es antropocéntrico y utilitarista en cuanto a la relación ambiente-humano-animal, involucrando una necesidad de cambio a otro modelo donde se reconsidere el rol de la humanidad en el firmamento. Esto, exige replantear la clasificación vigente de sujetos de derechos, desde una perspectiva de Estado socioambiental de derecho. En mérito

to de lo expuesto, ahondar en la ontología del ser sintiente, desde los preconceptos fijados por grandes referentes de la filosofía, representa un gran impacto al considerar todas las implicaciones existentes en consolidar un concepto de alcance normativo, sin embargo, la proyección realizada en esta investigación es apenas una propuesta que bien puede ser asumida o desechada por sus receptores, teniendo en cuenta las grandes implicaciones que hay en reformar el Estado social de derecho.

Por ende, una limitación tajante en esta propuesta de categorización es su aceptabilidad, por apartarse de toda una línea teórica que se basa en la moral humana y conceptualiza los fenómenos tomando al ser humano como eje central. Así, defender esta idea requiere de una estrategia muy bien elaborada que permita desvirtuar los paradigmas morales sobre el bienestar animal, sin traducirse en una densa ola de consideraciones filosóficas, por cuanto persuadir a otros con estos argumentos exige primero sintetizarlos y comunicarlos de manera asertiva. Por otro lado, es necesario proyectar cuánto cambiaría el sistema jurídico y bajo qué procedimientos se llevaría a cabo esa tarea, pero eso no se logra con este breve acercamiento conceptual.

Lo único por acotar, entonces, es que la naturaleza no espera, los cambios normativos pueden ser pospuestos y las discusiones pueden ser eternas; pero la respuesta del ecosistema global es cada vez más evidente. No es necesario leer o escuchar qué tiene el cambio climático por decir. La atmósfera, el agua, las plantas y los animales no necesitan ser entrevistados, necesitan ser protegidos; urge que el ser humano reconozca su posición con humildad y destine esfuerzos a mantener el desarrollo sobre parámetros de coexistencia. Ahora mismo, el cambio implica un proceso largo, complejo, pero imprescindible.

VIII. Referencias

- Acero Aguilar, M. y Montenegro Martínez, L. (2019). La relación humano-animal como construcción social. *Tabula rasa*, (32), 11-16. <https://doi.org/10.25058/20112742.n32.01>
- Aguiló Regla, J. (2019). En defensa del Estado constitucional de derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 85-100. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.04>
- Ámbito Jurídico. (12 de octubre de 2023). Tribunal reconoció a perro como miembro de familia multiespecie. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/tribunal-reconocio-perro-como-miembro-de-familia-multiespecie>
- Aranda Ortega, J. (2013). El Estado de derecho ambiental: concepto y perspectivas de desarrollo en Chile. *Justicia Ambiental*, (5), 23-38.
- Arias García, F. (2008). *Bienes civiles y mercantiles*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Aristóteles. (1994). *Metafísica*. (Tomás Calvo Martínez, trad.) Gredos.
- Arriagada, M. B. (2022). Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (45), 377-410. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.13>
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (20 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional: 116.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (2a. ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bonorino, P. R. y Peña Ayazo, J. I. (2008). *Filosofía del derecho* (2a. ed.). Consejo Superior de la Judicatura.
- Bunge, M. (1976). El ser no tiene sentido y el sentido no tiene ser. *Teorema: Revista internacional de filosofía*, 6(2), 201-212.
- Bunge, M. (2011). *Tratado de Filosofía. Volumen III. Ontología I: El Moblaje del Mundo*. (Rafael González del Solar, trad.) Gedisa.

- Bunge, M. (2012). *Tratado de Filosofía. Volumen IV. Ontología II: Un Mundo de Sistemas*. (Rafael González del Solar, trad.) Gedisa.
- Ceballos Rosero, F. A. (2020). Otros sujetos de derecho o personas (?). *Estudios Socio-Jurídicos*, 22(1), 319-349. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7576>
- Cifuentes Sandoval, G., Mantilla, L. Z., Valencia Pachón, D. y Rodríguez Suárez, I. V. (2022). El mandato constitucional de protección animal en la jurisprudencia constitucional colombiana: análisis dinámico de líneas. *Justicia*, 27(42), 181-200. <https://doi.org/10.17081/just.27.42.4769>
- Congreso de la República. (26 de mayo de 1873). *Ley 84/1873* [Código Civil]. Diario Oficial (D.O.): 2.867.
- Congreso de la República de Colombia. (6 de enero de 2016). *Ley 1774/16* [Por medio de la cual se modifican el Código Civil, la ley 84 de 1989, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones]. D.O.: 49.747.
- Donaldson, S. y Kymlicka, W. (2018). *Zoópolis, una revolución animalista*. (Silvia Moreno Parrado, trad.) Errata Naturae.
- García Lozano, L. F. (2021). Un acercamiento al concepto de protección de los animales desde la mirada de la sociología jurídica. En Y. Mozo Montilla y J. R. Ramírez Lemus (Eds.), *Protección de los animales en Colombia: perspectivas jurídicas, políticas, económicas y en el territorio* (pp. 174-199). Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia. <https://doi.org/10.16925/9789587603187>
- Fernández Blanco, C. (2019). Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 259-283. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.11>
- Fonseca Bedoya, J. y Mendoza Chacón, W. S. (2019). *Análisis ontológico jurídico del ser sintiente en el régimen de los animales en Colombia*. [Tesis de pregrado]. Universidad Simón Bolívar. <https://hdl.handle.net/20.500.12442/5042>
- Heidegger, M. (2005). *Ser y Tiempo* (4a. ed.). (Jorge Eduardo Rivera, trad.) Editorial Universitaria.

- Horta Álvarez, O. (2012). Tomándonos en serio la consideración moral de los animales más allá del especismo y el ecologismo. En J. Rodríguez Carreño (Ed.), *Animales no humanos entre animales humanos* (pp. 191-226). Plaza y Valdés.
- Iniesta Delgado, J. J. (2019). Aplicación del derecho cambiante. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 165-191. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.08>
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho* (4a. ed.). (Moisés Nilve, trad.) Eudeba.
- Korsgaard, C. M. (2018). *Fellow creatures: Our obligations to the other animals*. Oxford University Press.
- Kurki, V. A. J. (2015). Why things can hold rights: reconceptualizing the legal person. *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, (7). <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2563683>
- Kurki, V. A. J. (2019). Animals, slaves and corporations: Analyzing legal thinghood. *German Law Journal*, 18(5), 1069-1090. <https://doi.org/10.1017/S2071832200022252>
- Kurki, V. A. J. (2024). A bird's eye view of animals in the law. *Modern Law Review*. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12886>
- Marchena Domínguez, J. (2011). El proteccionismo hacia los animales: interpretación histórica y visión nacional. En A. Morgado García y J. J. Rodríguez Moreno (Eds.), *Los animales en la historia y en la cultura* (pp. 191-219). Universidad de Cádiz.
- Martínez Miguélez, M. (2010). *Ciencia y arte en la metodología cualitativa* (2a. ed.). Trillas.
- Medellín, C. (2014). *Lecciones de derecho romano* (17a. ed.). Legis.
- Molano Bustacara, A. y Murcia Riaño, D. M. (2018). Animales y naturaleza como nuevos sujetos de derecho: un estudio de las decisiones judiciales más relevantes en Colombia. *Revista Colombiana de Bioética*, 13(1), 82-103. <https://doi.org/10.18270/rcb.v13i1.2218>
- Montoro Rueda, R. M. (2010). Sobre la idea de la cosa en el derecho: su significación y caracteres como objeto de los derechos y deberes del hombre. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 11, 373-402.

- Muñoz López, C. A. (2020). *Los animales desde el derecho: conceptos y casos en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Padilla Villarraga, A. (2022). *Derecho sintiente: los animales no humanos en el derecho latinoamericano*. Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes.
- Parra Benítez, J. (1984). Apuntes de derecho civil: curso de bienes (parte inicial o introductoria). *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (64), 33-72.
- Pineda Repizo, F. (2017). Análisis argumentativo en perspectiva pragmatialéctica del argumento de los casos marginales. *Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia*, 17(35), 145-180. <https://doi.org/10.18270/rcfc.v17i35.2395>
- Posada-Ramírez, J. (2014). Ontología y lenguaje de la realidad social. *Cinta de Moebio*, (50), 70-79. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-554X2014000200003>
- Ramos Pascua, J. A. (2017). Lagunas del derecho y positivismo jurídico: un examen de la concepción de las lagunas de C. Alchourrón y E. Bulygin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (40), 49-68. <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.02>
- Rincón Angarita, D. M. (2018). Los animales como seres sintientes en el marco del principio *alterum non laedere*: algunos criterios interpretativos. *Inciso*, 20(1), 57-69. <https://doi.org/10.18634/incj.20v.1i.842>
- Rivera Muriel, J. F. (2013). La filosofía sin filosofía de Alberto Caeiro. *Estudios filosóficos*, (48), 23-48.
- Rodríguez, A. B. (2022). Los animales: seres vivos, sintientes y con derechos. Análisis de jurisprudencia argentina en materia de derecho animal. *PAPELES del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL*, 13(24), 49-59. <https://doi.org/10.14409/p.v13i24.11582>
- Ross, D. (1993). *Teoría de las ideas de Platón* (3a. ed.). (José Luis Díez Arias, trad.) Cátedra.
- Ruiz Fernández, J. (2012). José Ortega y Gasset: la justificación de la filosofía. *Ideas y Valores*, 61(150), 65-90.

- Ruiz Rodríguez, V. (2009). *Filosofía del derecho*. Instituto Electoral del Estado de México.
- Sánchez de la Torre, Á. (1969). La ontología jurídica como filosofía del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (14), 83-106.
- Sarmiento Erazo, J. P. (2020). La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano. *Estudios Constitucionales*, 18(2), 221-264. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-554X2016000200005>
- Sartre, J. (1993). *El ser y la nada* (9a. ed.). (Juan Valmar, trad.) Losada.
- Sentencia C-666/10* (30 de agosto de 2010). Corte Constitucional de Colombia. [Magistrado Ponente (M.P.) C. A. Echeverry Restrepo].
- Sentencia T-095/16* (25 de febrero de 2016). Corte Constitucional de Colombia. [M.P. A. Linares Cantillo].
- Sentencia C-467/16* (1 de agosto de 2016). Corte Constitucional de Colombia. [M.P. L. G. Guerrero Pérez].
- Sentencia C-041/17* (31 de febrero de 2017). Corte Constitucional de Colombia. [M.P. G. E. Mendoza Martelo y J. I. Palacio Palacio].
- Stucki, S. (2023). *One rights: Human and animal rights in the Anthropocene*. Springer.
- Torralba Roselló, F. (1993). Metafísica del ser y de la vida en Santo Tomás. *Revista española de filosofía medieval*, (0), 239-250.
- Torres Aldave, M. (2022). ¿A quién pertenece la naturaleza? Sintiencia, ética ambiental e intervención en la naturaleza. *Estudios de Filosofía*, 65, 7-29. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.345879>
- Velásquez Jaramillo, L. G. (2008). *Bienes* (11a. ed.). Librería Jurídica Comlibros.
- Venables, J. (2016). Aportes para una ontología social realista. *Cinta de Moebio*, (56), 172-186. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-554X2016000200005>
- Villegas Aleksov, D. (2021). Hacia una teoría ética de animales humanos y no humanos. *Revista de Bioética y Derecho*, (51), 157-171. <https://doi.org/10.1344/rbd2021.51.30551>

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (10a. ed.). (M. Gascón, trad.) Trotta.

Cómo citar

IJ-UNAM

Mendoza Chacón, Wilkar Simón, "Perspectiva ontológica sobre los animales como seres sintientes en Colombia", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2024, e18534. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.18534>

APA

Mendoza Chacón, W. S. (2024). Perspectiva ontológica sobre los animales como seres sintientes en Colombia. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e18534. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.18534>

El Estado moderno de derecho y su influencia en la tensión entre las actividades de creación y aplicación del derecho

The modern rule of law and its influence on the tension between law-making and law-enforcing activities

Camila Matamala

 <https://orcid.org/0009-0007-0063-415X>

Universidad Austral de Chile. Chile
Correo electrónico: camatama@uc.cl

Recepción: 21 de agosto de 2024
Aceptación: 2 de diciembre de 2024
Publicación: 4 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19486>

Resumen: El presente trabajo propone la existencia de una tensión no explicitada entre las actividades de crear y aplicar derecho, que sería propia del Estado de derecho moderno. Con base en ello, y a partir de un análisis histórico conceptual, se reconstruye el surgimiento de algunos ideales que enfrentan los conceptos de creación y aplicación del derecho, proponiéndose que el gran detonante de la problemática zona de penumbra que existe en la cultura jurídica actual es el cambio en la concepción de soberanía que comienza con Jean Bodin, que conllevó, a su vez, un cambio en la noción del origen del derecho. La importancia de estudiar esta tensión está dada por el hecho de que tiene implicancias directas en la noción que tenemos de derecho y la función mínima de este como guía de conducta para sus destinatarios. Postulo que esta tensión genera una zona de penumbra entre creación y aplicación del derecho, donde hay casos en que no está claro qué actividad se está ejerciendo. Se realiza una caracterización del surgimiento del Estado de derecho moderno a partir de la aparición de la soberanía, y los cambios en la concepción de esta, mediante el análisis de los fenómenos de la separación de poderes, el constitucionalismo y la codificación, para centrarse, por último, en cómo estos elementos impactan en las nociones de creación y aplicación del derecho.

Palabras clave: Estado de derecho moderno; creación del derecho; aplicación del derecho; soberanía; separación de poderes; constitucionalismo; codificación.

Abstract: The present work proposes the existence of a non-explicit tension between the activities of creating and applying the law that is characteristic of the modern state of law. Based on this, and beginning with a historical and conceptual analysis, the rise of certain ideals of the current state of law that clash with the concepts of creating and applying the law are reconstructed, proposing that the detouring aspect of the problematic twilight area existing in today's judicial culture is the change in the concept of sovereignty that starts with Jean Bodin, which led at the same time to a change in the conception of the origin of law. The importance of studying this tension lies in the fact that it has direct implications for our notion of law and its minimal function as a guide of conduct for its recipients. I posit that this tension generates a twilight zone between creating and applying the law, which leads to situations in which it is unclear what activity is being practiced. A characterization of the rise of the modern state of law is carried out, beginning with the changes in the concepts of sovereignty, analyzing the phenomena of separation of powers, constitutionalism, and codification, and focusing finally on how these elements impact the notions of creation and application of the law.

Keywords: modern State of law; creation of law; application of law; sovereignty; separation of powers; constitutionalism; codification.

Sumario: I. *Introducción.* II. *La soberanía como origen del Estado moderno.* III. *La separación de poderes.* IV. *Consideraciones finales.* V. *Referencias.*

I. Introducción

Sugiero en este trabajo que la tensión existente entre las actividades de crear y aplicar derecho es propia del Estado de derecho moderno (EDM) (Tarello, 2002, p. 23) y permea la cultura jurídica actual. Por "cultura jurídica" entenderé, a efectos del trabajo, la concepción tarelliana de esta, que la define como el conjunto de las técnicas expositivas e interpretativas de los que se ocupan del derecho, tanto prácticos como teóricos, y el conjunto de las ideologías referentes a la función del derecho que tales técnicas sobreentienden (Kelsen, 1934, p. 96).

Como examinaré en las siguientes páginas, si bien no es posible precisar un punto histórico exacto en que comienza la dificultad de distinguir entre ambas nociones, esta tensión sí va aparejada al surgimiento de ciertos ideales del EDM. El significado de crear

o aplicar derecho suele asumirse como elemental u obvio, lo que lleva a que no haya construcciones claras de sus características e implicancias, refiriéndose los autores a ambas actividades en términos muy generales o aludiendo a estas superficialmente.

Sugiero, como guía a la lectura, que la creación del derecho se caracteriza por la realización de un acto de autoridad cuyo contenido no está subsumido en una norma anterior en forma relevante; mientras que la aplicación del derecho destaca como un acto de autoridad cuyo contenido necesariamente es subsumible en una norma anterior.

Estas definiciones parten de la base de que tales actividades implican actos diferenciados y en todo caso diferenciables. Esto, que puede parecer obvio, no debe presuponerse. La trascendencia de explicitar que asumo esta distinción radica en que, por un lado, existen autores como Kelsen (1934) que ven una diferencia únicamente de grado entre crear y aplicar, entendiendo que incluso los jueces al dictar una sentencia individual estarían creando derecho. Por otro lado, la mayor parte de lo que asumimos como creación de derecho, como lo que hace el poder legislativo al dictar nuevas leyes, se hace a la vez aplicando las normas de competencia que les permiten actuar legislando y aplicando siempre el texto constitucional. Lo mismo ocurre cuando la administración crea dictámenes u ordenanzas, autorizado a su vez por normas de competencia y, en última instancia, por la Constitución.

La importancia de estudiar esta tensión está dada por el hecho de que tiene implicancias directas en la noción que tenemos de derecho y la función mínima de este como guía de conducta para sus destinatarios (Marmor, 2003, p. 6). Postulo que esta tensión genera una zona de penumbra entre creación y aplicación del derecho, donde que hay casos en que no está claro qué actividad se está ejerciendo. La primera problemática que esto genera es que implicaría que en una cantidad significativa de casos habrá una imposibilidad de conocer el derecho *ex ante*, desapareciendo su función como guía del comportamiento (Sandro, 2022, p. 5), transformándose el rol del derecho en uno fundamentalmen-

te represivo o permisivo *ex post*. A la imposibilidad de concebir el derecho como guía de conducta se añaden otras, tales como la dificultad de delimitar las funciones de los poderes del Estado a la luz del principio de separación de poderes con base en la función desarrollada, lo que conlleva que el control al poder político, piedra angular del constitucionalismo desde sus orígenes, se transforme en un ejercicio de futilidad.

La finalidad de este trabajo es reconstruir el surgimiento de algunos ideales del EDM, los cuales enfrentan los conceptos de creación y aplicación del derecho. En las siguientes páginas propondré que el gran detonante de la problemática zona de penumbra que existe en la cultura jurídica actual es el cambio en la concepción de soberanía que comienza con Jean Bodin, que conllevó, a su vez, un cambio en la concepción del origen del derecho (Bodin y Franklin, 1992, p. 56).

Según lo anterior, en la primera parte del artículo realizo una caracterización del surgimiento del EDM a partir del surgimiento, a su vez, de la soberanía, los cambios en la concepción de esta, y, a saber: 1) la separación de poderes; 2) el constitucionalismo y, 3) la codificación; para concentrarme, por último, en cómo estos elementos impactaron en las nociones de creación y aplicación del derecho.

¿Por qué sólo estos tres elementos? Evidentemente el EDM se compone también de principios tales como el imperio del derecho o el *rule of law*, la democratización de las instituciones y la soberanía, entre otros. Creo, sin embargo, que quedará demostrado que todos estos factores se encuentran incluidos en al menos alguno de los elementos que analizaré, si no es que en todos. El imperio del derecho permea el surgimiento del constitucionalismo y construye las bases de los ideales codificadores. La democracia actual presupone la separación de poderes, los límites al ejercicio del poder político controlado y la primacía de derechos fundamentales que cimientan el constitucionalismo. Por último, como demostraré más adelante, la soberanía es uno de los factores que permitió el surgimiento de un Estado unitario, la institución que monopoliza

las actividades de crear y aplicar el derecho. En suma, los tres factores que analizaré entregan las bases mínimas de un Estado de derecho, con independencia de si en este se presenta o no un carácter democrático o de respeto al imperio del derecho.

Lo que se propone en este artículo no es meramente una reconstrucción histórica en un sentido estricto, sino la reconstrucción de un modelo de hacer y entender el derecho. La tensión entre creación y aplicación jurídica no se daba en otros derechos previos a la edad moderna.¹ Entonces, la tensión conceptual está dada sólo en el EDM, sobreviniendo con especial fuerza en el derecho de tradición continental o romano germánico, que es el contexto en el que se analizará principalmente la tensión.

Tomaré las ideas de Maurice Vile (1998) para justificar la importancia de rastrear la historia de la concepción de la separación de poderes, el constitucionalismo y la codificación, puesto que una investigación histórica nos permite comprender las ideas del pasado que han dado forma a las actuales y vislumbrar, asimismo, cómo la reformulación de estas ideas permite una aproximación teórica más coherente con la naturaleza actual del gobierno constitucional (Vile, 1998, p. 22). Este examen de la configuración de las ideologías subyacentes de las características que forjaron el Estado moderno de derecho es relevante para entender la problemática que aquí se plantea.

II. La soberanía como origen del Estado moderno

El término “Estado”, en la forma en que lo conocemos actualmente, comenzó a utilizarse a partir del Renacimiento europeo, siendo el concepto central de su uso el elemento de un aparato político independiente de la sociedad civil. Es, en última instancia, una abstracción capaz de mantenerse a perpetuidad (Tivey, 1981, p. 3). No es la pretensión de este apartado, ni de este texto, hacer una in-

¹ Al menos no con la fuerza con que se diferencian en la actualidad ambas actividades.

investigación histórica exhaustiva. Hacerlo, además, implicaría varios tomos, puesto que es un asunto complejo y debatido, y excedería con creces la finalidad de este trabajo. Me centraré sólo en ciertos puntos paradigmáticos que tienen, a mi juicio, relevancia para la comprensión del problema que planteé al inicio del artículo.

Los orígenes del Estado podemos verlos en las primeras transiciones de sociedades tribales hacia formas estratificadas de organización. La habilidad de gobernar se correspondía con aquella habilidad de mantener registros, emitir órdenes y organizar fuerzas a gran escala, junto con tener la capacidad de ejercer una autoridad legal. Estos elementos podemos observarlos en las dinastías egipcias antiguas, la región mesopotámica, China y la antigua Grecia. Estas descripciones de una formación estatal temprana enfatizan cómo la autoridad formal y estructurada reemplazó a un imperio personalista. En este sentido, la habilidad de ordenar a individuos que no eran parientes sanguíneos permitió a los gobernantes expandir sus dominios sobre territorios con una población mucho más numerosa. La clave radicaba entonces en cómo podía atarse a otros al gobierno. Los gobernantes necesitaban expandir las concepciones de afinidad tribal y entregar a otros los medios para unirse (Spruyt, 2002, p. 130).

Es clave enfocarse en este tránsito del personalismo a la despersonalización de la figura del Estado. En los estados premodernos, la autoridad se unía a las personas, no a un área geográfica determinada. El poder se ataba a un gobernante, rey o emperador, y el fundamento de su autoridad recaía normalmente en costumbres, religión, leyenda o magia (Tivey, 1981, p. 2). Sin embargo, ya para la Edad Media tardía los sistemas legales y de gobernanza empezaron a emerger teniendo parámetros territoriales (Spruyt, 2002, pp. 129 y 130). A diferencia del Estado feudal, que giraba en torno a vínculos de obediencia y lealtad entre el señor y sus vasallos, el Estado moderno pierde esta característica de personalismo.²

² No me referiré aquí, por exceder el objeto del presente trabajo, a las ciudades-estado de la antigua Grecia o de la Edad Media italiana. Para conocer más acerca de ello, revisar Tivey (1981).

En Europa el desarrollo del Estado moderno implicó además la remoción de la jurisdicción política de la Iglesia católica romana.

También cambia en este tránsito el rol del juez. Antes de la formación del Estado moderno, este, para resolver controversias, no estaba obligado a escoger exclusivamente normas emanadas del aparato estatal. Tenía, por el contrario, una libertad relativa de elección en la determinación de la norma a aplicar, pudiendo decidir a partir de reglas consuetudinarias o doctrinales, o incluso resolver caso a caso a través de criterios equitativos o aplicando la razón natural. Todas estas reglas estaban en el mismo plano y entre todas ellas el juez podía extraer las normas a aplicar, por ser todas fuentes de derecho (Bobbio, 1993, p. 46). Además de esto, el rol del juez en la Edad Media solía limitarse a recolectar rentas o ganancias. Gradualmente, sin embargo, quienes detentaban el poder se dieron cuenta de que la administración de la justicia constituía una forma de reforzar la autoridad y de aumentar el poder del rey o los grandes señores. Por ello, comenzaron a aumentar los casos que debían juzgarse en sus cortes (Strayer, 1970, p. 29).

Los orígenes de algo más similar a lo que reconocemos como Estado hoy en día se remontan al siglo XIII, en que el interés renovado de los juristas medievales por el derecho romano conllevó la priorización de una gobernanza más homogénea y a la confección de códigos legales formales. Esto, por su parte, provocó un decaimiento en la segmentación de la sociedad que se había basado hasta entonces en costumbre jurídica y tradiciones de diversas fuentes. Esto fortaleció a su vez la legitimación de la autoridad real por sobre los vínculos personales del estadio feudal. Para Strayer (1970), fueron Inglaterra y Francia los países con una mayor influencia en la creación de un modelo de Estado moderno, que fue imitado luego por otros países europeos, en especial en el período entre fines del siglo XIII y principios del siglo XIV, en que aparecieron las nociones modernas de soberanía y en que las lealtades cambiaron, moviéndose de la iglesia y la familia al emergente Estado moderno (Strayer, 1970, p. 36).

El Estado se confundió en ese punto con la soberanía territorial. La soberanía como jurisdicción final se había originado en la ley romana: el emperador era soberano en el sentido de ser la fuente última de derecho. Este principio de soberanía territorial forma parte hasta hoy de nuestra concepción de Estado moderno (Weber, 2005, p. 230). El dominio está demarcado territorialmente y los gobernantes ya no tienen autoridad fuera de sus fronteras. Dentro de sus fronteras, sin embargo, la autoridad de estos es casi absoluta (Spruyt, 2002, pp. 132-134). La soberanía conlleva asimismo la idea de una sola autoridad para crear leyes y hacer que estas se cumplan. Cambia entonces el fundamento de la legitimidad del poder: el desarrollo político clave está dado por el cambio de esta. En el Estado moderno el poder se basa, primero, en la voluntad del soberano absoluto; y luego, en la voluntad del pueblo,³ y no ya en el derecho divino, leyes existentes o costumbres (Tivey, 1981, p. 4).

Esto debe ser analizado de manera conjunta con una de las funciones del derecho moderno, la función constitutiva o institutiva de poderes. Para Tarello (2002), el objeto del derecho está actualmente constituido por un conjunto de reglas cuyas funciones consisten en: reprimir comportamientos socialmente peligrosos, asignar bienes y servicios e instituir los poderes. Este último elemento es parte de una noción moderna de derecho, a diferencia de las definiciones históricas, que se limitaban a resaltar las dos primeras funciones.

En las sociedades modernas estas funciones de asignación son cumplidas característicamente por las reglas del derecho de manera casi exclusiva, excluyéndose mecanismos sociales distintos de este (Tarello, 2002, p. 167). Los mecanismos de atribución e institución de poderes a través de reglas jurídicas son característicos del EDM y podemos ver cómo la segmentación de la sociedad medieval contribuía a una forma completamente diferente de institución de poder, a partir de la heterogeneidad de las fuentes de de-

³ Lo que significará distintas cosas para autores de la época, y aún más distintas para el pensamiento contemporáneo.

recho, tanto en términos de organización de la sociedad como en el ámbito de solución de conflictos jurídicos. Pasamos entonces de fuentes del derecho segmentadas de la era feudal, en que los individuos eran sujetos de múltiples patrones de gobierno y justicia por parte de varios señores, de las autoridades eclesiásticas y, ocasionalmente, incluso de las autoridades urbanas, que tenían sus propios modos de gobernanza; a un ejercicio monopolístico de la institución de poderes y leyes (Spruyt, 2002, p. 131).

Hoy en día una persona sin Estado tiene posibilidades mínimas de desarrollo. En la Edad Media, como indica Strayer (1970, p. 3), era el hombre sin un *lord* o una familia quien no tenía oportunidades ni seguridad, y que podía sobrevivir sólo como sirviente o como esclavo.

Lo anterior está en concordancia con lo que afirma Bobbio (1993, p. 45), según el cual, con la formación del Estado moderno, la sociedad adquirió una estructura monista que concentra en el ente estatal todos los poderes. Así, el Estado es el único que crea derecho, bien en forma directa a través de la ley o en forma indirecta al reconocer y controlar las normas de formación consuetudinaria. Se monopoliza, en este sentido, la producción jurídica.

Para Weber (2005, p. 223), pasar de una legalidad particularista a estar sujeto a una sola institución constituyó un salto enorme en el paso al derecho moderno. En épocas anteriores, la tradición o el consenso en ciertos grupos era lo que legitimaba a la ley por sobre el Estado. Así, se constituía una ley particular o especial para cada comunidad. La pertenencia a estas comunidades derivaba, además, de características objetivas de las personas, como lugar de nacimiento, etnia o afiliación religiosa. Los conflictos eran zanjados por patriarcas y con fundamentos en la tradición.

Esta transformación en la forma de crear derecho implica también un cambio en la concepción de la categoría misma de derecho. Si bien hoy consideramos que el Estado es el principal productor de derecho, originariamente en el estado primitivo este no se ocupaba de producir normas jurídicas, sino que dejaba la formación de estas a la sociedad y, eventualmente, a quien debía diri-

mir las controversias: el juez. Era este el que tenía la misión de fijar la regla o norma a aplicar en cada caso sometido a su conocimiento (Bobbio, 1993, p. 45).

Skinner se interesa especialmente en Thomas Hobbes y la creación de su *De Cive*, obra publicada por primera vez a mediados del siglo XVII, como un hito final y definitivo de una fase de la historia política y el comienzo de una época en que la concepción del Estado nos resulta más familiar: la soberanía como propiedad de un órgano impersonal (Skinner, 2003, pp. 21 y 22).

Habría, a juicio de este autor, otro importante aporte de Hobbes a la teoría moderna del Estado. Este filósofo concebía al Estado como una persona artificial. En este sentido, la persona jurídica que está en el corazón de la política no sería ni la persona del pueblo ni la persona oficial del soberano, sino una entidad aparte: la persona artificial en que consiste el Estado (Skinner, 2003, p. 68). Esto es concordante con la idea de Weber acerca del Estado, en cuanto a que este es independiente del personal que ocupa posiciones burocráticas y políticas dentro de sus instituciones (Cudworth et al., 2007, p. 4).

Para Skinner, la tradición republicana del Alto Renacimiento contribuyó de dos formas a la cristalización del Estado moderno. Por un lado, encontramos aquí por primera vez la interpretación del Estado como un detentador monopólico de la fuerza legítima. Y, por otro, la no identificación de la idea de autoridad gubernamental con los poderes de los gobernantes o magistrados particulares. En este sentido, concebían los teóricos de la época los poderes del gobierno civil como encarnados en la estructura de leyes e instituciones cuya administración a nombre del bien común había sido confiada a los gobernantes y magistrados (Skinner, 2003, p. 41). El Estado absolutista, por su parte, contribuyó a la formación de lo que conocemos hoy como EDM, creándose en el período que iba desde fines del siglo XVII hasta principios del siglo XVIII gran parte de las instituciones que hoy identificamos con el Estado moderno, como la burocracia, las fuerzas armadas, la policía y las prisiones (Cudworth et al., 2007, p. 29).

Tenemos, por lo tanto, un tránsito desde una sociedad medieval fragmentada a un Estado monopolizador del poder. Una vez en este estadio monopólico de la existencia del Estado, podemos comenzar a hablar, a partir del constitucionalismo del siglo XVII, de un Estado de derecho más similar a lo que hoy entendemos por este: un Estado sujeto a limitaciones en el ejercicio de su poder. Si bien existen teóricos que establecen el inicio del Estado como soberanía territorial en el Tratado de Augsburg de 1555, o bien en la Paz de Westfalia de 1648, parece claro que el principio de soberanía territorial forma parte hoy de las características constitutivas del Estado moderno (Spruyt, 2002, p. 134).

Existen tres factores que contribuyeron a la formación de la noción actual de Estado: el paso del personalismo a un Estado impersonal; el tránsito de un Estado basado en personalismo subjetivo, que seguía a sus súbditos donde quiera que estos se encontrasen (Spruyt, 2002, p. 130), al Estado concebido como soberanía territorial; y el cambio de fuentes heterogéneas y segmentadas tanto de gobierno como de creación y aplicación del derecho, a un Estado de naturaleza monista, generador este de toda distribución de poder y formación de derecho.

La idea de las limitaciones al poder existe desde a lo menos la antigua teoría política greco-romana, contando la Edad Media con la idea de limitaciones al ejercicio del poder también, consistentes en la noción de distinción entre rey y corona, en primer lugar. El soberano no podía cambiar las leyes que regulan la sucesión al trono ni alienar los bienes que forman parte de la hacienda pública. En segundo lugar, tampoco podía el soberano hacerse libremente de los bienes de sus súbditos. Actuar de esa manera lo convertiría en un tirano (Fioravanti, 2011, p. 27). Sin embargo, la naturaleza de estas limitaciones cambia una vez que sobreviene la ilustración y junto con ella, el constitucionalismo, tema que será tratado en el tercer apartado de este artículo.

Era característico de la Edad Media tardía europea la falta de separación entre Iglesia y Estado y la superposición de poderes, cuando estos no estaban derechamente unificados. Sin embargo, dentro

de la Iglesia no era desconocida la noción de división de funciones, puesto que entraba dentro del ideal papal la división de labores entre funcionarios de la Iglesia, así como la idea de la división del poder real entre los poderes de gobierno y jurisdicción.

En los poderes de gobierno, la autoridad del rey era absoluta. Sin embargo, respecto de la jurisdicción, debía someterse también a la ley. Fue, a juicio de Vile, el problema de articular la forma de sujetar a un rey a una ley que este no creaba lo que dio el puntapié inicial para la evolución de un poder legislativo independiente de la voluntad real. Como corolario a esto surge la idea de un poder ejecutivo del rey, que obliga a este a hacer cumplir la ley (Vile, 1998, pp. 25-27).

La conexión entre las teorías modernas del derecho y soberanía y la emergencia de poderes legislativo, ejecutivo y judicial es estrecha. La idea de un poder legislativo autónomo depende del surgimiento de la idea de que la ley podía ser hecha por la agencia humana: que había un poder real para hacer leyes. Para legislar en el periodo medieval temprano la idea de hacer ley a través de la agencia humana estaba subordinada a la visión de que la ley era patrón fijo y estático de costumbres inspiradas en lo divino, que podían ser aplicadas e interpretadas por el hombre, pero no cambiadas por este. En este sentido, cuando los hombres legislaban en realidad estaban de hecho declarando la ley: clarificando lo que la ley era y no creándola. La legislación era entonces parte del procedimiento judicial. Si la ley era vista como la encarnación de la ley divina, las declaraciones del rey y su consejo respecto de esta eran vistas como meramente aclaratorias. De ello se sigue que la función principal del gobierno era la función judicial, y todos los actos que emanaban del gobierno eran vistos como justificados en tanto aspectos de la aplicación e interpretación de la ley (Vile, 1998, pp. 27 y 28).

No debe pensarse, eso sí, según Vile, que la visión de función judicial medieval era similar a la moderna. Era más bien una forma de ver al gobierno que incluía todo un rango de actos gubernamentales, reconociendo a la vez una diversidad de agencias en-

cargadas de ejercerlos, y una diversidad de procedimientos para llevarlos a cabo. Fue Marsilio de Padua, según Vile, quien mostró en el siglo XIV una conexión clara entre la emergencia de los conceptos de poder legislativo y ejecutivo y el fin de la concepción medieval de la naturaleza de la ley. Este autor medieval fue aún más lejos colocando al poder legislativo en manos de la voluntad popular (Vile, 1998, pp. 26-29). Sin embargo, la forma de entender el derecho no había cambiado aún en la Alta Edad Media, y Marsilio de Padua no era sino una novedad dentro de la cultura jurídica imperante.

No fue sino hasta mediados del siglo XVI cuando se produjo un viraje que, si bien no generó en el momento un impacto significativo, sembró las bases de lo que sería una nueva concepción de crear y aplicar el derecho. Esto lo logra Jean Bodin, al articular una doctrina de la soberanía que contradecía expresamente la idea de un rey que era a la vez juez meramente aplicador y aclarador de la ley ya existente, interpretando leyes estáticas que no podían ser cambiadas.⁴ Para Bodin, la primera marca de la soberanía del príncipe era la de crear leyes, agregando que esto debía hacerlo sin necesitar el consentimiento de ningún otro (Bodin y Franklin, 1992, p. 56). Para Bodin, así como para Hobbes, eran también poderes soberanos el de declarar la guerra y firmar la paz y el poder jurisdiccional, consistente en nombrar a magistrados y funcionarios (Fioravanti, 2011, p. 82).

Citando a Plucknett, Vile estima que un cambio de esta visión se produjo aproximadamente en el siglo XIV en lugares como Inglaterra, donde los jueces enfrentaron la realidad de que la ley estaba hecha por ley estatutaria o derecho escrito, y que sus decisiones creaban normas generalmente aplicables. Sin embargo, no había aún una división teórica entre las funciones legislativas y judiciales, ni se esbozaba alguna teoría general de la ley o la legislación. Fue en Inglaterra, ya bien entrado el siglo XVII, donde se hablaba

⁴ Importante es destacar que Bodin no era partidario de una distribución de poderes, puesto que para este autor, cualquier otro poder entraría inmediatamente en conflicto con el poder de creación de derecho.

ya expresamente de la noción de que puede crearse nueva ley en el parlamento (y que los jueces no podrían hacer interpretaciones contrarias al texto expreso de la ley). En el mismo espacio de tiempo, en el contexto de las guerras entre el rey y el parlamento, fue que se formuló más claramente la división entre función ejecutiva y función legislativa (Vile, 1998, p. 28).

En el apartado siguiente me referiré al desarrollo histórico del cambio de visión de gobierno y soberanía que tuvo como resultado una doctrina de separación de poderes similar a cómo la concebimos hoy en día, al menos en sus aspectos centrales.

III. La separación de poderes

1. *Los ideales ilustrados*

La doctrina de la separación de poderes se ha mantenido, en una forma u otra, hasta la actualidad. A juicio de Vile, esto sucede porque el problema que dio origen a su surgimiento sigue siendo básicamente el mismo: cómo controlar el gobierno (Vile, 1998, p. 387). Esta sección del trabajo estará dedicada a esbozar las características claves del ideal de separación de poderes y a examinar su núcleo histórico. Autores como Möllers (2019) resaltan que una reconstrucción adecuada del modelo de separación de poderes no puede ser lineal temporalmente. La narrativa dominante comete el error, por ejemplo, de asumir que hubo una época clásica de un ideal puro de separación de poderes en la Europa continental. Pero ¿en qué consiste la separación de poderes?

Para esbozar una definición creo necesario empezar por exponer lo que se ha llamado una versión pura de la doctrina de separación de poderes: en esta versión, es esencial para mantener la libertad política que el gobierno esté dividido en tres ramas, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además, a cada una de estas ramas corresponde a su vez una función legislativa, una ejecutiva, y una judicial. Cada una de estas ramas de gobierno debe limi-

tarse a su función y no intervenir en las funciones de las demás. Más aún, las personas que pertenecen a cada uno de estos poderes deben mantenerse separadas, no pudiendo pertenecer a más de una de ellas al mismo tiempo. Así, cada una de las ramas sería un límite para las otras y ningún grupo de personas podrá controlar la maquinaria estatal (Vile, 1998, pp. 3-10).

El origen de la doctrina de la separación de poderes se encuentra en el mundo antiguo, época en que evolucionaron los conceptos de funciones gubernamentales y de un gobierno balanceado y mixto. Desde allí fueron transmitidas estas ideas a través de traducciones medievales. Sin embargo, no es hasta el siglo XVIII que emerge como una teoría de gobierno coherente, promocionada como el gran secreto de la libertad y el buen gobierno. Sería una teoría política, que por siglos fue la que se arrogó la capacidad de distinguir las instituciones de las sociedades libres de aquellas que no lo eran (Vile, 1998, pp. 3-10).

La idea de la separación de poderes se plantea normalmente, en su forma más simplificada, a partir de las ideas de Locke y Montesquieu en el siglo XVIII, y ha sido utilizada como un dogma en el centro de las explicaciones del EDM, y como lugar común en debates políticos y académicos (Sandro, 2022, p. 262).

La idea tripartita original de Montesquieu (1906) es la versión más conocida de esta doctrina.⁵ En ella este autor expresa una especial preocupación por limitar el poder del juez: “pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma” (p. 226). Esta idea sería característica del ideal formalista de jurisprudencia me-

⁵ Véase también a Montesquieu (1906): “No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares” (p. 227).

cánica, de acuerdo con el cual los jueces nunca crean la ley, sino que siempre la aplican (Sandro, 2022, p. 264). Esta idea será adoptada luego por algunas corrientes de la codificación y defensores de la escuela de la exégesis, como se verá más adelante. Sin embargo, Sandro (2022) identifica a Marsilio de Padua con *Defensor Pacis*, como el primer autor europeo en defender la noción tripartita de separación de poderes en una forma similar a como es conocida hoy en día.⁶ Comparto con este autor que, más que poder señalar un punto preciso en la historia en cuanto a cuándo habría sido usada la expresión tal como la conocemos hoy por primera vez, resulta de mayor interés rastrear históricamente el desarrollo del ideal.

Para los ilustrados es de gran relevancia el valor del poder legislativo del Estado, puesto que sólo las leyes de este, en la forma establecida, tienen fuerza obligatoria. De este modo, las libertades de los ciudadanos serán garantizadas frente al arbitrio de los gobernantes. Este poder está sujeto a una serie de límites. En primer lugar, el límite de obligarse a respetar el derecho natural o derechos subjetivos innatos. El segundo límite que se impone al poder legislativo es la prohibición de gobernar con decretos extemporáneos arbitrarios, es decir, el deber de administrar la justicia por medio de leyes promulgadas y estables, con jueces preconstituidos y públicamente investidos de autoridad. Así, Locke es uno de los primeros en enunciar el principio de generalidad y certeza del derecho y la garantía de imparcialidad en la aplicación de este. Estaría también prohibido a la autoridad legislativa transferir el poder de hacer leyes a otras manos, puesto que es un poder delegado por el pueblo que ha confiado el poder de hacer leyes y no el de hacer legisladores (Fassò, 1982, pp. 143 y 144).

La preocupación por el actuar arbitrario de gobernantes y la protección de los ciudadanos en cuanto a sus libertades y certe-

⁶ Si bien existirían autores que defienden que las primeras nociones de una separación de poderes vendrían de Platón y Aristóteles, la forma en que estos filósofos clásicos concebían la separación de poderes dista mucho de la concepción moderna, por lo que no es correcto pensar en sus orígenes desde allí (Sandro, 2022, pp. 262 y 263).

za jurídica son entonces denominadores comunes en las explicaciones ilustradas. Sin embargo, para cada tradición existen grados distintos de preocupación según cuál es problema principal que se percibe como amenaza. Por ejemplo, Möllers intenta examinar el núcleo histórico de la separación de poderes a partir de los peligros que busca evitar la institución. Para los franceses, las cortes eran un enemigo a limitar, por considerar que privilegiaban intereses individuales por sobre el bien común. Para los revolucionarios norteamericanos, en cambio, los legisladores eran problemáticos, debido a experiencias pasadas con proyectos constitucionales insatisfactorios (Möllers, 2019, p. 232).

2. *La visión contemporánea y sus problemáticas*

La forma pura o extrema de la doctrina ha sido rara vez puesta en práctica como tal, pero se le ha entendido como un tipo o forma ideal.⁷ Estudiar el tipo ideal permite observar cómo se ha desarrollado la doctrina a lo largo de la historia, con sus modificaciones y ramificaciones. La doctrina en su forma pura e ilustrada presupone una mera aproximación “negativa” a la limitación al poder. La sola existencia de la separación sería suficiente para asegurar la no concentración del poder. No se ejercen acciones tendientes a verificar que esto se cumpla, pues el hecho de hacerlo implicaría una intervención inadecuada en las otras ramas de gobierno. El problema es que la teoría pura no indica cómo verificar si efectivamente se está evitando la concentración del poder. Es por esto por lo que se han incorporado otras ideas para complementar la separación de poderes, que la modifican (Vile, 1998, pp. 14-19).

⁷ Una problemática de esta forma pura, además, sería —a juicio de Vile— su excesivo énfasis en la libertad frente a la necesidad de control respecto del gobierno. Si la preocupación por la actuación del gobierno es excesiva, esto resulta en que el aparato estatal pierde herramientas para hacer frente a necesidades sociales mínimas. Según este autor, el declive de la doctrina en el siglo XX, en especial en Estados Unidos e Inglaterra, se debió al surgimiento de actividades colectivistas de parte del apartado de gobierno, que requería necesariamente interacción y coordinación entre las diversas ramas (Vile, 1998, p. 15).

En el derecho contemporáneo existen numerosos autores que se refieren a este principio. Ha sido definido como un instrumento jurídico organizativo, ligado al surgimiento de organizaciones jurídicas democráticas (Tarello, 2002, p. 184); o como un método —más bien ilusorio— que tendría como objeto proveer un refugio frente a los peligros de la autoridad (Laski, 1919, p. 28). Guastini (2016), por su parte, refiere que la expresión “separación” o “división” de poderes denota dos técnicas distintas o dos modelos de organización de poder político que se suponen funcionales para evitar el despotismo y garantizar la libertad a los ciudadanos: la separación de los poderes propiamente, y el balanceo o equilibrio de estos. En ambos modelos el poder político está dividido y distribuido entre varios órganos, pero en el segundo modelo al que se refiere Guastini las funciones estatales estarían distribuidas de manera distinta y se disciplinan de manera diferente las relaciones entre los distintos órganos. Con la expresión “separación de poderes” se refiere este autor a una técnica constitucional resultante de la combinación de dos principios:⁸ el primero referente a la distribución de las funciones estatales (principio de especialización de funciones); el segundo, referente a las relaciones entre los órganos competentes para ejercerlas (principio de reciprocidad e independencia de los órganos) (Guastini, 2016, pp. 297 y 298). En los autores que señalo se repiten dos aspectos: la naturaleza de la separación de poderes como una herramienta política de organización y la preocupación por el control frente al actuar de las autoridades.

Cabe preguntarse entonces si existe algún punto en la historia en que haya sido usada consistentemente la expresión de “se-

⁸ Guastini distingue el principio de separación de poderes del principio de equilibrio, balanceo de poderes o el *checks and balances* de controles y contrapesos. Este modelo exige que el poder político esté dividido, pero excluye la especialización de la función ejecutiva, así como la especialización completa total de la función legislativa; aunque también la independencia recíproca del ejecutivo respecto al legislativo. El modelo del equilibrio o balance de poderes se basa en la idea según la cual el poder frena el poder para evitar que los diferentes órganos del Estado abusen de las competencias que les son conferidas. La idea detrás de ello es que es necesario que a todo poder se le contraponga otro capaz de condicionarlo y frenarlo (Guastini, 2016, pp. 298 y 299).

paración” o “división” de poderes por los teóricos políticos; o si ha cambiado tanto su significado espacial y temporalmente que se ha transformado en un término inherentemente ambiguo (Sandro, 2022, p. 263). Tanto en la Revolución americana como en la Revolución francesa la separación de poderes se volvió una característica tan propia del constitucionalismo que podía afirmarse que un Estado sin separación de poderes no tenía una constitución en absoluto (Grimm, 2016, p. 13). También puede considerarse este principio como el contexto en el cual se desenvuelve el ideal de las decisiones judiciales atadas a la ley. En este sentido, protegería el ideal de las decisiones judiciales basadas en el derecho y, por otro, la protección de la certeza jurídica (Wroblewski, 1992, p. 274).

Al volver a la idea de los peligros que busca evitar la teoría de la separación de poderes, veremos en los siguientes párrafos que, si bien se introducen modificaciones que permiten perfeccionar ciertos aspectos que aparecen como insuficientes, las preocupaciones de fondo se mantienen. A modo de ejemplo, las modificaciones más importantes habrían tomado la forma de teoría de *mixed government* y el sistema de *checks and balances*, cuya idea base es que estas incorporaciones funcionen como chequeos positivos al ejercicio del poder, que propicien que cada una de las ramas de poder tenga un poder directo de control sobre las demás, y permitan jugar un rol, aunque limitado, en las funciones de otros poderes.

La idea, sin embargo, es que se mantuviera en una forma muy limitada, salvaguardando la idea original de la separación. Esta amalgama habría formado la base de la Constitución estadounidense. Por su parte, la fusión de la doctrina de separación de poderes junto con la teoría del *mixed government* habría producido en la Inglaterra del siglo XVIII una separación parcial de funciones, en el sentido de que la función legislativa podía ser compartida, mientras que las demás quedaban estrictamente separadas. Como vemos, si bien se introducen cambios en aras de perfeccionar el ideal original a la vez que se matizan ciertas ideas drásticas de separación absoluta entre instituciones o poderes, el control político y la pre-

ocupación porque este control ampare los derechos y libertades de los ciudadanos juega aún el papel principal que explica por qué se ha seguido trabajando sobre este ideal.

La mayor parte de las críticas a la noción clásica puede clasificarse como un ataque a la vigencia y utilidad de la noción pura del ideal de separación, así como a la falta de claridad de qué se quiere decir exactamente cuando se invoca la separación de poderes. En este sentido, autores contemporáneos han realizado propuestas respecto del lugar que se contempla para este ideal en la cultura jurídica actual.

Existen autores que aceptan como realidad empírica que el legislador o los parlamentos han perdido su monopolio implícito en la creación de ley y que los tribunales constitucionales hoy comparten su autoridad para la interpretación la Constitución e incluso los jueces ordinarios ya no son esclavos de la codificación, participando de estos en decisiones político-constitucionales (Stone Sweet, 2000, p. 129). En un sentido similar, Sandro (2022, p. 261) explica esta decadencia de la noción clásica por no ser esta capaz ya de explicar consistentemente la pluralidad o fragmentación del ejercicio de los poderes públicos y por considerarse en ocasiones un obstáculo práctico para la realización eficiente de políticas públicas necesarias en un mundo globalizado. Un problema considerable en la literatura en cuanto a la aproximación a la noción de separación de poderes es que pocos autores definen exactamente a qué se refieren con la doctrina, cuáles serían sus elementos esenciales y cómo se relacionan estos con otras ideas fundamentales en un Estado de derecho (Vile, 1998, p. 13).

Deben considerarse además factores tales como las estructuras complejas del Estado de bienestar, la privatización de funciones públicas, el auge de las cortes constitucionales y la internacionalización de la ley, además del declive que ha tenido la concepción formalista y clásica de la separación de poderes a partir de principios del siglo XX (Möllers, 2019, p. 234).

Por otra parte, una concepción demasiado rígida de poderes podría obstaculizar la marcha del Estado moderno, por lo que en

vista de necesidades prácticas emergentes se hace preciso conceder a los órganos del Estado además de sus funciones típicas otras sustancialmente diferentes, atribución que a juicio de Porrúa Pérez (2005, p. 396) se hace sólo de manera excepcional y subsidiaria. Otro problema central de la discusión en torno a la separación de poderes es la falta de claridad en cuanto a lo que implica, así como la dificultad de sostener una defensa de la teoría pura tripartita de Montesquieu en los Estados modernos actuales (Carolan, 2009, p. 18).

Sandro refiere que existe actualmente un interés renovado en la teoría legal por la historia conceptual de esta doctrina, la cual se produce en dos frentes paralelos. Por un lado, se analiza la doctrina recibida de la separación de poderes en la versión tripartita y se cuestiona su corrección conceptual e histórica. Por otro, se analiza el impacto que esta versión ha tenido en constituciones históricas como la Constitución norteamericana o las constituciones postrevolucionarias en Europa. Este análisis se ha hecho con el fin de determinar si más allá de las apelaciones ceremoniales a esta doctrina, la idea se ha implementado efectivamente y si esta implementación ha tenido algún éxito (Sandro, 2022, pp. 262 y 263).

En el ámbito del *common law*, se distingue la separación de poderes de la división de poderes, que se refiere a evitar la concentración de poder político en manos de una persona o grupo. Asimismo, lo distingue del principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*), la cual sostiene que el ejercicio de poder debe ser balanceado y contrapesado por el ejercicio de poder de otros detentadores de poder (Waldron, 2012, p. 433). A su juicio, el principio de separación de poderes tiene un significado por sobre estos otros dos principios, puesto que promueve una separación cualitativa de las diferentes funciones del gobierno: legislación, jurisdicción y administración ejecutiva. La separación de poderes no sería simplemente equivalente a los demás principios, puesto que el

principio de separación da cuenta de la distinción vital entre tres funciones de la gobernanza: el legislativo, judicial y ejecutivo.⁹

Sin embargo, la justificación de la separación de poderes no resulta clara en la literatura de los siglos XVII y XVIII y existen cuestionamientos teóricos a su valor en relación con las exigencias del gobierno moderno por parte de autores como Posner y Vermeule (Waldron, 2012, p. 434).

Waldron (2012), por su parte, se centra en la integridad de cada uno de los poderes. Existen autores que afirman que fuera del contexto de la doctrina tripartita original, surgida en el contexto sociopolítico francés del siglo XVIII, actualmente se entiende como una separación de funciones del Estado o de sus órganos (Wroblewski, 1992, p. 276).

Carolan (2009, p. 121) señala que, en la noción actual de la separación de poderes, las tareas administrativas serían adjudicadas en concordancia con la identificación inicial de los poderes como legislativo, ejecutivo o judicial; y el poder se concedería sobre la base de que se identifica arquetípicamente la función con la competencia inherente del órgano.

Puede verse, además, a la noción de separación de poderes como un prorrateo de la soberanía estatal. La idea detrás de esto es que ninguna de las ramas del Estado domine a las otras. Esto podría entenderse, por una parte, como una simple refutación de la idea de soberanía de Hobbes. Por otra parte, sin embargo, si las personas en conjunto tienen la soberanía, parecería conveniente tener un sistema en que el aparato estatal (al cual el soberano delega sus poderes por un plazo) pueda realizar sus obligaciones en forma efectiva, sin una concentración de poder que podría suponer una amenaza a la soberanía del pueblo. Alternativamente, puede verse en este orden constitucional de separación de poderes un sistema en el

⁹ A la división de poderes le interesaría, según Waldron, que el poder se encuentre disperso, sin que sea relevante cuáles son estos poderes. El principio de pesos y contrapesos, por su parte, sólo se ocupa de que algunos poderes controlen a otros: no le es relevante qué poderes sean aquellos (Waldron, 2012, p. 433).

cual no son las ramas particulares del Estado las soberanas, sino el orden constitucional en sí mismo (Pierson, 2004, pp. 12 y 13).

3. *Algunas consideraciones generales*

Teniendo en cuenta las críticas a la noción clásica, y lo planteado por autores contemporáneos, pareciera que la problemática de este ideal se traduce en los siguientes elementos: ¿tiene sentido mantener un ideal de separación de poderes en el Estado de derecho contemporáneo? Si es así, ¿qué función cumpliría y qué forma debe tomar? Como el objeto de este estudio recae en la relación de la separación de poderes y la tensión que se genera entre las actividades de creación y aplicación judicial, las respuestas a estas preguntas estarán condicionadas por valoraciones prescriptivas de derecho que van más allá del alcance de este trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente de todas formas hacer algunas acotaciones.

El principio de separación de poderes no puede ser un fin en sí mismo. Una teoría de gobierno no existe en un vacío abstracto, sino que se adopta sobre la base de que será efectiva para ciertos fines (Carolan, 2009, p. 122). ¿Cuál puede ser entonces la función actual de este?

Siguiendo a Vile, se pueden vincular las nociones del gobierno de acuerdo con la ley y el concepto de funciones gubernamentales. El gobierno de conformidad a la ley supone dos operaciones: la creación de la ley y su aplicación.¹⁰ En este sentido, la separación de poderes ha surgido invariablemente unida a las ideas de creación y aplicación del derecho, planteamiento que también postula

¹⁰ Aristóteles dividía a la ciencia política en dos partes: la legislativa, que era de cargo del legislador; y la política, que era una forma de deliberación y que se dividía a su vez en la deliberación y la ciencia judicial. La división mayor no era aquí aquella entre poder legislativo y judicial, puesto que los griegos no concebían una creación continua o frecuente de nuevas leyes, noción que se encuentra implícita en la visión moderna de la función legislativa. Las leyes del legislador debían ser cambiadas en situaciones excepcionales y con poca frecuencia, puesto que el cambio constante podría disminuir el respeto ciudadano por las leyes (Vile, 1998, pp. 21-24).

Kelsen (1949, pp. 269 y 270) desde su punto de vista de superación del dualismo. Sin embargo, puesto que son dos de las formas que toma el poder en una sociedad moderna: quien crea las leyes cimienta las guías de conducta para quienes son parte de la sociedad y determina cuál es el rango de acción del ciudadano. Y quien lo aplica, sea quien sea, debe tener claridad acerca de lo que es creado, o bien, tener claro dónde terminan sus facultades de aplicación y comienzan las de creación.

Pareciera que la sociedad moderna ha debido cumplir con demandas que eran desconocidas para los primeros autores de la separación de poderes. Sin perjuicio de ello y a pesar de toda su insuficiencia, el concepto se ha seguido utilizando a lo largo de la historia política occidental. Esto, a juicio de Vile (1998, p. 8), no es una mera coincidencia, puesto que da cuenta de un reconocimiento de la importancia de la doctrina en el corazón de nuestros sistemas. A esto se suma que desde ciertos planteamientos teóricos la distinción no tendría sentido, puesto que no serían tres los principales poderes, sino dos: la creación y aplicación (o ejecución) de la ley, funciones que no estarían coordinadas sino supraordenadas (Kelsen, 1949, p. 269). Esto último es interesante, pues es parte de la visión kelseniana de Estado; y me parece que demuestra que el compromiso teórico con el derecho en general permea incluso instituciones que se consideran comúnmente como cimiento del Estado de derecho moderno.

En este sentido, propondré que la separación de poderes no resulta siempre conciliable con ciertos ideales de respeto a los derechos humanos, cambios en la noción del Estado en que se espera más de este que la mera abstención para el ejercicio de libertades y expectativas relativas a ideales de justicia contemporáneos. Esta difícil contradicción se manifiesta con claridad en los denominados discursos de activismo judicial y el temor, por parte de algunos teóricos y juristas, de formar parte de un gobierno de los jueces y no de las leyes.

El problema reside en que esta contradicción no parece estar trazada expresamente, por lo que discusiones acerca de si los jue-

ces pueden o no crear derecho, o si lo crean en la práctica, se vuelven insustanciales si no se comprende la red contextual en que se inserta el EDM, en la que se conjugan raíces de ideales históricos que siguen permeando nuestro sistema, como el imperio del derecho y la separación de poderes, y los ideales de democracia, igualdad y respeto universal a los derechos humanos. Así, se advierte que la utilización del ideal de separación de poderes ha estado constantemente sujeto en sus usos a los sucesos históricos de las sociedades (Tarello, 2002, p. 185). Por lo tanto, para tener una idea completa de la función que cumple el ideal actualmente es necesario entenderlo en conjunto con otros acontecimientos propios de la formación del EDM. Y es de otro suceso histórico, que se encuentra unido al ideal de separación de poderes, al que me referiré en el próximo apartado.

4. *El constitucionalismo y las nuevas limitaciones al ejercicio del poder estatal*

El constitucionalismo consiste en la defensa de ciertos tipos de arreglos institucionales, con base en los cuales ciertos fines serán alcanzados de esta forma. Vile (1998, p. 8) lo define como un elemento normativo basado en la creencia de que hay relaciones demostrables entre ciertos tipos de arreglos institucionales y la protección de ciertos valores. Para Fioravanti (2011), con una definición que tiene la virtud de abarcar la idea del constitucionalismo durante toda la edad moderna y contemporánea, es una “corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas” (pp. 55-58).

Si bien un constitucionalismo básico se puede rastrear hasta el período de las monarquías absolutas europeas, y la idea de la constitución mixta es parte de la idiosincrasia política de la Edad Media, el constitucionalismo a partir de la ilustración es indisoluble del principio o ideal de separación de poderes (Fioravanti, 2011, p. 56).

Debo referirme a la idea de Constitución medieval brevemente para hacer énfasis en los cambios que ocurren en la concepción del derecho. El príncipe o rey debía juzgar según el derecho existente, anterior a su propia existencia de gobernante. Si bien no había apelación respecto de sus decisiones, esta era innecesaria, pues si el príncipe era realmente justo, y no un tirano, simplemente juzgaba según leyes que le precedían (Fioravanti, 2011, p. 41). La Constitución mixta medieval se caracteriza por entender la ley como un producto de la colaboración entre el elemento monárquico, aristocrático y democrático.¹¹ Esto es advertido ya en el siglo XIII al señalar que la ley no sería más que la confirmación de una costumbre ya existente, debiendo esta confirmación obtenerse a partir de la autoridad del rey, el consentimiento de los magnates, y el compromiso de toda la comunidad política (Fioravanti, 2000, p. 49). Esta Constitución mixta se mantiene en la Edad Moderna hasta fines del siglo XVIII, período en que cambian caracteres fundamentales del constitucionalismo, para dar paso a las revoluciones de la época (Fioravanti, 2014, p. 23).

Debemos recordar en este punto el viraje ideológico que supone la concepción de soberanía de Bodin y Franklin (1992). La primera marca de la soberanía es el derecho del príncipe de crear leyes sin el consentimiento de ningún otro. Tenemos entonces dos diferencias respecto de la tradición medieval: el príncipe ya no aplica la ley preexistente, sino que debe crearla, y, además, no se requeriría el consenso de otros estamentos sociales para que esta ley sea válida (Bodin y Franklin, 1992, p. 56).

Se ha asociado la constitucionalización de la soberanía popular como un punto de inflexión en la historia del constitucionalismo. Si bien las aportaciones de Bodin, quien consideraba a la soberanía como un derecho de los príncipes, y Hobbes, para quien la soberanía residía en primer lugar en los hombres quienes a través del contrato social la entregan a los príncipes son las más cono-

¹¹ En sentido similar era entendido por Platón, en sus *Leyes*, y era exaltado este tipo de gobierno que “mezclaba todas las constituciones” por cuanto cada órgano podía obstaculizar a los otros y/o colaborar con ellos (Bobbio, 1996, pp. 154 y 155).

cidas en esta materia, fue James Harrington (1996) quien postuló una idea más desarrollada acerca de la soberanía en relación con la Constitución inglesa. Para este, a fin de que el imperio de las leyes pudiera consumarse como garante de la libertad humana, era necesario que las leyes fueran propuestas por una rama del gobierno y aprobadas por el poder del pueblo, esto es, por una rama diferente. En su concepción, debía proponer las leyes el senado, resolver el pueblo, y la magistratura ejecutarlas (Harrington y Pocock, 1992, pp. 24 y 25). Fue esta la idea fundamental que acabaría por erigirse como piedra fundamental del constitucionalismo moderno a juicio de Dippel (2009), puesto que la concepción de Harrington contenía los principios básicos del constitucionalismo inglés: que la soberanía reside en el gobierno, y que esta podía expresarse únicamente a través de la actuación conjunta del rey y el parlamento (Dippel, 2009, p. 24).

Con la expansión del racionalismo se fue privilegiando cada vez más a la ley como fuente del derecho por sobre la costumbre y la interpretación de la ley sobre la doctrina y los precedentes judiciales, haciendo primar, a juicio de Ruiz Miguel (2002), la voluntad del presente sobre la autoridad del pasado. El período en que surge una preocupación fuerte y consistente por el poder absoluto del Estado y las eventuales limitaciones al ejercicio de este poder, sin embargo, no comienza sino hasta el surgimiento del constitucionalismo. Como indiqué en el apartado referente al origen del EDM, las limitaciones al poder político como tales existieron desde mucho antes de que se hablara de constitucionalismo o derechos fundamentales. Existían limitaciones al poder político en la política grecorromana y en la Edad Media, pero la naturaleza de estas limitaciones, y la extensión o su importancia, cambió a partir del advenimiento de la Ilustración.

La introducción del concepto de *derechos*, y el cambio de paradigmas desde los deberes hacia los derechos, constituyó un punto de quiebre esencial que invirtió la lógica del individuo frente al poder, colocando al individuo y a sus derechos ya no como un objeto del dominio del poder político, sino como el fin

mismo de la organización política. En este sentido, si bien existía una Constitución durante la Francia absolutista, el concepto de ella cambió al notar Montesquieu que la Constitución inglesa era una verdadera Constitución, en el sentido de que el objetivo central de ella no era el soberano sino los ciudadanos.

Este cambio de enfoque sería lo que habría dado un punto de partida a las diversas revoluciones que surgieron en Europa en el siglo XVIII. Sin embargo, este cambio de significado del concepto de Constitución no fue recogido en la *Enciclopedia* de Diderot. Y no fue sino hasta 1771, en la obra de De Lolme, en que este comenzó a referirse a la Constitución como la manera en que se encontraba distribuido el poder, del equilibrio entre sus distintas partes y sus recursos recíprocos. Así, no basta con que la Constitución contenga un orden, sino que este debe ser un orden determinado orientado a ciertos objetivos políticos y sociales (Dippel, 2009, p. 16).

Se produce entonces un viraje desde el concepto de Constitución del absolutismo ilustrado, en que esta consistía en la plasmación de la realidad de un Estado como enunciación de las leyes más importantes para el ejercicio del poder y de la sucesión monárquica, al concepto moderno. Para Dippel, a partir de la revolución norteamericana se generan los principios básicos del constitucionalismo moderno: soberanía popular, Constitución fundada en principios universales, declaración de derechos, gobierno limitado y finalmente, la Constitución como ley suprema. Estos cinco elementos condicionaron a su vez la aparición de otros cinco principios orientados a conseguir las metas perseguidas por el constitucionalismo moderno, a saber, gobierno representativo, separación de poderes, rendición de cuentas y responsabilidad gubernamental, independencia del poder judicial y, por último, un proceso ordenado para enmendar la Constitución. Habría sido por primera vez en 1776, en la Constitución de Virginia, cuando estos principios fueron plasmados en su totalidad (Dippel, 2009, p. 41). Trece años más tarde estos principios se reforzaban en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: "toda sociedad en que la garantía

de derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución” (Dippel, 2009, p. 16).

Es relevante destacar que en el corazón de las revoluciones norteamericana y francesa se encontraban temores distintos. El gran enemigo que derrotar para la Revolución norteamericana era el Parlamento británico con su soberanía ilimitada. En cambio, el enemigo en la Revolución francesa no era el Parlamento sino el poder despótico del soberano y una nobleza y clero opuestos a los verdaderos intereses de la nación. Para los franceses no tenía sentido limitar el órgano legislativo, pues era un poder soberano. Encontramos el énfasis del constitucionalismo norteamericano en el gobierno limitado, y el énfasis de las revoluciones francesas y sus constituciones en el poder soberano del pueblo y el reflejo de este en la Constitución (Dippel, 2009, p. 16). Fioravanti (2014) lo resume de la siguiente forma: “la Revolución francesa nace para consolidar un nuevo poder, la americana para limitar un poder ya existente” (p. 39).

Para Friedrich (1963), en el constitucionalismo de Locke el lugar de la soberanía es tomado por el poder constituyente, que es la fuerza que legitima al orden constitucional (p. 101). En el sistema lockeano la legislación positiva resulta de la voluntad popular, que se plasma dentro del marco de una legislación constitucional. Manteniendo una creencia en la ley natural, el fundamento de todo orden legal se encontraría en el derecho natural del hombre de autopreservarse y de participar en la fundación y moldeamiento de un orden legal que le satisfaga. En el centro de este orden constitucional, este autor pone al poder legislativo por sobre todo poder judicial, el cual está restringido sólo por la ley natural razonable (Friedrich, 1963, p. 101). El poder legislativo debe gobernar de conformidad con las leyes existentes, las que deben estar publicadas y ser conocidas por las personas. El rol del juez, en este escenario, es decidir las controversias de conformidad con las leyes legisladas (Friedrich, 1963, p. 103).

Las ideas fundamentales detrás del constitucionalismo son, en primer lugar, la primacía de la ley y la creencia en su valor renovador y transformador de la realidad. En segundo lugar, la exigen-

cia liberal de someter a límites al poder político y establecer límites a los derechos y deberes correspondientes. Por último, la búsqueda de la seguridad jurídica mediante un conocimiento general, lo que sería realizable a través de un texto escrito en forma simple y clara (Ruiz Miguel, 2002, p. 276).

La prioridad axiológica de los derechos fundamentales frente al poder político se comprueba, según Pino (2018), en las formulaciones los dos primeros documentos constitucionales resultantes de las revoluciones de fines del siglo VIII, las que contaban usualmente con un preámbulo consistente en una enunciación solemne de derechos, elección estilística que ha sido plasmada en numerosas constituciones contemporáneas (pp. 28-33).

Pasada la época de las grandes revoluciones, en Europa continental se producía otro viraje en torno al constitucionalismo. Las constituciones del siglo XIX buscaban un equilibrio entre una garantía de derechos y una preservación, en una línea más moderada que las visiones revolucionarias, de equilibrios sociales e instituciones. Se buscaba en toda Europa un equilibrio entre un historicismo conservador y el racionalismo revolucionario. La nación del siglo XIX es moderada, puesto que no quiere abandonar los principios revolucionarios, pero teme sus excesos; en especial aquellos que conlleva el principio de igualdad, imponiendo prudencia y equilibrio (Fioravanti, 2014, pp. 47-49). Los Estados europeos ven en el Estado soberano la gran solución, por lo que la idea de supremacía absoluta de la Constitución sufre un decaimiento en esta época. Es el Estado el que representa el orden político y el que contiene la Constitución.

En los Estados europeos las cartas constitucionales se dedican casi por completo a regular las formas de gobierno. Si bien declaran también los derechos individuales, su tutela es atribuida a la ley del Estado, a la que no puede oponérsele la Constitución como norma superior. Mientras tanto, en Inglaterra discurría la idea de la soberanía en los siglos XIX y XX, a través de la soberanía del parlamento, siendo este el factor que impide en Inglaterra un control de constitucionalidad (Pino, 2018, pp. 28-36).

Lo característico de toda la cultura europea del siglo XIX es, para Fioravanti, que la Constitución se incorporó al sujeto que representaba en cada país el principio de soberanía: el Estado para los alemanes, la Asamblea de representantes de la nación para los franceses, el Parlamento para los ingleses. Así, interviene el constitucionalismo en la Construcción del sujeto soberano. Y esta fue la situación en Europa hasta que las guerras del siglo XX cambiaron el panorama constitucionalista, cuestionándose desde sus bases (Pino, 2018, p. 54).

Superados los regímenes totalitarios europeos de la mitad del siglo XX, es característico del constitucionalismo la introducción de derechos fundamentales entendidos como una autolimitación de la soberanía. No están ya sujetos al Estado ni a la exclusividad de los regímenes legales nacionales. La relación entre constitución y Estado se invierte respecto del siglo XIX. Ya no es el Estado el que contiene la Constitución. Los derechos no presuponen el Estado, sino que este los presupone a ellos, que, a su vez, están fundados en la Constitución. Un segundo aspecto de este nuevo constitucionalismo de la posguerra es su carácter supranacional: ya no nos situamos únicamente en el plano del derecho nacional de cada Estado, sino que se introducen en las nuevas constituciones declaraciones que incluyen la incorporación de normas de derecho internacional (Pino, 2018, pp. 143-148).

Como muchos constitucionalistas iusnaturalistas ingleses, Locke enlazaba la fundamentación del poder político, esto es, el consenso popular, con un elemento liberal que constituía el límite puesto al poder por una ley superior. En este sentido, para Fassò (1982), en el pensamiento político inglés el concepto de democracia, que es la fundamentación del poder político en el consenso popular, lleva implícito el liberalismo, de tal forma que en el pensamiento anglosajón la expresión "Estado democrático" se usa para significar normalmente Estado liberal (p. 145).

El constitucionalismo actual implica que el gobierno debe tener limitación en sus poderes y que la autoridad de este supone llevar a cabo estas limitaciones. Cuando los autores hablan acer-

ca de constitucionalismo, no se refieren normalmente a la noción mínima de este, la que requiere la existencia de una constitución que únicamente establezca y tal vez defina los límites de la autoridad. Se refieren usualmente a que existen normas que crean los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y que, además, estas normas imponen limitaciones significativas sobre ellos (Waluchow y Kyritsis, 2022, p. 3). Para Pino, el núcleo reconocible del constitucionalismo radica en una forma específica de articular las exigencias de limitaciones al poder político y de articular técnicas jurídicas funcionales a este objetivo; característico del constitucionalismo contemporáneo es además su fundamento en derechos naturales, fundamentales e inviolables de los individuos (Pino, 2018, p. 27).

Teniendo presente el análisis anterior respecto de la separación de poderes, el constitucionalismo impulsó este ideal como una forma de limitar el poder político, dividiéndolo a fin de no concentrarlo y limitándolo a ejercer cada uno de los poderes las funciones dentro de la esfera de sus atribuciones.

Pareciera que el ideal de limitaciones al poder, con sus matices, es algo que se mantiene desde la Edad Antigua hasta la actualidad. No parece ser este el factor que cambia la situación de las actividades de crear y aplicar derecho. En cambio, lo que se concibe como la forma de hacer y entender el derecho y la respuesta a quién debe ser el artífice de ese derecho, parece mucho más relevante como un elemento para entender el porqué de la problemática que planteo. Este cambio de concepción comienza con Bodin, quien, como se estableció previamente, fundó una concepción de soberanía en que el príncipe debía crear leyes para sus súbditos, y no simplemente aplicar y aclarar las ya preexistentes.

El gobierno de las leyes versus el gobierno de los hombres parece ser un tema que se busca zanjar desde la Edad Antigua, estando Aristóteles y Platón de acuerdo en que las leyes poseen las características necesarias de carencia de pasión e inmutabilidad para un buen gobierno. El derecho medieval sujetaba al príncipe a Dios y a las leyes, pues las leyes hacían al rey (y no a las leyes positivas, que emanaban de él, sino a las leyes inmutables del dere-

cho natural). Pero lo que ha cambiado a lo largo de los siglos es el origen de esas leyes (Bobbio, 1996, p. 131). De las leyes inmutables en que el príncipe se limitaba a explicitar y aclarar la ley existente, pasamos a la concepción de soberanía absolutista en que el príncipe es el llamado a crear las leyes, siendo esta una de sus principales obligaciones. Una consecuencia de que la ley pueda ser creada es que ya no es inmutable. Así como fue creada, puede ser derogada y cambiada por una nueva ley. Esta característica de la ley como esencialmente contingente implica la idea de que se puede renovar y transformar la realidad, conforme con las aspiraciones ilustradas—lo que veremos más adelante con Pufendorf—.

Permite esta idea de contingencia, además, que Rousseau vaya más allá al afirmar que los representantes del pueblo no son más que comisarios de la voluntad popular, en cuanto que toda ley no ratificada por el pueblo sería nula (Fioravanti, 2014, p. 84). Rousseau concebía la ley como la manifestación de la voluntad general, que sólo tenía como objetivo el bien común, y no podía ser injusta porque nadie podría ser injusto contra sí mismo. Este autor enfatiza la supremacía de la ley como garantía de la libertad, que es, sin embargo, distinta de la concepción de otros autores liberales como Locke o Montesquieu, puesto que va más allá de asegurar certeza e imparcialidad. Se enfoca en una libertad a través de la ley que trasciende a los individuos (Fassò, 1988, p. 247).

Rousseau sigue los pasos de Hobbes, el enemigo del poder dividido, en el sentido de que para ambos autores la garantía de los derechos no debe confiarse al equilibrio de poderes, sino a la fuerza de una ley general y abstracta. Lo que el primer autor hace, sin embargo, es introducir un elemento de desconfianza en los gobernantes que no existía para Hobbes, el temor de que la voluntad particular de los gobernantes conquistara nuevamente el dominio de la ley (Fioravanti, 2014, p. 33).

Y el hecho de que la ley sea contingente implica, por último, que debe darse a conocer. Si es una ley creada, y se tienen aspiraciones de que esta sea cumplida, debe ser de alguna forma dada

a conocer a todos sus obligados. Y es de esta idea de la que me ocuparé en el próximo apartado.

5. *La codificación como base de ideales jurídicos fundamentales*

La codificación no puede ser dejada de lado en un análisis de la concepción básica que tenemos de la operatividad de nuestro ordenamiento jurídico (Calsamiglia, 1990, p. 97).

Fue el iusnaturalismo racionalista¹² el que, durante la Ilustración, alentó la codificación como un factor esencial para racionalizar el poder político y el modo de crear las leyes (Calsamiglia, 1990, p. 97). No fue el único factor, sin embargo, siendo de mayor relevancia la decadencia del derecho común que en el siglo XVIII se producía en toda Europa (Fassò, 1988, p. 17). Para Fassò (1988), lo determinante fue la unión entre el derecho natural y el derecho positivo, unido a los intereses de los Estados absolutistas, que encarnaría el ideal de racionalidad tan buscado (p. 18).

En una caracterización sencilla, que Caroni reconoce como arriesgada, se estima que la codificación provocó un cambio de época, facilitando la clausura del reinado secular de la costumbre y dando inicio al de la ley (Caroni et al., 2013, p. 10). En el tránsito hacia la edad definitiva de la codificación tuvo gran peso, como paso preliminar, el rechazo decidido del sistema de fuentes como tal, es decir, de un régimen que siempre había preferido el jurista al legislador. Se acusaba de falta de idoneidad, desorden y contradicciones entre las fuentes, considerados como la causa de los males típicos de la administración de justicia (los “abusos” de los juristas, la “inseguridad” de los súbditos) y en contra de esto se dirigían las críticas de los ilustrados (Caroni et al., 2013, p. 49). Así, los ilustrados reivindican el derecho del hombre de crear derecho, libre de ataduras históricas. Según Ferrante (2013), la codificación

¹² Es necesario hacer presente que no hay una sola línea de pensamiento de iusnaturalismo racionalista, y que no todos los teóricos de esta línea tenían las mismas pretensiones. En este sentido ver Caroni et al. (2013, pp. 38 y 39).

se rebela además contra el derecho común (Ferrante, 2013, p. 49), el cual consistía en la *lex* entendida en sentido estricto: derecho romano en sus fuentes aceptadas y con las manipulaciones que eran admitidas (Tarello, 2022, p. 65).

El derecho de Justiniano, a fin de ser adaptado a una sociedad en funcionamiento doce siglos después, fue complementado necesariamente con opiniones de jurisconsultos y sentencias de tribunales a las que se daba valor de derecho, así como por el derecho canónico y el feudal, haciendo que la extensión legislativa fuera considerable y que la incertidumbre frente a la ley fuera significativa (Fassò, 1988, pp. 17 y 18).

Del primer código propiamente como tal, el Prusiano de 1794 recogió del iluminismo racionalista la pretensión de que el código debía ser un sistema completo, que dejase el menor espacio posible a la interpretación, incluyendo incluso uno de los proyectos del código, la obligación del juez de consultar a la comisión legislativa en caso de silencio u oscuridad de la ley. La idea detrás de aquello era que nadie podía crear derecho más que el legislador, reservándose incluso la interpretación de la ley a órganos legislativos (Fassò, 1988, p. 20).

Esto se relaciona estrechamente con la preocupación de Montesquieu de que el juez no fuera más que la boca de la ley y, en especial, de Cesare Beccaria (2015) de tener un código escrito y fijo de leyes que debían observarse en forma literal, lo que cumplía con el objetivo de limitar a los jueces a examinar y juzgar las acciones de los ciudadanos de conformidad sólo con la ley escrita (Beccaria, 2015, p. 23). La subordinación de los jueces a la ley busca garantizar el valor de la seguridad jurídica,¹³ de forma que el ciudadano sepa con certeza si un comportamiento está o no en de conformidad con la ley establecida (Bobbio, 1993, p. 57).

Una de las manifestaciones de la aparición histórica del Estado liberal de derecho está ligada con el surgimiento del modelo

¹³ Para Bobbio (1993, p. 58), los escritos de Beccaria expresan una teoría silogística de la aplicación del derecho.

de legislador racional. Este tipo de Estado liberal moderno está legitimado porque pretende ser la expresión de la voluntad popular. Somete el poder al derecho, divide a los poderes y somete a la administración a la ley, pretendiendo garantizar una serie de derechos individuales (Calsamiglia, 1990, p. 98).

Calsamiglia ve en la ficción del legislador racional un modelo necesario que cumple la función de justificar la abdicación valorativa y la adhesión del jurista al derecho positivo en la dogmática jurídica. ¿Por qué es relevante analizar el modelo de legislador nacional? Porque mientras mayor sea la adhesión al, o la creencia en, modelo del legislador como expresión de la voluntad popular, y mayor sea a su vez la adhesión a una interpretación formalista de la ley, habrá menos espacio para la labor creadora del juez. En este sentido, una adhesión al modelo del legislador racional quita atribuciones al poder judicial (Calsamiglia, 1990, pp. 98-100).

Se relaciona esto asimismo con el supuesto de sujeción del juez a la ley. Este supuesto considera que todo el derecho está contenido en la ley y que el papel de la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales o la costumbre, es meramente subsidiario. El objetivo de este supuesto es garantizar por sobre todo la seguridad jurídica, considerando que toda actividad creadora del derecho fuera de aquella realizada por el legislador es una alteración del sistema de justificación del poder jurídico (Calsamiglia, 1990, p. 100).

Con los primeros códigos del siglo XVIII (Bavaria, Prusia y Austria) se buscó la realización de la ley natural, lo completo como medio para anticipar argumentaciones jurídicas, y la resolución de puntos dudosos por el legislador y no por el juez. El código más celebrado históricamente, resultante de la Revolución francesa y conocido como Código napoleónico muestra una sistematización derivada de la ley natural que, a juicio de Friedrich, alcanza la perfección de la forma (Friedrich, 1963, p. 120).

Ahora bien, debe tenerse presente que autores como Caroni (2013) reconocen la influencia iusnaturalista de estos códigos, pero refiere que no los caracterizaría como iusnaturalistas, puesto que, si bien suministraron importantes herramientas ideológicas

a la teoría de la codificación, no cuentan con ciertas características que muestra luego el viraje ilustrado. Principalmente porque el iusnaturalismo busca racionalizar el derecho sistematizando, el ya existente: no se refiere a crear derecho. A los ilustrados, en cambio, el derecho les parecía factible, susceptible de ser pensado, reelaborado e inventado libremente, pudiendo adaptarlo a las necesidades del momento. En cuanto a la forma que debía darse al nuevo derecho, los ilustrados manifestaron predilección por la legislación, que debía ser omnicompreensiva, dejando el menor espacio posible para la interpretación del juez. La plenitud de la legislación era clave para librar al derecho de la libre disponibilidad de jueces y abogados, es decir, de aquellos operadores a quienes el viejo sistema había otorgado amplios espacios para maniobrar (Caroni et al., 2013, pp. 38-42).

Es interesante destacar que para Caroni existían en la época dos frentes opuestos abogando por la codificación: por un lado, el monarca absoluto, quien veía como conveniente incluir la legislación como derecho propio y reservado a la corona, a fin de obtener la exclusividad de esta fuente jurídica que requería la erradicación de fuentes alternativas, como la costumbre, que no solía convenir al rey por sus componentes republicanos. En el frente opuesto actuaban los ilustrados, con su ambición de aplicar la exigencia emancipadora en la práctica. Buscaban, respecto del derecho, una formulación clara y accesible, la plenitud del contenido, la exclusividad de la vigencia y la promulgación pública y oficial. En este sentido, la codificación está inspirada por dos espíritus diferentes: el estatalista, que impulsa la exclusividad de la producción del derecho; y el garantista, que considera que fijar el derecho es la premisa mínima de la seguridad jurídica y la defensa del ciudadano frente al aparato burocrático (Caroni et al., 2013, pp. 41 y 42). A esto se añade, como se examinará en las páginas siguientes, la ideología de la sistematicidad y coherencia y la necesidad de que el derecho sea breve y conciso, en aras de la seguridad jurídica.

La posibilidad de interpretación de ley escrita por parte de los órganos de aplicación fue por mucho tiempo una preocupación

constante en los primeros códigos europeos, puesto que uno de los factores ideológicos que contribuyeron a esta aspiración codificadora fue el principio de la certeza del derecho, también llamado seguridad jurídica. Según este, como bien indica Bobbio, los miembros de la sociedad pueden tener un criterio seguro de conducta solamente conociendo por anticipado y con exactitud las consecuencias jurídicas de su comportamiento.¹⁴ Así, siguiendo esta lógica, la contribución creativa en la interpretación de la ley por parte del jurista, esto es, de cualquier operador jurídico que no sea el legislador, debe ser mínima, si es que existe en absoluto (Bobbio, 1993, p. 94).

La aspiración de certeza jurídica se encuentra estrechamente relacionada con el principio de legalidad, el cual, por su parte, no es exclusivo de la Modernidad. Uno de los principios básicos de la doctrina política medieval era la subordinación del príncipe a la ley natural. Aún más, ya en la filosofía platónica y aristotélica vemos cómo la relación entre el derecho y el poder fue planteada desde el punto de vista de la superioridad de un gobierno de las leyes por sobre el gobierno de los hombres (Bobbio, 1993, p. 131). Se mantuvo, sin embargo, como ideal básico de los Estados de derecho hasta la actualidad, siendo ensalzada por Beccaria (2015, p. 22) la técnica de aplicación de la ley a través de un silogismo perfecto. Ferrajoli (2013, p. 34) lo señala como un principio valorativo del derecho que está presente de forma implícita o explícita en las constituciones de ordenamientos jurídicos avanzados. La sujeción de la judicatura u órganos de aplicación a la ley, sin embargo, sí es parte del ideal de EDM actual, y se configura a partir del principio de separación de poderes del Estado comenzando en la Ilustración. Recordemos en este punto que el juez del derecho medieval podía acudir a diversas fuentes del derecho para justificar sus decisiones, todas las cuales eran igualmente válidas (Bobbio, 1993, p. 46). Pero

¹⁴ Y en esto debo hacer nuevamente una obligatoria referencia a la importancia de la idea del derecho como guía de conducta que se presente como premisa para la problemática que se analiza en este artículo.

al derecho medieval no parecía interesarle particularmente que las personas conocieran el derecho.

Importante es destacar que la Revolución francesa produjo también desconfianza en los jueces, lo que influyó fuertemente en la concepción del rol de estos dentro del Estado de derecho. A raíz de la concepción del juez como representante del antiguo régimen revolucionario y sus excesos, el juez se configuró como una figura burocrática, destinado meramente a aplicar el derecho legislado, lo que llevó a que en gran parte de Europa durante todo el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX se asentara una ideología legalista y con ribetes fuertemente estatistas (Ruiz Miguel, 2002, pp. 287 y 288).

Para Tarello el derecho codificado está dotado de elementos ideológicos que le sirven de sustento. La primera ideología, según este autor, sería la de que el derecho es arbitrario. El arbitrio que aporta el derecho puede encontrar límites de hecho y puede descubrir límites morales que atañen a quien tiene al arbitrio; pero no puede tener límites jurídicos: a lo menos no en el sentido en que son jurídicas las reglas puestas por el arbitrio, en el sentido de que son producto de la voluntad humana, contingentes (lo que las convierte en esencialmente mudables, variables).

Los elementos de esta ideología, que Tarello califica como pufendorfiana, son los siguientes: (1) El voluntarismo, pues el derecho es la voluntad de la autoridad suprema. Pensar el derecho como una voluntad implica concebirlo como algo maleable en el tiempo, y desacredita la idea de un derecho inmutable en esencia. Esto implica a su vez que surge la posibilidad de crear derecho nuevo. (2) El imperativismo, pues si el derecho es voluntad de autoridad antes que ser ley natural, el derecho no consiste en afirmaciones, sino en mandatos. Esto es relevante, puesto que, si el derecho es un mandato, se hace necesario que el destinatario del mandato conozca cuál es el mandato, haciéndose propio de la naturaleza del derecho el ser comunicado a los obligados. La comunicación debe ser de forma tal que no genere dudas acerca de la naturaleza del mandato. (3) El tercer y último elemento de esta ideología es el

psicologismo. Si el derecho es voluntad del legislador, el conocimiento del derecho es el conocimiento de la mente, de la voluntad del legislador soberano. Esta parte de la ideología ha jugado un papel, una vez establecida la codificación, en la interpretación de los preceptos contenidos en esta (Tarello, 2002, pp. 44-48).

La segunda ideología pertinente al movimiento codificador es aquella para la que el derecho es un dato, como todos los otros datos de la realidad; por lo cual el conocimiento del derecho es conocimiento totalmente idéntico a todos los demás conocimientos. En este sentido, cada problema jurídico debe tener una respuesta cierta. Los elementos fundamentales de esta ideología, que Tarello llama leibniziana, y que son contradictorios en parte con los elementos de la primera ideología pufendorfiana reseñada, son los siguientes. (4) El descriptivismo, opuesto al imperativismo, en que el derecho se concibe como proposiciones jurídicas verdaderas y no ya mandadas o queridas. Esta noción implica, a su vez, que el derecho es coherente, puesto que las proposiciones verdaderas no se pueden contradecir; que entre las proposiciones jurídicas se instituyen las relaciones lógicas que se establecen entre las proposiciones en general y que el derecho aún no conocido se descubre mediante el trabajo lógico a partir de las proposiciones jurídicas conocidas. (5) El sistematicismo, que quiere decir que las proposiciones jurídicas que componen el derecho son parte de un sistema ordenado, encontrándose cada proposición en una relación lógico-sistemática con las demás. Y, por último, (6) el conceptualismo, que asume que la deducción lógica tiene límites, y que frente a un problema dado deben resolverse dudas trabajando sobre cualidades del concepto a tratar.

Esta ideología leibniziana se enfocaba en la utilidad del sistema para describir el derecho, siendo reacios los juristas adscritos a esta a la creación de derecho nuevo, que consideraban un error teórico, pues en su concepto todo derecho podía descubrirse a través de las implicaciones del derecho ya existente (Tarello, 2002, pp. 48-53).

Estas dos ideologías de los siglos XVII y XVIII se presentaron como respuesta a la pregunta de cómo debe ser el derecho. Para ambas corrientes la respuesta era una: debía ser simple, claro, breve y conciso. La idea era la certeza de la propia posición frente al derecho, lo que implicaba que el derecho a su vez debía ser cierto.

Ya en el siglo XIX surge uno de los movimientos más relevantes de la era de la codificación: la escuela de la exégesis, que denomina a los juristas franceses y belgas que enseñaban el Código napoleónico con el método de artículo por artículo (Tarello, 2002, p. 75). El código, interpretado literalmente, podía dar respuesta a cualquier problema de contenido. La ideología detrás de esto radicaba en los "mitos", según Fassò, de la certeza del derecho y la división de poderes, lo cual era apoyado por el Estado, que podía reforzar su autoridad al restringir todo el derecho a la ley. El canon interpretativo utilizado era únicamente la voluntad del legislador, excluyéndose fuentes como el derecho natural, consuetudinario, jurisprudencial o doctrinal. El resultado de ello era una concepción rígida del derecho, que privilegiaba la certeza del derecho por sobre la adaptación de este a nuevas necesidades sociales (Fassò, 1988, p. 25).

Es importante notar en este punto las tensiones contenidas en la idea de codificación. Por un lado, tenemos dos ideologías contrapuestas, en la forma del imperativismo versus el descriptivismo. Por el otro, la codificación y la teoría de la que se deriva, esto es, la estatalidad absoluta del derecho resulta contradictoria en el sentido de que convivían dos posturas irreconciliables: la primera, que consideraba que el derecho es aquel creado por el legislador, y que no existe otro derecho distinto de este, y la segunda, que todo el derecho creado por el legislador es en sí mismo derecho natural (Tarello, 2002, p. 93). Notable es que los estudiosos de la exégesis, estatalistas y positivistas mantenían una creencia en principios metafísicos del derecho, ya fuera en las leyes naturales de Dios o en los principios del iluminismo.

De la exégesis quedó, a juicio de Tarello, una forma particular de razonamiento jurídico basado en normas, según el cual la con-

clusión jurídica es una conclusión normativa que resulta de la denominación de hechos mediante nombres, que aparecen en una norma; el dato originario del razonamiento jurídico para esa escuela son las normas. Esto se contraponía a una corriente de razonamiento neonaturalista de la época, que tendía a entender el razonamiento jurídico como aquel que tiene por conclusión una norma, pero en que la premisa era (una descripción de) hechos históricos, verificados o prescritos. Esta segunda técnica reintroducía en el razonamiento el recurso de la "naturaleza de las cosas" (Tarello, 2002, p. 94).

El movimiento de codificación introduce, involuntariamente, un puente entre el iusnaturalismo y el derecho positivo. Fue la atribución de racionalidad al legislador la que conllevó la racionalidad del producto de la voluntad de este. Para Fassò, el valor absoluto que atribuía la tradición iusnaturalista al derecho natural se traspasó gradualmente al derecho empíricamente establecido por voluntad del Estado, transformándose este último en el único derecho (Fassò, 1988, p. 27).

Se invierte entonces nuevamente la lógica que había reinado hasta entonces: en la época clásica no se concebía al derecho natural como superior al positivo, sino que el natural era considerado derecho común y el positivo derecho particular, prevaleciendo este último por sobre el primero en caso de conflicto. En el Medioevo se privilegia al derecho natural, no considerándolo ya común sino derecho emanado de la voluntad de Dios, dada a conocer por este a los hombres a través de la razón. Sin perjuicio de ello, la distinción era de grado. Tanto el derecho natural como el positivo eran considerados derecho durante la Edad Media. Con la codificación, gradualmente se establece la primacía absoluta del derecho positivo, en cuanto sólo este es considerado derecho, lo cual sienta las bases de la ideología del derecho positivo en la cultura jurídica (Bobbio, 1993, pp. 43 y 44).

IV. Consideraciones finales

Efectuada la reconstrucción precedente, volvamos a las definiciones estipulativas sugeridas en la introducción del trabajo. Crear derecho consistiría en la regulación original de un aspecto de la vida y conducta humana en la forma de norma jurídica, que tiene como consecuencia servir como guía general de conducta de los obligados de un determinado sistema jurídico. La aplicación del derecho consistiría, por su parte, en la actividad de considerar una norma general que regula la conducta humana, que ha sido previamente creada y determinar si es pertinente o no en un caso concreto, resolviendo así un conflicto jurídico individual. Propongo en este trabajo que lo que cambia no son los conceptos en sí, sino la forma de distinguir ambas, según la unidad de fuentes de derecho y según la institución que detenta el poder de crear y/o aplicar. Este cambio en la forma de distinción es lo que a su vez genera una tensión que con anterioridad al establecimiento del EDM no se daba, y que se agrava al considerar el Estado de derecho contemporáneo.

Para examinar cómo llego a esta conclusión hay que partir por preguntarse cómo influyó la constitución del EDM en las nociones de creación y aplicación. Tenemos una confluencia de factores que contribuyen al cambio en la forma de entender y hacer derecho. La base del EDM reside en el cambio de noción de soberanía que se produce en los albores de la sociedad moderna con las ideas de Bodin. El derecho pasa de ser meramente aclarado y aplicado por el soberano a ser creado por este. El derecho, con anterioridad a esta nueva concepción, no se creaba, estaba dado con independencia de cuál fuera el poder soberano.

Esto hay que relacionarlo con el cambio a una estructura monista de la producción jurídica en los términos señalados por Bobbio. El soberano pasa de tener el poder de hacer leyes a monopolizar la producción de estas. Quien ejerce funciones de juez pasa de poder elegir entre una multiplicidad de fuentes a tener que resolver considerando únicamente el derecho emanado por el Estado.

La preocupación de los Estados absolutistas porque se cumpliera con el modelo monopolizado de fuentes lleva a preocupaciones respecto de la libertad de acción del juez, que no se daban con anterioridad.

Sin embargo, el poder del soberano absoluto comienza a ser cuestionado en los albores de la edad moderna. Si bien los regímenes absolutistas sientan las bases para el cambio de paradigma en la concepción de lo que es la ley, esto pareciera sembrar las bases de su propia destrucción. Como vimos, la conexión entre las teorías modernas del derecho y soberanía y la emergencia de poderes legislativo, ejecutivo y judicial es estrecha. La idea de un poder legislativo autónomo depende del surgimiento de la idea de que la ley podía ser hecha por la agencia humana: que había un poder real para hacer leyes. Las guerras inglesas del siglo XVII entre el rey y el parlamento dieron paso a una distinción explícita entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Una vez evidenciada esta distinción, encuentra el ideal de separación de poderes en el siglo XVIII un punto de partida en Montesquieu, gran admirador del constitucionalismo inglés.

Este autor consideraba la forma de gobierno inglesa como óptima para la separación de los tres poderes el Estado, división que propugnaba como condición política y jurídica de la libertad (Montesquieu, 2018, pp. 124 y 125). Al soberano, como poder ejecutivo, seguía correspondiéndole poder pleno, el que comprendía las relaciones entre Estados o soberanos y las relaciones entre soberano y súbditos (derecho de imperio y conservación de la paz), pero la creación del derecho correspondía a un órgano diferente del gobernante. Era el poder legislativo quien debía producir reglas normativas de carácter general al interior del Estado. Y era la función del poder judicial declarar, en el caso concreto, la consecuencia derivable silogísticamente de subsumir el caso concreto bajo una regla general preconstituida. Y esta noción de juez como poder nulo significó, según Tarello (2002, pp. 184-185), un paradigma en toda la configuración cultural y estructural de Europa conti-

mental, que implicaba una visión del juez como apolítico y por ello no responsable políticamente. Volveré sobre esto más adelante.

El cambio de la noción de Constitución, desde un documento enfocado en el gobernante a una carta de derechos de los súbditos, precipita el auge del constitucionalismo, que a su vez es el detonante de las grandes revoluciones del siglo XVIII. No basta ya con que la Constitución contuviera un orden, sino que este debe ser un orden determinado, orientado a ciertos objetivos políticos y sociales (Dippel, 2009, p. 16). Y este orden determinado fue, en los inicios del constitucionalismo, y en la Revolución norteamericana, un orden político orientado a cinco grandes principios o ideales: soberanía popular, Constitución fundada en principios universales, declaración de derechos, gobierno limitado y Constitución como ley suprema.

La clave radica en el giro en la concepción de soberanía: el soberano debe crear el derecho. Primero, el soberano se preocupa de que los jueces no apliquen otras fuentes, pues esto atenta contra su soberanía absoluta. En el intertanto comienzan a explicitarse los diferentes poderes del Estado, a partir de ideas de la Constitución inglesa (poder ejecutivo del rey y poder legislativo del parlamento) adaptadas por Montesquieu. Pero, cuando la soberanía pasa a manos de la voluntad popular a partir de las revoluciones del siglo XVIII, fruto del constitucionalismo, es el pueblo soberano el que debe crear las leyes. En este punto se mantiene la preocupación tanto respecto del poder del soberano como del juez, lo que da lugar a un ideal de separación de poderes para garantizar la libertad que se mantiene en alguna u otra forma hasta hoy.

Luego tenemos el giro a una concepción arbitraria o contingente del derecho. Es a partir de esta, en conjunción con los ideales ilustrados de asegurar la libertad y la concepción de la ley como manifestación de la voluntad popular, que cambia el paradigma de la forma de entender el derecho, y, en particular, el derecho continental, para siempre. Una vez que el derecho es creado, surge asimismo la problemática de su aplicación. Cuando el derecho era simplemente dado y su aplicación consistía meramente en acla-

arlo o explicarlo, como ocurría con anterioridad a la Edad Moderna, no podía haber tensión alguna puesto que la limitación a las fuentes de derecho aplicables por el juez era mínima.

Una vez que se concentra la producción jurídica en el Estado y a los soberanos absolutistas comienza a preocuparles mantener esa producción monista, es que el rol del juez recibe más atención. La codificación pasó de ser una aspiración absolutista a un ideal ilustrado postrevolucionario por las mismas razones, pero con distintos interesados en que la ley fuera aplicada al pie de la letra. La producción jurídica seguía siendo única del Estado, pero de una persona distinta de quien detentaba el poder ejecutivo. Y si el derecho era contingente y arbitrario, era moldeable, sujeto a cambios e interpretaciones, por lo que, si se quería mantener la voluntad general del pueblo y evitar manipulaciones por parte de órganos no representativos, la ley debía constar por escrito, ser clara y accesible a los obligados.

Sin embargo, el sueño del legislador racional que propendía a un formalismo legal decayó rápidamente, pero la codificación construyó un puente involuntario a lo que sería la manifestación suprema del monismo en la producción jurídica estatal: el movimiento positivista. Los embates que ha sufrido el derecho positivo desde la segunda mitad del siglo XX no son parte del alcance de este examen, sin embargo, y deberán explorarse en otra oportunidad. Lo que sí es relevante para efectos de lo que propongo es el giro que se produce en el constitucionalismo del siglo XIX, en el giro estatalista de la Constitución, en que se buscaba un balance entre los ideales revolucionarios aun latentes y un orden y seguridad del sistema existente. Se produce otro giro en el constitucionalismo de la posguerra del siglo XX, en que se mostraron insuficientes las pretensiones estatistas de la Europa continental y comenzó una preocupación por el rol de la constitución como algo más allá del Estado mismo. En este sentido, es indivisible del constitucionalismo contemporáneo su fundamento en derechos naturales, fundamentales e inviolables de los individuos (Pino, 2018, p. 27) como autolimitación de soberanía y el carácter supranacional del mismo,

que viene nuevamente a controvertir la idea de soberanía como el poder territorial.

Y esto nos lleva a la actualidad. Un problema del constitucionalismo en relación con las expectativas que tenemos de los gobiernos contemporáneos es que atrás quedó el individualismo liberal clásico en que la libertad amplia en lo económico, y el acento en las garantías de derechos fundamentales sobre el derecho de propiedad tenía el costo del abandono del individuo más débil a su suerte.

Hoy tenemos pretensiones en torno al rol del poder legislativo, ejecutivo y judicial que no se satisfacen viendo al Estado tan sólo como un leviatán que amenaza con inmiscuirse en todo ámbito de la vida humana. Pareciera entonces que nos encontramos frente a un dilema: la intervención del EDM requiere ciertos ajustes respecto de las ideas revolucionarias del siglo XVIII. Como respuesta ha surgido con fuerza, a partir de la segunda mitad del siglo XX, la constitucionalización del derecho. A través de este proceso el derecho nacional se ve impregnado de la Constitución, condicionando la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos (Comanducci, 2007, p. 73).

Retomando la visión del juez como poder nulo de Montesquieu, esta ha seguido permeando la cultura jurídica contemporánea en el sentido de la figura del juez apolítico. Si bien el formalismo jurídico y el juez como mero aplicador ha quedado atrás, la idea de una judicatura independiente de presiones y responsabilidades políticas sigue vigente. No existe en nuestra cultura jurídica un concepto de juez como agente transformador de la realidad sociopolítica. Sin embargo, parece que los requerimientos del constitucionalismo contemporáneo no se satisfacen ya con las ideas de división funcional entre creación y aplicación del derecho que emergieron a partir del surgimiento del Estado moderno.

Este trabajo no pretende dar una solución a esta problemática, pero sí me atrevo en esta instancia a enunciar una posibilidad que se vislumbra como respuesta al problema entre la creación y aplicación del derecho.

La tensión entre creación y aplicación no puede estudiarse en un vacío, puesto que existe una variación inevitable dependiendo de la cultura jurídica propia de cada país. En los sistemas jurídicos de tradición continental y, en especial, en los de América Central y del Sur, suelen obtenerse los criterios para determinar qué se entiende por creación de derecho y qué, por su parte, por aplicación, en la regulación central del ordenamiento jurídico: los títulos o disposiciones preliminares en los Códigos Civiles. Allí se encuentran las normas básicas del ordenamiento jurídico en materia de teoría de la ley, otorgando el instrumental teórico conceptual apto para reconstruir, a lo menos inicialmente, una noción clara de creación y aplicación en la cultura jurídica. Estas disposiciones no son en modo alguno privativas el Código Civil, sino que sirven más bien como una introducción general a la legislación (Claro Solar, 1898, p. 27).

Ahora bien, el problema radica en que, en términos generales, las normas allí contenidas han seguido siendo interpretadas y sistematizadas sólo de acuerdo con la teoría del derecho (mayormente civilista) del siglo pasado. Y esto, si bien entrega luces de la distinción entre creación y aplicación tal como es entendida en la práctica jurídica, no provee indicios para solucionar la tensión que se produce entre estas dos actividades. Propongo entonces que estas disposiciones preliminares que son aplicadas a todo el ordenamiento jurídico deben ser revisadas a la luz de la filosofía contemporánea del derecho, a fin de actualizar los insumos teórico-conceptuales necesarios para el entendimiento y aplicación de las normas.

Sin perjuicio de esta posible solución, que está siendo explorada en un trabajo que se encuentra ya en preparación, creo haber logrado a lo menos la pretensión principal, esto es, demostrar que hay una conexión fuerte entre los ideales del Estado de derecho moderno y las actividades de crear y aplicar derecho. Las consecuencias que se siguen de ello, y las propuestas para superar las mismas serán objeto de un segundo trabajo que se encuentra en preparación. Aun así, quisiera anticipar algunas observaciones.

Si, como Tarello (2013, p. 18), sinceramos el hecho de que la creación jurisprudencial y administrativa del derecho es inevita-

ble, pero debe ser controlada, tendremos mejores herramientas para delimitar estas actividades. En este sentido, mantener la separación de poderes o funciones como ideal puede funcionar como un mínimo necesario al momento de establecer qué tipo de creación jurisprudencial y/o administrativa es aceptable dentro de los ideales actuales del EDM.

Para zanjar la cuestión, sin embargo, es necesario tener claro qué queremos decir cuando hablamos de creación y aplicación. Sólo así puede determinarse hasta qué punto es necesaria la separación de funciones entre órganos estatales.

Una conclusión simplista podría ser que el juez y la administración no crean legislación en sentido estricto, pero sí crean derecho. Esto complica más las cosas, sin embargo, minimizando el rol de la legislación frente a la creación jurisprudencial, yendo además en contra de intuiciones arraigadas en nuestra cultura jurídica, incluso si consideramos que estas se encuentran matizadas. Si podemos conocer la legislación, pero no el derecho, la guía de conducta se vuelve impracticable. Y si desaparece ese rol, ¿qué objetivos le quedan al derecho en la sociedad contemporánea?

Señalé al principio de este artículo que pretendía hacer una reconstrucción de un modelo de hacer y entender el derecho que permitiera entender por qué la tensión entre creación y aplicación jurídica no se daba en otros derechos, como el castellano indiano, el romano o el medieval, y sí se da en el EDM. Esto se produce por los siguientes factores: el cambio a fuentes unitarias del derecho, todas emanadas del Estado, la idea de que el derecho puede ser creado y moldeado por el ser humano, y la idea de que este derecho constituye un mandato y no una afirmación. Si constituye un mandato, entonces, es necesario que este mandato sea conocido por el destinatario, lo que conlleva la primacía del derecho legislado y la consiguiente idealización de la codificación, el surgimiento de poderes diferenciados y la separación de estos.

La breve reconstrucción ideológica e histórica precedente del ideario del derecho en el Estado moderno permite establecer algunas conclusiones preliminares para efectos de este artículo.

1. Una de las dificultades más patentes en la determinación de distinción entre creación y aplicación del derecho surge a partir de la tensión o contradicción aparente que existe entre el ideal del Estado de derecho, en particular de la separación de poderes, constitucionalismo y codificación, y aspiraciones propias del Estado de derecho contemporáneo tales como el respeto a tratados internacionales (y la obligación de interpretar la legislación a la luz de estos), la aplicación de principios generales del derecho y la perspectiva de género, ambiciones propias de la actual actividad de aplicación de la ley; la importancia de estudiar esta tensión está dada por el hecho de que tiene implicancias directas en la noción que tenemos de derecho y la función mínima de este como guía de conducta para los obligados.

2. La separación de poderes es un paradigma ineludible del EDM que ha llegado a nosotros como un dogma inseparable de nuestro sistema político y jurídico actual, sentando las bases para la separación ideológica entre creación y aplicación del derecho, consolidando la doctrina de que el derecho debe ser creado por el poder legislativo, y que al poder judicial sólo correspondería su aplicación; sin perjuicio de seguir como paradigma en la cultura jurídica actual, los fundamentos del principio de separación de poderes no resultan claros, llegándose incluso a controvertir la relevancia de este ideal en la actualidad.

3. Que, a pesar de lo señalado en el punto anterior, es conveniente mantener el ideal de separación de poderes en algún sentido, adaptándolo a las exigencias de la cultura jurídica moderna.

4. Si no se tiene claridad respecto de las propiedades relevantes de la creación y aplicación del derecho, no puede sostenerse una postura satisfactoria respecto de si los jueces debiesen limitarse a aplicar las leyes que crea el poder legislativo o si, por el contrario, además de aplicar están facultados para crear derecho. Tampoco resuelve el problema de si, en caso de estarlo, esta creación es en algún sentido contradictoria con principios como la separación de poderes del Estado o el imperio del derecho. La pregunta de si esta creación judicial de derecho sería contradictoria con la se-

guridad jurídica parece ser afirmativa, pero puede ser resuelta si se sostiene que existen valores superiores a esta. La respuesta a todos estos interrogantes se basa necesariamente en la concepción del Estado de derecho que se tenga, y en la jerarquización (o falta de esta) existente en la cultura jurídica.

5. Sincerar el hecho de que los jueces y los funcionarios administrativos sí crean derecho permite establecer limitaciones adecuadas a esta creación, que pueda ser aun concordante con los principios de separación de poderes, legalidad y (a lo menos en algún nivel) certeza jurídica. La ceguera frente a la dualidad de funciones ejercida por órganos no legislativos y el mantenimiento de un ideal original de separación de poderes, en los términos de la visión tripartita original, provoca una mayor indefensión frente a los operadores jurídicos, y merma aún más la función del derecho como guía de conducta establecida en términos generales antes de la intervención de órganos aplicadores.

V. Referencias

- Alchourron, C. y Bulygin, E. (1976). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Beccaria, C. (2015). *De los delitos y las penas*. The Figuerola Institute; Universidad Carlos III de Madrid.
- Bobbio, N. (1996). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico* (R. de Asis y A. Greppi, Trads.). Debate.
- Bodin, J. y Franklin, J. H. (1992). *On sovereignty: four chapters from the six books of the commonwealth*. Cambridge University Press.
- Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica* (3a. ed.). Ariel.
- Carolan, E. (2009). *The new separation of powers: a theory for the modern State*. Oxford University Press.

- Caroni, P., Martínez Neira, M., y Mora Cañada, A. (2013). *Lecciones de historia de la codificación* (2a. ed.). Universidad Carlos III de Madrid.
- Claro Solar, L. (1898).
- Comanducci, P. (2007). *Constitución y teoría del derecho*. Fontamara.
- Cudworth, E., Hall, T. y McGovern, J. (2007). *The modern State: theories and ideologies*. Edinburgh University Press.
- Dippel, H. (2009). *Constitucionalismo moderno*. Marcial Pons.
- Fassò, G. (1988). *Historia de la filosofía del derecho*. 3, Siglos XIX y XX (5a. ed.). Pirámide.
- Fassò, G. (1982). *Historia de la filosofía del derecho* (3a. ed.). Pirámide.
- Ferrajoli, L. (2013). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.
- Ferrante, R. (2013). Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano. *Revista de Derecho Privado*, (25), 29-53.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Trotta.
- Fioravanti, M. (2011). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trotta.
- Fioravanti, M. (2000). Las tres fundamentaciones teóricas de las libertades. En *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (M. Martínez Neira, Trad.; 3a. ed., pp. 25-53). Trotta.
- Friedrich, C. J. (1963). *The philosophy of law in historical perspective*. University of Chicago Press.
- Grimm, D. (2016). *Constitutionalism: past, present, and future*. Oxford University Press.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.
- Harrington, J. y Pocock, J. G. A. (1992). *The commonwealth of Oceana; A system of politics*. Cambridge University Press.
- Kelsen, H. (1949). *General theory of law and State* (3a. ed.). Oxford University Press.

- Kelsen, H. (1934). *Teoría pura del derecho*. Trotta.
- Laski, H. J. (1919). *Authority in the modern State*. Batoche Books.
- Marmor, A. (2003). The rule of law and its limits. *USC Public Policy Research Paper Series*, (3-16), 1-53. <http://ssrn.com/abstract=424613>
- Möllers, C. (2019). Separation of powers. En R. Schütze (Ed.), *The Cambridge companion to comparative constitutional law* (pp. 230-256). Cambridge University Press.
- Montesquieu, Ch. de S. (1906). *Del espíritu de las leyes* (S. García Del Mazo, Trad.). Librería General de Victoriano Suárez.
- Montesquieu, Ch. de S. (2018).
- Pierson, C. (2004). *The modern State* (2a. ed.). Routledge.
- Pino, G. y Moreno More, C. E. (2018). *El constitucionalismo de los derechos: estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Zela.
- Porrúa Pérez, F. (2005). *Teoría del Estado* (39a. ed.). Porrúa.
- Ruiz Miguel, A. (2002). *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. Trotta.
- Sandro, P. (2022). *The making of constitutional democracy: from creation to application of law*. Hart Publishing.
- Skinner, Q. (2003). *El nacimiento del Estado*. British Academy Lecture.
- Spruyt, H. (2002). The origins, development, and possible decline of the modern state. *Annual Review of Political Science*, 5, 127-149.
- Stone Sweet, A. (2000). *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford University Press.
- Strayer, J. R. (1970). *On the medieval origins of the modern State*. Princeton University Press.
- Tarello, G. (2002). *Cultura jurídica y política del derecho*. Comares.
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la ley*. Palestra.
- Tarello, G. (2022).
- Tivey, L. J. (Ed.). (1981). *The nation-State: the formation of modern politics*. St. Martin's Press.

- Vile, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the separation of powers* (2a. ed.). Liberty Fund.
- Waldron, J. (2012). Separation of powers in thought and practice? *Boston College Law Review*, 54(2), 433-468.
- Waluchow, W. y Kyritsis, D. (2022).
- Weber, M. (2005). *Modernity and society*. Blackwell.
- Wroblewski, J. (1992). *The judicial application of law*. Springer.

Cómo citar

IJ-UNAM

Matamala, Camila, "El Estado moderno de derecho y su influencia en la tensión entre las actividades de creación y aplicación del derecho", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19486. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19486>

APA

Matamala, C. (2025). El Estado moderno de derecho y su influencia en la tensión entre las actividades de creación y aplicación del derecho. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19486. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19486>

Waluchow's constitutional morality and the artificial reason of the Common Law

La moralidad constitucional de Waluchow y la razón artificial del Common Law

Kevin Bouchard¹

 <https://orcid.org/0000-0002-9559-044X>

Université Laval. Canadá

Correo electrónico: kevin.bouchard@fd.ulaval.ca

Recepción: 8 de diciembre de 2023

Aceptación: 19 de noviembre de 2024

Publicación: 5 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.18773>

Resumen: El presente artículo propone aclarar la noción de moralidad constitucional de Wilfrid Waluchow explicando cómo se relaciona con la idea de razón artificial del *common law*. Se enfoca en mostrar cómo los esfuerzos de Waluchow por reconciliar las ideas del pensamiento de H. L. A. Hart y Ronald Dworkin mediante la idea de la moralidad constitucional recuerdan a la razón artificial del *common law* y al mismo tiempo se diferencian de ella. Explica cómo la noción de moralidad constitucional encuentra su base en la sutil unión de costumbre y razón encontrada en la razón artificial, pero también cómo la noción de moralidad constitucional propone, bajo la influencia de la noción de regla de reconocimiento de Hart, una comprensión más estrecha del fundamento del derecho en la costumbre, y otorga, siguiendo la teoría interpretativa de Dworkin, un mayor alcance teórico a la racionalidad del derecho.

Palabras clave: Wilfrid Waluchow; moralidad constitucional; razón artificial; revisión judicial; *Common Law* clásico.

¹ The present article is a modified and translated version of some of the developments found in the book *Constitutionnalisme et common law dans la pensée juridique anglo-américaine* (Bouchard, 2021). The author wishes to thank Mary Baker for her help in translating the text from French, the anonymous reviewers for their excellent comments and the Secrétariat du Québec aux relations canadiennes for its financial support.

Abstract: This article proposes to elucidate Wilfrid Waluchow's notion of constitutional morality by explaining how it relates to the classical common law idea of artificial reason. It examines how Waluchow's effort to reconcile insights from the thought of H.L.A. Hart and Ronald Dworkin through the idea of constitutional morality is both reminiscent of the artificial reason of the common law and distinct from it. It shows that constitutional morality evokes the subtle union of custom and reason found in artificial reason, but also that it proposes, under the influence of Hart's notion of rule of recognition, a narrower understanding of law's foundation in established practices, and that it gives, consistent with Dworkin's vision of law as integrity, a greater theoretical scope to law's rationality.

Keywords: Wilfrid Waluchow; constitutional morality; artificial reason; judicial review; classical common law.

Sumario: I. Introduction. II. Artificial reason. III. Constitutional morality. IV. Affinities and differences with artificial reason. V. Conclusion. VI. References.

I. Introduction

Canadian philosopher Wilfrid Waluchow's turn to the common law method to explain and justify the practice of judicial review according to charters of rights (Waluchow, 2007b) is part of a broader movement in Anglo-American legal thought in the last decades of the twentieth century that led many thinkers to take a second look at their specific legal tradition and rediscover the relevance of its underlying vision of law for explaining the new role played by judges in liberal democracies. Since its origins, the common law tradition has been associated with the idea of the rule of law, and its custom-centred understanding of the law has singular virtues for explaining the characteristic rationality of judicial decisions. Waluchow suggests in his theory of judicial review that a charter of rights should be seen as a modest commitment to rights that must then be refined by judges using the traditional common law method. Common law judges are trained to discover the coherence that emerges from the established law and practices of a community and to apply it in a way that is appropriate to the circumstances and life of that community.

We would like in this paper to examine the relations between Waluchow's theory of judicial review and the common law tradition, by focusing on its notion of constitutional morality. With constitutional morality, Waluchow depicts law as grounded both in long-standing practices and consensuses, and in their internal rationality. He explains how judges manage to discover a form of coherence that emanates from the legal practices and institutions of a community, and he makes judges appear as spokespersons of a social and institutional reality that pre-exists their will, rather than as legislators in disguise. We would like to show that the combination of established practice and of reason that we find in constitutional morality is reminiscent of the classical common law notion of artificial reason, which describes law as the result of a subtle articulation of custom and reason, and is discovered, rather than created by judges (Postema, 2002; Postema, 2003). We think that placing Waluchow's notion of constitutional morality in relation with the classical idea of artificial reason makes it more intelligible, while also pointing out its originality and opening interesting critical perspectives.

In order to understand the complex relationship of constitutional morality with the common law tradition, it is necessary to take into account the fact that Waluchow's theory tries to find a middle ground between H.L.A. Hart's and Ronald Dworkin's visions of the law. The shift toward common law constitutionalism in the past decades was indeed strongly influenced by the work of Ronald Dworkin and his biting critique of legal positivism. Dworkin's view is that H.L.A. Hart's theory of law does not adequately capture the perspective of those involved in legal practice, and he proposes to replace it with an interpretive approach inspired by the common law method (Dworkin, 2006, p. 251). Wilfrid Waluchow developed his own understanding of law in the midst of the turmoil created in the positivist camp by Dworkin's critique. He remained convinced of the relevance of Hart's theory of law and sought to find common ground between it and Dworkin's.

We will show that the relations of Waluchow's notion of constitutional morality with the deeper sources of English legal thought found in the classical common law are conditioned by elements drawn both from Hart's and Dworkin's understanding of the law. Waluchow's effort to integrate elements of Dworkin's interpretive method into Hart's legal theory leads him to develop a broad understanding of the rule of recognition, which allows him to insist on its social, customary and institutional anchoring while at the same time attributing to it a certain moral significance. Waluchow's notion of constitutional morality builds on this broad understanding of the rule of recognition, and we will argue that it is reminiscent of the classical notion of artificial reason when it depicts constitutions and charters of rights as resulting from traditions and consensuses that have developed in a society over time and as containing a particular form of rationality that judges trained in the common law can discover. We will also underline the fact that constitutional morality differs in some respects from the classical notion of artificial reason. Indeed, constitutional morality remains fundamentally structured by Hart's positivistic understanding of law, it gives a for of precedence to the authorities point of view in the definition of law that is in tension with the traditional understanding of the common law as a rational discovery (Bouchard, 2021, pp. 99ff). The influence of Dworkin's view of law as integrity similarly leads Waluchow to give greater philosophical significance to the underlying coherence of settled law than in the classical common law view. Dworkin rejects, after criticizing Hart, the idea of a conventional foundation of law and insists instead on the argumentative, abstract character of legal practice (Dworkin, 1986, pp. 13-14). Waluchow takes inspiration from Dworkin when he invites us to discover the general moral and political theory that lies behind received practices, with the result that constitutional morality refers as much to an abstract conception of justice as to the arrangements and compromises that emanate from existing legal practices.

We will begin by reminding briefly some of the main characteristics of the classical notion of artificial reason and then turn

to an examination of Waluchow's notion of constitutional morality, explaining how it seeks to reconcile certain aspects of Hart's and Dworkin's thought. This will enable us in the end to compare the articulation of established practice and reason that we find in Waluchow's theory of judicial review with the one found in the classical notion of artificial reason.

II. Artificial reason

In order to understand how Waluchow's idea of constitutional morality relates to the classical notion of artificial reason, we must first outline its essential features. The notion of artificial reason appears in the classical conception of the common law that was formulated in England in the seventeenth century (Postema, 2002b, pp. 599-600; Berman, 1994, p. 1682) by jurists such as Edward Coke (Coke, 2003) and Matthew Hale (Hale, 1971; Hale, 2017). The classical common law is characterized by deference to the ancient custom of England and, above all, by an effort to answer the legal questions of the present in the light of patient study of the solutions discovered by jurists in the past, for the sake of historical continuity. Attention to the past in the common law tradition is not an end in itself, but ultimately a means of discovering what is reasonable in the law. At the heart of the classical conception of common law lies a subtle articulation of custom and reason, where reason is conceived as somehow internal to English custom. The notion of artificial reason describes for the common lawyers the special form of rationality at work in the common law tradition (Coke, 2003, p. 481; Hale, 1924, p. 506). It refers to the wisdom that has sedimented into English custom over time, thanks to the cumulative efforts of a great many prudent men. This wisdom of law is superior to that of individuals equipped only with their natural reason (Coke, 2003, p. 173; Hale, 1924, p. 503). It allows the law to be based on the mutual expectations that have crystallized over time between the members of a society and between them and their rulers, in other words,

on a common or “intersubjective” reason, rather than on the individual reason of an interpreter or legislator or on an abstract theory. To grasp what gives the artificial reason its distinctive character, we have to understand the special way it weaves custom and reason together, and how it is related to the idea of natural law.

1. *Foundations in custom*

The notion of artificial reason gives a pivotal role to custom in its understanding of law. According to the classical understanding, the common law is the general custom of England and is based on the combination of ancient habits and general practice (Coke, 2003, pp. 563-564; Hale, 1971, pp. 16-17). Fundamentally, its origin lies in habits and repeated practices that have become engraved, so to speak, in shared memory over time (Postema, 2002a, p. 169; Postema, 2002b, p. 590). As a *lex non scripta*, the common law comes essentially from the practices and habits received in England, and it therefore always precedes, in a certain sense, the different formulations it can be given, whether in a court decision or in a legislative text. It depends in other words on shared practices, the full meaning of which no individual or institution can claim to express exhaustively. In the classical conception, the common law is a “great Substratum” (Hale, 1971, p. 46) of customs to which we must constantly refer to discover the law applying in specific situations. This anchoring in custom explains why the common lawyers argued that judges do not create common law but are simply its spokespersons (Coke, 2003, p. 173; Hale, 1971, p. 45). Judges are seen as experts entrusted with inquiring into a set of customs that pre-exist their decisions and of which they seek to bear witness as accurately as possible.²

² Hale, like A.W.B. Simpson a few centuries later, compared the task of attempting to capture the common law to that of trying to formulate rules of grammar (Hale, 2017, pp. 163-164; Simpson, 1987, p. 21). In both cases, the goal is to describe practices that have no obvious rational foundation and that can never be entirely reduced to stated rules. The rules of the common law, like the rules of grammar, have no immediate reasons aside from custom, and they always remain subject to improvement and review because the bedrock of customs

The common lawyers of the classical era recognized the distance separating the common law from general custom, but for the most part they insisted on the common law's essential dependency on those very customs (Postema, 2002b, p. 592).³ Common law has to coincide as closely as possible with general custom, yet it is seen at the same time as the best exegesis of that custom. We could say that the common law is a form of general custom that has been clarified over time through the work of jurists and judges.

The deference to England's customs that we find in the classical conception of the common law is not a blind attachment to origins, but an attempt to deal with the difficulties of the present in light of patient study of solutions discovered in the past, with a concern for continuity and faithfulness to communal life in England.⁴ Custom is defined specifically by the fact that its precise origins remain largely unknown: they have been lost to time immemorial (or as was commonly said, *time out of mind*) (Coke, 2003, p. 63). In the classical understanding, the question of the origins of law remains secondary to that of continuity and consistency with existing customs (Hale, 1971, pp. 39-44; Hale, 2017, p. 215). The common law is meant to espouse as closely as possible the life specific to a community, in an ongoing process of adjustment and improvement. It has been fashioned over time to correspond to English customs,

that they seek to describe refers to an infinite variety of circumstances and to complex activities that are, moreover, likely to evolve over time (Hale, 2017, p. 172).

³ The common law courts certainly contributed to centralizing the government of England, but they did so largely on the basis of local customs (Postema, 2002a, pp. 159-160).

⁴ Glenn Burgess explains that the spirit of the classical conception of the common law was not a simple idealization of the past harkening back to a kind of golden age that had to be re-established, but a form of glorification of the present. The primary goal of the classical vision was not to criticize the present, but to justify it, to show how it was the result of a process of gradual perfecting that had followed the thread of history, making it possible for the law to always remain perfectly adapted to the needs of the English nation. This vision found in the constant capacity to harmonize the law with the English situation the element that made it possible to assert the continuity of present and past common law, despite the changes that had occurred. This form of ongoing perfect adjustment led to seeing present-day law as the culmination of a process that made it the best possible law for England (Burgess, 1992, pp. 17-19, 87).

even as it has helped to shape them, which makes it the law best adapted to life in England.

2. *The reason of the law*

The customary nature of the common law does not make it obscure and closed in on its particularity. The patient examination of customs that is at the heart of the classical conception of the common law is in fact intended to be exacting research of the rationality that is at work in those customs (Coke, 2003, p. 570; Postema, 2002a, pp. 168ff.). “Reason is the soul of law [*ratio est anima Legis*]” (Coke, 2003, p. 742) and law must be seen as a coherent whole (Postema, 2002a, p. 178). The common law has an internal order or harmony that can only be discerned through a long and diligent study of established law (Coke, 2003, pp. 742-743). Advanced knowledge and understanding of the common law makes it possible to recognize the specific form of coherence that can be drawn from the principles and habits of thought long received in England and to respect the “consonance and consistence of the law to itself” (Hale, 1924, p. 506).

Artificial reason is a form of reason that is acquired by learning and exercising a particular art, and it must for this reason be distinguished from individual natural reason. It is the “special reason of the thing” (Hale, 2017, p. 189) that common lawyers aim to grasp, and it is in this sense closely linked to the professional knowledge and modes of reasoning acquired by English jurists through study and experience with English law (Hale, 1924, pp. 501-502). “[...] [T]he common Law it selfe is nothing else but reason, which is to be understood of an artificiall perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every mans naturall reason, for, *Nemo nascitur Artifex* [No one is born an artificer]” (Coke, 2003, p. 701).

The artificial reason of the common law can be described as a form of judgment, wisdom, prudence and skill that is informed by the law established in the Kingdom and depends on a long

practice of that law (Coke, 2003, pp. 165, 173-174, 210). Artificial reason is also different from natural reason in that it supposes taking part in a serious form of discussion ultimately destined to play out in court. It is significant that English jurists become familiar with the common law by becoming immersed in the courts' discursive habits and by undergoing many years of training in the Inns of Court, during which they read, think and discuss common law together (Coke, 2003, pp. 5, 39-41, 590). Knowledge of the common law supposes taking part in a form of educated shared discussion with past and present jurists, which aims at gaining a better understanding of English custom (Hale, 2017, p. 162).

Law's artificial reason is seen as superior to individual natural reason because it is shared. The common lawyers of the classical period insisted on the myopia and bias of individual reason subject to the influence of appetites and passions (Coke, 2003, pp. 570-571, 730, 872; Hale, 2017, pp. 111-112). Coke rejected the "crooked cord of private opinion" (2003, p. 730) as a means of knowing law. Men generally see the products of their own reason more clearly and immediately and they tend to be "in love with the product of their own heads" (Hale, 2017, p. 176), which carries the risk of preventing them from making appropriate judgments about what is required by the law. It is important to note that this insistence on the limits of natural reason is less a rejection of reason than an invitation to correct and enrich individuals' narrow, private views by referring to the shared, public reason of the common law. The patience, prudence and impartiality of which an individual (or even all individuals during a time) is capable always remains limited, even in the best cases. In contrast, the common law's reason has stood the test of time. It has long been received and has been informed by more wisdom and experience than natural reason would ever be able to absorb (Hedley, 1966, pp. 175-176; Hale, 2017, pp. 160, 168-169).

This legal reason, *est summa ratio*. And therefore if all the reason that is dispersed into so many several heads were united into one, yet could

he not make such a Law as the Law of England is, because by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such a perfection, for the government of this Realme, as the old rule may be justly verified of it, *Neminem oportet esse sapientiores legibus*: No man (out of his owne private reason) ought to be wiser than the Law, which is the perfection of reason (Coke, 2003, p. 701).

When called upon to rule on a case, common lawyers have an advantage over people with no legal training since they can refer to the judgments and reasons that have been set out by the finest jurists of earlier times, who were themselves informed by the judgments and reasons on similar problems set out by the best jurists who went before them (Coke, 2003, p. 561; Hale, 1924, pp. 504, 506). The artificial reason of the common law thus forms a vast reservoir of practical experience that can expand the limited judgment of the jurists of today.

3. *Relationship to natural law*

The idea that the common law involves a special form of rationality raises the question of the relationship between the common law's reason and natural law. The common law has its own "special reason", but the classical common lawyers also held that it was as close as possible to natural law. The fact that "classical common law jurisprudence sought to wrap itself in the mantle of classical natural law theory" (Postema, 2002a, p. 176) could lead one to see the common law's artificial reason as an English variation on medieval scholasticism's theory of natural law, but such an understanding tends to obscure several of the most distinctive aspects of the classical conception of the common law.

It is true that prior to the seventeenth century, the common lawyers tended to accept the classical natural law theory idea that divine law is the source of common law (Fortescue, 1980, pp. 241-243; St. German, 1974, pp. 27-31; Postema, 2002a, p. 177). How-

ever, several centuries before Coke and Hale, there were already the seeds of a special articulation between law and natural law in works in the common law tradition. For example, both John Fortescue and Christopher St. German acknowledge that natural law plays an important role in general, but this acknowledgment is accompanied by a description of English law that focusses almost exclusively on the law itself, in its ordinary meaning (Postema, 2017, p. xxiv). Fortescue and St. German explain that the common law tends to merge with natural law, and that “to discern the law of God and the law of reason from the law positive is very hard” (St. German, 1974, p. 27), but at the same time they quite systematically avoid discussions aimed at linking the law they describe directly to natural law principles: “it is not used among them that be learned in the laws of England to reason what thing is commanded or prohibited by the law of nature, and what is not” (St. German, 1974, p. 31; Burgess, 1992, pp. 30-32).⁵ For the common lawyers, natural law retained symbolic priority, but existed in a manner almost parallel to common law, and it remained in many respects separate from the practice of law (Postema, 2002a, pp. 177-178). Indeed, the common lawyers tended to insist less on the subordination of the common law to natural law than on how the two legal systems were in concord, while at the same time accepting that the rationality specific to the common law was to some degree independent (Burgess, 1992, p. 251; Postema, 2002a, p. 178). The blurred lines that were maintained in this way between natural law and the common law made it possible to attribute to the common law something of the majesty of nature while still giving primacy to its human origin (Baranger, 2008, p. 29-31).

Hale sheds interesting light on the question of the relationships between natural law and the common law. According to him, even though men can often agree on the general principles and shared

⁵ Fortescue explains that the common law is related to divine law and to natural law as the moon is related to the sun but that, just as studying the sun does not allow us to know the course of other stars, knowledge of divine law or natural law does not teach us about human law, which requires many years of more specific study (Fortescue, 1980, p. 242).

ideas that should govern a society, the practical meaning of those principles and ideas most often escapes individual reason and gives rise to great discord, even among the most impartial, highly intelligent people (Hale, 1924, pp. 502-503; Hale, 2017, pp. 37, 163). Natural law therefore generally proves to be an undetermined, permissive form of law (*lex permissiva*) that requires, in practice, help from established law (Hale, 2017, pp. 107-112). To avoid disputes that arise in practice concerning natural law principles and to achieve convergence of judgments, natural reason needs help from law's artificial reason:

[...] the wisdom of laws, especially of England, is to determine the general notions of [that which is] just and honest by particular rules, applications, & constitutions found out and continued by great wisdom, experience and time, and thereby to settle that variety and inconstancy of particular applications and conclusions, which without some established rule would be found in most men, though of excellent parts and reason, and agreeing in common notions (Hale, 2017, p. 163).

Hale thus attributes in practice a form of priority to the artificial reason of the common law, because its reliance on the experience and wisdom accumulated over the years in law enables it to determine aptly the general notions of justice contained in natural law. He renounces making the common law flow directly from natural law: even though the common law may correspond in some respects and cannot be contrary to natural law, it follows its own form of customary logic.

Hale's defense of the practical wisdom specific to common lawyers is based in fact on a severe criticism of the capacity of theoretical wisdom (of moral philosophers, theologians and such) to shed light on the practice of law. Such scholars, who are used to reasoning from general principles, are too detached from common experience to understand what is required by the law in particular cases:

[...] those men that have great reason and learning, which they gather up of casuists, schoolmen, moral philosophers, and treatises touching morals in the theory, that soar in high speculations and abstract notions touching justice and right, and as they differ extremely among themselves when they come to particular applications, so [they] are most commonly the worst judges that can be, because they are transported from the ordinary measures of right and wrong by their overfine speculations, theories, and distinctions above the common staple of human conversations (Hale, 1924, p. 503).

The artificial reason of the common law is, according to Hale, inseparable from long studies and experience of human affairs and “conversation between man and man” (Hale, 1924, p. 503), in other words, from the particular reason that is in practice *shared* in the English community.

In short, even though the common lawyers of the classical era did not reject the general theoretical framework of classical natural law, their understanding of law took distance from it to focus on the form of rationality internal to England’s custom. They did not abandon the in-principle priority of natural law, but turned away from the general or theoretical coherency⁶ associated with it, and favoured a more local, effective form of consistency that was more likely to correspond to established practices in England and lead in practice to the convergence of the judgments (Postema, 2002b, pp. 592-594; Postema, 2002a, p. 180). The common law has a form of reason that is first and foremost customary, and it is the proximity between the law and the content of concrete social interactions that Hale sought to point out when he associated the common law’s rea-

⁶ However, many common lawyers, including Fortescue, St. German and Francis Bacon, showed interest in the most general maxims of the common law, and the artificial reason of the common law can be read in a way that makes it more centred on its general consistency and systematicity. For example, this is what Mark Walters does when he takes inspiration from John Dodderidge, whose thinking he links with Dworkin’s later interpretive approach (Walters, 2008, pp. 251-254). It is, however, important to see that even this way of understanding the artificial reason of law is significantly different from the classical theory of natural law because it refuses to give natural law a major role that would be outside the common law and able to limit the latter’s purview (Burgess, 1992, pp. 42-43, 251).

son with “the common staple of human conversations” (Hale, 1924, p. 503). We will now see how Waluchow similarly finds in shared practices and modes of reasoning the foundation for his theory of judicial review, but also how his particular understanding of the common law method, while encouraging moderation in the interpretation of charter rights, leads him to attribute more importance to theoretical wisdom than in the classical conception.

III. Constitutional morality

Before examining Waluchow’s notion of constitutional morality and how it weaves together established practices and reason, it is useful to remind that Waluchow’s theory of judicial review can generally best be described as an attempt to respond to the criticisms that were levelled at the practice of judicial review in the last decades of the twentieth century, and in particular to respond to Jeremy Waldron’s criticism (Waluchow, 2007, p. xi).⁷ Waluchow indeed considers Waldron to have formulated the most powerful critique of judicial review when he explains that judicial review cannot be grounded in a moral theory that is immune to disagreements in the circumstances of politics and argues that it is possible that judicial protection of rights impedes democratic self-government (Waluchow, 2007, pp. 123, 154; Waldron, 1999). Waluchow proposes to get around Waldron’s objections by showing that judicial protection of charter rights, when properly understood as the implementation of a community’s constitutional morality, is a reasonable response to the problems raised by the existence of disagreement in the circumstances of politics. Central to Waluchow’s argument

⁷ The first major article published by Waluchow on judicial review, which was the bedrock for his book *A Common Law Theory of Judicial Review*, was “Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends” (2005), and its title was in response to Jeremy Waldron. In his criticism of judicial review, Waldron argued that it is foolish to try to understand the phenomenon of judicial review on the basis of the image of Odysseus tying himself to a mast to resist the sirens. Doing so makes one an idiot because of the insurmountable disagreement about rights in society (Waldron, 1999).

is the idea that human beings always have a limited understanding of rights and that their moral myopia results in the government passing laws that necessarily sometimes violate rights (Waluchow, 2007, pp. 214, 215, 243). In this context, it is entirely reasonable and prudent for judges to ensure the protection of rights. When charter rights are understood and developed in a case-by-case manner, with a view to achieving the overall coherence that is characteristic of the common law, then the practices and values of a community and their evolution can be captured more faithfully than by legislation alone (Waluchow, 2007, pp. 183, 218-219). In other words, if one looks at judicial review from a common law stance and based on the metaphor of a living tree, it can be seen as a constantly renewed attempt to express the social life of a democratic community appropriately, rather than as the external imposition of rigid limits on government action.

The common law method to which Waluchow turns in his effort to explain and justify the practice of judicial review allows for an understanding of the nature of rights that is different from the one typically advanced by advocates of judicial review. Rather than seeing rights as deriving from an abstract or ideal morality, the interpretation of which can be debated depending on individuals' preferences, the common law method enables to see them as deriving from the constitutional morality of a community, that is, from the practices, consensuses and beliefs that are established in the law of that community. We propose to explain how Waluchow's notion of constitutional morality weaves together custom and reason by showing how it combines elements of Hart's legal positivism and Dworkin's theory of law as integrity.⁸ We will show that, in the end, constitu-

⁸ The effort to find a middle ground between Hart and Dworkin indeed defines profoundly Waluchow's understanding of the law and it is visible both in his general theory of law and his theory of judicial review. While Waluchow does not directly explain the relations between his general legal theory, whose general outlook certainly remains descriptive, and his common law theory of judicial review, there are important continuities between the two and it is enlightening to view how Waluchow's reflection on judicial review is anchored in the broader intellectual undertaking that he began in the 1980s. The first period of Waluchow's intellectual production aimed at formulating a general theory of law inspired by Hart and able

tional morality refers to the coherence that can be discovered in existing law, but that it is also influenced by the rationality of a moral theory external to law.

1. Customary rationality enshrined in law

Waluchow defines the notion of constitutional morality in opposition to both the idea of ideal morality and the idea of positive morality (Waluchow, 2008, pp. 65-67; Waluchow, 2009, pp. 154-155; Waluchow, 2011, pp. 1034-1036). He explains that the constitutional morality of a community is neither simply ideal nor simply positive, but a bit of both. He begins by rejecting the idea that the criteria to which judges refer when deciding cases involving charters of rights are derived solely from some form of rational and universal moral truth. Ideal morality is subject to too much uncertainty and too much disagreement to be referred to without involving the personal preferences of an interpreter. He concedes to Jeremy Waldron that political disagreement cannot be resolved by simply resorting to some moral theory. It would be unwise to rely primarily on such a source to understand rights because judges do not have privileged access to moral truth, and it would be arbitrary to give their views on the subject any kind of precedence. Waluchow also

to accommodate some of Dworkin's important intuitions. His book *Inclusive Legal Positivism* sought to explain how Hart's legal theory could respond to Dworkin's critique and even incorporate a significant part of Dworkin's interpretative method (Waluchow, 1980; Waluchow, 1994). Waluchow shows in his general theory that Hart's notion of rule of recognition (and, more generally, of secondary rules) roots law in the practices and beliefs that are shared in a community and makes it possible to think about what courts do in a satisfactory way. Waluchow proposes from the outset a theory of judicial decision influenced by the classical common law and points out a certain affinity between Hart's legal positivism and the common law method he proposes (Waluchow, 1994, pp. 232ff). He also in his early works drew attention to the affinity between inclusive legal positivism and a liberal or activist vision of constitutional interpretation in the context of charter of rights (Waluchow, 1991).

Waluchow's common law theory of judicial review, elaborated at the turn of the century, during what could be called the second period of his theoretical production, has been marked by an effort to develop the theory of adjudication (and interpretation) that he sketched out during his first period. He then builds on the affinity he had already pointed out between inclusive legal positivism and common law interpretation, and he develops it in *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*.

rejects the possibility of identifying rights with the mere positive morality of a given community, i.e. with the opinions and beliefs generally received in the community. In modern, multicultural, liberal societies, opinions and beliefs are very diverse and sometimes as much in dispute as ideal morality. Moreover, positive morality often defeats the purpose of charters of rights, namely the protection of vulnerable individuals and minorities, which means that rights cannot be reduced to a community's received morality without risking making them arbitrary or meaningless.

The constitutional morality of a community must instead be seen as a composite of positive and ideal morality. It requires abandoning the exaggerated (and in some ways twin) promises of the ideal and the positive in order to seek a middle way, a kind of in-between, with more modest claims. He returns to his reflections on inclusive legal positivism and finds in law's social and institutional anchoring (Waluchow, 1994, pp. 80-81, 107-113, 180-181) the element that makes it possible to discover rights. The constitutional morality of a community must be seen to come from the fundamental beliefs and convictions that are expressed in the social forms and practices of a community, and that have been "drawn into the [constitutional] law via the rule of recognition and the law it validates" (Waluchow, 2007, p. 227; see also Waluchow, 2009, p. 155). This understanding of rights, like his more general understanding of law, is influenced not only by Hart's theory of law, but also by Dworkin's.⁹ The constitutional morality of a community corresponds to what Dworkin refers to when he speaks of the moral or political theory that is presupposed by the existing law and institutions in a community. It refers, in other words, to the form of coherence or rationality that can be discovered in existing law and by means of which it can be interpreted.

⁹ The notion of constitutional morality also evokes Dicey's thought, although Waluchow does not recognize Dicey as having any special influence on his vision of the notion. Waluchow agrees that similarities could be drawn between his notion of constitutional morality and the ideas developed in work by Melvin Eisenberg, Christopher Eisgruber and Harry Wellington, but he does not recognize those authors as having influenced his own thought (Waluchow, 2007, p. 226).

However, Waluchow rejects, as in his general theory, certain aspects of Dworkin's theory of interpretation. He considers the rationality embedded in law to be intimately associated with the contingent practices and habits of a society and rejects the idea that the discovery of this rationality requires the personal adherence of the interpreter (See *a contrario* Dworkin, 1977, p. 128; Postema, 1987, pp. 288-289, 296-297), which allows him to remain more faithful to Hart's view. For Waluchow, the constitutional morality of a community refers to the moral beliefs that have been incorporated in the law through the rule of recognition, which, as Hart explained, is a form of social rule, that is intimately linked with social practices (Waluchow, 2007, p. 227; Hart, 1994, p. 101, 109-110, 255). The reference to the rule of recognition provides a more decisive link between constitutional morality and a conventional or customary origin.

Waluchow praises the ability of constitutional morality to espouse the reason that is shared in a community and to encourage consensus building on rights issues (Waluchow, 2007, p. 238). He rejects Dworkin's arguments against Hart's rule of recognition concerning consensus to which people adhere mainly because they are largely accepted (Hart, 1994, p. 267) (and Dworkin's corollary reduction of consensuses to those that are based on individuals' genuine beliefs (consensus of independent conviction) (Dworkin, 2006, p. 196)). Waluchow points out: "Law is, after all, a social institution, based in large measure on basic conventions and shared understandings of the sort highlighted by legal theorists of all stripes." (Waluchow, 2007, p. 238) He remains committed to Hart's vision when he explains that convergence in judgments and beliefs is not only an essential condition for the very existence of law, but also one of the most important goals pursued by law. The fact that reference to constitutional morality helps to foster shared understandings among judges charged with applying the law and between judges and society as a whole is one of the key reasons for embracing his common law theory of judicial review.

With the notion of constitutional morality, Waluchow also seeks to associate the rule of recognition and common law modes of reasoning. He draws an analogy between constitutional morality and the principles embedded in the common law: constitutional morality “is the morality actually embedded in social and legal practices in the way in which principles of corrective justice are embedded in our tort law”. (Waluchow, 2007, p. 227; Waluchow, 2009, p. 156; Waluchow, 2011, pp. 1036-1037) Such a description of constitutional morality, which links it with the coherence that can be observed in the law, allows it to be distinguished from the mere moral opinions of a community (its positive morality) without, however, having to involve directly some form of moral truth (or an interpreter’s personal opinion about moral truth): constitutional morality is inseparable from the accepted rule of recognition in a community, and its origin is social or customary before being ideal (Waluchow, 2007, p. 227; Waluchow, 1994, pp. 107-113, 180-181). Constitutional morality, like the artificial reason of the common law, claims to be first rooted in the practices and institutions of a community and then confirmed by the test of time (Waluchow, 2008, p. 91; Waluchow, 2009, p. 157):

A community’s constitutional morality is, after all, the product of much moral and legal experience, longstanding traditions, and social consensus. In other words, it is the product of sustained efforts on the part of a great many people, each pursuing a form of largely bottom-up, case-by-case reasoning about issues of political morality for which the common law is applauded. (Waluchow, 2007, p. 238)

Constitutional morality is thus based on the accumulated reasoning of countless individuals over the course of a community’s history, the sedimentation of which has allowed the formation of a particular rationality well suited to the community’s social life. It comes from the wisdom that emerges over time from the study of particular cases and that makes it possible to formulate law that

corresponds to the expectations and needs of the members of a community.

The proximity of constitutional morality to the life and consensus specific to a community, that is, the fact that the principles contained in a constitutional morality derive from a community's long-held practices and beliefs, makes that constitutional morality superior both to the products of individual natural reason and to those of ideal reason. Constitutional morality is indeed closer to the ideal for a given community than moral truth itself because it does not depend only on one individual's choice but refers instead to a kind of wisdom inscribed over time in the established practices of the community. Waluchow's argument rests on a critique of the myopia of individual natural reason that is reminiscent of that seen in the classical conception of the common law. Individual judges, like legislators, can often be wrong. They "are not philosopher-kings with a pipeline to moral truth" (Waluchow, 2007, p. 226). Conversely, the fact that constitutional morality is informed by the experience and judgment of a very large number of individuals over time gives it an important advantage in determining what is appropriate in a given community.

2. The reflection of social consensus

Waluchow grounds constitutional morality firmly in the custom and practice of a community, but at the same time he invites us to discover the deeper coherence at work in them and which makes it possible to overcome the disagreements that sometimes arise in practice. He is, as we have just seen, enthusiastic about the capacity of constitutional morality to generate consensus about rights, and he considers that the picture painted by critics of judicial review, such as Jeremy Waldron, of disagreements about rights is exaggerated (Waluchow, 2007, pp. 221–222 and 228–229). While not denying that there are some very difficult disagreements about rights issues, such as the ones surrounding abortion, Waluchow points out that most disagreements about rights are less profound

than they appear to be when one takes the trouble to examine them carefully. One can often, he argues, discover something like what Rawls calls “overlapping consensus” about rights. To begin with, members of a society generally agree on the general principles of justice, even if they do not always agree on their concrete implications. Next, even when they disagree on principles, they often agree on what should be done in practice. “Common ground can exist in the absence of an articulated consensus and in the presence of radical disagreement about all sorts of questions.” (Waluchow, 2007, p. 228) These remarks apply both to pluralistic and multicultural communities, such as the United States or Canada, and to a community of communities, such as the European Union, where a broad base of shared values, as well as important consensuses about their practical consequences, can be identified upon close examination (Waluchow, 2012, pp. 193-194, 199-200 and 207-208).

For Waluchow, the apparent disagreements that agitate public opinion should not obscure the deeper or implicit consensuses in a community. In this regard, he draws an important distinction between mere moral opinions and genuine moral commitments (Waluchow, 2007, pp. 223-224; Waluchow, 2008, pp. 72, 74 and 75; Waluchow, 2012, pp. 202-203). Genuine moral commitments are distinguished from moral opinions in that they have been examined critically to ensure that they achieve what Rawls calls reflective equilibrium. Waluchow considers that an ongoing requirement of moral life for both individuals and communities is that they subject their views to rational scrutiny to ensure internal consistency. This means verifying that the specific judgments of a person or community are in harmony with each other and with the more general principles that the person or community uses as guides for action. Sometimes a person or community’s judgments are in “evaluative dissonance” with respect to that person or community’s genuine moral commitments. For example, one may realize that hiring only men as firefighters contradicts a deeper commitment to equality. These deeper commitments are discovered through an ongoing

effort to achieve consistency among judgments, and they provide common ground for people to “discover that they agree on, or are committed to agreeing on, much more than they thought they did” (Waluchow, 2012, p. 208; Waluchow, 2007, p. 224; Waluchow, 2011, pp. 1039-1040; Waluchow, 2013, p. 209).

Waluchow suggests that the distinction between moral opinions and genuine moral commitments be used to understand the operation of judicial review, noting that the criteria by which judges assess the validity of laws are among the genuine moral commitments that relate more specifically to the constitutional practices of a community (Waluchow, 2007, pp. 224-227). When judges apply charter rights, for example, they seek to discover the genuine constitutional moral commitments of a community and to achieve a reflective balance between those commitments and the community's moral views. For Waluchow, when the critique of judicial review emphasizes the distance between a community's simple moral views and judicial judgments, it fails to take sufficient account of the fact that judges implement the deeper values to which communities have committed themselves through their constitutional law and practice. Waluchow gives the example of the ban on same-sex marriage (stemming from the requirement that marriage be between two people of the opposite sex). In his view, even if this prohibition is consistent with certain widespread moral views in Western societies, it clearly contradicts their genuine constitutional commitments (Waluchow, 2009, pp. 157-158; Waluchow, 2008, pp. 73-74; Waluchow, 2007, pp. 224-225). When, for example, Canadian courts recognized the right of homosexuals to marry, they did not rely on the (conflicting) moral views of Canadians on the subject, but rather on the long history of defending equality in Canadian constitutional law. In other words, the constitutional morality of a community does not reflect mere moral consensus, but refers to deeper moral commitments. It cannot be discovered by opinion polling or other forms of sociological analysis, for it is inseparable from the effort to discover the coherence that is embedded in existing constitutional law. Thus, according to Waluchow, when judicial

review declares otherwise popular laws invalid, it makes it possible to give precedence to the authentic desires of a population, those that correspond to the population's considered commitments and that are inscribed in received practices, rather than to transient, ill-considered desires.

3. *The contribution of ideal morality*

As we have just seen, constitutional morality refers to the internal rationality of a community's practices and law, but it seems that constitutional morality also bears some relation to ideal morality. Indeed, the charters of rights that help define constitutional morality in contemporary liberal democracies generally refer to requirements that are rational and universal in scope. This raises the question of what role these requirements are called upon to play and of how a method that focuses on the social and institutional roots of constitutional morality can be reconciled with the ideal criteria to which such charters refer (Waluchow, 2012, p. 195).

Waluchow is not very explicit when he discusses this aspect in *A Common Law Theory of Judicial Review*, especially when he tends to insist that in constitutional morality it is the commitments or choices that are genuine rather than the content of the commitments (Waluchow, 2007, p. 224; Waluchow, 2008, p. 72; Waluchow, 2012, pp. 202-203). However, the critical discussion that followed the book's publication, in particular Nathalie Stoljar's criticisms, led Waluchow to later clarify his position on the ideal scope of constitutional morality (Stoljar, 2009).¹⁰ He acknowledges that the critics pointed out an important difficulty in his thinking, and in the articles published after *A Common Law Theory of Judicial Review* he explains more clearly that constitutional morality does

¹⁰ In her critique, Stoljar insists on the tension that exists between the descriptive goal of the notion of constitutional morality, which is supported by the positivist sources of Waluchow's thought (and which is inseparable from his effort to show that judicial review is compatible with democracy) and the normative scope of the common law method that he proposes, tension that shows the influence both of Hart's writings on indeterminate cases and of Dworkin's theory of interpretation on his thinking (Stoljar, 2009; Miller, 2007, p. 299).

not concern only the internal consistency discovered in the practices of a community, but is also influenced by rational and universal moral requirements, to which it seeks to give a concrete translation (Waluchow, 2009, p. 160):

[Constitutional morality is] a community's positive morality with a critical bite—the bite provided by RRE [the requirement of reflective equilibrium], the norms of Platonic political morality [universal and rational moral truth], and the well-founded, particular determinations of those norms made by the officials and official bodies of that community (Waluchow, 2012, p. 215).¹¹

The fundamental consensuses that define the constitutional morality of a community are thus seen by Waluchow not only as carrying a form of coherence patiently built up over history by the accumulated judgments and reasonings of countless people, but also as bearing an ideal morality and the interpretations it has received. When judges apply the constitutional morality of a community, they give up implementing their personal vision of the requirements of ideal morality and turn to what is accepted in their society, but Waluchow considers that their goal is still to implement the vision of ideal morality that can be attributed to that society: in other words, they have to rely on “their best judgments as to the relevant democratic community's best judgments concerning the demands of Platonic moral truth” (Waluchow, 2012, p. 206; Waluchow, 2011, p. 1038). Constitutional morality thus involves to some extent transposing the requirements of an external ideal morality into the law of a particular community.

It is not surprising that Waluchow turns in this context to the thought of Thomas Aquinas to explain the nature of the criteria that are applied by judges when referring to a community's constitutional morality. Indeed, Waluchow draws on Aquinas' developments on the “determination of common notions” (or generalities)

¹¹ Waluchow generally refers to the idea that there is a universal and rational truth in morality as “Platonic morality”.

of natural law to explain how the principles of universal and rational morality that are included in constitutional morality relate to the social life of communities (Waluchow, 2011, p. 1037; Waluchow, 2012, p. 195; Waluchow, 1994, pp. 107-112; Waluchow, 2003, p. 116). Aquinas explains that natural law gives rise to two types of requirements (Aquinas, 1984, pp. 597-602). First, there are those that flow from natural law by a kind of logical necessity, such as the prohibition against murder. However, natural law remains very general and does not explicitly provide for appropriate actions in all contingent circumstances of practical life. It does not, for example, specify the appropriate punishment for a murderer. The “logical” requirements of natural law must thus be supplemented by a second kind of requirement, which arises from human determinations of the “common notions” or generalities contained in natural law. Implementing natural law requires that persons or institutions make its meaning more precise and help to complete it. Natural law can then give rise in practice to a great variety of laws, all of which may be compatible with its general prescriptions. In this way, Aquinas recognizes the important influence of communities’ own experience on the concrete definition of natural law.

Waluchow takes a view similar to Aquinas’ of the general morality embodied in charters of rights. He insists that the rational universal morality of rights provides only a blueprint or outline, which often fails to guide action on its own and has details missing that must be worked out by human institutions, especially judicial ones (Waluchow, 2007, pp. 233-234 and 241; Waluchow, 2008, p. 83; Waluchow, 2009, p. 152; Waluchow, 2012, p. 194). The morality embodied in charters of rights is largely indeterminate or underdetermined. In other words, it can give rise to a variety of “determinations” that are consistent with it. For Waluchow, the process by which charters’ general morality is determined or translated into practice does not depend simply on the rationality of that morality, but also refers to a community’s specific experience. The need to elaborate a universal and rational morality of charters of rights that harmonizes with the particularities of the social, political, economic, historical

and cultural life of a community may even lead to different determinations of the same morality within a federal state. Waluchow considers, for example, that the fundamental rights recognized in the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* (2007/C 303/01) may sometimes be determined differently in different member states. It is not necessary that the rational and universal morality included in the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* always be applied in a uniform manner, and this is in fact recognized by the margin of appreciation doctrine (Waluchow, 2013a, p. 1047). The question of whether, for example, freedom of expression is compatible with a prohibition against conspicuous religious symbols in the public space could thus be answered differently in different member states, without those states having to give up their common values (Waluchow, 2012, pp. 210-212). There is sometimes more than one legitimate way to understand rights and duties, and “different communities can render different determinations and yet be doing so in observance of one and the same, ie, a common, set of values” (Waluchow, 2007, p. 211).

4. *Affinities with liberal morality*

The influence of community-specific social experience on the definition of constitutional morality raises the possibility that constitutional morality does not contribute to the primary purpose that Waluchow attributes to charters of rights, namely, the protection of minorities and vulnerable individuals from the ever-potentially tyrannical majorities. Waluchow acknowledges that the notion of constitutional morality, because it refers to a community's view of morality and in some way reflects the moral perspective of the majority, is open to this criticism (Waluchow, 2007, pp. 236-237; Waluchow, 2008, pp. 88-90). Although constitutional morality does not refer simply to the majority moral views of a community, because it assumes that these views undergo the test of reflective equilibrium and are related to the genuine moral commitments of that community and their particular determinations, it can sometimes conflict with the inter-

ests of minorities and vulnerable individuals. Waluchow thus admits that his common law conception of judicial review remains in principle independent of the general morality usually associated with liberalism and that it may serve other moral visions depending on the social context. The constitutional morality of some communities may even encourage the oppression of certain groups, as was the case in South Africa during the apartheid era. In this respect, Waluchow remains consistent with the characteristic idea of legal positivism that law can serve questionable moral ends and become a tool of domination. Despite the rapprochement he proposes between law and morality, he ultimately maintains the idea of their possible separation: “The existence of law—including that part of our law which is our constitutional morality—is one thing; its merit or demerit quite another thing entirely” (Waluchow, 2008, p. 90). On his view, the constitutional morality of a community is not intended to replace personal morality, in the name of which it is always possible to oppose and criticize the prescriptions of law.

Waluchow hastens to add, however, that this problem does not arise in practice, since the constitutional morality of all Western democracies rejects the oppression of minorities and vulnerable individuals. The constitutional moralities of Western societies always include, whether through charters or judicial decisions, the protection of the rights of minorities and vulnerable individuals. Thus, in the context of liberal democracies, judges who seek the coherence that is embedded in the law of a community and apply its constitutional morality “will *inevitably* be led to protect minorities from the tyranny feared by Mill” (Waluchow, 2008, p. 89 (our emphasis)). The common law conception thus in effect allows judicial review to be intimately associated with the liberal morality embodied in charters of rights, and in this it can be a “powerful vehicle for moral good” (Waluchow, 2007, p. 237).

It should also be noted that while Waluchow points out that the general morality that is included in charters of rights is often “underdetermined”, he also recognizes that it is not entirely indeterminate (Waluchow, 2012, pp. 210, 214). The general morality

of charters of rights often leaves some latitude to those charged with implementing it, but it also clearly precludes certain choices that would prove inconsistent with it. First, the general morality may require uniform determinations, despite the social differences between the communities in which it applies. One can imagine, for example, that a federal state's commitment to the economic integration of its members might make it mandatory to apply identical measures in certain areas. Second, as in Aquinas' understanding of natural law, the general morality embodied in charters of rights sometimes provides answers that leave no room for determinations. For example, while the notion of freedom of expression does not clearly say whether to prohibit conspicuous religious symbols in the public space, it is clear that it is opposed to laws that prevent political dissent. Thus, in Waluchow's view, a community's social life and customs often influence the definition of rights, but rights always remain in a certain sense pre-political, and their meaning derives from almost natural requirements (or at least from requirements that are independent of the received practices in a community) (Waluchow, 2013a, p. 1047). There is, in other words, a part of the content of constitutional morality as it exists in Western democracies that is less directly related to the communities' own experience and its internal coherence than to the universal rationality of liberal morality contained in charters of rights.

Finally, according to Waluchow, the rights contained in charters have contributed to some moral progress, and we can hope that they will continue to render us more enlightened (Waluchow, 2007, p. 159). Despite our epistemological limitations and the difficulty of knowing the right moral answers, it must be acknowledged that progress is possible with respect to knowing what is good or true in the moral realm. The example of slavery, which was once recognized as morally acceptable and is now unanimously denounced, shows this clearly. Waluchow thus sees the liberal morality contained in charters of rights as the result of a process that has, over time, brought Western societies closer to the truth in the moral realm, and a certain implicit philosophy of history could be attrib-

uted to him, even though he also recognizes the contingent nature of the choices that are made by societies and that can change the constitutional morality of a community.

5. *Discretion and democracy*

Waluchow attempts to show that constitutional morality can be discovered by judges through careful study of a community's practices, but he is repeatedly confronted with the problem of the role played by interpreters in developing that morality, especially in hard cases. There are questions about which communities are deeply divided and where constitutional morality does not allow for a definite or single answer. Similarly, the notion of equality may receive various determinations or translations in practice that are consistent with its general principle and with the interpretations it has received in various given communities in the past. In such cases, Waluchow recognizes, as we have pointed out, that judges charged with implementing constitutional morality are not simply applying a criterion they discover but are engaging in what Aquinas calls the determination of common notions, and thus participating in some way in the construction or creation of constitutional morality (Waluchow, 2013b, p. 210; Waluchow, 2000, p. 67).

These cases raise a crucial difficulty for Waluchow, who explains in his reply to Waldron that judges' application of constitutional morality is a democratic practice and that it allows the people to remain the author of the criteria that govern them. To the extent that judges refer to constitutional morality when reviewing the constitutionality of laws, he argues, they are not speaking for themselves, but are in some way implementing the wishes of the community at large. They apply the criteria that are defined by the members of society and their authorities over time, and this remains compatible with democracy: judicial review is part of a set of measures, such as representation, that are not a direct expression of the popular will, but serve that will. The social and customary anchoring of the secondary rule of recognition is placed, in Waluchow's theory, in ser-

vice to an argument for the democratic character of the law. However, the fact that there are cases in which the judge cannot refer to an existing or sufficiently determined consensus when assessing the validity of laws makes it problematic to claim that judicial review is a democratic expression of popular aspirations.

Waluchow goes to great lengths to show that the process by which judges participate in the development of a community's constitutional morality is neither merely arbitrary nor subjective. He explains that, in cases where the law remains indeterminate, judges must draw on the common law method and proceed on a case-by-case basis, gradually developing the law in a manner consistent with past decisions (Waluchow, 2013b, p. 209). Waluchow wants to show that the common law method, even though it is associated in the contemporary world with judge-made law, allows for a neutral, impartial description of the law, which he believes meets the condition for it to remain democratically acceptable. He puts forward several arguments to try to show how judicial judgment remains constrained by a framework even when it participates in the development of constitutional morality.

Waluchow begins by arguing that judges' construction of constitutional morality can remain democratically legitimate as long as they refer only to justifications that can be accepted by all as reasonable. To the extent that judges refer only to what Rawls calls public reasons in cases where the constitutional morality of a community is indeterminate and develop constitutional morality according to the common law method, they are, according to Waluchow, acting in a democratically legitimate manner (Waluchow, 2013b, pp. 211-212; Waluchow, 2011, pp. 1043-1044). Even those who disagree with a court's construction of constitutional morality can understand what motivated it, and they can continue to believe that the choices judges make on behalf of the people are legitimate from a democratic point of view.

Waluchow later explains the idea that democratic legitimacy can be respected so long as judges adopt what he calls a detached perspective. The discretionary construction of morality that judg-

es engage in when constitutional morality remains undetermined may be democratically acceptable if judges rely on the community's view of what is morally ideal rather than on the personal perspective of an interpreter (Waluchow, 2015, pp. 25-26, 36-37, 38-40). Most judges see their duty as to apply the law as it is, not as it should be from their perspective. The effort to apply the law as it is implies, according to Waluchow, the requirement to employ the vision of ideal morality accepted by a particular community in its legal practices, which cannot be reduced either to the personal morality of the judge or to ideal morality in itself. Waluchow considers that this shows that the constructive interpretation that judges engage in when developing the constitutional morality of a community may well be conceived as democratically legitimate.

Finally, Waluchow adds that a written constitution is often very indeterminate, but can be incorporated into constitutional morality in a democratic way if it is interpreted by judges according to the ordinary meaning of the words it contains (Waluchow & Stevens, 2016, p. 276). Interpreting the written constitution according to the ordinary meaning of the words it contains ensures that the definition of constitutional morality is not influenced only by the judicial authorities, and that the citizens of the democratic community also participate in some way. Reference to the current meaning of words ensures that the understanding of the written constitution remains connected to the social and moral life of the community and that the common law constitution that emerges from the work of judges remains in step with developments in the democratic community.

IV. Affinities and differences with artificial reason

Having studied more closely Waluchow's notion of constitutional morality, we can better appreciate how it relates to the classical notion of artificial reason. Waluchow's main emphasis is on the practical virtues of the common law method, that is, on the special competence of judges trained in that tradition to apply and de-

velop the law in a manner appropriate to the life of a community. However, as we have started to show, there is a deeper connection between his theory and the classical idea of artificial reason, which is visible in their shared emphasis on the central role played by consensus over time in the knowledge of the law and on the limitations of individual natural reason. Waluchow admits that there are some affinities between constitutional morality and classical common law, but he also recognizes the originality of the notion he develops (Waluchow, 2009, p. 159). We propose to explain this originality by the fact that the elements of constitutional morality reminiscent of artificial reason are situated within a conceptual framework marked by both Hart's legal positivism and Dworkin's critique of Hart, in which the polarity between the authority of government and the rights of individuals is as important as the shared practices of a community. This leads Waluchow, in his attempt to build on the customary dimension of the law to establish the democratic character of judicial review under charters of rights, to give a more abstract scope to the constitutional morality that is supposed to represent the wishes of the members of a society and to attribute a role to the judge a very imposing role. We will first summarize the affinities that exist between constitutional morality and artificial reason, and then explain at greater length the differences.

1. *Affinities*

As we have seen, Waluchow's theory of judicial review emphasizes, like classical common law jurisprudence, the customary and institutional origin of the limits law poses on government action. The notion of constitutional morality that he develops resembles in many respects the notion of artificial reason when it designates the particular form of rationality that has been sedimented over time in the legal practices of a given community and reflects the consensuses that have emerged through the cumulative efforts of a very large number of people (and which are for this reason more suited to the proper life of a community than would be ideal morality itself).

Constitutional morality makes possible, like the notion of artificial reason, an understanding of statutory law from the background of shared practices and beliefs that have crystallized in the law of a society. The insistence on the epistemological limitations of individual natural reason for knowledge of law is also an important aspect bringing Waluchow's thinking closer to the classical view of the common law¹². Waluchow's wariness towards individual reason is particularly visible in his effort to detach the law from the private opinions of interpreters and to associate it instead with a perspective defined by the shared practices and beliefs of a community. This leads him to distinguish his position from that of Dworkin, notably from elements of Dworkin's critique of the rule of recognition. First, he counters Dworkin with the idea that law is not defined primarily by the fact that it is a "contested concept", by the fact that it generates a conflictual and abstract discussion about justice (Dworkin, 1986, pp. 11-15; Dworkin, 2006, p. 221), but by the important consensuses on which it is based and without which it cannot exist. By placing a broad understanding of the rule of recognition (and, more generally, of secondary rules) at the heart of his vision of law, Waluchow recaptures an important part of the classical common law idea that law is fundamentally based on a social and customary background. He recognizes that the principles at work in law are subject to discussion, and sometimes to disagreement, but the central role he gives to the shared experience and practices of authorities and community members allows him to ground the form of rationality he sees at work in law quite firmly in the particular institutions of a community. The notion of constitutional morality thus partially corrects the tendency of Dworkin's legal theory to understand the social and customary dimension of law from an individual's abstract moral perspective. Indeed, Dworkin explains that the constraint exerted by the dimension of *fit* with existing legal materials in the interpretation of law as integrity is not mechanical,

¹² The theories of Waluchow and David Strauss overlap on this point: "The first attitude at the foundation of the common law is humility about the power of individual reason" (Strauss, 2010, p. 41).

that it is not the constraint of an « external hard fact or interpersonal consensus » (Dworkin, 1986, p. 257), but that it is itself a political judgment, part of a more general moral and political judgment, in which an idiosyncratic interpreter must try to provide the best justification for law (Dworkin, 1986, pp. 255-256). For Waluchow, law remains first and foremost a social or conventional phenomenon, and its coherence is deeply linked to the consensuses that have been inscribed in it over time. Careful study of the shared practices in a community is required to see what these consensuses are, and they can be described even without taking the perspective of a participant in the practice and without engaging in introspection. As we have shown, Waluchow goes to considerable lengths to show that the law, even in the most difficult cases, can be described in a relatively unbiased way, that is, that an interpreter can come to know it without essentially relying on his or her private opinions. He considers, like the classical common lawyers, that it is necessary in the knowledge of the law that the myopia of individual natural reason be corrected in light of an intersubjective social reason that has been sedimented over time in the law. Waluchow also explains, in line with the classical conception of the common law, that judges and jurists trained in the common law tradition are in the best position to identify the internal reason of the law, and he relies somewhat more clearly than Dworkin on their traditional professional knowledge to justify their superiority (Waluchow, 2007, pp. 235, 261). The ascendancy that Waluchow attributes to constitutional morality over popular morality and statutory law depends on the judges' own practices and expertise and is also to some extent reminiscent of the superiority of the artificial reason of the common law. The case-by-case approach of common law judges, with its characteristic back-and-forth between particular cases and the broader coherence that emerges from them, allows for a form of law to emerge that is especially attuned to the important opinions and beliefs of a community, while also respecting their deeper coherence.

2. Differences

Waluchow's effort to reconcile the contributions of Hart's and Dworkin's theories within a coherent understanding of law leads him, as we have just seen, to recapture important aspects of the combination of custom and reason that we find in the notion of artificial reason of the law. However, Hart's legal positivism and Dworkin's theory of law as integrity also influence Waluchow's thinking in directions that pull it away from the idea of artificial reason. Legal positivism's tendency to associate law with state authority and the propensity of Dworkin's interpretivist approach to understand law through the lens of a general moral theory introduce into Waluchow's vision of law elements such as discretionary decision and extra-legal morality, which contribute to transforming the meaning that elements influenced by the classical conception of the common law take on in his thought. In particular, they lead him to see the judge's role as being as much to search for internal coherence in a community's received practices as to carefully develop and apply to specific cases a general moral theory based on individual rights.

3. *The common law in service to popular sovereignty and rights*

The conceptual architecture of Waluchow's theory of judicial review is deeply influenced by legal positivism, and in some respects it remains marked by the association Hobbes established between law and authority in his uncompromising critique of the artificial reason of the common law (Hobbes, 1971). Hart's rule of recognition, while directed against Austin's emphasis on the sovereign's commands, retains a certain preference for authorities' point of view in defining law (Hart, 1994, p. 117). Governmental authorities retain a similar directive role in Waluchow's view. Constitutional morality, which refers to the principles that are incorporated into the law of a community through its rule of recognition, is defined in important ways by the authorities of that community. Waluchow explains that constitutional morality is called upon not only to reflect exist-

ing practices in civil society, but also to determine them and make them evolve (Waluchow & Stevens, 2016, pp. 275, 287). For him, in a well-functioning legal system, citizens must adapt their conduct to the constitutional requirements stated by judges. He also considers that a rift between the viewpoint defined by the authorities and the aspirations of the general population is always possible, and this is one of the reasons why he remains attached, even in the more normative part of his theory, to the idea of a possible separation between law and morality that is typical of positivist thought. It is true that Waluchow significantly attenuates the keen assertion of the authoritative character of law found in, for example, Raz, and associates law's authority more with the ability to influence the relative weight that actors give to the various reasons that motivate their actions than with the ability to radically override those reasons (Raz, 1985, p. 297; Waluchow, 1994, pp. 136-137). However, the second-order reasons given by authorities still take precedence over citizens' first-order (ordinary) reasons, and Waluchow never completely denies the idea that law has a strong authoritative dimension and could theoretically be entirely defined by the authorities. Waluchow's real sympathy for the perspective defined by established practices and existing consensuses is thus embedded in a theoretical apparatus that remains partly focused on state authority. As in the classical view, custom and shared practice provide the fundamental basis of the law and judges trained in the common law are best at formulating it, but Waluchow's theory also anticipates that authorities' custom and practice may radically override those generally accepted in society. The authoritative scope that he attributes to constitutional morality contrasts with the customary spirit of the classical common law.

In his understanding of the constitutional phenomenon, Waluchow also adopts the idea of a strong polarity between the power of government and the natural freedom of individuals, which originates in Hobbes (Hobbes, 1996, chap. 13-14) and is typical of the liberal tradition of thought. He contrasts the authority of government with popular sovereignty, which is based on the

rights of the individuals who are part of the people. The right of resistance that he recognizes, following John Locke, as belonging to the people testifies to the ascendancy in his thought that the members of society can ultimately exercise over the government and to the form of priority that should be attributed to their vision over that of their authorities (Waluchow, 2013a, pp. 1047-1048). For Waluchow, the individuals who make up the people possess a set of pre-political rights that circumscribe the laws that can be adopted legitimately (Waluchow, 2000, p. 61; Waluchow, 1989, p. 29). This background, inspired by liberal thought, considerably colours his relationship with the custom-based approach of the artificial reason of the common law. Waluchow turns to the method characteristic of common law judges in the hope of minimizing the gap that could develop between the rights of individual members of a community and the actions of government. The common law method thus comes into play for him as an addition or complement, after the government's capacity to act and the rights of individuals have been recognized (Waluchow, 2007, pp. 204, 215, 218). Waluchow refers to the approach of common law judges in his theory of judicial review with the stated aim of resolving the tension between democratic government and individual rights. He tries to show how these two elements can be reconciled towards a common end, namely the realization of the constitutional morality of a community. Waluchow wants to show that the common law approach can play the role of an intermediary between the popular will and the ideal of individual rights: the common law method facilitates the acceptance of the idea that people's aspirations are corrected by the work of judges by explaining that judges merely implement received practices, and at the same time this method makes it easier to accept the idea that judges must apply the rationality of individual rights by portraying that rationality as merely part of the received practices in a community. Such an endeavor deviates in many ways from the classical idea of artificial reason.

4. *The rationality of constitutional morality*

First, it can be noted that Waluchow's emphasis on the rights of individuals influences the form of coherence that judges are called upon to discover in existing law using the common law method. Law's particular form of reason refers in Waluchow's work as much to the wisdom accumulated over time in the law of a community as to a moral vision based on individuals' rights. He considers that constitutional morality can include the requirements of a rational and universal moral theory, since a community can choose to include them in its law. Waluchow adopts, with certain nuances, the idea found in Dworkin's theory of interpretation according to which one must seek to understand existing law from the general moral theory underlying it (Dworkin, 1986). In this way, he, like Dworkin, tends to understand the customary or institutional dimension of law in the light of moral or political philosophy, and this entails an ambiguous relationship with the pragmatic and theory-weary artificial reason of the classical common lawyers (Postema, 2002a). Waluchow is, however, more moderate than Dworkin with respect to the place of moral and political philosophy in the definition of law and he places greater emphasis on the central role played by shared practices. Significantly, Waluchow's theory of law never gives the justificatory or philosophical dimension of law such a prominent function that it entirely compromises the role played by shared practices and the institutional dimension (Waluchow, 2000, pp. 80-81). Indeed, Waluchow makes a considerable effort to show that constitutional morality derives from rules that always refer to broad consensuses and are not reducible either to the perspective of an individual interpreter or to a moral or political theory. Nor does he extol the philosophical ambition of judges in a way comparable to Dworkin (Waluchow, 2007, pp. 246, 267). Instead, he sees the theory underlying existing legal practices as always dependent on significant consensus and as capable of being described and applied in a way that remains mostly uncontroversial. In Waluchow's view, convergence in judgments becomes once

again not only an essential condition of law, but one of its most important goals.

The fact remains that, in both Waluchow and Dworkin, the search for internal coherence of the law according to the common law method leads in fact, in all Western democracies, to the implementation to a certain extent of a form of coherence that comes from a moral theory outside the law. Waluchow does not renounce the idea that law is defined by its social and institutional anchoring, but at the same time he recognizes a certain ideal scope for the elements that make up that anchoring. To get around the problem of theoretical disagreement raised by Dworkin, Waluchow ascribes to each of the Western democracies a social consensus that inevitably includes a moral theory centred on the rights of individuals: according to him, almost everyone agrees on the general rights that are part of charters of rights and on their desirability (Waluchow, 2007, p. 246; Waluchow, 2007a, p. 129). The shared practices that give shape to constitutional morality are also seen as a foundation for the ideal moral aspirations of the members of a society, which judges can then convert into a set of rules to be followed in everyday life. Waluchow's approach is based on the idea of a search for internal coherence in the shared practices of a society, but it also makes room for a scheme inspired by natural law, where the issue becomes judges' application of a general moral theory to particular circumstances.

It is true that the rationality carried by constitutional morality interacts with the experience specific to a community and takes on an "artificial" character or local colour when determined by the judges charged with implementing it. One of the greatest merits of Waluchow's theory of judicial review is precisely its insistence that the rationality of rights must be adapted to fit the established needs and expectations of a society. We may praise Waluchow for inviting a moderate reading of rights and for proposing a method of interpretation that encourages paying attention to the practices that are received in a community. It should be noted, however, that the way constitutional morality is defined is influenced greatly by the

light of the ideal, as evidenced by the symbolic and rational significance that Waluchow gives to charters of rights. For him, charters of rights are not simple confirmations of established law in a community, but have a higher status, which allows them to define the identity of a community in an important way and to make the exercise of governmental authority in a community more rational (Waluchow, 2007b, p. 245). In a way, Waluchow sees charters of rights as providing a general framework of rational scope that judges can then adapt to the specific social life of a community. He refers to the common law method to describe the process by which the abstract rights in charters are applied to particular cases: "I used the phrase 'bottom-up' to convey one of the ways in which the broad, abstract clauses of charters [...] are developed or particularized on a case-by-case basis by judges [...]" (Waluchow, 2009, p. 151) It has been suggested that such a method can better be described as "top-down" (Brand-Ballard, 2008). Under Waluchow's interpretation, judges apply and determine the general moral theory embodied in charters of rights in a manner analogous to that of the interpreter of the natural law in Thomas Aquinas.

The important weight given by Waluchow to the rationality of rights in understanding a community's legal practices thus contrast with the idea of artificial reason found in the classical conception of the common law. Waluchow's theory of judicial review, like Dworkin's view of law as integrity, encourages to some extent thinking about law in the continuity of moral and political theory (Dworkin, 2006, pp. 34-35, Dworkin, 2011, p. 5). The common lawyers of the classical era did not hesitate to assert that the common law corresponds to natural law, but they remained fairly focused on the practical issues before them and refused to venture into considerations of moral and political theory or philosophy, for fear of straying too far from the standards emanating from long-standing shared practices in a community.¹³ Waluchow's common law con-

¹³ As we have shown, the classical conception of the common law has a special relationship with the classical theory of natural law: there is, according to the former, a concordance between the common law and natural law, but they evolve on distinct and somewhat paral-

stitutionalism is not similarly insulated from the influence of moral and political theories. The common law method, as he understands it, remains subordinate to the general rationality of a theory centred on individual rights, recognized as a source of moral progress. Common law's prudent method allows this theory to be adapted to the practices received in a community, but it never fundamentally questions the general rationality that it helps to implement.

5. *A democratic morality?*

The common law approach also allows, according to Waluchow, the judicial protection of rights to appear as a natural extension of democratic government. For him, constitutional morality as defined by judges succeeds in representing the aspirations of a democratic community more adequately than legislation. The superiority that Waluchow attributes to common law judges in this task is based in part on their special ability to embrace the life of a community in their decisions and on their genuine openness to the practices and reasons that are shared in a society. The connection Waluchow seeks to make between the constitutional morality of judges and popular aspirations is reminiscent of the confusion in the classical conception of the common law between the common law and popular custom. This confusion refers to a real sensitivity among common lawyers to the views of the governed and reveals the fundamental dependence of the common law on shared practices in a community, but at the same time it implies a recognition of the superiority of court practices over popular practices. Waluchow returns to this idea, which fits well with the form of superiority of the secondary rule of recognition that he places at the center of his

lel planes. Despite the assertion that the common law and natural law correspond to each other generally, classical common lawyers jealously focussed on the study of English custom and avoided showing explicitly how it relates to natural law. The customary rationality of the common law had, for them, a form of priority in practice: it is not seen as subordinate to natural law. The classical common lawyers were rather suspicious of moral, philosophical and religious speculations that departed from common experience, and insisted on the shared character of the reason that animates the law (Postema, 2003).

understanding of law, and insists that judges, in defining constitutional morality, are better able to represent popular aspirations than elected officials. He is then led to define democracy largely as a set of shared habits and reasons and to relegate its more voluntary aspects to the background.¹⁴

Waluchow wants to reconcile democratic government and judicial protection of rights by turning to the common law method, but he can do so only because he largely identifies democratic aspirations with the ideal content he ascribes to constitutional morality, namely, individual rights. To the ordinary forms of social solidarity, which can be expressed in particular by means of representative institutions, Waluchow prefers the form of justice that derives from the judicial protection of rights and that allows individuals and minorities to assert their point of view against the existing social solidarities:

In some situations, more is needed than compromise, accommodation, and "social solidarity." Oftentimes, the social solidarity in play works forcefully against the vital interests of disadvantaged individuals and minorities. Social solidarity, in the hands of an entrenched majority, can lead to social injustice (Waluchow, 2007b, p. 177).

¹⁴ The example of how he proposes to understand written constitutions is illuminating in this regard. Judges form, according to Waluchow, a language community distinct from the democratic community at large, and they must, in their interpretations of the written constitution, attempt to follow the meanings that are attributed to words in ordinary civic conversation. In this respect, he draws on David Strauss, who explains that such an approach allows judges to build on the consensus that already exists in the population about a constitution. Unlike Strauss, who generally believes that judicial review of the constitutionality of laws has an anti-majoritarian purpose that is difficult to reconcile with democracy (Strauss, 2010, pp. 46-49), Waluchow believes that citizens participate in the definition of constitutional morality when judges interpret the written constitution based on the meaning citizens give to words in everyday conversation (W. Waluchow & Stevens, 2016). This example reveals Waluchow's tendency to adopt a rather particular definition of democracy. The meaning of words depends on usages, which have a rather strong inertia and change only slowly and gradually; in the end, this leaves citizens with little control over the definition of constitutional morality. Democratic government is defined, in his view, less as a population's adopting of laws to govern itself than as an ability to espouse the needs, habits and beliefs of a population, a task for which judges are better trained than elected officials.

Waluchow endorses the idea that cooperation between the members of a society presupposes the prior recognition of the rights of individuals and minorities (Waluchow, 2013a, p. 1040). For him, democracy therefore aims first at the implementation of certain moral values, and it takes on a meaning that is close to that which Dworkin gives to constitutional democracy. "Waluchow, following Dworkin, is also positing an idealized democracy where respect for rights is intrinsic to democracy itself; democracy means that the content of legislative decisions must adhere to certain core liberal values of respect for individuals' freedom and equality" (Sypnowich, 2007, p. 765; Stoljar, 2009, pp. 127-128).¹⁵ Using a formulation reminiscent of Dworkin, Waluchow explains that the rights in charters are worth protecting because they contribute, "in ways consistent with [...] the demands of reason and morality, to the workings of a reasonably free, self-governing society which aspires to respect its members as rights bearers deserving of equal concern and respect" (Waluchow, 2007b, p. 246). As Christine Sypnowich says, in Waluchow, "distinguishing true, constitutional morality from erroneous, popular views of morality is a rather arbitrary affair, which has little to do with democracy and much to do with the liberal principles of philosophers" (Sypnowich, 2007, p. 762; Campbell, 2009, p. 20).

Waluchow moreover justifies judges' special role in his conception of democracy on the basis of their ability to respect the rationality of the theory of rights that is embedded in constitutional morality. For him, the superiority of common law judges in determining constitutional morality derives, as in the classical common law conception, from their training and expertise, but also from their independence and ability to respect the coherence of the principles they are charged with applying (Waluchow, 2007b, pp. 258, 264-265; Waluchow, 2007a, pp. 137-138). It is easier, in other words, for judges to identify and apply the law "as it is" rather than dis-

¹⁵ Sypnowich explains that seeking to resolve the difference between democracy and individual rights risks leading to a dilution of both democracy and individual rights (Sypnowich, 2007, pp. 764-768, 771-772).

torting it according to their wishes and the wishes of an electorate, making them more likely to respect the rights of individuals and minorities. Judges “aren’t smarter than the rest of us, nor do they possess a degree of moral insight and sophistication surpassing that of the average citizen or legislator” (Waluchow, 2007b, p. 225; see also Waluchow, 2007c, p. 262) but they are nonetheless better able, for both professional and institutional reasons, to develop constitutional morality in a way that respects the speculative consistency of the rights it encompasses. In sum, Waluchow sees judges as superior interpreters in part because they are better able to describe and implement the ideal principles at work in constitutional morality, in other words, because they are more likely to *take rights seriously* (Waluchow, 2007b, p. 267). Waluchow’s reasons for assigning judges the central role in identifying and defining constitutional morality reflect his effort to bring together in his theory elements from the descriptive, detached perspective of his inclusive legal positivism and from the normative perspective of Dworkin’s theory of law as integrity (Waluchow, 2009, p. 159). His description of the role of the judge thus partly retains the positivist tradition of thought’s preference for the authorities’ viewpoint in the definition of law (even if this definition tends to be reduced to a neutral description), while at the same time retaining something of Dworkin’s figure of the judge-philosopher. In Waluchow’s thought, there is a particular mixture between the descriptive, neutral posture of legal positivism, the normative dimension of Dworkinian interpretive theory and the traditional method of the common law, which contributes to giving great significance to the authority and wisdom of the judge.

Waluchow is aware that the ideal scope he ascribes to constitutional morality renders problematic his claim that judges’ implementation of constitutional morality reflects the genuine aspirations of a democratic community. The reference to an ideal form of morality in the definition of constitutional morality makes the application of that morality uncertain and in some ways dependent on the judgment of an interpreter rather than attributable to a democrat-

ic community as a whole (Brand-Ballard, 2008; Hübner Mendes, 2007, p. 474). The idea that constitutional morality is generally discoverable through the common law method is indeed qualified in Waluchow's thinking by the fact that there are in practice many cases in which constitutional morality fails to fully guide judicial judgment and judges must exercise some form of discretion or construction. In this respect, Waluchow remains heir to Hart's view of discretion and its distinction between core cases and cases that fall in the penumbra of uncertainty. He does not indeed abandon the idea that is not in tune with the notion of artificial reason that individuals sometimes "create" or develop the law. This idea becomes, in a sense, even more necessary in Waluchow's theory because of his insistence on the important role played by general, indeterminate moral concepts in constitutional morality: the ideal morality that is part of the constitutional morality accepted by a community often remains too general to have a clear practical meaning, and judges must specify the concrete translations that it can receive in a community. Thus, as a complement to the image of the judge as the spokesperson for a pre-existing law, we find the Hartian figure of the judge as an "interstitial legislator" responsible for specifying the law in cases that belong to the inevitable penumbra of uncertainty of rules (Waluchow, 2007b, pp. 261-262; Waluchow, 2009, pp. 152-153; Hart, 1994, pp. 127-129, 273-274).

Waluchow remains uncomfortable, however, with the idea that the application of constitutional morality involves interpretive choice because it contradicts the democratic argument he associates with judicial review. He therefore attempts, using a variety of arguments, to limit as much as possible the discretion that individual judges are given in determining constitutional morality (Waluchow, 2011, p. 1038). He does not, however, entirely dispel the doubt that Waldron cast on the democratic legitimacy of judicial review when he drew attention to disagreements about rights in the circumstances of politics. Waluchow attempts to show that tangible disagreements about rights usually arise from citizens' moral myopia, that such disagreements more often than not con-

veal important consensuses and that those consensuses can be discovered through a rational examination led by judges. Rights are not merely the compromises that emerge from the everyday interactions of members of a society; they are also deeper moral commitments with meaning that in most cases judges are best at identifying in practice. This argument has its limitations, however, which Waluchow himself acknowledges when he admits that intractable value conflicts remain in contemporary democracies. Gerald Postema rightly points out that the intimate association that the artificial reason of the common law establishes between law and existing custom has the consequence of making law strong where there is substantial consensus, but weak where there is controversy, i.e., when it is most needed (Postema, 1986, p. 464). As several authors point out, the fact that the moral consensus that Waluchow attributes to democratic societies is lacking precisely in cases where judges are called upon to define the constitutional morality of a community undermines the democratic legitimacy that he attempts to attribute to judicial review using the common law method (Struchiner & Schecaira, 2009, pp. 142-143; Miller, 2007, p. 311; Campbell, 2009, pp. 25-27). In cases where a community is deeply divided, judges' determination of the abstract morality contained in law can hardly be attributed to the whole democratic community to which it is to apply.

V. Conclusion

The purpose of this article has been to make Wilfrid Waluchow's notion of constitutional morality more intelligible by tracing some of its sources in Anglo-American legal thought and by showing how it relates to the idea of artificial reason. We have seen that Waluchow developed this notion under the influence of Hart and Dworkin, whose theories of law he sought to bring together in his own thought. The notion of constitutional morality that Waluchow developed was influenced by Hart's notion of rule of recognition

and by Dworkin's vision of law as integrity, and this made it possible for him to insist both on the social and institutional anchoring of law and on the coherence that emerges from it, in a way that recalls the delicate union between custom and reason that we find in the artificial reason of the common law. The influences of Hart and Dworkin's theories of law on Waluchow's constitutional morality also explain where it parts with the classical conception of the common law. The notion of rule of recognition (and of secondary rules more generally) that Waluchow finds in Hart refers mainly to authorities' practices, and it defines law's foundations in established practices in a narrower and more top-down manner than they are in the classical conception of the common law. Similarly, Waluchow adopts Dworkin's idea that the established law of a community needs to be understood in light of the general moral and political theory it presupposes and that best justifies it, and it leads him to conceive of the internal rationality of the law in a more abstract manner than in the classical notion of artificial reason. These elements show how Waluchow's notion of constitutional morality tends to subordinate the common law method to a general moral and political philosophy. It also explains the way in which constitutional morality's emphasis on the authority of law and on the constructive role of judges might compromise the social and customary anchoring of the law found in the common law tradition, and why describing it as democratic is not entirely convincing.

Waluchow's attempt to develop an understanding of law and judicial review that is grounded primarily in a community's shared practices is nonetheless remarkable. Constitutional morality and its reference to received practices in a community shows that it is possible to link the moral aspirations of citizens with the State's power and to think of the relationship between the freedom of citizens and the power of their government without falling into a clear-cut opposition between rights and law, which can often be seen in the work of thinkers after Hobbes. Drawing attention to the fact that law is anchored in established practices and recalling that it depends on relationships of mutual trust that develop over the course

of concrete social interactions can help bring serenity and introduce some practical wisdom into a debate in which calls for re-establishing the will of the majority simply provoke a legitimate desire for even greater protection for individual rights and in which, inversely, the expansion of individual rights stimulates the individual's legitimate desire to express his freedom politically. Waluchow's common law theory of judicial review and his notion of constitutional morality introduce a welcome moderate voice into Anglo-American debates.

VI. References

- Aquinas, T. (1984). *Somme théologique (tome 2)*. Éditions du Cerf.
- Baranger, D. (2008). *Écrire la constitution non-écrite: Une introduction au droit politique britannique*. Presses Universitaires de France.
- Berman, H. J. (1994). The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden and Hale. *The Yale Law Journal*, 103, 1651-1738.
- Bouchard, K. (2021). *Constitutionnalisme et common law dans la pensée juridique anglo-américaine*. Classiques Garnier.
- Brand-Ballard, J. (2008). *Review of A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Notre Dame Philosophical Reviews. <https://ndpr.nd.edu/reviews/a-common-law-theory-of-judicial-review-the-living-tree/>
- Burgess, G. (1992). *The Politics of the Ancient Constitution*. Pennsylvania State University Press.
- Campbell, T. (2009). Slaying the Hydra: Living Tree Constitutionalism and the Case for Judicial Review of Legislation. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Del Derecho*, 1(3), 17-36.
- Coke, E. (2003). *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke* (S. Sheppard, Ed.). Liberty Fund.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Harvard University Press.

- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press.
- Fortescue, J. (1980). *De Natura Legis Naturae* (C. Fortescue, Trans.). Garland.
- Hale, M. (1924). Reflections by the Lrd Cheife Justice Hale on Mr. Hobbes his Dialogue on the Law. In W. Holdsworth (Ed.), *A History of English Law* (Vol. 5). Methuen and Co.
- Hale, M. (1971). *The History of the Common Law of England* (C. Gray, Ed.). Chicago University Press.
- Hale, M. (2017). *On the Law of Nature, Reason, and Common Law. Selected Jurisprudential Writings* (G. Postema, Ed.). Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1982). *Essays on Bentham*. Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law. Second Edition*. Oxford University Press.
- Hedley, T. (1966). Hedley's Speech, June 28, 1610. In E. R. Foster (Ed.), *Proceedings in Parliament 1610* (Vol. 2, pp. 170-181). Yale University Press.
- Hobbes, T. (1971). *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. University of Chicago Press.
- Hobbes, T. (1996). *Leviathan* (R. Tuck). Cambridge University Press.
- Hübner Mendes, C. (2007). A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree by W. J. Waluchow. *Cambridge Law Journal*, 66(2), 471–474.
- Lacey, N. (2004). *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford University Press.
- Miller, B. W. (2007). Review Essay: A Common Law Theory of Judicial Review. *The American Journal of Jurisprudence*, 52(1), 297–312.
- Perry, S. (1997). Two Models of Legal Principles. *Iowa Law Review*, 82, 787–819.
- Postema, G. (1986). *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford University Press.

- Postema, G. (1987). Protestant Interpretation and Social Practices. *Law and Philosophy*, 6, 283-319.
- Postema, G. (2002a). Classical Common Law Jurisprudence (Part I). *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2(2), 155-180.
- Postema, G. (2002b). Philosophy of the Common Law. In J. L. Coleman, K. E. Himma, & S. J. Shapiro (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 588-622). Oxford University Press.
- Postema, G. (2003). Classical Common Law Jurisprudence (Part II). *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 3(1), 1-28.
- Postema, G. (2017). Editor's Introduction. In G. Postema (Ed.), *On the Law of Nature, Reason, and Common Law. Selected Jurisprudential Writings* (pp. xv-lviii). Oxford University Press.
- Raz, J. (1985). Authority, Law and Morality. *The Monist*, 68(3), 295-324.
- Salmond, J. (1893). *The First Principles of Jurisprudence*. Stevens & Haynes.
- Salmond, J. (1913). *Jurisprudence. Fourth Edition*. Stevens & Haynes.
- Simpson, A. W. B. (1987). *Legal Theory and Legal History. Essays on the Common Law*. Hambledon Press.
- St. German, C. (1974). *The Doctor and Student* (T. F. T. Plucknett & J. L. Barton, Eds.). Selden Society.
- Stoljar, N. (2009). Waluchow on Moral Opinions and Moral Commitments. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Del Derecho*, 1(3), 101-132.
- Strauss, D. (2010). *The Living Constitution*. Oxford University Press.
- Struchiner, N., & Schecaira, F. P. (2009). Trying to Fix Roots in Quicksand: Some Difficulties with Waluchow's Conception of the True Community Morality. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Del Derecho*, 1(3), 133-145.
- Sypnowich, C. (2007). Ruling or Overruled? The People, Rights and Democracy. *Oxford Journal of Legal Studies*, 27(4), 757-774.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.

- Walters, M. (2008). Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism. In G. Huscroft (Ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (pp. 245–276). Cambridge University Press.
- Waluchow. (2008). Constitutional Morality and Bills of Rights. In G. Huscroft (Ed.), *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (pp. 65–92). Cambridge University Press.
- Waluchow, W. (1980). *Adjudication and Discretion [Unpublished doctoral thesis]*. Oxford University.
- Waluchow, W. (1989). The Weak Social Thesis. *Oxford Journal of Legal Studies*, 9(1), 23-55.
- Waluchow, W. (1991). Charter Challenges: A Test Case for Theories of Law. *Osgoode Hall Law Journal*, 29, 183-214.
- Waluchow, W. (1994). *Inclusive Legal Positivism*. Oxford University Press.
- Waluchow, W. (2000). Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism. *Legal Theory*, 6(1), 45-81.
- Waluchow, W. (2003). *The Dimensions of Ethics*. Broadview Press.
- Waluchow, W. (2005). Constitutions as Living Trees: An Idiot defends. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 18(2), 207-247.
- Waluchow, W. (2007a). A Common Law Theory of Judicial Review. *Problema Anuario de Filosofía y Teoría Del Derecho*, 1(1), 117-139.
- Waluchow, W. (2007b). *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge University Press.
- Waluchow, W. (2007c). Judicial Review. *Philosophy Compass*, 2(2), 258-266.
- Waluchow, W. (2009). A Living Tree Constitutionalist Replies. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(3), 147-168. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2009.3.8075>
- Waluchow, W. (2011). Democracy and the Living Tree Constitution. *Drake Law Review*, 59(4), 1001-1046.
- Waluchow, W. (2012). Constitutionalism in the European Union: Pipe Dream or Possibility? In J. Dickson & P. Eleftheriadis (Eds.),

Philosophical Foundations of European Union Law (pp. 189–215). Oxford University Press.

- Waluchow, W. (2013a). Constitutional Rights and Democracy: A Reply to Professor Bellamy. *German Law Journal*, 14(8), 1039–1051. Cambridge Core.
- Waluchow, W. (2013b). On the Neutrality of Charter Reasoning. In J. Ferrer Beltrán, J. J. Moreso, & D. M. Papayannis (Eds.), *Neutrality and Theory of Law* (pp. 203–224). Springer Netherlands.
- Waluchow, W. (2015). Constitutional Rights and the Possibility of Detached Constructive Interpretation. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(9), 23–52. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2015.9.8178>
- Waluchow, W. J. (2011). H. L. A. Hart: Supervisor, Mentor, Friend, Inspiration. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(5), 3–10. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2011.5.8106>
- Waluchow, W., & Stevens, K. (2016). Common Law Constitutionalism and the Written Constitution. In T. Bustamante & B. Gonçalves Fernandes (Eds.), *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism* (pp. 275–291). Springer International Publishing.

Cómo citar

IJ-UNAM

Bouchard, Kevin, "Waluchow's constitutional morality and the artificial reason of the Common Law", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e18773. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.18773>

APA

Bouchard, K. (2025). Waluchow's constitutional morality and the artificial reason of the Common Law. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e18773. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.18773>

Sistema Tierra y derecho: el razonamiento jurídico y su argumentación en la segunda revolución copernicana

Earth system and the law: legal reasoning and its argumentation on the second Copernican revolution

Gabriel Isaac López Porras

 <https://orcid.org/0000-0003-2023-1239>

Universidad Autónoma de Chihuahua. México
Correo electrónico: iporras@uach.mx

Luis Javier Pineda González

 <https://orcid.org/0000-0001-5721-0162>

Instituto de Resiliencia y Conservación Global. México
Correo electrónico: ipineda@ircg.ngo

RECEPCIÓN: 4 de octubre de 2023

ACEPTACIÓN: 20 de septiembre de 2024

PUBLICACIÓN: 21 de octubre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.18617>

RESUMEN: Científicos del sistema Tierra han demostrado que el planeta es un sistema adaptativo-complejo y que algunos procesos naturales ya no operan en condiciones seguras para preservar la vida. Destaca que poco se ha hecho por explorar las implicaciones en la arena jurídica para responder ante los retos que estas condiciones presuponen para la vida humana y para nuestra supervivencia como especie. Aquí se sostiene que, para mantener el buen funcionamiento planetario, se requiere de una articulación efectiva entre el razonamiento jurídico, su argumentación y la ciencia del sistema Tierra. Al hacer una exploración de la literatura jurídica y del sistema Tierra, este artículo tiene como objetivo exponer el primer esfuerzo sobre cómo debería adaptarse el razonamiento jurídico y su argumentación a un enfoque del sistema Tierra, utilizando para ello diferentes casos de estudio, resoluciones y tesis jurisprudenciales. Al hacerlo, se exhibe la necesidad de erradicar concepciones erróneas subyacentes al antropocentrismo jurídico, para ajustar la interpretación y aplicación del derecho a realidades ecológicas científicamente más precisas.

Palabras clave: derecho del sistema Tierra, derecho ambiental, ciencia del sistema Tierra, razonamiento jurídico, antropocentrismo legal, espacio operativo seguro.

ABSTRACT: Earth system scientists have shown that the Earth is a complex adaptive system and that some of its natural processes no longer operate in safe and stable conditions to preserve life. However, we still need to explore its implications in the legal arena. Maintaining safe planetary conditions requires better integrating Earth system scientific insights into legal reasoning and argumentation. We could only examine scientific knowledge as an effective alternative within the legal and political spheres in this way. In exploring scientific and legal literature, this article presents a first effort at how legal reasoning and argumentation can embrace an Earth system perspective, using different case studies, legal resolutions, and jurisprudence. In doing so, we expose the need to eradicate misconceptions underlying legal anthropocentrism and adjust the law's interpretation and application to more scientifically accurate ecological realities.

Keywords: Earth system law, environmental law, Earth system science, legal reasoning, legal anthropocentrism, safe operating space.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Conceptos clave relacionados al sistema Tierra.* III. *Razonabilidad, antropocentrismo y sistema Tierra.* IV. *Perspectivas antropocéntrica y del sistema Tierra: preservación y protección desde el derecho.* V. *Un vistazo al razonamiento jurídico desde la óptica del sistema Tierra.* VI. *Argumentación jurídica y sistema Tierra.* VII. *Conclusión.* VIII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

El cambio de paradigma de la revolución copernicana consistió en abandonar la visión geocéntrica del universo para adoptar una perspectiva heliocéntrica (Brush *et al.*, 2020). Bajo esta perspectiva se ubicó al planeta Tierra en su correcto contexto astrofísico, y al Sol, en el centro del sistema solar (Schellnhuber, 1999). Hoy en día, la llamada *segunda* revolución copernicana nos permite entender que la Tierra opera muy lejos del equilibrio termodinámico del que solíamos pensar, pues en realidad es una entidad compleja, dinámica y disipativa: el sistema Tierra (Schellnhuber, 1999). Establecer un cambio de paradigma de esta naturaleza ha sido posible gracias a la ciencia del sistema Tierra.

Los conocimientos y técnicas que integran la ciencia del sistema Tierra, son un esfuerzo relativamente nuevo que tiene como propósito entender de mejor manera los cambios ecológicos globales, los procesos planetarios y las condiciones que permiten preservar todas las formas de vida en el planeta, pero enfocándose de manera particular en la agencia humana y su relación con la Tierra (Schimel *et al.*, 2015; Steffen *et al.*, 2020).

Precisamente, el ímpetu de la segunda revolución copernicana es permitir la integración que proveen los instrumentos de diagnóstico del sistema Tierra —tales como la integración de modelos terrestres—, para prescribir las medidas necesarias que logren mantener las condiciones planetarias relativamente estables similares a las del periodo Holoceno (esto es, justo al inicio de la civilización humana), y que son imprescindibles para la supervivencia de todas las especies.

Con base en lo anterior, expertos del sistema Tierra coinciden en que, para reconducir los caminos futuros hacia la sustentabilidad y/o dictar el cambio social con miras a ésta, es necesario, por un lado, tomar decisiones racionales bajo la perspectiva de que la Tierra es un sistema adaptativo-complejo; y por otro, integrar aspectos éticos relacionados con la agencia de las personas, tales como la equidad y la causalidad en la interacción humana y ecológica (Schellnhuber, 1999; Steffen *et al.*, 2015). Sin embargo, los juicios de valor sobre los cuales se debe guiar el comportamiento humano, y que deben instruir la manera en que las personas se relacionan con el medio ambiente, se encuentra fuera del dominio de los científicos abocados a las ciencias naturales pues las leyes, regulaciones, lineamientos y pautas sobre política pública y el derecho, son los instrumentos y disciplinas que gobiernan este tipo de juicios (Moore *et al.*, 2018). Todos estos instrumentos —eminentemente normativos— se ubican en la arena de las ciencias sociales, en particular, como objeto de estudio de las ciencias jurídicas.

El problema que se pretende destacar entonces es que sobre esta vinculación interdisciplinaria poco se ha hecho. Ello a pesar de que en las leyes —y el derecho en general— podría hacerse una interpretación y aplicación, inclusiva y razonada, de la ciencia del sistema Tierra, pues el derecho es el constructo social que engloba las prácticas normativas diseñadas específicamente para proveer razonamientos racionales subyacentes al deber ser en el comportamiento humano (Marmor y Sarch, 2019). Así, en la arena legal, los marcos teóricos provistos por la ciencia del sistema Tierra —como, por ejemplo, los límites planetarios— no han adquirido los niveles de justificabilidad, ni se han incorporado elementos de responsabilidad e incentivos coercitivos requeridos para garantizar la protección de un espacio operativo seguro en la Tierra para la humanidad.

La principal razón de lo anterior es que tanto los sistemas legales como las instituciones vigentes están permeadas por una perspectiva antropocéntrica contraria a los conocimientos científicos y perspectivas que se extraen del sistema Tierra (Kotzé y Kim, 2019). De esta manera, así como la primera revolución copernicana consistió en alejarse de un entendimiento geocéntrico del universo hacia uno heliocéntrico, una de

las mayores implicaciones de la segunda revolución copernicana consiste, precisamente, en moverse de una perspectiva antropocéntrica, reduccionista y lineal, hacia una concepción fundada bajo la óptica del sistema Tierra, considerando las implicaciones que esto conlleva para el derecho. Por consiguiente, se considera necesario explorar argumentos o juicios evaluativos que interpreten de mejor forma la dimensión humana desde una perspectiva del sistema Tierra y, a su vez, prescribir cómo actuar en casos específicos en los cuales el antropocentrismo ha “legalizado” conductas y comportamientos insostenibles para el entorno natural.¹

A través de sus instrumentos de diagnóstico, la ciencia del sistema Tierra puede identificar las soluciones necesarias para afrontar de manera más eficiente el cambio ecológico global. Dicho conocimiento científico, para que sea práctico —y, en consecuencia, aplicable— necesitará de prescripciones legales. Puesto que estas prescripciones y su interpretación son elementos torales del derecho (Marmor y Sarch, 2019), para que la ciencia del sistema Tierra las influencie, requiere precisamente de un razonamiento jurídico y una argumentación que sigan una perspectiva propia de este sistema.

Un desafío crítico reside entonces en adaptar tanto el razonamiento jurídico como su argumentación a nuevas realidades ecológicas.² Este texto tiene como pretensión explorar el esfuerzo lógico y argumentativo hasta aquí descrito. Para hacerlo, primero se presentará una breve inducción sobre conceptos clave desarrollados por la ciencia del sistema Tierra. Posteriormente, se analizarán las diferencias sustantivas entre las perspectivas antropocéntrica y la del sistema Tierra. Después, se explorará y discutirá el potencial práctico de incorporar la perspectiva del sistema Tierra dentro del razonamiento jurídico y su argumentación. Por último, se plantearán algunas conclusiones que invitan al trabajo futuro sobre lo aquí planteado.

II. CONCEPTOS CLAVE RELACIONADOS AL SISTEMA TIERRA

Cuatro conceptos clave permiten aproximarnos a la perspectiva del sistema Tierra. En primer lugar, probablemente el concepto más relevante en la ciencia del sistema Tierra es el de Antropoceno, el cual tiene dos significados interrelacionados entre sí. Desde la Geología, se refiere

¹ La razón de elaborar juicios evaluativos se debe a la necesidad de analizar si lo que como sociedad hemos priorizado en realidad logrará la consecución de nuestros fines como especie; es decir, la supervivencia.

² Pues son estas realidades las que evidencian que la Tierra, más que solamente un planeta, es un sistema complejo-adaptativo.

a una nueva época en la cual la actividad humana, en sentido geológico y morfológico, pasó a ser el principal determinante del cambio ecológico global, así como la principal fuerza desestabilizadora de los procesos biogeofísicos de la Tierra (Crutzen y Stoermer, 2000). Por su parte, desde la perspectiva del sistema Tierra, el Antropoceno se refiere al acelerado proceso evolutivo inducido por la humanidad, a través del cual la Tierra ya no opera dentro de las condiciones planetarias relativamente estables que imperaron en los 11,700 años del Holoceno (Steffen *et al.*, 2020, p. 60); las únicas condiciones que conocemos que pueden sustentar la vida humana.³

Un segundo concepto que interesa destacar es el de *límites planetarios*, el cual consiste en los límites biogeofísicos para los procesos, condiciones y estructuras que regulan el estado similar al Holoceno del sistema Tierra (Gleeson *et al.*, 2020).⁴ El marco de los límites planetarios establece delimitaciones científicamente definidas sobre el cambio ecológico inducido por el humano, de manera que los procesos del sistema Tierra, los cuales son cruciales para mantener las condiciones relativamente estables similares al estado Holoceno, puedan operar a una “distancia segura” de los umbrales planetarios (Rockström *et al.*, 2009; Steffen *et al.*, 2015). El término de *umbrales planetarios* constituye el tercer concepto por detallar.

Al respecto, es importante señalar que umbrales planetarios y límites planetarios son conceptos diferentes entre sí. Cuando se cruza un umbral planetario, los procesos y las condiciones del sistema Tierra cambian abruptamente, y la menor perturbación sobre éstas puede detonar transformaciones significativas no deseadas en las interacciones entre la humanidad y los sistemas ecológicos (O’Connell *et al.*, 2016; Rockström *et al.*, 2009). Por su parte, cruzar límites planetarios, aunque si bien puede desestabilizar procesos del sistema Tierra, consisten principalmente en alejarse de un espacio operativo seguro, pero se puede permanecer en una zona que permita amortiguar o sobrellevar la incertidumbre, a diferencia del umbral planetario (Steffen *et al.*, 2015).

³ Si bien sigue siendo discutible desde un punto de vista técnico si la humanidad ha cambiado el sistema de la Tierra lo suficiente como para producir una firma estratigráfica en los sedimentos y el hielo que sea distinta a la de la época del Holoceno, ahora es ampliamente aceptado que la variabilidad climática y otros fenómenos ecosistémicos ya no son representativos del Holoceno, lo que daría entrada al Antropoceno como una nueva época geológica (Kotzé y Kim, 2019).

⁴ El término *biogeofísico* se refiere a todos los materiales, procesos y relaciones que ocurren naturalmente en un área geográfica determinada. En este caso, límites biogeofísicos se refiere a la capacidad que tienen de operar en condiciones de estabilidad a pesar de los disturbios o impactos a los cuales puedan ser sujetos.

La anterior distinción nos lleva al cuarto y último concepto clave que se busca comentar: *espacio operativo seguro para la humanidad*. Por espacio operativo seguro debe entenderse las condiciones de relativa estabilidad planetaria similares al Holoceno, bajo las cuales se tiene certeza de que la civilización puede existir y desarrollarse (Steffen et al., 2020). Condiciones notoriamente alteradas bajo el Antropoceno, que se pretenden contrarrestar a través de una adecuada articulación entre el derecho y la ciencia del sistema Tierra.

III. RAZONABILIDAD, ANTROPOCENTRISMO Y SISTEMA TIERRA

Dado el carácter antropocéntrico del derecho en lo que respecta a la impartición de justicia, a la equidad en el acceso a los servicios ecosistémicos y a la protección del entorno, los humanos se ubican en el centro del orden jurídico como únicos sujetos de derechos y verdaderos beneficiarios, mientras que las especies no humanas sólo son consideradas como objetos (Gear, 2015). Dentro de la perspectiva antropocéntrica, son pocas las posiciones éticas —como el antropocentrismo transgeneracional—⁵ que han ayudado a proteger la naturaleza, lo que se debe sobre todo al valor instrumental que tiene el medio ambiente para las generaciones futuras (Kronlid y Öhman, 2013). Es comprensible esperar entonces que la legislación ambiental proscriba y sancione conductas insostenibles, de manera que la ley logre salvaguardar el futuro colectivo de la humanidad.

Bajo la anterior posición, con frecuencia se afirma que no necesariamente una perspectiva antropocéntrica es sinónimo de “no amigable con el medio ambiente”. Algunos autores, como Cocks y Simpson (2015), argumentan que un antropocentrismo “fuerte” valora la naturaleza sólo como una mercancía o un objeto de uso (la cual no es una visión necesariamente negativa en términos de protección); mientras que el antropocentrismo “débil” sí valora la naturaleza por los beneficios que brinda a los humanos y por sus beneficios menos tangibles, como lo pueden ser el “crecimiento espiritual” o la “renovación personal”. Así, la utilidad de la naturaleza para el bienestar humano se ha aprovechado como argumento a favor de la protección del medio ambiente. Sin embargo, en general, es correcto afirmar que la perspectiva antropocéntrica de los ordenamientos jurídicos ha llevado a un comportamiento destructivo sobre el medio ambiente y ha facilitado la degradación de la Tierra (Cocks y Simpson, 2015; Gellers, 2020).

⁵ Centrado principalmente en el bienestar de las generaciones anteriores y futuras.

La perspectiva antropocéntrica hasta ahora descrita ha permeado en legislaciones y regulaciones —nacionales e internacionales—, con lo que se ha conformado un cuerpo normativo que se conoce comúnmente como *antropocentrismo legal*. El antropocentrismo legal está profundamente arraigado en las relaciones cartesianas sujeto-objeto, donde el “sujeto humano” es el centro, y los “no humanos” no tienen reconocimiento jurídico. Esto conlleva una separación entre “naturaleza” y “racionalidad” (donde los beneficios y los derechos están vinculados a la capacidad de razonar (Grear, 2015)).⁶ Dado que los seres humanos tienen derechos reconocidos, y la naturaleza no (aunque algunos esfuerzos nacionales ya se han emprendido), el intento de la ley por prevenir la pérdida de la naturaleza está sesgado a favor de los únicos beneficios que esto traería a la humanidad. Esto ha permitido que innumerables actividades insostenibles no hayan sido prohibidas, a pesar de sus efectos nocivos sobre ecosistemas y el entorno.

La perspectiva antropocéntrica ha propiciado la creación de dos escenarios vinculados a la aplicación de la ley —y de las normas en general— para la conservación y justicia ambiental. En primer lugar, la degradación ambiental se aborda sólo si pone en peligro directamente la vida, la propiedad o la salud de las personas (así como los derechos relacionados a estas). En segundo lugar, si la conservación del medio ambiente no encaja con la acumulación de capital y el crecimiento económico, el medio ambiente pasa a un segundo plano (Lambert, 2020). Ambos escenarios han derivado en una noción de justicia ambiental que se centra en lograr, por ejemplo, la distribución equitativa de los daños ambientales, pero sin tener en cuenta las necesidades y condiciones que requieren las especies “no humanas” para continuar existiendo (Parris et al., 2014; Washington et al., 2018).

Es el caso entonces que la humanidad no ha sido razonable en la forma en que se relaciona con la naturaleza en un plano fáctico. La humanidad ha sido irracional en su colonización de los ecosistemas y en su crecimiento insostenible (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, 2018). Las tendencias y proyecciones sobre el cambio ecológico global inducido por el hombre sugieren que el colapso de la civilización es casi inevitable y que este sería el resultado del antropocentrismo que ha prevalecido hasta este punto de la historia (Arsenault, 2014; Bologna y Aquino, 2020). Derivado de lo anterior, se infiere que la razo-

⁶ El dualismo cartesiano separa a la naturaleza y a la sociedad en dos esferas diferentes; sin embargo, esto contrario al actual entendimiento de la Tierra como un sistema único, complejo y adaptativo. No está dentro del objeto de este artículo el explorar el dualismo cartesiano o las relaciones sujetos-objeto, pero Grear, (2015) hace una buena exploración del tema.

nabilidad ausente tampoco se ha materializado en el plano normativo; y mínimamente se viene realizando en la aplicación de la ley, cuya pretensión es alcanzar la justicia, la equidad y la protección del medio ambiente. Lo anterior indica que la separación cartesiana entre la naturaleza y el sujeto “racional” es simplemente inadecuada y, por lo tanto, no es compatible con la base científica de la perspectiva del sistema Tierra (Gellers, 2020; Kotzé, 2020).

Considerando lo anterior, para garantizar la protección del medio ambiente, la razonabilidad no puede separar lo social de lo ecológico. Ambos funcionan como un sistema acoplado porque las especies humanas y no humanas no existen de forma aislada; ambas son elementos constitutivos, íntimamente interrelacionados, del sistema Tierra (Gellers, 2020). El bienestar humano depende y debe encajar dentro de una noción más amplia de integridad del sistema Tierra. Esto ha sido particularmente evidente en temas como el de “salud global”, donde las condiciones ambientales insalubres alimentan la propagación y los efectos de las pandemias (De Vido, 2020); del mismo modo que la degradación ambiental y la sobreexplotación de recursos naturales han conducido a conflictos nacionales e internacionales (Alfie Cohen, 2015; Okonkwo, 2017).

En consecuencia, valores como la justicia y la equidad, los cuales forman parte de la base axiológica del derecho —y una de las principales preocupaciones de la gobernanza global en la búsqueda del desarrollo sostenible— también deben encajar dentro de una noción más amplia de la integridad del sistema Tierra (Burch et al., 2019). Para ello se requiere que la humanidad sea razonable con las estructuras, funciones y procesos que tienen lugar en el planeta, puesto que, junto con la biosfera y la geosfera, la humanidad es solamente otra esfera constitutiva del sistema Tierra: la antroposfera (López Porras, 2020). Aunque una noción de justicia del sistema Tierra sólo puede lograrse garantizando escenarios menos injustos entre los tres componentes del sistema Tierra, la cual es imperfecta desde una perspectiva antropocéntrica (Wienhues, 2017)), esta es clave para proteger un estado de la Tierra similar al Holoceno; el espacio operativo seguro para la humanidad mencionado con anterioridad.

IV. PERSPECTIVAS ANTROPOCÉNTRICA Y DEL SISTEMA TIERRA: PRESERVACIÓN Y PROTECCIÓN DESDE EL DERECHO

La legislación ambiental actual (de corte antropocéntrico) concibe a la Tierra simplemente como un territorio geográfico. Por lo tanto, la protección ambiental de los daños inducidos por el hombre se centra únicamente

en la pérdida física, el daño o el deterioro de los recursos naturales y los ecosistemas (Khalatbari y Abbas, 2019). En contraste, bajo la perspectiva del sistema Tierra se reconoce que el planeta es un sistema complejo catalizador de vida, cuya característica más destacada no es su territorio, sino los ciclos biogeofísicos intangibles que son críticos para sustentar la vida, lo cual se considera suficiente para ser dignos de protección (Magalhães, 2020). De esta manera, proteger el espacio operativo seguro consiste en salvaguardar el conjunto de ciclos biogeofísicos interactivos y flujos de materia y energía que configuran un estado favorable similar al periodo Holoceno del sistema Tierra (Magalhães, 2020; Steffen *et al.*, 2020).

Las principales diferencias entre las perspectivas antropocéntrica y la del sistema Tierra se pueden condensar en ocho postulados contrastables. En primer lugar, bajo la perspectiva antropocéntrica los intereses humanos se encuentran por encima de la protección de cualquier otra entidad; así, los humanos, son los únicos sujetos de derechos subjetivos exigibles. En contraste, bajo la óptica del sistema Tierra, la integridad del planeta y las condiciones necesarias para sostener todas las formas de vida que lo componen, se encuentran al centro de toda protección legal. En segundo lugar, dentro del marco del antropocentrismo la justicia se centra en la distribución igualitaria de los costos y beneficios ambientales entre los humanos. Por su parte, bajo el sistema Tierra, la justicia se focaliza en garantizar que todos los componentes del sistema puedan acceder a los recursos y servicios ecosistémicos necesarios para mantener su funcionamiento y existencia.

En tercer lugar, la perspectiva antropocéntrica separa al sujeto legal humano racional del medioambiente y de los "objetos" no racionales, para posicionar al primero en un peldaño jerárquico superior. Contrario a ello, en la visión del sistema Tierra, los humanos no se ubican en un escalafón superior al sistema, a pesar de que tengan la capacidad de actuar sobre él; esto es, el sistema Tierra no necesita de la humanidad, mientras que la humanidad sí necesita del sistema Tierra. En cuarto lugar, bajo la perspectiva antropocéntrica los daños ambientales se centran en las pérdidas físicas, lesiones o deterioro, por ejemplo, a través del agotamiento o contaminación de un recurso natural. Por su parte, para el sistema Tierra, el daño también abarca los impactos negativos sobre los procesos biogeofísicos intangibles, los cuales son críticos para mantener las condiciones y estructuras de la Tierra que sustentan la vida humana y no humana.

A la luz de las diferencias antes mencionadas, Kotzé (2019) argumenta que, para permitir tal perspectiva del sistema Tierra, el derecho debe enfocarse en tres aspectos: 1) la inclusividad (entre especies y la naturaleza); 2) la interdependencia (entre procesos naturales, especies y entorno), y 3)

la complejidad (del sistema terrestre en su conjunto). Esto significa que el derecho debe, en primera instancia, disolver la jerarquía humana e incluir a las especies no humanas en el ámbito de la justicia; después, debe prever las relaciones entre escalas y niveles entre especies humanas y no humanas; finalmente, reconocer que la Tierra ya no opera en condiciones relativamente estables y armoniosas como las del Holoceno (Kotzé, 2019).

Dado que el derecho regula las acciones en la antroposfera, este debe garantizar que se ajusten a todas las estructuras, funciones y procesos del sistema Tierra. El derecho debe asegurar que todos los engranes dentro de la antroposfera funcionen alineados con la maquinaria del sistema Tierra. De no hacerlo, la maquinaria se avería y podría colapsar. Para integrar una perspectiva del sistema Tierra en el derecho, el razonamiento jurídico debe reconocer que dicho sistema no es sólo un hábitat humano (De Vido, 2020). Por lo cual, debe colocar la antroposfera a la par con la biosfera y la geosfera puesto que todas ellas no existen ni operan de forma aislada: lo hacen como los componentes interrelacionados e interdependientes que forman el sistema Tierra.

V. UN VISTAZO AL RAZONAMIENTO JURÍDICO DESDE LA ÓPTICA DEL SISTEMA TIERRA

Al tener en cuenta que la ley suele estar sujeta a interpretaciones diferentes (y muchas veces conflictivas entre sí), se requiere de un ejercicio argumentativo para justificar su aplicación razonable (Lifante Vidal, 2018). En términos simples, el razonamiento jurídico puede ser definido como el ejercicio que realizan los juristas para analizar problemas y para diseñar argumentos que den respuesta a preguntas o cuestiones jurídicas (Hafner, 2001). El razonamiento jurídico requiere de fuertes habilidades cognitivas para visualizar diferentes interpretaciones o alternativas de la ley y elegir aquella que resulte más conveniente y que se ajuste a lo que se presume razonable (Hafner, 2001). La interpretación que se elija deberá mostrar por qué es la alternativa más apropiada en comparación con las otras alternativas (también razonables). Aunque el razonamiento jurídico no es una fórmula matemática que proporcionará la misma respuesta correcta cada vez que se aplique, este proceso proporciona soluciones con mayor reflexión y legitimidad (Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004).⁷

⁷ Al respecto, Boulin Victoria (2014) ha establecido que la razonabilidad de la alternativa elegida debe enfocarse en 1) la efectividad, factibilidad y plazo/escala de tiempo en la resolución de problemas o en la consecución de algún fin, y 2) el impacto en los derechos e intereses de los sujetos jurídicos.

Descrito lo anterior, un desafío que abordamos aquí consiste en que el razonamiento jurídico pueda incorporar una perspectiva del sistema Tierra, la cual debe materializarse en primera instancia en la ley. Independientemente de las diferentes formas de razonamiento jurídico, centrado en reglas, analogías, principios legales, costumbres sociales o políticas públicas (ILEI y AUIS, 2014), este tipo de razonamiento debe resaltar efectivamente los límites del antropocentrismo jurídico a favor de la perspectiva del sistema Tierra. Esto es, el razonamiento jurídico debe proporcionar primero un análisis sobre por qué las interpretaciones tradicionales de la ley —integradas bajo una perspectiva antropocéntrica— no responden a los desafíos ecológicos globales como el cambio climático o las modificaciones a la biosfera.

Lo anterior significa básicamente que el razonamiento jurídico debe proporcionar una interpretación alternativa de la ley que se ajuste a una realidad ecológica actualizada y científicamente precisa —y en este sentido racional—, como la que proporciona la perspectiva del sistema Tierra. Esfuerzos por construir un razonamiento jurídico con estas características se han realizado al reconocer los derechos de la naturaleza, especialmente por comunidades indígenas, en países como Ecuador, Colombia, México, Bangladesh, Nueva Zelanda, Estados Unidos e India. Por sus peculiaridades, de estos países nos interesa destacar los casos de Ecuador y Nueva Zelanda.

En Ecuador, gracias a la fuerte influencia de la cultura andina, se logró modificar la Constitución de tal modo que la naturaleza —conocida como Pachamama— pudiera tener derechos constitucionales, tales como el derecho al respeto integral de su existencia y a la protección de sus ciclos de vida, estructuras y procesos (Gellers, 2020). La estructuración del razonamiento jurídico de esta reforma constitucional sostiene que los derechos de la naturaleza refuerzan los derechos humanos, ya que la humanidad se ubica precisamente dentro de la naturaleza y que otorgarle derechos constitucionales, conduce al respeto de un sujeto más que a la protección de un objeto (Echeverría, 2017). Con base en este razonamiento, la Corte Constitucional de Ecuador (2015) ha dictaminado que, cuando existan intereses conflictivos entre la naturaleza y las actividades económicas, el respeto a la naturaleza —como titular de derechos constitucionales— debe ubicarse por encima de cualquier interés económico e individual.

Similar al ejemplo ecuatoriano, aunque centrado específicamente en recursos hídricos, en Nueva Zelanda la ley de Te Awa Tupua (2017) reconoce al Te Awa Tupua (el río Whanganui) como una persona jurídica con derechos, poderes, deberes y responsabilidades propios. Conferir

esta personalidad jurídica al río Whanganui es el resultado de reclamos históricos de los indígenas maoríes dada su estrecha relación espiritual y cultural con sus tierras ancestrales (Rodgers, 2017).

Los casos nacionales anteriores son muestras de que el razonamiento jurídico de los derechos de la naturaleza está relacionado —directa o indirectamente— con su trascendencia cultural y espiritual, así como con la relación que las comunidades indígenas tienen con el medio ambiente. Ambos constituyen ejemplos de que la ley puede superar la perspectiva antropocéntrica que impera en el derecho. Al mismo tiempo, ambos casos proporcionan información valiosa sobre cómo el razonamiento jurídico sobre procesos, ciclos y sistemas intangibles (por ejemplo, la relación espiritual que las comunidades indígenas tienen con la naturaleza), permite asegurar la protección legal del ecosistema del cual forman parte.⁸

Dado que la base de la perspectiva del sistema Tierra radica en el reconocimiento de los ciclos biogeofísicos globales intangibles y los flujos de energía que son críticos para mantener un espacio operativo seguro, es importante conocer razonamientos que puedan incluirse o que permitan explorar el reconocimiento del sistema Tierra en los sistemas jurídicos. Al respecto, destaca la posición de Magalhães *et al.* (2018), quienes argumentan un fundamento similar para integrar la perspectiva del sistema Tierra en el régimen jurídico internacional. Los autores sugieren que la naturaleza intangible y jurídicamente indivisible del espacio operativo seguro debe ser previsto y protegido como patrimonio natural inmaterial común de toda la humanidad (Magalhães, 2020). En este sentido, dado que el sistema Tierra no conoce de divisiones políticas o geográficas, la categoría de patrimonio común de la humanidad resulta un instrumento idóneo que satisface los requisitos del derecho internacional y la perspectiva del sistema Tierra.

También resulta relevante el trabajo de MacCormick (1978) sobre el razonamiento jurídico desde una perspectiva consecuencialista. El autor destaca una perspectiva que puede proporcionar ideas útiles para fortalecer una interpretación de la ley desde el enfoque del sistema Tierra, lo que podría aumentar potencialmente la capacidad institucional para brindar

⁸ Durante decenas de miles de años, antes del surgimiento de la ciencia del sistema Tierra y el pensamiento sistémico contemporáneo, la cosmovisión indígena ha reconocido ciclos y sistemas intangibles en el medio ambiente (Steffen *et al.*, 2020). Mantener la integridad de los arroyos debido a sus servicios ecosistémicos, o proteger el suelo y los bosques porque son el hábitat de especies humanas y no humanas, son aspectos centrales del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas. Por lo tanto, estos aspectos intangibles se ubican en el ámbito de su derecho a proteger su identidad cultural, sobre lo cual precisamente se ha aprovechado legalmente para el establecimiento de los derechos de la naturaleza (Faundes-Peñañiel, 2019).

protección legal al espacio operativo seguro que requiere la humanidad. Bajo esta óptica consecuencialista, el razonamiento jurídico adoptaría un enfoque prospectivo en el cual se resaltaría cómo es que el antropocentrismo legal compromete la integridad de la Tierra y pone en peligro nuestro futuro colectivo.

No obstante, justificar que determinada interpretación de la ley resulta ser más razonable porque se ajusta de mejor manera a nuevas realidades ecológicas, requiere de evaluar las consecuencias negativas de todas las alternativas potenciales, para basarse por lo tanto en la aceptabilidad o inaceptabilidad de las consecuencias de cada alternativa (Del Mar, 2015; MacCormick, 1978). Es decir, que las consecuencias negativas de interpretar la ley desde un punto de vista tanto antropocéntrico como del sistema Tierra, deben analizarse a la luz valores como la justicia y la equidad, para entonces poder argumentar cuáles injusticias e inequidades, asociadas ya sea al antropocentrismo o al sistema Tierra, tienen un grado mayor de aceptabilidad (MacCormick, 1978). En este sentido, la eficacia, la viabilidad, la escala de tiempo y los daños colaterales (por ejemplo, los impactos que se tengan sobre otros derechos), pueden utilizarse como criterios para evaluar las prescripciones legales al cambio ecológico global. En específico, dichos criterios deben incluirse dentro del razonamiento jurídico que evaluará las consecuencias de aplicar la ley, tanto desde la perspectiva antropocéntrica como la perspectiva del sistema Tierra.

La óptica consecuencialista amerita una serie de cuestionamientos reflexivos de los cuales se destaca exclusivamente uno. Se ha argumentado que la aceptabilidad de las consecuencias negativas debidamente evaluadas, derivadas del antropocentrismo actual, requeriría de juicios normativos sobre cómo las sociedades eligen vivir (Biermann y Kim, 2020). Sin embargo, debe subrayarse que dentro del propósito de las leyes en general está prevenir y evitar escenarios en los que no se pueda garantizar el orden, la seguridad, el bienestar y la supervivencia de la sociedad. Por lo tanto, dado que el derecho es la práctica normativa específicamente diseñada para proporcionar razones racionales para la acción y para orientar el comportamiento humano (Marmor y Sarch, 2019), debemos volver a la pregunta sobre si es aceptable o inaceptable que el derecho, desde su actual perspectiva antropocéntrica, promueva, incentive o facilite conductas que pongan en peligro nuestro futuro colectivo (Del Mar, 2015). Si la respuesta al cuestionamiento señalado resuelve en que es inaceptable, entonces el razonamiento jurídico debe ser replanteado para facilitar la aceptabilidad de una perspectiva del sistema Tierra, puesto que esta última es, en términos holísticos, más racional y tiene, por consiguiente, un mayor grado de legitimidad.

VI. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SISTEMA TIERRA

La argumentación jurídica, en general, es la narrativa del proceso exploratorio y analítico de razones, hechos y pruebas que justifican y sustentan lo que se ha concluido como la interpretación más razonable de la ley (Lifante Vidal, 2018; Moreno Cruz, 2012). Puesto que se está hablando de argumentación jurídica en general, aquí no se examinarán argumentos sobre la idoneidad de un instrumento para la protección de derechos (por ejemplo, una norma internacional o un tratado vinculante), las reclamaciones sobre los derechos humanos violados (por ejemplo, los derechos de las generaciones futuras) o la personalidad jurídica, ya que estas son cuestiones que dependen del contexto jurídico. En cambio, se pretende explorar de qué manera una perspectiva del sistema Tierra podría permear en la arena jurídica y cómo es que se podría construir un argumento específico en torno a ella.

Para orientar y moldear el comportamiento humano, la ley abarca diferentes aspectos normativos. Dentro de estos podemos encontrar su característica coercitiva y sancionadora, así como la legitimidad con la que cuenta al ser la institución social autorizada para establecer disposiciones normativas de acuerdo con lo que se presume razonable (Marmor y Sarch, 2019). Explorar las implicaciones de los aspectos normativos antes mencionados, y así permitir una interpretación y aplicación de la ley desde la perspectiva del sistema Tierra, requiere (como mínimo) una explicación sobre cómo las reglas (leyes o normas) pueden generar razones para la acción, y una justificación del por qué las personas deben cumplir con lo establecido por dichas reglas (Marmor y Sarch, 2019). Es decir, se requiere de un esfuerzo argumentativo que explique por qué la interpretación de la ley desde la perspectiva del sistema Tierra es más razonable que el antropocentrismo legal actual, proveyendo de una justificación para actuar y cumplir con dicha interpretación.

Para ello es necesario, en primer lugar, explicar que la relevancia normativa de la perspectiva del sistema Tierra se relaciona y alinea con la base axiológica del derecho (los valores en los que se inspira el orden jurídico, como la justicia y la equidad). Esto permitirá hacer juicios normativos (de valor) sobre lo que debería ser la ley para preservar verdaderamente la justicia y la equidad y así crear nuevas razones de acción que alinearán el comportamiento humano con el sistema Tierra. Esas nuevas acciones no pueden explorarse haciendo referencia al propio sistema jurídico antropocéntrico pues deben partir de una realidad objetiva distinta de la

contemplada en la ley (Saldaña, 1999).⁹ Una realidad expuesta desde el sistema Tierra.¹⁰

De la misma manera que la cosmovisión indígena ha apoyado el establecimiento de los derechos de la naturaleza, aquí la ciencia del sistema Tierra debe apoyar la interpretación y aplicación de la ley, así como proveer insumos científicos y proporcionar evidencia de cómo el antropocentrismo legal ha fallado en la protección del planeta. Dado que las interacciones humanas con los procesos intangibles, ciclos y flujos del sistema Tierra no se encuentran reguladas jurídicamente, dichos intangibles se utilizan de manera irresponsable, pues no están presentes en los sistemas económicos ni jurídicos que regulan hoy en día la relación humano-ambiente (Magalhães, 2020).

Las consecuencias negativas de tal situación pueden exponerse con evidencia científica, tal como se explora a continuación. Digamos que un megaproyecto o una política que promueve la silvicultura intensiva impulsará un cambio significativo en la composición del suelo en un bioma forestal amenazado. Independientemente de si tales actividades foresta-

9 Por ejemplo, en un ejercicio argumentativo (similar a un silogismo) para superar las limitaciones antropocéntricas del derecho ambiental al impartir justicia, Wienhues (2017) explica por qué todas las formas de vida, y no sólo las que tienen capacidad de razonar, tienen derecho a la justicia:

1. El ser X está vivo.
2. Todos los seres que están vivos tienen un bien.
3. Todos los seres que tienen un bien pueden prosperar, evolucionar y desarrollarse.
4. Por lo tanto, X puede prosperar, evolucionar y desarrollarse.
5. El ser Y es un ser terrícola. Esto significa que la Tierra es su única base viable de existencia.
6. Si Y también es X, entonces puede prosperar, evolucionar y desarrollarse, y necesita los bienes y servicios ambientales de la Tierra para hacerlo.
7. Hay muchos seres del tipo XY.
8. Por tanto, todos los seres del tipo XY necesitan compartir la Tierra de manera justa y equitativa (Wienhues, 2017, p. 380).

La autora explica que debido a que las circunstancias de justicia (las condiciones de fondo donde prevalece la justicia) requieren una distribución justa de los bienes ambientales y los servicios de los ecosistemas, la justicia solo se logrará si todos los seres vivos que existen en la Tierra tienen igual acceso a esos bienes y servicios (Wienhues, 2017).

¹⁰ Un ejemplo de esto se encuentra en el ya mencionado caso de Nueva Zelanda, donde se utilizaron argumentos similares para que los ríos fueran dotados de personalidad jurídica, y así, ser incluidos en el ámbito justiciable. A pesar de que el caso se refiere a la inclusión de una cosmovisión religiosa y cultural, el ejemplo se utiliza para destacar cómo los argumentos legales esbozados a partir de una visión no antropocéntrica pueden influenciar decisiones judiciales, y, por tanto, el sistema jurídico de un país. Allí se crearon circunstancias jurídicas en las cuales los ríos puedan acceder a los servicios ecosistémicos necesarios para su supervivencia y para mantener condiciones saludables (Gellers, 2020). Dichas circunstancias jurídicas otorgaron a los ríos el derecho a existir, regenerar su sistema ecológico y no contaminarse, ya que contaminarlos equivaldría legalmente al daño o lesión de una persona (Gellers, 2020).

les son legales (o no), esta situación tiene dos implicaciones principales en los procesos intangibles del sistema Tierra. En primer lugar, los cambios en las tierras forestales generarán emisiones que aumentarán la concentración de dióxido de carbono en la atmósfera y fomentarán el cambio climático (Lade *et al.*, 2020). En segundo lugar, sin los servicios de los bosques, que incluyen la producción de oxígeno, la regulación del ciclo del agua y la conservación del suelo, algunas especies vitales para el funcionamiento de los ecosistemas no sobrevivirán (Bologna y Aquino, 2020). Esto, por supuesto, desestabiliza el funcionamiento del ecosistema forestal al reducir la humedad del suelo y alterar la regulación hidroclimática e hidroecológica a través de la pérdida de vegetación, lo que conduce a cambios sustanciales en la temperatura del aire de la superficie terrestre, la evapotranspiración y la precipitación, y finalmente resulta en una creciente desertificación (Gleeson *et al.*, 2020; Mirzabaev *et al.*, 2019).

La construcción de la cadena causal detallada en el párrafo precedente sólo es posible con la integración y depuración de datos y pruebas científicas. Este material fáctico constituye a su vez elementos probatorios o evidencia que deben administrarse con argumentos legales de forma eficiente para exponer que, el no prever la compleja interacción entre las actividades humanas y los procesos intangibles del sistema Tierra, debe considerarse irracional y contrario a los esfuerzos normativos que han buscado el desarrollo sostenible y la protección de la vida. Este ejercicio continuo de complementación y congruencia es el que se busca en una argumentación jurídica del sistema Tierra.

Para hacerlo, la argumentación jurídica puede incluir lo que Moore *et al.* (2018) describen como "ciencia accionable", que consiste en hacer uso de datos, herramientas o análisis científicos para informar y guiar decisiones relacionadas con el medio ambiente, y abordar brechas de conocimiento específicas en un contexto legal o de política pública claramente delimitado. Esto puede proporcionar la base científica para una argumentación jurídica contra las acciones gubernamentales o la legislación ambiental que desde una perspectiva antropocéntrica podría ser conveniente, pero desde la óptica del sistema Tierra pone en peligro nuestro futuro colectivo. De esta forma, la inclusión de la ciencia en la argumentación jurídica proporciona datos objetivos y verificables que serán fundamentales para resaltar por qué el diseño antropocéntrico de la ley no ha abordado la degradación ambiental. Asimismo, podrá sentar las bases para la creación de nuevos motivos de acción, más adecuados a las realidades ecológicas actuales.

Es necesario que los actuales preceptos y esfuerzos jurídicos encauzados a la protección del medio ambiente, por ejemplo, al respetar y de-

fender el derecho humano a un medio ambiente sano, debe ampliarse y poder canalizarse en proteger los procesos y las condiciones del sistema Tierra.¹¹ Esto debido a que sin un correcto funcionamiento del sistema Tierra no hay un medio ambiente sano. De hecho, el alcance de este derecho fundamental, y su núcleo de protección, se viene interpretando con perspectivas similares al sistema Tierra. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), en su opinión consultiva OC-23/17, afirmó que el núcleo de protección de dicho derecho humano requiere también cubrir las necesidades de otros organismos vivos, con los que se comparte el planeta, merecedores de protección en sí mismos.¹²

En esta misma línea argumentativa la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2018a) destaca que el núcleo del derecho humano a un medio ambiente sano va más allá de los objetivos más inmediatos de la humanidad, ya que debe reconocer la compleja interacción socioecológica para considerar lo individual y lo colectivo, así como los efectos presentes y futuros de las acciones humanas. Además, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2018b) ha establecido que el derecho humano a un medio ambiente sano tiene una doble dimensión: la primera, una dimensión objetiva o ecológica que protege el medio ambiente por su valor intrínseco e importancia para otros organismos vivos con los que se comparte el planeta; la segunda, subjetiva o antropocéntrica, que se refiere a la relación que este derecho tiene con otros derechos humanos.

La interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2018b) sobre la doble dimensión del derecho humano a un medio ambiente sano proporciona elementos útiles sobre cómo justificar el vínculo de otros derechos humanos con el espacio operativo seguro para la humanidad. Por un lado, la dimensión objetiva o ecológica puede emplearse para analizar el papel transcendental que la estabilidad del sistema Tierra juega en la protección de todas las formas de vida. En este sentido, los argumentos jurídicos de esta dimensión requerirían de identificar procesos biogeofísicos críticos para preservar las condiciones ecológicas habitables para la vida humana y no humana, explicando cómo y por qué la perturbación humana puede impactar negativamente

¹¹ Después de todo, como afirma Thomas Berry (1987), "la supervivencia [humana] sólo es posible dentro del propio sistema Tierra, en la integridad de su funcionamiento dentro de los códigos genéticos de la biosfera, de las condiciones físicas del proceso terrestre y dentro del universo" (p. 213).

¹² Ello además de considerar la protección de la naturaleza por su utilidad para la humanidad o por los efectos que la degradación ambiental tiene sobre los derechos de otras personas, como la salud, la vida o la integridad personal.

estos procesos vitales. Por su parte, la dimensión subjetiva tendría como objetivo proteger un estado relativamente estable similar al Holoceno, ya que los derechos humanos solamente pueden protegerse y disfrutarse en un espacio operativo seguro.¹³

Al reconocer que la humanidad es parte de la naturaleza y, por lo tanto, que los derechos humanos también deben reconocer el valor intrínseco que tiene la naturaleza, equivale a afirmar que la antroposfera es un elemento constitutivo del sistema Tierra, por lo que estos derechos también deben protegerle. Lo anterior se refleja con precisión en la Iniciativa de la Custodia de la Tierra, en particular en sus “Principios de La Haya para una Declaración Universal sobre Responsabilidades de los Derechos Humanos y la Custodia de la Tierra” (Earth Trusteeship, 2018; Sajeva, 2020), que establecen que “los derechos humanos se basan en nuestra membresía dentro de la comunidad de la vida, la comunidad de la Tierra, que califica qué derechos estamos llamados a honrar y qué responsabilidades tenemos unos con otros y con la naturaleza” (Earth Trusteeship, 2018, principio 2.1).¹⁴

Por otra parte, el papel cada vez más importante que desempeñan los derechos de las futuras generaciones para evitar la destrucción del medio ambiente y mejorar las acciones del gobierno contra el cambio climático, constituyen más argumentos para justificar el cumplimiento de una interpretación de la ley desde la perspectiva del sistema Tierra. En varias partes del mundo niños y jóvenes han presentado demandas contra acciones gubernamentales y contra su legislación que no solamente resultan inapropiadas, pues no mitigan y sí exacerban los efectos del cambio climático, con el argumento de que dichos instrumentos y acciones violan directamente sus derechos a un medio ambiente sano, a la vida, al agua y a la salud.¹⁵

En síntesis, el antropocentrismo legal actual no proporciona las reglas requeridas para limitar el comportamiento humano dentro de su espacio operativo seguro. La argumentación sobre las mismas es anacrónico y totalmente desfasada de la realidad ecológica imperante. Las proyecciones sobre las trayectorias futuras del sistema Tierra sugieren un escenario caó-

¹³ En consecuencia, los argumentos jurídicos relacionados con la dimensión subjetiva deben plantear, efectivamente, por ejemplo, cómo la salud pública y el mantenimiento de la paz sólo pueden garantizarse en condiciones ambientales seguras y estables.

¹⁴ Traducción hecha por los autores.

¹⁵ Tal es el caso colombiano de “Generaciones Futuras vs. El Gobierno de Colombia”, en donde jóvenes y niños, ante estrategias insuficientes e inadecuadas por parte del gobierno Colombiano, demandaron acciones climáticas más sólidas utilizando argumentos sobre cómo el cambio climático reducirá la esperanza y las condiciones de vida en las comunidades remotas en la Amazonía Colombiana (Alvarado y Rivas-Ramírez, 2018).

tico que resultará en el colapso de nuestra civilización (Bologna y Aquino, 2020; UNGA, 2019). A pesar de que esto parecería ser un argumento razonable para justificar una interpretación de la ley desde la perspectiva del sistema Tierra, lo cierto es que los esfuerzos a nivel mundial son marginales. En contraste, también es cierto que se percibe con cierto optimismo el impacto que la evidencia y los datos proporcionados por la ciencia del sistema Tierra pueden tener en la generación y provisión de prescripciones legales adecuadas para evitar futuros escenarios catastróficos. Con ello, se espera que la segunda revolución copernicana logre tener una influencia real en la arena jurídica, para guiar de manera más efectiva el comportamiento humano de acuerdo con un entendimiento más actual y acertado sobre el planeta.

VII. CONCLUSIÓN

En las ciencias naturales la segunda Revolución copernicana nos ha permitido entender que la Tierra es más que recursos y territorio: se trata de un sistema complejo-adaptativo. Sin embargo, la influencia que dicha revolución científica debe tener en la forma en que interactuamos con el entorno pide un cambio de paradigma sobre el constructo social que configura y guía el comportamiento humano: las leyes. Se puede ver que la perspectiva antropocéntrica incrustada en la legislación y las regulaciones ha minado la capacidad institucional para abordar adecuadamente el cambio ecológico global inducido por el hombre. Como resultado, las personas ahora enfrentan una situación en la que, si no se hacen cambios radicales en la interacción socio-ecológica, se avecinan escenarios catastróficos para la humanidad.

En este artículo se propuso que la integración de una perspectiva del Sistema Tierra en la interpretación y aplicación de la ley podría ser el potencial punto de partida para impulsar tal cambio de paradigma. Hacerlo requiere una comprensión más profunda de los conocimientos científicos vinculados al Sistema Tierra, los cuales retratan nuevas realidades ecológicas. De este modo, los abogados pueden proporcionar prescripciones legales más adecuadas a los desafíos ambientales. La integración de una perspectiva del Sistema Tierra en la ley requiere de argumentos persuasivos y sólidos, extraídos de un razonamiento jurídico, que reconozcan los procesos intangibles de la Tierra que son críticos para la supervivencia humana; así como de una argumentación que habilite, implemente y ponga en práctica, desde el derecho, los fundamentos teóricos de la Ciencia del Sistema Tierra.

VIII. REFERENCIAS

- Acosta Alvarado, P. A., y Rivas-Ramírez, D. (2018). A milestone in environmental and future generations' rights protection: Recent legal developments before the Colombian Supreme Court. *Journal of Environmental Law*, 30(3), 519-526. <https://doi.org/10.1093/jel/eqy024>
- Alfie Cohen, M. (2015). Conflictos socio-ambientales: la minería en Wirikuta y Cananea. *El Cotidiano*, (191), 97-108. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3253802301>
- Arsenault, C. (2014, Diciembre 5). Only 60 years of farming left if soil degradation continues. *Scientific American*. <https://www.scientificamerican.com/article/only-60-years-of-farming-left-if-soil-degradation-continues/>
- Berry, T. (1987). The dream of the earth: our way into the future. *CrossCurrents*, 37(2/3), 200-215. <https://www.jstor.org/stable/24459049>
- Biermann, F., y Kim, R. E. (2020). The boundaries of the planetary boundary framework: a critical appraisal of approaches to define a "safe operating space" for humanity. *Annual Review of Environment and Resources*, 45(1), 497-521. <https://doi.org/10.1146/annurev-environ-012320-080337>
- Bologna, M., y Aquino, G. (2020). Deforestation and world population sustainability: a quantitative analysis. *Scientific Reports*, 10(1), 1-9. <https://doi.org/10.1038/s41598-020-63657-6>
- Boulin Victoria, I. A. (2014). *Decisiones razonables: el uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*. Marcial Pons.
- Brush, S. G., Osler, M. J., y Spencer, J. B. (2020, June 24). Copernican Revolution. En *Encyclopedia Britannica*. <https://www.britannica.com/topic/Copernican-Revolution>
- Burch, S., Gupta, A., Inoue, C. Y. A., Kalfagianni, A., Persson, Å., Gerlak, A. K., Ishii, A., Patterson, J., Pickering, J., Scobie, M., Van der Heijden, J., Vervoort, J., Adler, C., Bloomfield, M., Djalante, R., Dryzek, J., Galaz, V., Gordon, C., Harmon, R.[...] y Zondervan, R. (2019). New directions in earth system governance research. *Earth System Governance*, 1, 100006, 1-18. <https://doi.org/10.1016/j.esg.2019.100006>
- Cocks, S., y Simpson, S. (2015). Anthropocentric and ecocentric. *Journal of Experiential Education*, 38(3), 216-227. <https://doi.org/10.1177/1053825915571750>
- Crutzen, P. J., y Stoermer, E. F. (2000). The "Anthropocene". *IGBP Newsletter*, (41), 17-18.
- De Vido, S. (2020). A quest for an eco-centric approach to international law: the COVID-19 pandemic as game changer. *Jus Cogens*, 3, 1-13. <https://doi.org/10.1007/s42439-020-00031-0>

- Del Mar, M. (2015). The forward-looking requirement of formal justice: Neil MacCormick on consequential reasoning. *Jurisprudence*, 6(3), 429-450. <https://doi.org/10.1080/20403313.2015.1065645>
- Earth Trusteeship. (2018). *The Hague Principles for a Universal Declaration on Human Responsibilities and Earth Trusteeship*. <http://www.earth-trusteeship.world/the-hague-principles-for-a-universal-declaration-on-human-responsibilities-and-earth-trusteeship/>
- Echeverría, H. (2017). Rights of nature: the Ecuadorian case. *Revista Esmat*, 9(13), 77-86. <https://doi.org/10.34060/reesmat.v9i13.192>
- Faundes-Peñafiel, J. J. (2019). Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Izquierdas*, (45), 51-78. <https://doi.org/10.4067/s0718-50492019000100051>
- Gellers, J. C. (2020). Earth system law and the legal status of non-humans in the Anthropocene. *Earth System Governance*, 7, 100083, 1-8. <https://doi.org/10.1016/j.esg.2020.100083>
- Gleeson, T., Wang-Erlandsson, L., Zipper, S. C., Porkka, M., Jaramillo, F., Gerten, D., Fetzer, I., Cornell, S. E., Piemontese, L., Gordon, L. J., Rockström, J., Oki, T., Sivapalan, M., Wada, Y., Brauman, K. A., Flörke, M., Bierkens, M. F. P., Lehner, B., Keys, P.,[...] y Famiglietti, J. S. (2020). The Water Planetary Boundary: Interrogation and Revision. *One Earth*, 2(3), 223-234. <https://doi.org/10.1016/j.oneear.2020.02.009>
- Grear, A. (2015). Deconstructing anthropos: a critical legal reflection on 'anthropocentric' law and anthropocene 'humanity'. *Law and Critique*, 26(3), 225-249. <https://doi.org/10.1007/s10978-015-9161-0>
- Hafner, C. D. (2001). Legal reasoning models. En *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (pp. 8675-8677). Elsevier. <https://doi.org/10.1016/b0-08-043076-7/00586-6>
- IIEI and AUIS. (2014). *Lgs 210: Introduction To The Laws Of Iraq And Iraqi Kurdistan forms of legal reasoning*. <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/04/IIEI-Forms-of-Legal-Reasoning-2014.pdf>
- Inter-American Court of Human Rights. (2017). *OC-23/17 Advisory Opinion*.
- Khalatbari, Y., y Abbas, P. (2019). Environmental Damage: Challenges and opportunities in International Environmental Law. *CIFILE Journal of International Law*, 1(1), 22-28. <https://doi.org/10.30489/CIFJ.2019.93906>
- Kotzé. (2019). Earth System Law for the Anthropocene. *Sustainability*, 11(23), 6796, 1-13. <https://doi.org/10.3390/su11236796>

- Kotzé, L. J. (2020). Earth system law for the Anthropocene: rethinking environmental law alongside the Earth system metaphor. *Transnational Legal Theory*, 1-30. <https://doi.org/10.1080/20414005.2020.1776556>
- Kotzé, L. J. y Kim, R. E. (2019). Earth system law: The juridical dimensions of earth system governance. *Earth System Governance*, 1, 100003. <https://doi.org/10.1016/j.esg.2019.100003>
- Kronlid, D. O., y Öhman, J. (2013). An environmental ethical conceptual framework for research on sustainability and environmental education. *Environmental Education Research*, 19(1), 21-44. <https://doi.org/10.1080/13504622.2012.687043>
- Lade, S. J., Steffen, W., de Vries, W., Carpenter, S. R., Donges, J. F., Gerten, D., Hoff, H., Newbold, T., Richardson, K., y Rockström, J. (2020). Human impacts on planetary boundaries amplified by Earth system interactions. *Nature Sustainability*, 3(2), 119-128. <https://doi.org/10.1038/s41893-019-0454-4>
- Lambert, E. (2020). *The environment and human rights. Introductory Report to the High-Level Conference Environmental Protection and Human Rights*. Ministry of Environmental Protection and Agriculture of Georgia; Presidency of Georgia; Council of Europe.
- Lifante Vidal, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Tirant lo Juridic.
- Lopez Porras, G. (2020). Dryland degradation and expansion: implications for Mexican policies from the Earth System perspective. *Environmental Policy and Law*, (Preprint), 1-4. <https://doi.org/10.3233/epl-201024>
- Lopez Porras, G. (2021). Integrating Mexican water law into the Earth System Law perspective. En T. Cadman, M. Hurlbert y A. Simonelli (Eds.), *Earth system law: standing of the precipice of the Anthropocene* (pp. 205-225). Routledge.
- Lopez Porras, G., Stringer, L. C., y Quinn, C. H. (2020). Building dryland resilience: Three principles to support adaptive water governance. *Ecological Economics*, 177, 106770. <https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2020.106770>
- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford University Press.
- Magalhães, P. (2020). Climate as a Concern or a Heritage? Addressing the legal structural roots of climate emergency. *Revista Electrónica de Direito*, 21(1), 99-134. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7309045&info=resumen&idioma=ENG>
- Magalhães, P., Galli, A., Iyegar, L., Meyer, K., Aragão, A., y Steffen, W. (2018, Mayo 2). *Planetary condominium: the legal framework for the common home of humanity*. Global Challenges Foundation. <https://>

globalchallenges.org/library-entries/planetary-condominium-the-legal-framework-for-the-common-home-of-humanity/

- Marmor, A., y Sarch, A. (2019). The nature of law. En Edward N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2019). <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. (2018a). *Tesis 1a. CCLXXXIX/2018 (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, t. I, p. 309.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. (2018b). *Tesis 1a. CCLXXXVIII/2018 (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, página 308.
- Mirzabaev, A., Jianguo, W., Evans, J., Garcia-Oliva, F., Hussein, I., Iqbal, M., Kimutai, J., Knowles, T., Meza, F., Nedjraoui, D., Tena, F., Türkeş, M., Vázquez, R., y Wetz, M. (2019). Desertification. En P. R. Shukla, J. Skea, E. Calvo Buendia, V. Masson-Delmotte, H.-O. Pörtner, D. C. Roberts, P. Zhai, R. Slade, S. Connors, R. van Diemen, M. Ferrat, E. Haughey, S. Luz, S. Neogi, M. Pathak, J. Petzold, J. Portugal Pereira, P. Vyas, E. Huntley, K. Kissick, M. Belkacemi, y J. Malley, (Eds.), *Climate Change and Land: an IPCC special report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems* (En prensa). IPCC. <https://doi.org/10.1017/9781009157988.002>
- Moore, J. W., Nowlan, L., Olszynski, M., Jacob, A. L., Favaro, B., Collins, L., Terri-Lynn Williams-Davidson, G. L., y Weitz, J. (2018). Towards linking environmental law and science. In *Facets* (Vol. 3, Issue 1, pp. 375–391). Canadian Science Publishing. <https://doi.org/10.1139/facets-2017-0106>
- Moreno Cruz, R. (2012). Argumentación jurídica, por qué y para qué. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45(133), 165-192. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2012.133>
- O'Connell, D., Abel, N., Grigg, N., Maru, Y., Butler, J., Cowie, A., Stone-Jovicich, S., Walker, B., Wise, R., Ruhweza, A., Pearson, L., Ryan, P., y Stafford Smith, M. (2016). *Designing projects in a rapidly changing world. Guidelines for embedding resilience, adaptation and transformation into sustainable development projects*. Scientific and Technical Advisory Panel (STAP), Global Environment Facility (GEF), Commonwealth Scientific and Industrial Research Organisation (CSIRO). http://www.stapgef.org/sites/default/files/documents/RAPTA_Guidelines-Low_Resolution.pdf

- Okonkwo, T. (2017). Management of transboundary natural resources. *Journal of Law and Conflict Resolution*, 9(4), 42-52. <https://doi.org/10.5897/JLCR2016.0266>
- Parris, C. L., Hegtvedt, K. A., Watson, L. A., y Johnson, C. (2014). Justice for all? Factors affecting perceptions of environmental and ecological injustice. *Social Justice Research*, 27(1), 67-98. <https://doi.org/10.1007/s11211-013-0200-4>
- Rockström, J., Steffen, W., Noone, K., Persson, Å., Chapin III, F. S., Lambin, E., Lenton, T. M., Scheffer, M., Folke, C., Schellnhuber, H. J., Nykvist, B., De Wit, C. A., Hughes, T., Leeuw, S. van der, Rodhe, H., Sörlin, S., Snyder, P. K., Costanza, R., Svedin, U., Falkenmark, M., Karlberg, L., Corell, R. W., Fabry, V. J., Hansen, J., Walker, B., Liverman, D., Richardson, K., Crutzen, P., y Foley J. (2009). Planetary boundaries: exploring the safe operating space for humanity. *Ecology and Society*, 14(2), 32. <http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss2/art32/>
- Rodgers, C. (2017). A new approach to protecting ecosystems: The Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017. *Environmental Law Review*, 19(4), 266-279. <https://doi.org/10.1177/1461452917744909>
- Sajeva, G. (2020). Earth jurisprudence: new paths ahead. *Diritto and Questioni Pubbliche*, (2), 7-11.
- Saldaña, J. (1999). Notas sobre la fundamentación de los derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 32(96), 949-968. <https://doi.org/10.22201/IIJ.24484873E.1999.96.3615>
- Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2004). *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Tirant lo Blanch.
- Schellnhuber, H. J. (1999). "Earth system" analysis and the second Copernican revolution. *Nature*, 402(6761 Suppl. 1), C19-C23. <https://doi.org/10.1038/35011515>
- Schimel, D., Hibbard, K., Costa, D., Cox, P., y Leeuw, S. Van Der. (2015). Analysis, integration and modeling of the Earth System (AIMES): Advancing the post-disciplinary understanding of coupled human-environment dynamics in the Anthropocene. *Anthropocene*, 12, 99-106. <https://doi.org/10.1016/j.ancene.2016.02.001>
- Sentencia núm. 166-15-SEP-CC. (2015). Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia núm. 166-15-SEP-CC. *Registro Oficial*, Suplemento núm. 575: 28/08/2015. <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/Ficha-Relatoria.aspx?numdocumento=166-15-SEP-CC>
- Steffen, W., Richardson, K., Rockström, J., Cornell, S. E., Fetzer, I., Bennett, E. M., Biggs, R., Carpenter, S. R., De Vries, W., De Wit, C. A., Folke, C., Gerten, D., Heinke, J., Mace, G. M., Persson, L. M., Ramanathan,

- V., Reyers, B., y Sörlin, S. (2015). Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet. *Science*, 347(6223). <https://doi.org/10.1126/science.1259855>
- Steffen, W., Richardson, K., Rockström, J., Schellnhuber, H. J., Dube, O. P., Dutreuil, S., Lenton, T. M., y Lubchenco, J. (2020). The emergence and evolution of Earth System Science. *Nature Reviews Earth and Environment*, 1(1), 54-63. <https://doi.org/10.1038/s43017-019-0005-6>
- Te Awa Tupua Act. (2017). Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017. *Public Act 2017* núm. 7 (New Zealand). Royal Assent was granted on 20 March 2017.
- UNEP. (2020). *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*. <https://doi.org/978-92-807-3835-3>
- UNGA. (2019). *United Nations General Assembly (GA/12131) Seventy-third session, high-level meeting on climate and sustainable development 28 march 2019. Only 11 Years Left to Prevent Irreversible Damage from Climate Change, Speakers Warn during General Assembly High-Le*. <https://www.un.org/press/en/2019/ga12131.doc.htm>
- Washington, H., Chapron, G., Kopnina, H., Curry, P., Gray, J., y Piccolo, J. J. (2018). Foregrounding ecjustice in conservation. *Biological Conservation*, 228, 367-374. <http://10.0.3.248/j.biocon.2018.09.011>
- Wienhues, A. (2017). Sharing the Earth: a biocentric account of ecological justice. *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 30(3), 367. <https://doi.org/10.1007/s10806-017-9672-9>

Cómo citar

IJ-UNAM

López Porras, Gabriel Isaac y Pineda González, Luis Javier, "Sistema Tierra y derecho: el razonamiento jurídico y su argumentación en la segunda revolución copernicana", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2024, e18617. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.18617>

APA

López Porras, G. I. y Pineda González, L. J. (2024). Sistema Tierra y derecho: el razonamiento jurídico y su argumentación en la segunda revolución copernicana. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e18617. <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.18617>

La relevancia jurídica del *soft law*¹

The legal relevance of soft law

Juan José Iniesta Delgado

 <https://orcid.org/0000-0002-1625-7578>

Universidad de Murcia. España
Correo electrónico: jiniesta@um.es

Recepción: 22 de agosto de 2024
Aceptación: 20 de octubre de 2024
Publicación: 6 de diciembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19489>

Resumen: Desde hace algunos años se ha adoptado el término “*soft law*” para hacer referencia a ciertas producciones normativas que, aun sin participar de la fuerza vinculante del derecho, se les atribuye una relevancia jurídica. El objetivo de esta contribución es el de discernir en qué consiste esta relevancia jurídica y cómo puede ser mejor comprendida en atención a la dimensión funcional de las producciones normativas.

Para ello, tras apuntar los distintos sentidos en los que se puede emplear la expresión “relevancia jurídica” (referencial, funcional e instrumental), se presta atención a la atribución al *soft law* de funciones jurídicas, con particular referencia a las funciones presentes en la intención de uso de las producciones jurídicas, que se clasifican en prospectivas (prácticas/deónticas y predictivas) y retrospectivas (justificativas).

Es el uso justificativo del *soft law*, como reconocimiento de que su empleo es apto para probar la corrección o conformidad al derecho de decisiones jurídicas, lo que permite explicar la particular relevancia jurídica que se le atribuye. Finalmente se argumenta cómo este tipo de uso justificativo aparece fundamentalmente en contextos en los que la decisión jurídica se ha de tomar dentro de ám-

¹ Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Plan de Actuación 2022) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

bitos de discrecionalidad, tanto propia como impropia. Sin embargo, sólo cuando trata de justificar una decisión, dentro de un ámbito de discrecionalidad de este último tipo, puede hablarse de relevancia jurídica del *soft law* en sentido estricto.

Palabras clave: derecho indicativo; fuerza vinculante; relevancia jurídica; discrecionalidad; uso justificativo.

Abstract: For some years now, the term “*soft law*” has been adopted to refer to certain normative productions that, although not participating in the binding force of law, are attributed legal relevance. The objective of this contribution is to discern what this legal relevance consists of and how it can be better understood by taking into account the functional dimension of normative productions.

To this end, after pointing out the different senses in which the expression “legal relevance” can be used (referential, functional and instrumental), attention is paid to the attribution of legal functions to soft law, with particular reference to the functions present in the intended use of legal productions, which are classified as prospective (practical/deontic and predictive) and retrospective (justifying).

It is the justificatory use of soft law, as a recognition that its use is suitable to prove the correctness or conformity to the law of legal decisions, which can explain the particular legal relevance attributed to it.

Finally, it is argued that this type of justificatory use appears fundamentally in contexts in which the legal decision must be taken within areas of discretionality on, both proper and improper, although only when it tries to justify a decision within an area of discretionality of the latter type can we speak of the legal relevance of soft law in the strict sense.

Keywords: soft law; binding force; legal relevance; discretionality; justificatory use.

Sumario: I. Introducción. II. *La paradoja del soft law*. III. *Las funciones regulativas del soft law*. IV. *Las funciones jurídicas del soft law*. V. *El valor justificativo del soft law en cuanto criterio de corrección jurídica*. VI. *Discrecionalidad y valor justificativo del soft law*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Referencias*.

I. Introducción

El término “*soft law*” es utilizado para designar a una extensa nebulosa de objetos cuya función² es regular conductas que, a pe-

² El término “función” es controvertido y puede utilizarse de formas que pueden provo-

sar de su apreciable aire de familia, se sitúan fuera del ámbito de lo que habitualmente entendemos por derecho; es decir, conductas que quedan al margen o en la orilla del derecho reconocido tanto de fuentes formales (Constitución, ley, reglamento) como informales (costumbre, principios jurídicos).

Por supuesto, existen más cosas que “no son derecho” y que, de algún modo, tienen también una función reguladora: la moral, los usos sociales, las reglas de juegos, los consejos de salud, etcétera. Todas ellas son fenómenos normativos que nos rodean y orientan nuestra conducta de modo general o referidos a ámbitos determinados. Pero nada de esto es *soft law*.

Gráficamente podríamos situar el *soft law* —dentro del amplísimo conjunto de realidades con función reguladora que no son derecho— en la zona relativamente más próxima a las fronteras del conjunto de entidades jurídicas. En esta zona fronteriza encontramos a una enorme variedad de tipos de instrumentos: recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, tratados antes de entrar en vigor, resoluciones de organizaciones o conferencias internacionales, estándares de calidad, leyes modelo, pautas de actuación, etcétera.

Se trata de tipos de instrumentos que, a su vez, son instanciados por numerosas y variadas realidades. *Soft law* son los informes adoptados por organismos internacionales; en el marco de conferencias internacionales, son los textos de tratados que no han sido ratificados, declaraciones interpretativas de tratados y disposiciones programáticas. También se incluyen en esta categoría: los Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio Internacional para

car confusión. Dejando al margen otros significados claramente improcedentes en este contexto, el término “función” puede entenderse como una capacidad de actuar, o bien como cometido o utilidad. Si bien el primer sentido puede ser aplicado a objetos tales como maquinaria o herramientas, respecto de las que se puede formar una analogía con el derecho y otros fenómenos normativos, creo que presenta una connotación positiva, consistente en la posibilidad de alcanzar un resultado, que prefiero evitar. Por ese motivo, en este trabajo entiendo “función” en el sentido de cometido o utilidad, en cuanto tarea atribuida a un tipo de objeto o proceso, con independencia de si las condiciones propias de una instancia de ese tipo permiten o no servir a esa tarea.

ordenar las contrataciones de compraventa internacional de mercaderías; las recomendaciones de la Unión Europea; los instrumentos del American Law Institute sobre conflictos de propiedad intelectual en el ámbito internacional, o los *restatements* sobre responsabilidad por daños en el ámbito interno; los códigos de buen gobierno societario que sirven como criterio de responsabilidad empresarial; los principios de gobierno corporativo de la OCDE, que contienen recomendaciones generales sobre gobernanza; los productos de la autorregulación de actores privados, como códigos de conducta o de buenas prácticas, reglamentos de carácter profesional, etcétera; estándares técnicos, como las reglas de calidad en la producción industrial o en la construcción, así como los estándares de protección medioambiental; estándares éticos vigilados por las ONG y agentes públicos y privados; recomendaciones sobre la aplicación de programas de justicia restaurativa en el ámbito penal, etcétera.

¿A qué se debe la cercanía de todos estos instrumentos con el derecho? No cabe duda de que son varios los indicadores de proximidad que potencian ese aire de familia antes aludido. Algunos tienen que ver con el origen de los instrumentos de *soft law*, los órganos que los crean, su forma de elaboración, los problemas que motivan su aparición. Otros, en cambio, tienen que ver con sus consecuencias, con sus efectos. En cuanto a esto último, un aspecto que se suele destacar de este tipo de instrumentos regulativos es su singular relevancia jurídica. Una relevancia que los aproxima estrechamente a los márgenes del derecho hasta el punto de hacer dudar, en ocasiones, si llegan a infiltrarse a través de sus fronteras.

El objetivo de este trabajo es, precisamente, el análisis de la atribución de relevancia jurídica al *soft law*. Para ello me ocuparé, en primer lugar, de desenredar la aparente paradoja que encierra la unión de los términos “derecho” y “blando”, y que suele expresarse en la atribución combinada de valor normativo y ausencia de fuerza vinculante. A continuación examinaré las funciones que se atribuyen al *soft law*, y me detendré específicamente en aquellas que podrían ser consideradas como funciones jurídicas. Entre ellas, destacaré la función de justificación de decisiones jurí-

dicas para, finalmente, llegar al análisis del *soft law* como posible criterio de corrección jurídica que opera principalmente en ámbitos de discrecionalidad relativos a la toma de decisiones jurídicas.

II. La paradoja del *soft law*

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es una organización internacional de carácter intergubernamental cuyo propósito es dar respuesta a los retos económicos, sociales y ambientales globales. Sus diferentes comités producen informes y otros tipos de documentos, algunos de los cuales regulan la actuación de sujetos públicos y privados. Por ejemplo, los documentos sobre gobierno corporativo (OCDE, 2024), elaborados junto con el G20 en su última versión de 2023, son tenidos en cuenta por instituciones legislativas y de gobierno de todo el mundo para desarrollar y mejorar los instrumentos legales, reglamentarios e institucionales que rigen el buen gobierno de las empresas. Esto, a pesar de que, como se indica en su propia exposición introductoria, “los Principios no son vinculantes, y no tienen por objeto ofrecer un catálogo detallado de prescripciones para la legislación nacional; no sustituyen ni deben considerarse derogatorios de la legislación nacional y la normativa nacionales” (OCDE, 2024, p. 8).

El American Law Institute es una organización privada sin ánimo de lucro, integrada por profesionales del derecho y académicos, que tiene entre sus funciones clarificar y modernizar la ley, así como mejorar la administración de justicia en los Estados Unidos. Sus trabajos se publican principalmente en tres tipos de documentos: reformulaciones (*restatement*), principios (*principles*) y códigos modelo (*model codes*). Estas publicaciones son habitualmente usadas en sede judicial, legislativa y administrativa, amén de su constante referencia por la doctrina jurídica americana.

Se trata de dos ejemplos, bien diferentes, de producción normativa en los márgenes del derecho. En el primer caso, una institución internacional de carácter público, de carácter intergubernamental.

En el segundo caso, una organización privada, integrada por académicos y profesionales. Como punto en común, estas entidades elaboran documentos normativos a los que no se les atribuye la condición de derecho. Todos esos instrumentos de los que estamos hablando se encuentran fuera de las fuentes del derecho reconocidas a nivel nacional o internacional. No son ley, costumbre o principios como los que menciona el artículo 1o. del Código Civil español, ni tampoco convenciones internacionales, costumbres internacionales o principios del artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

A pesar de todo ello, viven y proliferan en un ecosistema jurídico; adaptan sus esquemas y funciones a la vida del derecho, con tanta naturalidad, como si fueran productos de la misma especie. El *soft law* actúa en el derecho, con el derecho y para el derecho; así como, algunas veces, en abierta disputa con el mismo derecho. Esto genera la impresión de que se trata de ejemplares de una especie común en conflicto por el mismo territorio. De ellos se dice que, aunque no son jurídicamente vinculantes, tienen “relevancia jurídica” (Garrido Gómez, 2018, p. 14; Klink y Lembcke, 2018, p. 161).

La expresión “*soft law*” presenta, en forma de paradoja, una potente imagen que impacta en el sentido común al evocar un producto sin fuerza jurídica, que, sin embargo, repercute de un modo notable en el ámbito del derecho. ¿O acaso no es algo tan paradójico como aparenta? Para comprobarlo es necesario analizar las dos propiedades más destacadas de los productos de *soft law*: por un lado, la ausencia de juridicidad; por otro lado, su relevancia jurídica.

1. *El soft law no es derecho*

La negativa a considerar el *soft law* entre los elementos del derecho se debe a que, se considera, en estos instrumentos faltan algunas de las notas distintivas de la juridicidad.³ Podría decirse que en

³ Para una exposición del debate acerca del carácter jurídico del *soft law* véase Galiana Saura (2016, p. 314).

la expresión “*soft law*” el adjetivo “blando” actúa como privativo, más que como atributivo, lo que revela una carencia respecto a los supuestos de genuino derecho. De este modo, se ha dicho que el *soft law* carece de todos o algunos de los siguientes caracteres atribuibles al derecho.

A. Ausencia de normatividad

Una primera diferencia tiene que ver con la pretendida ausencia de normatividad del *soft law*. Esta diferencia es significativamente problemática, puesto que, mientras que para algunos la normatividad es la principal característica en común que tienen derecho y *soft law*, para otros es ahí donde se encuentra un elemento de diferenciación clave.

Las normas suelen describirse como entidades proposicionales con un tipo de discurso prescriptivo de alcance general. No se suele discutir que el *soft law* esté compuesto por entidades proposicionales de alcance general (Sarmiento, 2008, p. 92). El punto más controvertido es el que atañe a su tipo de discurso. La opinión de que el *soft law* no está integrado por normas se deriva de la consideración de que no se vale del lenguaje prescriptivo para cumplir sus funciones.⁴ De este modo, se dice que, frente a la imposición del derecho, el *soft law* trata de dirigir la conducta por medio de la recomendación o del consejo. Estas recomendaciones o consejos serían distintos de las normas propiamente dichas. El *soft law* sugiere y orienta en un sentido determinado, pero no regula (Escudero, 2012, p. 128; Kirste, 2018, p. 49; Garrido, 2018, p. 60). En otras ocasiones se destaca que el tipo de discurso del *soft law* es descriptivo, puesto que lo que hace es informar acerca de la mejor interpretación posible de ciertos enunciados jurídicos, de los mejores medios disponibles para alcanzar un determinado fin, etcétera.

⁴ En lo que se refiere al tipo de discurso, la confusión reinante conduce, en ocasiones, hasta la misma contradicción, por lo que llega a decirse en la misma obra que el *soft law* no tiene “la función de prescribir” (Sarmiento, 2008, p. 28), y también que “se compone de proposiciones prescriptivas” (Sarmiento, 2008, p. 97).

Ninguna generalización relativa al tipo de discurso resulta plausible para trazar la distinción que buscamos. Parece exagerado entender que el tipo de discurso prescriptivo sea una condición necesaria del *soft law* (como, por otra parte, también resulta exagerado afirmar esto del derecho). Pero también es cierto que el lenguaje imperativo es bastante común en los instrumentos de *soft law*.⁵

B. Ausencia de fuerza vinculante

Existe una opinión muy extendida según la cual lo más “soft” que tiene el *soft law* es la ausencia de fuerza vinculante, hasta el punto de considerar que un sinónimo de “soft law” es la expresión “derecho no vinculante” (“non-binding law”) (Senden, 2004, p. 112).

Desde luego, esta caracterización se encuentra con el ineludible problema de la identificación de la fuerza vinculante como propiedad autónoma del derecho (Hage, 2018, p. 21). Es difícil señalar en qué puede consistir esta característica sin caer en una confusión con otras propiedades como la validez o la eficacia.

En cualquier caso, la caracterización del *soft law* como “regla privada de fuerza” no es algo tan sumamente extraño al propio derecho, en el que la idea de vinculación estricta y amenaza implacable de sanción no resulta ser tanto una propiedad no eliminable de todo componente del derecho cuanto un instrumento ocasionalmente útil para que este cumpla sus funciones. De hecho, una buena parte de nuestras reglas de derecho privado pertenecen a la categoría de las normas dispositivas, a las que no resulta del todo apropiada una caracterización estrictamente imperativista.

Por ello, no parece que la mera referencia a la “blandura”, como ausencia de fuerza obligatoria o vinculante, pueda resultar suficiente para concluir que el *soft law* queda fuera del ámbito del derecho. Es cierto, sin embargo, que cuando se pretende or-

⁵ Vid. el análisis de las pautas emitidas por la Autoridad Europea de Valores y Mercados para la regulación de los mercados financieros (Eliantonio, 2021, p. 288).

denar una materia por este tipo de medios se abandonan deliberadamente los mecanismos de imposición como garantes de eficacia tan característicos de la organización jurídica.

C. Falta de respaldo coactivo

La falta de respaldo coactivo es otra nota negativa que aparece en muchas ocasiones ligada a la anterior característica; sobre todo, desde postulados estrictamente imperativistas. En este sentido, cualquier posible efecto que pudiera tener el *soft law* no podría explicarse como consecuencia de la amenaza de la sanción, ni siquiera considerada como una imposición forzosa de su cumplimiento (Garrido Gómez, 2018, p. 56).

De este modo surge la idea de un derecho “blando” (*soft law*), que hace referencia a una normativa o reglamentación que carece de una de las características más señaladas de los instrumentos jurídicos: el rigor con el que se exige, con independencia de la voluntad o los intereses de sus destinatarios (Schauer, 2015, p. 1). Se trata de normas que no vienen impuestas por la fuerza, que carecen de la coacción necesaria para hacerlas valer y que, desde una caracterización del derecho como instancia coactiva, adolecen de auténtica juridicidad.

Esta diferencia, sin embargo, es más difusa de lo que parece. El derecho no siempre obliga; cuando lo hace, no siempre coacciona el cumplimiento. Hay fórmulas de persuasión, de condicionamiento y de finalidad que no son extrañas en nuestros sistemas jurídicos (Caballero Hellion, 2021, p. 62). Por otra parte, no es posible descartar que la misma relevancia jurídica que se atribuye en ocasiones al *soft law* pueda dar lugar al ejercicio jurídicamente ordenado de la coacción.⁶

⁶ Sobre la generación de efectos lesivos en la esfera de los particulares a través de instrumentos de *soft law*, vid. Sarmiento (2008, pp. 194-195).

D. Ausencia de órganos y procedimientos en su producción

También puede decirse que el *soft law* difiere del derecho por otras circunstancias, como el hecho de que no se elabore en el ejercicio de competencias jurídicas, o por la ausencia de procedimientos estrictamente regulados en su creación. En este sentido, suele decirse que el *soft law* no es jurídicamente válido o no está vigente, aludiendo en este caso a un criterio de corrección en la producción normativa. El *soft law* no es derecho válido porque no ha sido producido correctamente, ya sea porque no ha sido elaborado por sujetos que tengan capacidad o competencia para producir derecho (Escudero, 2012, p. 139); o bien, porque no se han seguido las normas de procedimiento oportunas para elaborarlo.

Sin embargo, esta negación de validez en el *soft law*, en cuanto ausencia de corrección, esconde cierta confusión. Por un lado, la negación de que el *soft law* sea derecho válido —esto es, derecho correctamente producido— no parece ser equivalente a la afirmación de que se trata de derecho inválido —esto es, derecho incorrectamente producido—. Si así fuera tendríamos dificultades para distinguir el *soft law* de, por ejemplo, las leyes inconstitucionales (Posner y Gersen, 2008, pp. 11-12).

Por otra parte, en ocasiones sí parece tener sentido hablar de validez o invalidez del *soft law*, como cuando comparamos una recomendación formulada por un órgano competente de la Unión Europea con una recomendación emitida por otro órgano que no tiene atribuidas competencias para elaborar dichos documentos. Esto es así porque, en realidad, no es cierto que no existan criterios de corrección en la elaboración del *soft law*. Hay normas específicas de competencia y procedimiento para determinadas producciones de *soft law* que, sin perjuicio de las consecuencias que deriven de la sujeción o no a tales normas, determinan su corrección o incorrección y, por lo tanto, inciden en su reconocimiento como auténtico *soft law*, tenga este el valor que tenga.⁷

⁷ A veces puede suceder que el legislador obligue a ciertos sujetos a crear pautas reguladoras de sus propias conductas (Mackor, 2018, pp. 134-135).

2. El *soft law* tiene relevancia jurídica

A pesar de que las diferencias aludidas entre el derecho y el *soft law* no son suficientemente precisas como cabría esperar, voy a aceptar la común ubicación de estos fenómenos en el ámbito del no-derecho, por lo que no discutiré los argumentos ontológico-jurídicos que fundamentan esa opción.⁸ Creo que esa es la opinión más común. Y también creo que hay razones suficientes para seguir considerándolo así. A pesar de ello, también está considerablemente extendida la convicción de que el *soft law* tiene un papel importante en la regulación jurídica de la realidad a la que se refiere, y que ese papel es el que justifica el empleo de la palabra “derecho” en la expresión que nos ocupa. Esa importancia queda subrayada al atribuir a tales instrumentos, en principio no jurídicos, *relevancia jurídica*. Pero ¿qué quiere decir “relevancia jurídica” en este contexto?

El sentido de la expresión “relevancia jurídica” es difícil de precisar, puesto que depende de la realidad a la que se refiera y del tipo de característica de esa realidad que se quiera resaltar. Esto nos ofrece varias posibilidades de significado que, a mi juicio, pueden resumirse en tres:

- a) En un sentido referencial, algo tiene relevancia jurídica si el derecho le atribuye efectos jurídicos. En este sentido, cualquier evento referido por el supuesto de hecho de una norma tiene relevancia jurídica. Este tipo de eventos suelen ser denominados “hechos jurídicos”, precisamente porque a través de las normas jurídicas vienen asociados con una determinada consecuencia.
- b) En un sentido funcional, algo tiene relevancia jurídica si cumple funciones propias del derecho. Estas funciones se pueden agrupar en tres categorías: función práctica/deontica, función predictiva y función justificativa. Por lo tanto, diríamos que el

⁸ Algunos de estos argumentos pueden encontrarse en Bódig (2018, pp. 221-242).

soft law tiene relevancia jurídica si cumple alguna de esas tres funciones, de modo similar a como lo hace el derecho.

- c) En un sentido instrumental, algo tiene relevancia jurídica si ayuda al cumplimiento de las funciones propias del derecho. Es decir, aunque entre sus funciones no estén directamente ninguna de las anteriores, colabora a que el derecho cumpla sus funciones prácticas, predictivas o justificativas.

En el primer sentido, el referencial, no cabe duda de que el *soft law* puede tener relevancia jurídica. Ciertos hechos jurídicos tienen un sentido regulativo, en cuanto que consisten en la emisión o creación de reglas de comportamiento, tales como contratos, condiciones generales de contratación, estatutos asociativos o fundacionales, reglas de régimen interno de organizaciones privadas o de comunidades de propietarios, etcétera. Este tipo de hechos tiene una evidente relevancia jurídica en el sentido indicado; en algunos casos, generalmente atribuida por normas legales o constitucionales. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 1091 del Código Civil español, que atribuye a los contratos “fuerza de ley entre las partes”.

Lo cierto es que esta relevancia jurídica no ha sido determinante, salvo señaladas excepciones,⁹ de la atribución de juridicidad a los productos de actos jurídicos que tienden a regular conductas a través de la autonomía de la voluntad. El argumento para esta exclusión ha sido tanto la condición privada de los sujetos a los que se atribuye la pretendida competencia regulativa (Carpentier, 2018, p. 94), como la falta de alcance general de dicha reglamentación (García Valdecasas, 1983, p. 81; Díez-Picazo y Gullón, 2003, p. 161).

El alcance restringido de ciertas formas de regulación privada también sirve para explicar su exclusión del ámbito de lo que cabe catalogar como *soft law*. Pero lo cierto es que las reglas generadas

⁹ El contrato, para Kelsen (2002), es una norma jurídica individual que se integra en el sistema dinámico de fuentes al ser producida en ejercicio de la competencia conferida por las leyes que permiten desplegar a la autonomía de la voluntad todos sus efectos, participando en el proceso de creación jurídica (pp. 255-256).

por la autonomía privada distan mucho de poder ser consideradas como reglas *soft*, en la medida en que el propio derecho las considera estrictamente obligatorias y, por lo tanto, susceptibles de ser impuestas coactivamente.

Por supuesto, ahora podríamos preguntarnos qué diferencia hay entre el *soft law* con relevancia jurídica referencial —como por ejemplo las reglas técnicas a las que hace referencia la normativa de calidad de determinadas actividades y productos— y los contratos y otros instrumentos negociales a los que el derecho atribuye relevancia jurídica. En cierto modo, parece que es el ámbito general del *soft law*, frente al singular de la autorregulación, el que marca la diferencia: el derecho atribuye plena eficacia obligatoria a los acuerdos en cuanto a que sus consecuencias jurídicas pueden ser justamente atribuidas a quien ha manifestado válidamente su voluntad de asumirlas. Esta justificación no se da en el *soft law*, en cuanto afecta a intereses que van más allá de los asuntos propios de sus creadores.

Entiendo que para una completa comprensión del significado de la relevancia jurídica del *soft law* no basta con este sentido referencial. Resulta necesario poner el foco más bien en las funciones propias del *soft law*. El *soft law* tiene relevancia jurídica no porque constituya la condición para que se desencadenen los efectos del derecho, sino porque cumple o ayuda a cumplir funciones que el derecho tiene atribuidas.

III. Las funciones regulativas del *soft law*

En su sentido funcional, la relevancia jurídica implica tener algunas de las funciones propias del derecho. Relevancia aquí no significa importancia “para el derecho” sino importancia “como el derecho”. Esto supone para el *soft law* tener un papel similar al que desempeña el derecho en la ordenación de las relaciones sociales.

El sentido instrumental de relevancia jurídica podría decirse que es una variante del sentido funcional. La diferencia consiste

en que el *soft law* tiene atribuida una relevancia funcional cuando actúa las funciones propias del derecho, con independencia del propio derecho; mientras que tiene una relevancia instrumental cuando colabora con el derecho para que éste realice por sí mismo sus funciones. En este caso, a diferencia de la relevancia funcional y a semejanza de la relevancia referencial, el *soft law* es “importante para el derecho”. Sin embargo, a diferencia de la relevancia referencial y a semejanza de la relevancia funcional, esa importancia no es otorgada por el propio derecho, sino que la tiene el *soft law* por sí mismo.

Las caracterizaciones funcional e instrumental de la relevancia jurídica del *soft law* no excluyen la relevancia referencial. En efecto, es posible que la razón por la que el *soft law* cumpla tales funciones sea porque el derecho remita al *soft law* y, de este modo, le atribuya eficacia jurídica. Y esta eficacia jurídica puede consistir en cumplir alguna de las funciones propias del derecho —como cuando las normas jurídicas reenvían a instrumentos de *soft law* para regular una determinada materia—; o bien, en solicitar su colaboración para facilitar o hacer posible que el derecho lleve a cabo sus propias funciones —como cuando las normas jurídicas precisan que ciertos instrumentos de *soft law* servirán como criterio de interpretación del derecho—.

En cualquier caso, la relevancia jurídica característica del *soft law* se debe a sus aspectos funcionales e instrumentales, y no al mero aspecto referencial, puesto que este último no permitiría distinguir el *soft law* de ningún otro hecho jurídico.

Simplificando la cuestión, podríamos decir que estas funciones jurídicas que el *soft law* realiza, o ayuda a realizar, están relacionadas con la regulación de tipos de conductas de conjuntos no delimitados de sujetos. De este modo, puede decirse que el *soft law* tiene funciones regulativas con las que suple o colabora con el derecho en tal regulación.

El *soft law* puede tener relevancia jurídica funcional cuando ofrece una respuesta regulativa a situaciones respecto a las cuales no se puede o no se quiere imponer una conducta coactivamente.

Se trata de casos en los que las soluciones que aporta el derecho no son adecuadas para cubrir las necesidades de regulación existentes, y el *soft law* se presenta como un sucedáneo más viable para alcanzar un mínimo de orden en ese ámbito de la realidad.

En concreto:

- a) Situaciones para las que se necesitan criterios de actuación que orienten la conducta, pero no se requiere que dicha conducta sea impuesta. Hay una necesidad de orientación, pero no de ordenación. El *soft law*, en este caso, ofrece una guía para llevar a cabo ciertas actividades o para alcanzar ciertos resultados —resultados estos que, a su vez, pueden venir impuestos por el derecho o ser meramente voluntarios—, pero sin que dicha guía venga jurídicamente impuesta. Estas guías tratan fundamentalmente de evitar los costes de formación de decisiones respecto a los medios a emplear para alcanzar un fin. Un ejemplo de este tipo de manifestaciones del *soft law* son las reglas que se presentan como alternativas a la contratación entre particulares; como es el caso de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional, que establecen una regulación para las obligaciones, costes y riesgos de la entrega de mercancías cuya efectividad depende de que sean incorporados a un negocio jurídico por acuerdos de voluntades (Calderón Marenco, 2019, p. 70). Estas reglas de comercio internacional suponen una orientación a la conducta comercial puesto que ofrecen una regulación abierta a la disposición de los interesados.
- b) Situaciones en las que se necesita una ordenación de las relaciones sociales, cuando dicha ordenación resulta difícil de alcanzar, ya sea por ausencia de competencia jurídica —las entidades con competencia técnica para elaborar una ordenación de la materia no tienen atribuida la potestad para crear normas jurídicas— (Alonso García, 2001, p. 77.); por carencia de competencia técnica —las autoridades con competencia jurídica no se ven capaces de regular una materia de excesiva complejidad técnica— (Sarmiento, 2008, p. 66); o bien, por falta de volun-

tad política —como es el caso de los acuerdos internacionales que no llegan a ser tratados por no tener suficientes ratificaciones— (Brus, 2018, p. 249). En otras ocasiones el *soft law* no su-
ple al derecho, sino que colabora con él de diversas maneras. Por ejemplo, puede servir como una vía de acceso al conoci-
miento del contenido del derecho; puede divulgarlo de una ma-
nera más efectiva que los mecanismos oficiales de publicación,
y potenciar de ese modo su cumplimiento. También puede ser-
vir para fomentar este acatamiento del derecho si constituye
una buena herramienta de persuasión. Otra manera de cola-
borar con el derecho es facilitando su empleo; como cuando
ayuda a deshacer sus oscuridades o permite adaptar a situa-
ciones actuales un derecho desfasado. También es instrumen-
to de colaboración cuando es un primer paso hacia una nueva
regulación (Caballero Hellion, 2021, p. 62). Aunque en este últi-
mo caso también puede tener, durante los prolegómenos de la
nueva regulación, una función de suplencia directamente regu-
lativa ante la ausencia del derecho en el período previo.

Al destacar el hecho de que la relevancia jurídica del *soft law*
deriva de las funciones jurídicas que se le atribuyen, y no tanto
de los efectos jurídicos que provoca, se abre la vía a un posible re-
conocimiento de valor jurídico autónomo; un valor que no es sólo
el mero reflejo de su reconocimiento expreso por el derecho. Esta
hipótesis trae como consecuencia el compromiso de explicar y justi-
ficar ese valor jurídico autónomo que parece poner en jaque al mo-
nopolio de las fuentes formales del derecho.

Al análisis de esta relevancia jurídica funcional e instrumental,
aparentemente autónoma, del *soft law* me dedicaré en los próxi-
mos apartados.

IV. Las funciones jurídicas del *soft law*

Las funciones del *soft law*, lo mismo que las funciones del derecho, como las de cualquier otra obra del ingenio humano, son explicables por sus potencialidades de utilización. Entendida como utilidad o cometido, referida a artefactos o procesos ideados por el ser humano, la función depende de la intención presente en los procesos de diseño y utilización. Se trata de artefactos o procesos que son diseñados para cumplir una función, y que son usados para llevar a cabo esa misma función u otras diferentes. La intención de diseño está en el plan del creador, que trata de crear un producto con las propiedades adecuadas para poder tener ciertas utilidades. Pero dicho producto puede servir también de otros modos, lo que le otorga funciones distintas de las que estaban en la intención de diseño. Estas nuevas funciones dependen de la intención de uso formada por quienes emplean o planean emplear tales artefactos o procesos.

Los sujetos productores de *soft law* planifican sus funciones en su intención de diseño.¹⁰ Estas funciones tienen que ver con el tipo de carencias percibidas en la regulación jurídica existente, de modo que se pueda proyectar un *soft law* con relevancia funcional autónoma o con relevancia instrumental. En cualquier caso, parece plausible considerar que casi siempre la intención de diseño en instrumentos de *soft law* está motivada por la creencia de que el derecho es deficitario en la regulación de ciertos tipos de situaciones (Bódig, 2018, p. 223), y la pretensión de cubrir ese déficit.¹¹

¹⁰ Teniendo en cuenta que los sujetos productores de *soft law* suelen ser entidades orgánicas compuestas por una pluralidad de individuos, a la hora de identificar la intención de diseño nos encontramos con los habituales problemas de identificación de intenciones colectivas que de manera recurrente se nos plantean cuando el objeto de estudio es la intención legislativa (Marmor, 2005, cap. 8). Puesto que hay una extensa literatura que trata ese tópico, y puesto que la atención que voy a prestar a la intención de diseño es limitada y no se ve afectada por dichos problemas, prescindiré de su análisis.

¹¹ La percepción de un déficit regulativo respecto de un tipo de situaciones y, sobre todo, la pretensión de cubrir ese déficit, puede ser un criterio que nos permita discriminar con mayor precisión los instrumentos de *soft law* de origen privado de los productos normativos de la autonomía de la voluntad. En estos últimos puede haber una percepción de un

No me detendré más en la intención de diseño. La intención de uso creo que nos permite obtener un panorama más completo de las funciones jurídicas del *soft law*. A la hora de hablar del uso o empleo de instrumentos regulativos, conviene hacer un par de advertencias. En primer lugar, en cuanto al modo de empleo, estamos hablando de un tipo de artefacto en el que no cabe un uso manipulativo, sino más bien argumentativo. El modo de emplear un instrumento regulativo es a través de un argumento en el que apoya la construcción de una premisa. En segundo lugar, el uso argumentativo de los instrumentos regulativos es susceptible de generar una confusión con la noción de “uso” de elementos del lenguaje. Por ejemplo, al emplear una norma jurídica en un argumento, no se está haciendo uso de ella como objeto lingüístico, puesto que las normas, en cuanto entidades lingüísticas, sólo son usadas por quienes las formulan. Los que formulan argumentos a partir de normas, con la finalidad que sea, lo que hacen es mencionar tales normas, citarlas en alguna de las premisas de su argumento; pero no las están usando en un sentido lingüístico. Por lo tanto, cuando hablamos del uso o empleo de instrumentos normativos, a lo que nos referimos es a su toma en consideración como referente, que hace verdadera la premisa que integra el correspondiente argumento.

Pues bien, teniendo en cuenta estas observaciones, creo que podemos destacar tres tipos de uso de los instrumentos regulativos y, entre ellos, también del *soft law*:

- a) Usos prácticos/deónticos: en los instrumentos regulativos buscamos guías para tomar decisiones sobre lo que conviene o lo que se debe hacer. Tomamos reglas como referencia para concluir cuál es el curso de acción correcto.

déficit en la regulación, aunque no es necesario —simplemente es posible que a los interesados prefieran otra regulación, sin considerar que la ofrecida por el derecho sea deficitaria—, pero lo que no habrá nunca es una pretensión de ofrecer una regulación abstracta respecto a un tipo de situaciones, puesto que lo que se pretende regular es únicamente una o varias instancias concretas de un tipo de situaciones.

- b) Usos predictivos: empleamos instrumentos regulativos para tratar de predecir eventos o resultados.
- c) Usos justificativos: construimos argumentos en el que empleamos la referencia a reglas como una justificación de los actos que realizamos (entre ellos, las decisiones que tomamos).

La función de las reglas en los usos regulativos y predictivos es prospectiva. La toma en consideración de la regla mira al futuro, ya sea a la decisión sobre la acción futura o a la predicción del evento futuro. En el caso de los usos prácticos, el argumento parte de la afirmación de la norma para llegar a un enunciado de intención. En el caso de los usos predictivos, la conclusión del argumento es un enunciado predictivo.¹² En cambio, la función de las reglas en el uso justificativo es retrospectiva, puesto que se trata de justificar una acción pasada, intentando mostrar que es una acción correcta. De este modo se pretende alcanzar la aceptación o evitar el reproche.

El valor funcional que tiene una regla en un determinado contexto consiste en la capacidad para generar certeza en las consecuencias derivadas de sus distintos usos: certeza en la corrección de los enunciados de intención, certeza sobre lo acertado de las predicciones y certeza respecto a la prueba de la corrección de la acción realizada. El valor funcional de la norma puede ser descompuesto en valor práctico, valor predictivo y valor justificativo.

Tanto el valor práctico como el valor predictivo que le otorgamos a una regla depende de varios factores, que tienen que ver con nuestra percepción de los resultados que pueden ser obtenidos por seguir la regla o cómo de probable estimamos que sea el seguimiento de la regla por otros. Entre esos factores está, aunque no en exclusiva, el valor de justificación, puesto que el reconocimiento de que la norma es apta para justificar acciones constituye un refuerzo a nuestra convicción de que las acciones justificadas pueden

¹² En relación con la clasificación de los enunciados acerca del futuro en enunciados de intención y enunciados predictivos véase Dummett (1990, p. 238).

o deben ser hechas, y a nuestra confianza en cómo actuarán los demás —por ejemplo, no impidiendo acciones justificadas—.

Puede decirse, por lo tanto, que tanto el valor práctico como el valor predictivo reposan parcialmente en el valor justificativo de la regla. Por su parte, el valor justificativo deriva de la confianza en el reconocimiento del valor de la norma por el resto de la comunidad como criterio de corrección, esto es, como criterio que suministra aceptabilidad de las acciones y exclusión de reproche.

Las normas jurídicas están respaldadas por un sistema institucional de confianza que blindada su valor justificativo —al menos dentro del ecosistema institucional—, y, por lo tanto, potencia su valor práctico y predictivo respecto de las acciones reguladas por el derecho. Los actos que pueden ser justificados por normas jurídicas se califican por un tipo especial de corrección, la corrección jurídica: son actos correctos conforme a derecho. Estos actos jurídicamente correctos reciben una plena aceptación que se expresa a través de concepto de validez del acto jurídico, o a través del concepto de licitud, en cuanto no son objeto de reproche.¹³

Normalmente no se testea el empleo de normas jurídicas en su función prospectiva. El proceso de formación de la voluntad que conduce a la realización de una acción es, habitualmente, un proceso interno en el que la toma en consideración de las reglas no necesita ser exteriorizada para que cumpla su función en la decisión de actuar de una determinada manera. Es más, la manifestación pública de la toma en consideración de reglas en un proceso de decisión no es garantía de que tales reglas hayan sido efectivamente empleadas para formar la decisión, puesto que bien podría ser que el sujeto no fuera sincero en cuanto a sus razones para actuar.

En cambio, la función retrospectiva o justificativa es eminentemente pública —salvo cuando se trata de una simple autojustificación—, puesto que con ella se trata de conseguir algo de los

¹³ De este modo se identifica la validez jurídica con una especificación de las condiciones de éxito para conjuntos normativos institucionalizados (Bódig, 2018, p 226).

demás, la aceptación o el no reproche, que en el ámbito institucional jurídico se traduce en el reconocimiento de la validez del acto o de su licitud. Por ello, si se discute la aceptación o se propone el reproche, esto es, si se cuestiona la validez o la licitud del acto, se hace necesario mostrar que el acto es correcto por su conformidad con las reglas apropiadas.

En algunas ocasiones, cuando se trata de actos que son trascendentes para la colectividad, la justificación se requiere siempre con independencia de que se cuestione o no su validez o su licitud. Este es el caso de las decisiones jurídicas, que son aquellas en las que la conformidad con las normas jurídicas constituye el criterio de corrección fundamental, como paradigmáticamente ocurre con las decisiones judiciales y administrativas. Esto no quiere decir que estas decisiones no puedan ser valoradas conforme a otros criterios de corrección (moral, técnico-científico, económico), sino que, dentro del contexto institucional en el que se incardinan los órganos judiciales y administrativos, la aceptabilidad y la no reprochabilidad que cuenta es la que deriva de la corrección jurídica. Las decisiones pueden ser antieconómicas, inmorales o científicamente inconsistentes, pero si son correctas conforme a derecho, serán válidas o lícitas.

V. El valor justificativo del *soft law* en cuanto criterio de corrección jurídica

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la cuestión acerca de si el *soft law* puede tener algún valor en los usos mencionados estará fundada, en última instancia, en su capacidad para justificar acciones. El *soft law* tendrá un valor justificativo si proporciona criterios de corrección determinantes de la aceptación del acto o de su no reproche. Pero si de lo que se trata es de comprobar si las funciones que desempeña el *soft law* le otorgan relevancia jurídica, no será suficiente con estimar su papel en la justificación de acciones en sentido amplio; será necesario comprobar, además, si esa

justificación es tal que pueda ser considerada una justificación jurídica. En particular, una justificación que sirva para mostrar que una decisión jurídica es conforme a derecho. Se trata, por tanto, de analizar si el *soft law* puede utilizarse como argumento justificativo de una decisión jurídica.¹⁴ Pero no sólo para justificar tipos genéricos de corrección (corrección moral, corrección social, de oportunidad, etcétera), sino el tipo específico de corrección jurídica, la corrección que consiste en ser una decisión conforme a derecho.

Si asumimos como punto de partida la ausencia de juridicidad del *soft law*, parece muy cuestionable que se pueda confiar en que tales reglas aporten un criterio de corrección jurídica. Precisamente la ausencia de fuerza vinculante que, según la opinión mayoritaria, caracteriza genéricamente a los instrumentos de *soft law*, puede ser entendida como un veto para integrar argumentos jurídicos con este tipo de elementos en cuanto a que los órganos encargados de tomar decisiones jurídicas no estarían autorizados para derivar el sentido normativo de su decisión de otras reglas que no sean las que proceden del propio derecho.

Sin embargo, si se reconoce en el *soft law* un instrumento útil para justificar decisiones jurídicas, decisiones cuya corrección depende de su conformidad al derecho, es porque, de algún modo, la conformidad con el *soft law* se toma como un criterio de corrección jurídica. ¿Cómo es esto posible?

Me parece que el verdadero sentido que ha de darse a la ausencia de fuerza vinculante del *soft law* no está ligada a la completa incapacidad para integrar argumentos jurídicos, lo cual supondría una absoluta negativa a aceptar efectos jurídicos que deriven de este tipo de reglas, sino en la incapacidad para justificar dichos efectos por sí mismo y, por lo tanto, a la necesidad de fundamentar esos efectos sobre la base de un respaldo ulterior. Es decir, para que el *soft law* pueda ser empleado al justificar una pretensión

¹⁴ Sobre el papel del *soft law* en la elaboración de argumentos jurídicos, véase a Hage (2018, p. 34). Sin embargo, no comparto su opinión de que este papel que puede desempeñar el *soft law* en la elaboración de argumentos jurídicos le otorgue algún tipo de "estatus jurídico".

o una decisión es necesario que dicho empleo pueda, a su vez, ser justificado.¹⁵ Para que la alusión a un enunciado de *soft law* pueda ser utilizada como premisa normativa del argumento de justificación jurídica es necesario que dicha premisa sea la consecuencia de otro argumento previo que sirva para justificar su empleo.¹⁶ Y este argumento ha de tener una base jurídica.

Por lo tanto, parece que cualquier criterio de corrección jurídica debería estar vinculado al derecho de algún modo, puesto que sólo a través de este anclaje se puede considerar que una regla aporta corrección jurídica a las decisiones que se basan en ella. El *soft law* carecería de relevancia jurídica propia, y toda la que pueda alcanzar dependería de su vinculación con el derecho en sentido estricto.

Sin embargo, al menos aparentemente, no siempre la eficacia reconocida al *soft law*, manifestada en su empleo como justificación de decisiones jurídicas, deriva de su conexión con el derecho (Bódig, 2018, p. 239).

En algunas ocasiones, el recurso argumentativo al *soft law* parece contar con un respaldo autónomo tan intenso que hace innecesaria una justificación ulterior. Es más, en algunas ocasiones se ha aludido al llamado efecto "*comply or explain*" del *soft law*, lo que indica la necesidad de justificar el empleo de otras premisas distintas a las proporcionadas por el *soft law* relevante para un caso para el que la pretensión o la decisión se considere jurídicamente fundada.

¹⁵ Respecto a la dificultad de usar el *soft law* en la construcción de argumentos jurídicos, *vid.* Hage (2018, p. 39).

¹⁶ Esta forma de presentar la motivación de las decisiones jurídicas se corresponde al modelo de cadena de razonamientos, o mejor, *árbol de razonamientos*, según el cual la conclusión del razonamiento principal de la motivación, consistente en la afirmación de la conformidad al derecho de la decisión jurídica es una consecuencia de premisas que, a su vez, son la conclusión de otros razonamientos (Hernández Marín, 2013, pp. 124-ss.; Hernández Marín, 2021, pp. 329-ss.).

VI. Discrecionalidad y valor justificativo del *soft law*

Si tenemos en cuenta la función de complemento o colaboración que el *soft law* desempeña respecto al derecho, parece razonable entender que aquel adquiere protagonismo en aquellas situaciones en las que el derecho sea regulativamente insuficiente. En muchas ocasiones esta insuficiencia se traduce en la formación de ámbitos de discrecionalidad que afectan a las decisiones jurídicas.¹⁷

En la toma de decisiones jurídicas tenemos un ámbito de discrecionalidad cuando no hay una decisión de la que se pueda afirmar con certeza que es la única conforme a derecho. Por lo que se refiere a los ámbitos de discrecionalidad, Hernández Marín distingue dos tipos: ámbitos de discrecionalidad en sentido propio, en los cuales encontramos varias decisiones posibles todas ellas jurídicamente correctas; y ámbitos de discrecionalidad en sentido impropio, en los que existen dudas sobre la corrección jurídica de algunas decisiones.

En un ámbito de discrecionalidad en sentido propio no hay una única decisión que sea conforme a derecho. Sin embargo, el órgano decisor sólo puede dictar una de las varias posibles, sin que el derecho le proporcione un criterio para llevar a cabo esa opción. Esto no quiere decir que esta selección carezca de puntos de referencia y, por lo tanto, no pueda realizarse una valoración de su corrección. No sería racional pensar que cualquiera de las decisiones posibles vale en el caso concreto planteado; o, mejor dicho, que no hay ninguna decisión que sea, en algún sentido relevante, mejor que otras.

La función del *soft law*, en este caso, podría ser la de proporcionar un criterio que sirva de guía en la selección de una decisión entre las varias decisiones jurídicamente posibles. No obstante, esta función difícilmente puede decirse que suponga atribución de relevancia jurídica alguna a tales instrumentos, puesto que el *soft law*

¹⁷ Sobre el papel del *soft law* como limitador de la discrecionalidad administrativa, véase a Sarmiento (2008, pp. 63-64) y Garrido Gómez (2018, p. 218).

no estaría aportando un criterio de corrección jurídica en sentido estricto.

En cambio, cuando existe un ámbito de discrecionalidad en sentido impropio se genera una duda genuina sobre cuál es la decisión jurídicamente correcta. No se trata entonces de decidir entre, sino de identificar cuál de las decisiones, dentro de un arco de incertidumbre, es la jurídicamente correcta. La función del *soft law* en estos casos puede ser la de clarificar el mensaje del derecho, disolviendo las dudas generadas en su comprensión y en la identificación de las decisiones jurídicamente correctas.

La relevancia jurídica del *soft law* puede explicarse a partir de la función que desempeña a la hora de justificar decisiones afectadas por un ámbito de discrecionalidad. Esta relevancia deriva del específico valor que se le otorga a este tipo de instrumentos en cada una de las posibilidades mencionadas. Cuando la función de selección tiene lugar en un ámbito de discrecionalidad en sentido propio puede decirse que el *soft law* opera con valor de orientación; mientras que cuando la identificación de la decisión correcta tiene lugar dentro de un ámbito de discrecionalidad en sentido impropio el *soft law* operaría con valor de ordenación.

1. *Soft law con valor de orientación*

Ninguno de los criterios que pueda utilizar el órgano decisor para seleccionar una decisión, de entre todas las que son posibles dentro de un ámbito de discrecionalidad en sentido propio, aporta una diferencia sustancial que tenga relevancia jurídica. Todas las posibles decisiones estarán jurídicamente justificadas por su conformidad con el derecho que regula la situación planteada. Por ello, cuando se acude al *soft law* para dar cuenta de la elección realizada no se busca una justificación jurídica para la concreta opción preferida. Ante la posibilidad jurídica de diversas decisiones, el *soft law* proporciona un criterio funcional objetivo para seleccionar la mejor de las decisiones posibles. No se trata de que sea jurídicamente la mejor, puesto que por hipótesis todas las decisiones jurídicamen-

te posibles tienen igual valor, sino de que se considere la mejor según el criterio funcional seleccionado por el órgano decisor. El valor que tiene aquí el *soft law* es el de proporcionar un criterio objetivo que está a disposición de cualquier otro órgano de decisión; con ello se favorece la racionalidad de la elección, y se hace posible la igualdad de trato en las distintas situaciones.

Evidentemente un ámbito de discrecionalidad en sentido propio, dentro del cual el *soft law* puede operar con valor de orientación, excluye la existencia de una función jurídicamente impuesta —por ejemplo, a través de principios constitucionales—, puesto que, en ese caso, la decisión jurídicamente correcta vendría determinada desde el propio derecho. Un ámbito de discrecionalidad en sentido propio supone un espacio de libertad para que el decisor aplique sus preferencias funcionales respecto de las que el *soft law* puede servir como criterio de racionalidad.

Este valor de orientación genera una presunción de racionalidad de la decisión conforme al *soft law*, lo cual traslada la carga de argumentación sobre el órgano decisor que pretende apartarse del mismo. Incluso podrían existir presiones sociales para imponer este tipo de *soft law*. Pero esta presión no sería un efecto jurídico institucional; no sería ejercida por medio de procedimientos regulados por normas jurídicas (Kirste, 2018, p. 50).

A. *Soft law con valor de ordenación*

En otras ocasiones el *soft law* no se limita a proporcionar un criterio para seleccionar a una de las decisiones de entre todas las jurídicamente correctas de un ámbito de discrecionalidad en sentido propio, actuando como guía orientativa, sino que se postula como índice para la identificación de la decisión jurídicamente correcta. Se trata de casos en los que el derecho es incompleto o está indeterminado, de tal modo que no cabe identificar con claridad qué decisiones son jurídicamente correctas y, por lo tanto, nos encontramos con un ámbito de discrecionalidad en sentido impropio.

Cuando el *soft law* funciona como un indicador de la respuesta jurídica correcta, opera con valor de ordenación. No es simplemente una herramienta para orientar la elección del decisor, condicionada a sus preferencias funcionales, sino que se supone que representa la instanciación de las preferencias funcionales del legislador que han quedado oscurecidas en la formulación del enunciado jurídico.

El caso paradigmático en el que el *soft law* opera con este valor de ordenación es cuando la ley contiene una remisión normativa a ese tipo de instrumentos. Una remisión normativa es un enunciado jurídico en cuyo supuesto de hecho, o en cuya consecuencia jurídica, se produce un reenvío a otros enunciados, documentos u otro tipo de entidades. La norma jurídica de remisión es una norma incompleta, cuyo contenido regulativo debe ser completado por el objeto de remisión, que adquiere valor jurídico por la integración en el derecho operada a través de la remisión. Podemos decir que la relevancia jurídica del *soft law* deriva directamente del reconocimiento por parte del derecho. No es necesaria ninguna justificación externa (funcional o de autoridad). Esa justificación externa sólo se requiere en la fase de creación de la norma de remisión, cuando es necesario justificar qué valor tiene el *soft law* para integrar el contenido de la norma.

Cuando el *soft law* es objeto de una remisión jurídica, se convierte en criterio de corrección jurídica de la decisión conforme a derecho. Ya no sirve sólo para justificar que la decisión es la mejor de las soluciones jurídicas disponibles, sino para justificar que es una decisión jurídica disponible.

B. El valor del *soft law* interpretativo

En los casos de remisión encontramos, en las mismas normas jurídicas, una especie de reconocimiento expreso de la insuficiencia del derecho, que al mismo tiempo legitima la función desempeñada por los instrumentos de *soft law* objeto de remisión. Sin embargo, no siempre que el *soft law* acude en ayuda del derecho

se debe a que ha sido solicitado por este. La mayor parte de las veces, los problemas de comprensión y especificación resultan inadvertidos para el legislador, y sólo son revelados cuando es requerido para cumplir sus distintas funciones (práctica, predictiva o justificativa).

En estos casos, el *soft law* puede ofrecerse al usuario del derecho como una interpretación o especificación adecuada del derecho. La relevancia jurídica del *soft law* está relacionada, de este modo, con su valor interpretativo, sin que medie un reconocimiento explícito o implícito por parte del propio derecho. Un ejemplo de esto es la referencia en la legislación administrativa a “las buenas prácticas”, que no siempre están definidas en la legislación, sobre todo por ser demasiado dinámicas o excesivamente técnicas. Ante esta insuficiencia semántica del término “buenas prácticas”, el intérprete puede encontrar en códigos de conducta, códigos de buenas prácticas o protocolos de actuación, la precisión de contenido que haga falta en las normas jurídicas que le ocupan.¹⁸

Cuando el *soft law* se emplea con esta función, ¿tiene valor de orientación o valor de ordenación? Se podría entender que el *soft law* ofrece una interpretación, entre muchas posibles, de la norma jurídica en cuestión. Si esto es así, el *soft law* tendría valor de orientación puesto que, ante una pluralidad de interpretaciones jurídicamente admisibles, asume un valor funcional extrajurídico (político, económico, moral) como presupuesto, y selecciona una interpretación que es la mejor posible según ese valor. Esta manera de entender la función interpretativa del *soft law* configura la elección de significado de la norma jurídica como un ámbito de discrecionalidad en sentido propio para el intérprete.

La otra alternativa consiste en considerar que la duda genuina sobre la interpretación de la norma jurídica no atribuye una discrecionalidad en sentido propio al intérprete. No se trata de que todos los significados entre los que se duda sean significados ad-

¹⁸ En el ámbito del derecho privado, Vaquer Aloy (2013, pp. 112-113) realiza una ordenada exposición de los usos del *soft law* contractual europeo por la jurisprudencia española en casos de indeterminación de la respuesta jurídica.

misibles. Por el contrario, hay una interpretación correcta que resulta inaccesible epistémicamente. Otorgar valor interpretativo al *soft law* supone confiar en que la interpretación que ofrece de las normas jurídicas es la interpretación correcta, lo que parece confluir con una consideración del *soft law* con valor de ordenación. El *soft law* operaría, en este caso, en un ámbito de discrecionalidad impropia, en cuanto que propone la interpretación correcta ante la duda que ofrece la indeterminación semántica del enunciado jurídico interpretado.

Obviamente este valor tendría una fundamentación extrajurídica que no podría ser otra que la atribución de relevancia a la autoridad emisora del *soft law* o a su contenido. Sin embargo, esta relevancia no está ligada a la aceptabilidad funcional de los criterios de *soft law*, como ocurre cuando tiene valor de orientación, sino a la confianza en que el *soft law* ofrece una interpretación correcta del derecho aplicable, esto es, depende del valor epistémico atribuible al *soft law* como interpretación del derecho. De este modo, el *soft law* tendría valor de ordenación, puesto que proporcionaría una justificación jurídica de la decisión.

VII. Conclusiones

Pese a su apariencia nominal, el *soft law* no es una subespecie del derecho ni un tipo de derecho. No es necesario entrar en una polémica terminológica estéril para analizar el papel con el que este género regulativo participa de las funciones propias del derecho. El hecho de reconocer una relevancia jurídica al *soft law* no implica necesariamente su inclusión entre los elementos del derecho. De hecho, la atribución de relevancia jurídica a algo puede tener varios significados, incluso cuando reconocemos que ese algo es un instrumento de regulación.

En el caso particular del *soft law*, la relevancia jurídica debe ser entendida en un aspecto más funcional que pretendidamente referencial. Pero tampoco esta relevancia funcional supone,

sin más, la atribución de la condición de juridicidad a los instrumentos de *soft law*.

La función de justificación de actos y, sobre todo, de decisiones jurídicas es la clave adecuada para testear la posible relevancia jurídica de los instrumentos de *soft law*. En la medida en que los argumentos contruidos a partir de premisas apoyadas en reglas de *soft law* son reconocidos como buenos argumentos para justificar que determinadas decisiones jurídicas son conformes a derecho, puede decirse que adquieren relevancia jurídica, que les habilita también para su empleo con funciones prospectivas.

Aunque este reconocimiento puede estar fundamentado suficientemente por medio de remisiones en los propios enunciados jurídicos, no resulta imprescindible que sea así. También los tribunales y otros órganos de decisión jurídica operan el reconocimiento de la relevancia jurídica del *soft law* al emplearla como ayuda al enfrentarse a ámbitos de discrecionalidad.

Este reconocimiento puede suponer una confirmación de creencias en que los criterios del *soft law* (no genéricamente, sino del concreto instrumento que resulta relevante) son criterios que aportan la respuesta funcionalmente requerida en cada caso. Estos criterios podrían ser específicamente jurídicos, como ocurre cuando el ámbito de discrecionalidad al que se enfrenta el órgano decisor lo es en sentido impropio; o podrían ser funcionales en otro orden distinto, cuando dicho órgano pone en juego sus específicas preferencias funcionales para decidir en un ámbito de discrecionalidad en sentido propio.

VIII. Referencias

Alonso García, R. (2001). El *soft law* comunitario. *Revista de Administración Pública*, (154), 63-94.

Bódig, M. (2018). Legal validity, *soft law*, and international human rights law. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor

- (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 221-242). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_12
- Brus, M. M. T. A. (2018). Soft law in public international law: a pragmatic or a principled choice? comparing the sustainable development goals and the Paris agreement. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 243-266). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_13
- Caballero Helli6n, K. L. (2021). Incidencia del soft law para la aplicaci6n de normas. *Revista Jur6dica. Investigaci6n en Ciencias jur6dicas y Sociales*, 2(11), 59-73. <https://ojs.ministeriopublico.gov.py/index.php/rjmp/article/view/215>
- Calder6n Marengo, E. (2019). Los Incoterms como instrumento de derecho suave (soft law). *Revista e-Mercatoria*, 17(1), 47-85. <https://doi.org/10.18601/16923960.v17n1.02>
- Carpentier, M. (2018). Sources and validity. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 75-97). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_4
- D6ez-Picazo, L., y Gull6n, A. (2003). *Sistema de derecho civil. Vol. 1: Introducci6n, derecho de la persona, autonom6a privada, persona jur6dica* (11. ed.). Tecnos.
- Dummet, M. A. E. (1990). *La verdad y otros enigmas* (A. Herrera Pati6n, Trad.). Fondo de Cultura Econ6mica.
- Eliantonio, M. (2021). Judicial review of soft law before the European and the national courts; A wind of change blowing from the member states? En M. Eliantonio, E. Korkea-aho, y O. Ştefan (Eds.). (2021). *EU soft law in the member states: theoretical findings and empirical evidence* (pp. 283-302). Hart. <https://doi.org/10.5040/9781509932061>
- Escudero Alday, R. (2012). El concepto de soft law. En J. J. Moreso, y J. L. Mart6 (Eds.), *Contribuciones a la filosof6a del derecho; Imperia en Barcelona 2010* (pp. 127-148). Marcial Pons.

- Galiana Saura, A. (2016). La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (32), 297-322.
- García Valdecasas, J. G. (1983). *Parte general del derecho civil español*. Civitas.
- Garrido Gómez, M. I. (2018). *El soft law como fuente del derecho extranacional*. Dykinson.
- Hage, J. (2018). What is legal validity? Lessons from soft law. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 19-45). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_2
- Hernández Marín, R. (2013). *Razonamientos en la sentencia judicial*. Marcial Pons.
- Hernández Marín, R. (2021). *Teoría general de las decisiones judiciales*. Marcial Pons.
- Kelsen, H. (2002). *Teoría general del Estado*. Comares.
- Kirste, S. (2018). Concept and validity of law. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 47-73). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_3
- Klink, B. van, y Lembcke, O. W. (2018). A Fuller understanding of legal validity and soft law. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 145-164). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_7
- Mackor, A. R. (2018). What is legal validity and is it important? Some critical remarks about the legal status of soft law. En P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, y A. R. Mackor (Eds.), *Legal validity and soft law* (pp. 125-144). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77522-7_6
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and legal theory* (2a. ed.). Hart.
- OCDE (2024). Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 2023. <https://doi.org/10.1787/fb38c737-es>
- Posner, E. A., y Gersen, J. (2008). Soft law. *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, (213), 1-46.

- Sarmiento, D. (2008). *El soft law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Thomson Civitas.
- Schauer, F. F. (2015). *The force of law*. Harvard University Press.
- Senden, L. (2004). *Soft law in European Community law*. Hart.
- Vaquer Aloy, A. (2013). El "soft law" europeo en la jurisprudencia española: doce casos. *Ars Iuris Salmanticensis*, (1), 93-115.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Iniesta Delgado, Juan José, "La relevancia jurídica del *soft law*", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19489. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19489>

APA

Iniesta Delgado, J. J. (2025). La relevancia jurídica del *soft law*. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19489. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19489>

Escepticismo jurídico y convenciones. Los límites del convencionalismo y el desafío de Dworkin

Legal skepticism and conventions. The limits of conventionalism and Dworkin's challenge

Federico José Arena

 <https://orcid.org/0000-0001-8826-6353>

Conicet - Universidad Blas Pascal. Argentina

Universitat de Girona. España

Correo electrónico: fjarena@gmail.com

Recepción: 13 de septiembre de 2024

Aceptación: 29 de noviembre de 2024

Publicación: 4 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19534>

Resumen: En este texto propondré una defensa del escepticismo jurídico frente a las críticas que le dirigiera Hart. Para ello, mostraré que una posición escéptica permite superar el desafío de Dworkin; mientras que eso no sucede con el convencionalismo, de base hartiana. Según Hart, el escepticismo es una mala teoría de los deberes jurídicos, ya que no encaja con los enunciados de deber pronunciados por los jueces. Sin embargo, Dworkin ha argumentado que la teoría de Hart tampoco tiene éxito en ese sentido. Como respuesta, se recurrió a la noción de *convención*: aquí analizaré el convencionalismo constitutivo de Marmor y el convencionalismo constructivo de Postema. Desde mi punto de vista, en el intento por responder a Dworkin, ambas propuestas terminan exagerando la dimensión cooperativa de la práctica jurídica. Aquí defenderé una salida diferente que consiste en reformular algunas tesis escépticas. Para ello, sostendré, en primer lugar, que los enunciados de deber de los jueces son una proyección de sus actitudes, tanto sobre la acción considerada obligatoria o prohibida como sobre el método interpretativo convencional que utilizan para fundamentar ese enunciado. Segundo, que esta perspectiva proyectivista puede explicar el discurso de los jueces en términos de valor de verdad y sus desacuerdos.

Palabras clave: deber jurídico; convención; cooperación; desacuerdo; proyectivismo.

Abstract: In this text I will propose a defense of legal skepticism against Hart's criticisms. To do this, I will show that a skeptical position allows us to overcome Dworkin's challenge, while this does not happen with Hartian conventionalism. According to Hart, skepticism is a bad theory of legal duties, since it does not fit with judges' statements of duty. However, Dworkin has argued that Hart's theory is also unsuccessful on that regard. Some author sought in the notion of convention a response to Dworkin: I will refer here to Marmor's constitutive conventionalism and Postema's constructive conventionalism. From my point of view, in the attempt to respond to Dworkin, both proposals end up exaggerating the cooperative dimension of legal practice. I will defend a different solution that consists of reformulating some skeptical theses. To do this, I will maintain, first of all, that judges' statements of duty are a projection of their attitudes both on the action considered obligatory or prohibited and on the conventional interpretive method used to support that statement. Second, this projectivist perspective can explain the judges' discourse in terms of truth value and their disagreements.

Keywords: legal duty; convention; cooperation; disagreement; projectivism.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Las trampas para el convencionalismo. El argumento de Dworkin*. III. *Cautiverio. Tipos de convencionalismo*. IV. *Projectivismo e interpretación*. V. *Conclusión*. VI. *Referencias*.

I. Introducción

Las teorías escépticas en el ámbito jurídico sostienen que las perplejidades acerca de los deberes que impone el derecho se deben a una falta de comprensión del funcionamiento del discurso en cuyo seno se pronuncian enunciados acerca de su existencia y contenido.¹ Una de las razones de esa incompreensión es que no hay tal cosa como deberes jurídicos, y de ello se sigue que no hay enunciados de deber verdaderos. Actualmente ha ganado espacio la idea según la cual es en las tesis de la escuela de Uppsala, y en especial de Axel Hägerström, su fundador, donde aparece

¹ Aquí me concentraré en el escepticismo en ámbito jurídico tal como puede ser atribuido a la escuela de Uppsala y sus seguidores, circunscribiéndome a la discusión acerca del valor de verdad de los enunciados de deber a través de autores asociados con la filosofía del derecho analítica. Para una introducción a las cuestiones relacionadas con el escepticismo en general, puede verse, entre muchos otros, a Pritchard (2019).

la primera formulación del escepticismo, en el contexto de su batalla contra la metafísica.² Hägerström enuncia por primera vez una versión del escepticismo en 1911, durante su clase inaugural, al asumir la prestigiosa cátedra de Filosofía Práctica en la Universidad de Uppsala.³ El texto de esa clase, originalmente titulada “Realidad y deber” y llevada adelante el 11 de marzo de 1911, es el más antiguo de Hägerström traducido al inglés.⁴ En ese texto se encuentra, en efecto, una formulación explícita de la tesis escéptica: “las ideas morales, eso es, ideas acerca de que cierta acción representa un valor supremo, no pueden ser consideradas verdaderas o falsas” (Hägerström, 1911/2014, p. 424).⁵

² Hägerström (1964b) sintetiza su objetivo empleando una versión de la opinión que Catón tenía respecto de Cartago: *Praetera censeo metaphysicam esse delendam* (Hägerström, 1964b). Estas ideas de Hägerström surgen en un contexto intelectual en el que primaba la versión del idealismo desarrollada y popularizada en el norte de Europa por Christopher Jacob Boström, quien fue un intelectual altamente influyente en Suecia. De todos modos, en los trabajos de Hägerström es posible advertir no sólo una adhesión al idealismo escandinavo en la temprana juventud, sino también líneas de continuidad incluso luego de la ruptura. Para una fina discusión de los diferentes períodos en el pensamiento de Hägerström, véase Mindus (2009).

³ De hecho, se considera a Hägerström como el representante “original y prototípico” del escepticismo (Mautner, 2014). En el mismo sentido, Olson (2014) considera a Hägerström un pionero. Aunque no sin controversias. Bjarup, por ejemplo, sostiene que, en ese texto, Hägerström combina el expresivismo acerca de los juicios de valor (sobre estados de cosas) con el cognitivismo acerca de los juicios normativos (sobre la moralidad de las acciones humanas) ya que defiende el ideal de autorrealización (Bjarup, 2000).

⁴ Si bien la traducción fue publicada cincuenta años más tarde, hay diferentes traducciones de este texto, incluso con títulos diferentes. La primera traducción, de 1964, es de R. Sandin, “On the truth of moral propositions” en Hägerström (1964a). La segunda, de 1971, es de T. Mautner, *On the truth of moral ideas*, ANU, Canberra, 1971. Aquí empleo esta última, en la versión revisada por el mismo traductor e incluida en Eliaeson, Mindus y Turner (911/2014, pp. 409-428). La publicación original fue bajo el título “Om moraliska föreställningars sanning” en Hägerström (1911, pp. 35-65).

⁵ Varios comentaristas de la obra de Hägerström sostienen que posteriormente a esa clase inaugural, formuló en varias ocasiones, sobre todo durante sus clases a partir de 1912, cuyo contenido se conserva en manuscritos o transcripciones, una teoría mixta, que combinaba esta tesis inicial para algunos enunciados de deber y una original teoría del error para otros enunciados de deber. En general, se atribuye a Petersson el haber identificado en Hägerström una teoría del error (Petersson, 1973; 2011); aunque véase Mindus (2009) y Spaak (2014) para referencias más antiguas sobre cierta periodización en el pensamiento de Hägerström. Desde mi punto de vista, no hay suficiente evidencia para apoyar esta atribución, pero no abordaré este punto aquí.

Hägerström ofrece allí dos tipos de argumentos a favor del escepticismo: ontológicos y psicológicos. Los ontológicos se refieren a las razones en virtud de las cuales no es posible considerar que existen los hechos que harían verdaderos a los enunciados de deber.⁶ Por otro lado, encontramos en esa clase inaugural una breve formulación del argumento psicológico, ampliamente desarrollado en Hägerström (1917/1953).⁷ Según este argumento, los enunciados de deber expresan un específico estado mental que impide que posean valor de verdad. Esta idea se apoya en un mapa de lo mental en el que se distinguen dos tipos de estados simples: las ideas y los sentimientos. La distinción principal entre estos tipos de estados mentales es que el contenido de las ideas es algo que puede tener existencia real. Mientras que el contenido de los sentimientos es de naturaleza fenomenológica, algo cuya existencia depende de ser experimentado por alguien. Los enunciados de deber son la expresión de un estado complejo, pues resultan de la asociación de una idea con un sentimiento. Esta asociación se produce en virtud de un largo proceso de aprendizaje a través del cual se consolidan directivas, consejos, imperativos que recibimos durante nuestra etapa formativa y, en consecuencia, terminamos asociando a la acción misma el sentimiento que tales órdenes nos producen.

De este modo, sostener que existe el deber de los padres de pagar alimentos a los hijos menores, no es más que una consecuencia de la frecuencia con que ese mandato ha sido dirigido a padres y madres. Al inicio, probablemente, la naturaleza subjetiva del enunciado era clara, pues estaba asociada a un mandato u or-

⁶ Entre los ontológicos, Hägerström propone el argumento basado en la perspectiva de un observador indiferente. Si bien para una persona comprometida con la evaluación de una acción o un evento estos pueden ser percibidos o mostrarse como poseyendo algún tipo de rasgo que determine su estatus valorativo, para un observador indiferente habrá solo propiedades empíricas, pero ninguna de ellas hace de la acción mejor o peor: "que una acción deba ser realizada no es algo que podamos descubrir mediante observación" (Hägerström, 1911/2014, pp. 420 y 421).

⁷ También están desarrollados con mayor detenimiento en Hägerström (1952), que contiene textos que van de 1917 a 1930. El volumen no ha sido traducido, pero hay varias citas que confirman las tesis aquí reproducidas en Petersson (2014, pp. 33-52).

den. Pero a medida que la orden se consolida, en el sentido que su fuerza se distancia de instancias individuales de emisión, las personas abstraen de la orden su rasgo normativo y terminan asociándolo a la acción como un rasgo objetivo de esta última. Así es como funcionan los enunciados de deber, aun cuando, desde el punto de vista de quien los pronuncia, puedan ser experimentados como referidos a propiedades reales del mundo, es decir, como referidos a propiedades independientes de la mente.⁸

Ahora bien, en la recensión del libro *Inquires* de Hägerström,⁹ Hart sostiene que el autor incurre en la “extravagancia o incoherencia” de sostener que instituciones jurídicas fundamentales del derecho romano son mágicas en el sentido de que dependen de “un sistema de creencias según el cual los efectos deseados (por ejemplo, la transferencia de un derecho) pueden producirse usando ciertas palabras formales o ceremoniales” (Hart, 1955). Hart señala que los términos a los cuales Hägerström asocia un contenido mágico, son parte fundamental de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y el hecho de que Hägerström los haya descrito como “mágicos” es realmente desafortunado porque “conservan un significado y una importancia que son independientes de cualquier creencia en un mundo invisible de dioses u otras entidades cuyos poderes puedan ser invocados mediante palabras” y, además, porque el haberlos descrito de ese modo “le impidió avanzar en el análisis de la precisa función de esa terminología y de la manera en la que opera” (Hart, 1955, pp. 369 y 370). Desde mi punto de vista, hay algo de exageración en esta crítica de Hart. Ciertamente a veces Hägerström da la impresión de estar atribuyendo creencias sobre una metafísica de lo mágico a los operadores jurídicos. Pero si se lee con mayor caridad su obra, lo que está diciendo es que el modo en que se usan enunciados jurídicos para

⁸ Por supuesto, lo que antecede es una reconstrucción muy limitada del pensamiento y los argumentos de Hägerström. Un abordaje completo de sus ideas no sólo va más allá de las pretensiones de este artículo, sino también de mis competencias.

⁹ Existen dos recopilaciones de textos de Hägerström (1953, 1964a) traducidos al inglés: *Inquires into the nature of law and morals* y *Philosophy and religion*.

producir efectos jurídicos parece apoyarse en la creencia en entidades que no existen. Obviamente, no se trata de dioses o espíritus sobrenaturales, pero sí de entidades tales como deberes o normas que no poseen existencia empírica. Por supuesto, para quien cree en tales entidades, la creencia no tiene nada de mágico. Sin embargo, más allá de esa exageración de Hart, la crítica a Hägerström conserva todavía un punto que se refleja en la crítica que, en otro texto, Hart dirige contra la obra de Alf Ross, uno de los discípulos de Hägerström, *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi*, que había sido recientemente traducida al inglés como *On law and justice*. Una de las críticas de Hart es que aquella teoría de Ross, según la cual un enunciado de validez no es más que una predicción de algo que harán los jueces, “fracasa en dar una explicación plausible del uso de esa expresión en la boca de un juez” (Hart, 1959, p. 238). Y agrega que

no puede ser el significado en la boca de un juez que no está embarcado en predecir su propia conducta o sentimientos o los de los otros jueces. “Esta es una norma válida” pronunciado por un juez es un acto de reconocimiento; al decir que reconoce la norma en cuestión como una que satisface ciertos criterios generales aceptados para la admisión de una regla como una regla del sistema y, por lo tanto, como un estándar jurídico de comportamiento. (Hart, 1959, p. 237)

En definitiva, según la crítica hermenéutica de Hart, el problema con Hägerström y Ross es que no logran dar cuenta del modo en que jueces y juristas en general usan los enunciados de deber jurídicos.

El problema con el escepticismo es que no puede explicar el discurso de los jueces porque hablan como si existieran deberes jurídicos y usan los enunciados de deber de la misma manera que se usan otros enunciados que sí poseen valor de verdad. Por ejemplo, distinguen entre “estar obligado” y “sentirse obligado”, por una parte, y entre “finalidad” e “infalibilidad”, por otra. Esta forma

de utilizar los enunciados de deber muestra que el escepticismo es falso con respecto a las acciones lingüísticas de los jueces.

Para Hart la explicación de esa terminología es que obtienen su significado cuando “son pronunciadas o escritas bajo ciertas circunstancias que incluyen el hecho de la existencia de un sistema jurídico que contiene reglas que establecen que si esas palabras son usadas entonces se producen ciertas consecuencias jurídicas” (Hart, 1955, p. 372). La teoría de Hart en *El concepto de derecho* es bien conocida y no me detendré aquí en los detalles. Es sabido que, desde el punto de vista de Hart, al formular un enunciado de deber, los jueces pretenden afirmar la existencia de deberes jurídicos y que tales deberes jurídicos existen en virtud de la existencia de una práctica social de reconocimiento entre los jueces. Al formular enunciados de deber, los jueces expresan su aceptación de la regla de reconocimiento sin afirmar, aunque suponiendo, su existencia (Hart, 1961/1963, pp. 125-137). La regla de reconocimiento es entendida en la teoría de Hart como una práctica especial entre jueces que consta de dos elementos. Primero, una regularidad de comportamiento en virtud de la cual los jueces usan de manera convergente los mismos criterios para la identificación de normas jurídicas válidas. Y segundo, respecto de esa convergencia, los jueces asumen una actitud crítico-reflexiva, que consiste en criticar a quienes se desvían de ella y considerar la crítica justificada.

No obstante, según Ronald Dworkin, a pesar de los esfuerzos de Hart, su teoría de las reglas como prácticas no es capaz de dar cuenta de la existencia de deberes jurídicos.¹⁰ Para enfrentar este ataque, varios autores, incluido el mismo Hart, propusieron sustituir la teoría de las reglas como prácticas por la noción de convención, considerada capaz de apoyar la existencia de deberes jurídicos. De acuerdo con esta propuesta, los deberes jurídicos son convencionales. Sin embargo, Dworkin se mantuvo en su posi-

¹⁰ El primero que denominó la propuesta de Hart en *El concepto de derecho* (1961/1994) como “la teoría de las reglas como prácticas” fue, hasta donde sé, Joseph Raz (1991/1975, p. 58).

ción y reorganizó sus argumentos para mostrar que las convenciones no lograban cambiar las cosas.

Me parece que los convencionalistas han permanecido cautivos de las propias premisas de Dworkin y que esto los ha llevado a la derrota.¹¹ En efecto, Dworkin ha persuadido a los convencionalistas de que, sin explicar la existencia de deberes jurídicos, una teoría no podría explicar dos rasgos centrales del derecho: 1) el hecho de que los jueces afirman/asumen/presuponen que hay deberes jurídicos, y 2) el hecho de que los jueces tienen desacuerdos acerca de la existencia y el contenido de esos deberes. La tesis según la cual explicar estos dos rasgos requiere demostrar la existencia de deberes jurídicos es la premisa que me parece infundada y de la que una teoría del derecho debería deshacerse.

Mi argumento consistirá, en primer lugar, en mostrar que los enunciados de deber de los jueces son sólo una proyección de sus actitudes, y que los jueces proyectan sus actitudes tanto sobre la acción que consideran obligatoria o prohibida como sobre el método interpretativo convencional que utilizan para fundar el enunciado. Segundo, que el discurso y los desacuerdos de los jueces pueden ser explicados bajo esta perspectiva proyectivista unida con un esquema cuasirrealista. Por un lado, ello permitirá dar espacio al discurso de los jueces, en términos de valor de verdad, mediante la tesis cuasirrealista según la cual quienes usan el lenguaje para expresar sus actitudes obtienen el derecho a hablar en términos de verdad si son capaces de producir un conjunto mejorado de actitudes. Por otro lado, los desacuerdos entre los jueces sobre el fundamento de sus enunciados de deber no son otra cosa más que desacuerdos de actitudes respecto de la interpretación de la disposición normativa, es decir, sobre cuál es el mejor método interpretativo. Y ello permitirá reivindicar al escepticismo.

Procederé de la siguiente manera. Primero, presentaré la crítica de Dworkin contra el convencionalismo y las premisas en las que se

¹¹ Como sólo me referiré aquí al convencionalismo en ámbito jurídico usaré “convencionalismo” para evitar el más extenso “convencionalismo jurídico”.

basa. En segundo lugar, examinaré las respuestas que el convencionalismo ha propuesto a esas críticas y mostraré por qué no son capaces de escapar de las objeciones de Dworkin. Tercero, mostraré por qué las premisas de Dworkin son infundadas y cómo esto abre una alternativa para el escepticismo, aunque en una versión poco convencional.

II. Las trampas para el convencionalismo. El argumento de Dworkin

El convencionalismo es un intento por explicar cómo surgen los deberes jurídicos. De acuerdo con la tesis central del convencionalismo, que llamaré “tesis convencionalista”,¹² los deberes jurídicos son convencionales.

Desde la perspectiva de Dworkin, la tesis convencionalista tiene dos versiones posibles. Puede ser una tesis sobre cómo las convenciones *constituyen* deberes jurídicos o una tesis sobre cómo las convenciones *justifican* deberes jurídicos. Bajo la primera versión equivale a la afirmación que la convención determina la existencia y el contenido del deber. Bajo la segunda versión equivale a la afirmación que la convención confiere apoyo a la existencia del deber y determina parcialmente su contenido.¹³

Dworkin acepta que el convencionalismo puede tener cierto atractivo, dado que casi todo el mundo está de acuerdo con que ciertas acciones humanas, como las del Congreso y las de los jueces, producen el derecho que cuenta en sus vidas.¹⁴ Sin embar-

¹² Varios autores han utilizado la etiqueta “tesis convencionalista” para referirse a la tesis central del convencionalismo (si bien no siempre le atribuyen el mismo contenido). Véase Coleman (2001, p. 357), Postema (2011, p. 483) y Bayón Mohino (2002b).

¹³ “El hecho de que exista la práctica [...] *justifica* que se afirma en ese sentido una regla normativa, no porque la práctica *constituya* una regla que el juicio normativo describe y respalda, sino porque crea maneras de infringir y genera el tipo de expectativas que constituyen el terreno adecuado para afirmar que [existe el deber], o para afirmar como regla normativa que ese es [un] deber” (Dworkin, 1978/1984, p. 116) (énfasis añadido).

¹⁴ Además, si el convencionalismo estuviera en lo cierto, la existencia del deber sería una cuestión de meros hechos sociales, *i. e.*, la existencia de una práctica social uniforme.

go, considera que ambas versiones del convencionalismo fracasan como teorías del deber jurídico.

La versión constitutiva del convencionalismo sería la defendida por Hart en su libro *El concepto de derecho*. Según la teoría de Hart, tal como es presentada por Dworkin, los deberes jurídicos están *constituidos* por una práctica social uniforme de reconocimiento de tales deberes (Dworkin, 1978/1984, p. 106). El ataque de Dworkin se despliega en varios pasos. Su estrategia es encerrar al convencionalismo en una dificultad filosófica y luego diseñar una puerta a través de la cual el convencionalismo podría escapar. Tristemente, la salida ofrecida no es más que la entrada a otra celda, más pequeña.

La primera celda se construye alrededor del ejemplo del vegetariano. El convencionalismo no puede explicar la afirmación de un vegetariano de que existe el deber de no alimentarse con animales en una sociedad no vegetariana. En ese escenario, el convencionalismo sólo puede ver al vegetariano como deseando que exista un deber, pues dado que no existe una convención vegetariana (*i. e.*, no hay convergencia de comportamiento), no puede explicar la afirmación del vegetariano sobre la base de que acepta una convención, pues tal convención no existe. Pero eso no es lo que el vegetariano quiere decir; él afirma que el deber existe ya, aun cuando la sociedad todavía no lo haya reconocido. Para salir de esta celda el convencionalista debe evitar afirmar que todos los deberes están constituidos por una práctica social uniforme; debe limitar el alcance de la teoría a las prácticas ya existentes (Dworkin, 1978/1984, pp. 109-111).

Por desgracia, esto encerraría al convencionalismo en otra celda, ya que no logrará dar cuenta de la distinción entre la moral *concurrente* y la moral *convencional*. Aunque en ambos casos

Evidentemente, el hecho de que esto volvería la tesis convencionalista compatible con el positivismo jurídico ha sido una de las razones por la que muchos filósofos —que se consideran a sí mismos como positivistas— hayan depositado su confianza en las convenciones. La compatibilidad con el positivismo ha sido además una de las cadenas que Dworkin ha utilizado contra el convencionalismo. No analizaré aquí la relación entre el convencionalismo y el positivismo.

hay una práctica social uniforme, en el caso de la moral convencional los miembros de la comunidad “consideran el hecho de esa coincidencia como parte esencial de la razón por la cual afirman dicha regla” (Dworkin, 1978/1984, p. 111), mientras que en el caso de la moral concurrente ello no es así. En este último caso, las personas creen que el deber seguiría existiendo incluso si la práctica desapareciera (Dworkin, 1978/1984, p. 111). Por lo tanto, la teoría queda ahora arrinconada en la moral convencional.

Pero, de nuevo, la salida es sólo una ilusión. La teoría no es ni siquiera adecuada respecto de la moral convencional “porque no puede explicar el hecho de que, aun cuando la gente considere una práctica social como parte necesaria de las razones para afirmar algún deber, todavía pueden estar en desacuerdo respecto del alcance de tal deber” (Dworkin, 1978/1984, p. 112). En efecto, los jueces muy a menudo desacuerdan sobre la existencia y el contenido de los deberes jurídicos, sobre todo porque “tienen diferentes teorías sobre cómo deben interpretarse las leyes y demás decisiones anteriores” (Dworkin, 1986/2022, p. 125).

Dworkin presenta algunos ejemplos para demostrar que este es el caso; me centraré aquí en dos de ellos: *Riggs vs. Palmer*¹⁵ y *TVA vs. Hill*.¹⁶ En ambos casos hay un desacuerdo sobre la existencia y el contenido de un deber. En *Riggs*, la mayoría considera que existe un deber jurídico de negarle a Elmer la herencia de su abuelo, mientras que la minoría considera que existe el deber de concederle la herencia. En *TVA* la existencia de un deber de detener la terminación del dique Tellico es defendida por la mayoría y resistida por la minoría. Claramente estos son desacuerdos. Dworkin afirma que no se trata de desacuerdos empíricos, porque no hay discusión acerca de los hechos del caso, ni sobre los hechos relacionados con el sentido del texto.¹⁷ Según Dworkin se trata

¹⁵ Este caso fue introducido en Dworkin (1978/1984) y rebautizado como “El caso Elmer” en Dworkin (1986/2022, pp. 19-23).

¹⁶ Rebautizado como “El caso del Snail Darter” en Dworkin (1986/2022, pp. 23-26).

¹⁷ En realidad, hay varios desacuerdos empíricos entre la mayoría y la minoría, por lo que la reconstrucción de Dworkin no es del todo exacta. Por ejemplo, los jueces desacuerdan

de desacuerdos sobre las bases del derecho, es decir, acerca de lo que determina la existencia y el contenido del deber.¹⁸

En estos casos, donde no hay convergencia ni comportamiento uniforme, el convencionalista no puede decir que la existencia y el contenido del deber son inciertos, pues eso equivaldría a abandonar la tesis de que los deberes se constituyen por convención. Porque, aunque se conocen todos los hechos acerca del comportamiento social, no se conoce el contenido del deber (Dworkin, 1978/1984, p. 113). Cuando surge un desacuerdo de este tipo, afirma Dworkin, el convencionalismo está constreñido a decir que no existe ningún deber.¹⁹

Por lo tanto, la teoría debe ser debilitada aún más y considerarse únicamente “aplicable en los casos en que, como en algunos juegos, los participantes aceptan que, si hay discusión respecto de un deber, no hay tal deber. No se aplicaría, pues, a los deberes judiciales” (Dworkin, 1978/1984, p. 113). Este es el pequeño rincón filosófico que Dworkin reserva para el convencionalismo. El convencionalismo sólo parece capaz de explicar los deberes que surgen dentro de los juegos, donde un deber no es un deber si no hay acuerdo sobre ello.²⁰

Dworkin diseña una pequeña puerta de salida, pero, al igual que Alicia cayendo por el hoyo del conejo, el convencionalismo

respecto del impacto que tiene sobre las intenciones contrafácticas del Congreso el hecho de que el Congreso autorizara y asignara nuevos fondos a la construcción del dique después que el *Snail Darter* fuera declarado especie en peligro.

¹⁸ Voy a evitar aquí la etiqueta “teórico” que Dworkin utiliza en *El imperio del derecho* para referirse a los desacuerdos sobre fundamentos, porque creo que la etiqueta lleva una cierta ambigüedad. Más abajo, después de discutir el convencionalismo, introduciré algunas precisiones adicionales sobre los tipos de desacuerdos.

¹⁹ Dworkin sostiene que la única manera de entender el desacuerdo (y el hecho de que los jueces emitan ese tipo de enunciados) es optar por su teoría interpretativa, según la cual la existencia de un deber depende del mejor argumento político/moral a su favor. Es decir, existe el deber cuando su existencia puede ser defendida sobre la base del mejor argumento político/moral. Véase Dworkin (1986/2022, pp. 237-252) para una descripción de cómo esto funcionaría en la práctica jurídica real.

²⁰ Si el defensor del convencionalismo argumentara que los casos de desacuerdo pueden ser entendidos como casos en los que las personas que defienden la existencia del deber en algunos casos instan a reconocerlo en nuevos casos, quedaría sujeto a la objeción del vegetariano. Véase Dworkin (1978/1984, pp. 113-114).

es demasiado pequeño para alcanzar la llave que la abre. Para alcanzar la llave, el convencionalismo tiene que robustecerse, debe convertirse en una teoría que justifique los deberes —y no que meramente los constituya—. Sin embargo, una vez robustecido, el convencionalismo no podrá pasar por la puerta. En *El imperio del derecho* Dworkin afirma que, incluso si el convencionalismo llegara a convertirse en una teoría justificativa, fallaría como justificación de los deberes jurídicos.

Como teoría justificativa, el convencionalismo afirmaría que los deberes jurídicos surgen porque las convenciones acerca de cómo y cuáles instituciones tienen poder para producir derecho instancian el ideal de expectativas protegidas. Esto es así porque las convenciones “proporcionan una adecuada advertencia al hacer que las ocasiones de coerción dependan de hechos claros, disponibles para todos, antes que, de juicios nuevos sobre moralidad política, sobre los que distintos jueces podrían disentir” (Dworkin, 1986/2022, p. 121).

Dworkin plantea dos objeciones contra la afirmación que el ideal de las expectativas protegidas es instanciado por las convenciones jurídicas. Por un lado, el convencionalismo no puede mostrar cómo el estar atado al contenido de las convenciones puede realizar el ideal en los casos en que las convenciones se agotan. Por otro lado, la sorpresa (es decir, la frustración de las expectativas) no siempre es injusta.

Según la primera objeción, el convencionalismo debe aceptar que las convenciones no pueden ofrecer respuestas a los jueces en casos “donde la extensión explícita de las distintas convenciones jurídicas no contiene nada decisivo en uno u otro sentido y en los que, por lo tanto, el juez debe ejercer su discreción empleando estándares extrajurídicos” (Dworkin, 1986/2022, p. 131). Si ello es así, y el convencionalismo no se aplica a la mayor parte de los casos que llegan a los tribunales, entonces la defensa de las expectativas protegidas se debilita.

Esto da lugar a la segunda objeción. La frustración de las expectativas es injusta sólo cuando quien las frustra las ha alentado inten-

cionalmente. Si el convencionalismo fuera practicado y anunciado por las instituciones públicas, entonces sería injusto que esas instituciones lo abandonaran. “Pero ese no es nuestro caso, tal como lo ha demostrado el argumento desarrollado hasta el momento” (Dworkin, 1986/2022, p. 143). Es decir, dada la existencia de desacuerdos, las autoridades no pueden ser acusadas de alentar expectativas de que seguirán una convención.

Para resumir, el ataque de Dworkin contra el convencionalismo tiene como punto de partida el hecho de que los jueces afirman que hay deberes jurídicos. La propuesta del convencionalismo, para explicar estas afirmaciones, es que los deberes jurídicos son deberes convencionales y que existe una convención cuando hay convergencia. La crítica de Dworkin señala el hecho adicional de que los jueces a veces no están de acuerdo sobre el contenido de esos deberes y que incluso en esos casos afirman que hay deberes jurídicos. En los casos de desacuerdo no hay convergencia y, por lo tanto, no hay convención. Este hecho demuestra que la convergencia no es convencional y, por lo tanto, que el convencionalismo, en ninguna de sus versiones, es siquiera una buena explicación de los casos de convergencia. Es decir, el convencionalismo no puede mostrar cómo surgen los deberes jurídicos.

Los defensores del convencionalismo han intentado escabullirse del rincón que les reserva Dworkin explorando diferentes alternativas para robustecer la noción de convención.

III. Cautiverio. Tipos de convencionalismo

Incluso si los defensores del convencionalismo han tomado diferentes vías, me parece que hasta ahora todas sus versiones han permanecido cautivas de las premisas de Dworkin. Todos ellos han tratado de explicar, en primer lugar, cómo las convenciones dan lugar a deberes en casos de convergencia; y, segundo, cómo esa explicación puede extenderse o acomodarse a los casos de desacuerdo. Se diferencian con respecto a la especificación de la tesis conven-

cionalista y a la explicación que dan a los casos de desacuerdo. En primer lugar, algunos filósofos buscaron defender el convencionalismo manteniéndose en el ámbito de una relación constitutiva entre convención y deber. Este parece haber sido el proyecto de Hart en *El concepto de derecho*, por lo que llamaré a esta posición “convencionalismo hartiano”.²¹ Este tipo de convencionalismo históricamente dos versiones. Por un lado, una versión basada en las convenciones de coordinación defendida, pero luego abandonada, por Jules Coleman.²² Por otro lado, una versión basada en convenciones constitutivas defendida por Andrei Marmor (2009).

En segundo lugar, algunos filósofos propusieron una versión robustecida del convencionalismo. Por ejemplo, Gerald Postema ha defendido lo que él llama el convencionalismo constructivo. De acuerdo con Postema, los deberes jurídicos se derivan de las “preocupaciones político-morales generales” que las convenciones legales están ahí para satisfacer.²³

²¹ De hecho, en sus notas manuscritas publicadas póstumamente como “Postscript”, Hart, por una parte, parece reconocer explícitamente que su teoría original abrazaba ya el convencionalismo. Véase, por ejemplo: “Certainly the rule of recognition is treated in my book as resting on a conventional form of judicial consensus” (Hart, 1961/1994, p. 267). Por otra parte, Hart señala que es equivocado concebir a su teoría como “interpretativa” o justificativa. En primer lugar, debido a que una versión “interpretativa” del positivismo no sería una “teoría de los hechos sociales”. En segundo lugar, debido a que “whereas Dworkin interpretive theory in all its forms rests on the presupposition that the point or purpose of law and legal practice is to justify coercion, its certainty is not and never has been my view that law has this as its point or purpose. Like other forms of positivism my theory makes no claim to identify the point or purpose of law and legal practices as such” (Hart, 1961/1994, p. 242). Sin embargo, no hay acuerdo entre los intérpretes de Hart respecto a si efectivamente abrazó el convencionalismo. Por ejemplo, Leslie Green y Julie Dickson sostienen que la teoría de Hart en *El concepto de derecho* no era convencionalista y que el *giro convencionalista* tuvo lugar más tarde, con la publicación póstuma como “Postscript” de sus notas manuscritas. Véase Green (1999, pp. 37-41) y Dickson (2007, pp. 382-386). Dickson incluso pone en duda que el *giro convencionalista* haya realmente ocurrido. Véase Dickson (2007, p. 385, nota 343).

²² Hasta donde sé, la primera vez en la que Coleman defiende esta tesis es en Coleman (1998/2001, p. 117). (“I explicitly characterize the rule of recognition as a coordination convention”). En artículos anteriores menciona la posibilidad, pero no la defiende explícitamente (Coleman, 1982). De todos modos, abandona esta idea en Coleman (2001, p. 374).

²³ Postema (1982) y con ajustes sustanciales Postema (2011, pp. 483-545). Otras versiones de este tipo de convencionalismo han sido propuestas, con diferentes matices, por Kyritsis (2008) y Den Hartogh (2002). Sin embargo, las versiones de Kyritsis y Den Hartogh se diferencian de la posición de Postema en la medida en que defienden la tesis según la cual las convenciones tienen en general la capacidad para justificar por sí mismas la existencia

1. Convencionalismo hartiano

El convencionalismo hartiano acepta la tesis según la cual hay deberes jurídicos. Pero añade que, para explicar cómo las convenciones pueden dar lugar a deberes, es necesario especificar qué es una convención. Se han propuesto dos conjuntos diferentes de condiciones para la existencia de una convención, las que definen una convención de coordinación y las que definen una convención constitutiva. Las diferentes versiones del convencionalismo divergen sobre qué tipo de convención es aquella que da lugar a deberes jurídicos. Después de la rendición de Coleman, las convenciones de coordinación ya no se proponen como una versión constitutiva del convencionalismo hartiano, así que no las trataré en esta sección. Sin embargo, tendré más para decir sobre las convenciones de coordinación en la próxima sección, en relación con la propuesta de Postema. Aquí discutiré la versión basada en convenciones constitutivas.²⁴

Según Marmor (2009, pp. 36 y 37), las convenciones constitutivas son un sistema de reglas que básicamente tiene las siguientes funciones: (1) definen la práctica, (2) regulan la conducta dentro de ella y (3) definen algunos de los valores inherentes a la prác-

de deberes. Postema sólo pretende mostrar cómo las convenciones *legales*, dadas ciertas condiciones, pueden generar deberes. Véase Postema (2011, p. 497) para una evaluación de la diferencia.

²⁴ Teniendo en cuenta la cronología de ideas, las convenciones de coordinación aparecen primero en la literatura sobre convencionalismo. En efecto, David Lewis (1969), en su libro *Convention*, intentó responder a la objeción de Willard Quine contra la posibilidad de un fundamento convencional para la lógica y el lenguaje. Lewis estaba interesado en mostrar que una de las premisas del argumento de Quine, es decir, que la existencia de una convención depende de un acuerdo, es falsa. Lewis (1969, p. 3) pretendía proporcionar una explicación del concepto general de convención, con la esperanza de capturar "our common, established concept of convention". Después de algunas críticas (Jamieson, 1975), Lewis sólo reconoció que puede haber usos derivados de "convención" que no cumplen con las "condiciones definitorias" de su "concepto central". Pero, de todos modos, su concepción de las convenciones fue luego etiquetada como "convenciones de coordinación". Por su parte, Marmor basa su defensa de las convenciones constitutivas en la idea que incluso si algunas convenciones están ahí para resolver problemas de coordinación, no todas ellas lo hacen. Incluso si las convenciones constitutivas pueden resolver problemas sociales, éstos no son problemas de coordinación en el sentido estricto de Lewis. Véase Marmor (2014).

tica y el tipo de discurso evaluativo referido a ella. En otras palabras, definen la práctica y cómo formar parte de ella. Claramente, esta caracterización se basa en la distinción de John Searle entre reglas regulativas y reglas constitutivas (Searle, 1969/1994).²⁵ Las reglas regulativas son reglas que regulan formas de comportamiento que existen antes e independientemente de la creación de la regla (por ejemplo, “es obligatorio utilizar corbata en los exámenes”). Las reglas constitutivas son reglas que crean y definen nuevas formas de comportamiento. Searle señala que la distinción se basa principalmente en los dos criterios siguientes. Primero, en el caso de reglas regulativas, mientras la descripción no haga referencia a la regla, la acción podría haberse descrito de la misma manera incluso si la regla no existiera. Por ejemplo, es posible describir ciertas acciones como “fumar en lugares cerrados” antes que exista la regla “Está prohibido fumar en lugares cerrados”. Por el contrario, en el caso de las reglas constitutivas, el comportamiento conforme a la regla puede describirse ahora en términos que no podrían haberse utilizado si la regla no existiera. Incluso si, antes de la existencia de las reglas del fútbol, es posible describir una acción como “hacer que la pelota traspase la línea blanca debajo de la barra transversal y entre los dos postes”, no es posible describir una acción como “marcar un gol” antes de que existan esas mismas reglas. Segundo, las reglas regulativas tienen la forma: “Haga X” o “Si hace X entonces Y”, mientras que las reglas constitutivas tienen la forma “X cuenta como Y en el contexto C” (Searle, 1969/1994, pp. 33-36).

Marmor propone concebir las reglas constitutivas, no como reglas que constituyen acciones particulares o “nuevas formas de comportamiento”, sino como reglas que constituyen una práctica social, es decir, como reglas que constituyen actividades.²⁶

²⁵ Aunque no fue el primero en formular la distinción, que aparece en la obra de John Rawls (1955) y Alf Ross (1968).

²⁶ “It is only when we have a whole structure of rule-governed activity, with some complexity and interconnections between the rules, that we can say that we have a social practice constituted by rules” (Marmor, 2009, pp. 34-35).

Nuestro autor afirma que las convenciones constitutivas pueden dar lugar a deberes: “Las reglas sociales pueden determinar su deber, por así decirlo, al ser seguidas (es decir, consideradas como vinculantes) por una determinada comunidad, tal como las reglas del ajedrez determinan su ‘deber’ dentro del juego efectivamente jugado por la comunidad relevante” (Marmor, 2009, p. 161). Una vez que estamos inmersos en un juego de ajedrez, las reglas del juego determinan nuestros deberes dentro del juego. De la misma manera, si los jueces identificaran ciertas normas como jurídicas siguiendo criterios determinados por un conjunto sistemático de reglas, entonces estarían involucrados en una práctica que define y constituye sus funciones.²⁷

Ahora bien, ¿existe un conjunto de reglas constitutivas que definen la práctica para la identificación del derecho y determinan cómo ser parte en ella? Me parece que, si las convenciones constitutivas son regularidades de comportamiento que tienen lugar bajo estructuras de interacción similares a los juegos, dado que la actividad de los jueces relativa a la identificación de deberes jurídicos no tiene lugar en una estructura de ese tipo, no es posible afirmar que los deberes jurídicos surgen de una convención constitutiva. En efecto, los juegos tienen una estructura de interacción cerrada. Es decir, existe una clara separación entre participantes y espectadores (no participantes) y, además, una marcada distinción entre

²⁷ Como ya he dicho al principio de esta sección, Marmor está en una posición inestable. Esta inestabilidad parece ser consecuencia del siguiente dilema: o bien Marmor explica los deberes convencionales argumentando que las convenciones están vinculados a valores a través de razones para la acción, pero entonces no puede dar cuenta de las convenciones constitutivos tontas o despreciables; o bien afirma que las convenciones constitutivas simplemente prescriben meros modos de comportamiento dentro de ellas y que el deber, si lo hay, debe provenir de consideraciones morales, pero para ello debería aislar las convenciones de las razones y los valores. En un trabajo posterior, Marmor trata de responder a esta objeción y parece optar por el segundo cuerno del dilema. De hecho, afirma que “reasons for having a convention might be defeated, sometimes immediately and unquestionably so, by reasons not to have it. Unfortunately, the counter-reasons in play are not always recognized by those who convention it is. That is why bad conventions often exist and sometimes persist for a long time” (Marmor, 2011, p. 497). Pero esta respuesta no logra su objetivo. El hecho de que una razón para seguir una práctica pueda ser derrotada por otra no demuestra que la práctica se encuentre aislada de la moralidad, pues las razones morales pueden ciertamente ser derrotadas.

los intereses dentro del juego y las preocupaciones de la vida real. En el tenis, por ejemplo, aun cuando el comportamiento de las personas en las tribunas pueda tener influencia causal en el desarrollo del juego, dado el modo en que suelen influir en los estados de ánimo de los jugadores, ello no los transforma en participantes. Sólo las acciones de quienes están dentro del campo de juego determinan las variaciones en el marcador. Del mismo modo, las dificultades de los jugadores con una ubicación baja en el *ranking* para mantenerse en el circuito, dadas las exigencias económicas del mismo, si bien pueden influir en su rendimiento, no tienen incidencia en el marcador, pues lo único que cuenta es lo que sucede dentro del campo de juego. En cambio, la identificación del derecho tiene lugar en un contexto de interacción con estructura abierta. La estructura abierta de la interacción está determinada por el hecho de que no existe ni una marcada separación entre participantes y no participantes, ni, obviamente, un marcado aislamiento de las preocupaciones de la vida real. Si ello es así, entonces las convenciones constitutivas, útiles como una explicación de actividades similares a los juegos, no pueden extenderse para cubrir la actividad de los jueces debido a las diferencias entre los juegos y este tipo de práctica social. Volveré sobre este punto más abajo, al momento de analizar críticamente la asunción cooperativista detrás del convencionalismo.

Tal vez, para afrontar este desafío, Marmor podría decir dos cosas: primero, que las reglas que constituyen la práctica jurídica —al menos las que dicen cómo identificar el derecho— han sido codificadas y que ello es base suficiente para la existencia de una convención constitutiva. En segundo lugar, que en casos concretos hay una clara demarcación de participantes, por ejemplo, las partes de un contrato, los novios en una boda, los jueces mismos, etcétera.

Sin embargo, creo que hay dos circunstancias adicionales que excluyen la posibilidad de afirmar que la actividad de los jueces, relativa a la identificación de los deberes jurídicos, está regu-

lada por una convención constitutiva.²⁸ Estas circunstancias inciden en la asunción, detrás de la teoría de Marmor, de que la práctica jurídica es una actividad cooperativa.

Marmor acepta que su teoría sobre las convenciones constitutivas es compatible con aquellas perspectivas según las cuales una cierta finalidad o intención cooperativa es condición para la existencia de algunas prácticas sociales. Sin embargo, Marmor afirma que esta compatibilidad no implica que la cooperación sea una condición para toda práctica social. Así, de acuerdo con Marmor, la cooperación no es una característica necesaria de su teoría. También niega que su teoría esté comprometida con las tesis de Searle sobre la intencionalidad colectiva y los hechos institucionales; y alega que no está “destinada a decir nada sobre la metafísica de la realidad social” (Marmor, 2009, pp. 53-54). Es decir, según Marmor, su posición no está emparentada con las tesis de Searle acerca del papel de la intencionalidad colectiva en la explicación de la realidad social.

Sin embargo, si miramos más de cerca la teoría de Marmor, resultará evidente que la cooperación es una condición necesaria para la existencia de una convención constitutiva, tal como Marmor las concibe. Y esto es así porque, de otro modo, el comportamiento social no sería capaz de dar lugar a reglas constitutivas. Para ver por qué, recordaré las ideas de Searle sobre reglas constitutivas y hechos institucionales. Estas ideas son aplicables a la teoría de Marmor sobre convenciones constitutivas sin necesariamente arrastrar consigo la carga metafísica. Marmor señala que una convención, sea de coordinación o constitutiva, existe cuando “hay un grupo de personas, una población, P, que normalmente siguen

²⁸ Vilajosana (2010) ha defendido una tesis según la cual en la base del derecho existen convenciones con una *dimensión* constitutiva. Incluso si su propuesta es cercana a la de Marmor, Vilajosana afirma que coordinación y constitutividad no se excluyen entre sí. Por lo tanto, de acuerdo con Vilajosana (2010) no hay dicotomía categórica entre convenciones de coordinación y convenciones constitutivas; es sólo una distinción entre varias dimensiones de lo convencional. En mi opinión, puesto que las condiciones para la existencia de una convención con dimensión constitutiva son las mismas que las condiciones para la existencia de una convención constitutiva, las objeciones se aplican también a la propuesta de Vilajosana.

R en circunstancias C”, donde R es una regla. Así, si la convención es de coordinación la regla es regulativa, y si la regla es constitutiva, la convención es constitutiva. Pero asume por decreto que el mismo tipo de comportamiento es suficiente para considerar que un grupo de personas sigue una regla regulativa o una regla constitutiva. Dado que Marmor no ofrece una historia sobre cómo el comportamiento de las personas puede dar lugar a una regla constitutiva, volvamos al argumento de Searle.

La idea de Searle es muy simple, las reglas constitutivas permiten a las personas asignar funciones a objetos; funciones que los objetos no serían capaces de realizar únicamente en virtud de sus propiedades físicas. Es bien conocido el ejemplo de la tribu primitiva que construye un muro alrededor de su pueblo y le asigna la función de limitar su territorio, incluso si el muro gradualmente se va desintegrando y ya no puede repeler a los extraños (Searle, 1995/1997, pp. 56-57). Searle afirma que la asignación de función sólo puede lograrse si las personas involucradas comparten ciertos estados mentales, lo que él denomina intencionalidad colectiva: “El elemento crucial en la intencionalidad colectiva es un sentido del hacer (desear, crear, etcétera) algo juntos, y la intencionalidad individual que cada una de las personas tiene deriva de la intencionalidad colectiva que todos comparten” (Searle, 1995/1997, p. 42). En otras palabras,

la imposición colectiva de funciones a objetos en circunstancias en las que la función asignada al objeto no puede cumplirse meramente en virtud de los rasgos físicos intrínsecos al objeto [es] un asunto de la cooperación humana. Veremos con algún detalle que este paso, la imposición colectiva de función, cuando la función sólo puede ser cumplida merced al acuerdo o a la aceptación colectivos, es un elemento crucial en la creación de los hechos institucionales. (Searle, 1995/1997, p. 56)²⁹

²⁹ Y también: “en la medida en que los rasgos físicos determinados por el término X no bastan por sí mismos para garantizar el cumplimiento de la función asignada determinada por el término Y, el nuevo status y sus correspondientes funciones tienen que tener el tipo

Esta explicación de cómo la conducta humana puede dar lugar a reglas constitutivas muestra por qué las convenciones constitutivas están arraigadas en la cooperación, sin necesariamente acarrear la carga metafísica que Marmor rechaza. Sin cooperación, es decir, sin que los involucrados asignen a cierto comportamiento el mismo significado (o función), no hay reglas que constituyan una práctica. Para que una actividad sea definida y constituida por una regularidad de comportamiento, esa conducta debe incluir la cooperación de las personas respecto de las condiciones para ser parte de la actividad y respecto de cómo comportarse dentro de ella. Por lo tanto, la cooperación es necesaria para la existencia de reglas constitutivas convencionales, es decir, para reglas constitutivas que no han sido promulgadas institucionalmente.³⁰

Dado que la cooperación es también una característica clave de la teoría de Postema, exploremos las tesis del convencionalismo robustecido antes de analizar cómo es que la asunción de que la práctica jurídica es cooperativa mantuvo al convencionalismo cautivo de las premisas de Dworkin. Al final de la siguiente sección se podrá advertir que el fracaso de ambos tipos de convencionalismo tiene este mismo origen.

2. *Convencionalismo constructivo*

Este tipo de convencionalismo acepta la tesis dworkiniana según la cual hay deberes jurídicos y la tesis de que el convencionalismo debe explicar cómo las convenciones justifican ese deber. Así pues, intenta alcanzar la llave para pasar a través de la última puerta diseñada por Dworkin. El convencionalismo constructivo confía en haber encontrado la torta del crecimiento en el valor de la cooperación.

Según Postema, es posible demostrar que los jueces identifican y aplican el derecho sobre la base de convenciones y que esas

de cosas que pueden constituirse por acuerdo o aceptación colectivos" (Searle, 1995/1997, p. 62).

³⁰ Marmor (2009, pp. 35-36) caracteriza explícitamente su teoría como una teoría de reglas constitutivas no promulgadas institucionalmente.

convenciones imponen deberes. El argumento es que una vez estabilizada, la convención generará la expectativa de que los jueces continuarán cumpliendo con ella. Bajo ciertas condiciones, el hecho de que se creen estas expectativas da lugar al deber de seguir la convención. En sus trabajos más antiguos, Postema (1982) pensó que estas convenciones eran convenciones de coordinación (o “convenciones lewisianas”); en sus trabajos más recientes avanza, en cambio, un concepto más amplio de convención que él llama “convenciones humeanas”, vinculadas con la cooperación y no sólo con la coordinación (Postema, 2011, pp. 488-492). Sin embargo, incluso con estos cambios, la función de las convenciones dentro de la teoría de Postema sigue siendo la misma. Por ello, comenzaré introduciendo las convenciones de coordinación de Lewis y el argumento de Postema sobre cómo justifican los deberes jurídicos. Luego presentaré algunas de las objeciones y la respuesta de Postema basada en convenciones de cooperación humeanas. Finalmente, argumentaré que, a pesar de sus esfuerzos, estos cambios mantienen al convencionalismo cautivo de las premisas de Dworkin.

Una convención de coordinación es una regularidad de comportamiento que resuelve un problema de coordinación recurrente. Esta es la idea de convención introducida por David Lewis (1969) en su libro *Convención*. Según Lewis, existe una convención, incluso sin acuerdo, en ciertas situaciones de interacción social que tienen propiedades específicas. Se trata de situaciones en las que dos o más personas, con intereses similares, se enfrentan a dos o más posibles líneas de acción. Cada opción satisface sus intereses de una manera similar, a condición de que ambas opten por el mismo curso de acción. Por ejemplo, podemos imaginar que un grupo de amigas se enfrentan a una situación de este tipo cuando han decidido reunirse sin especificar el lugar y sin tener la posibilidad de comunicarse antes de la reunión. En esa situación muchas soluciones están disponibles (varios lugares para su reunión) y para cada amiga no es demasiado importante qué solución particular resulte elegida, cada una de ellas está sólo preocupada porque se trate del mismo lugar elegido por las otras. La situación

se vuelve problemática porque, incluso si todas saben que sus intereses son los mismos, hay muchas opciones (al menos más de una) que los satisfacen. Lewis llama “problema de coordinación” a una situación de este tipo.

Cuando un problema de coordinación es recurrente, es decir, cuando se presenta con cierta regularidad, la solución alcanzada una vez puede generar, entre las involucradas, expectativas mutuas sobre el comportamiento de las demás y ello las llevará a converger en la misma solución la próxima vez. Una vez que el grupo se reúne en un bar, las amigas tenderán a volver a ese mismo lugar. Lo relevante acerca de esta regularidad no es tanto la forma en que comenzó, sino el hecho de que empezó a repetirse. En ese caso habrá nacido una convención de coordinación.³¹

De acuerdo con el convencionalismo, los jueces se enfrentan a un problema de coordinación. Los jueces pretenden guiar el comportamiento de los ciudadanos y para lograr este fin tienen que dar a los ciudadanos la oportunidad de identificar el derecho. Esto sería imposible si los jueces decidieran los casos de forma dispar. Para resolver ese problema, y para que los jueces cumplan efectivamente con su tarea profesional, deben converger en la identificación del derecho. En particular, los jueces deben mantener la unidad y la integridad de su actividad.³² Si la convergencia en la identificación se estabiliza, habrá nacido una convención de coordinación. La existencia de dicha convención producirá en los ciudadanos la

³¹ Cuando una alternativa surge como solución se dice que es *sobresaliente*. Una alternativa puede volverse *sobresaliente* de diferentes maneras, por ejemplo, al ser elegida por una autoridad, señalada por un acuerdo, o simplemente de forma espontánea o por casualidad. Sin embargo, una vez que la misma solución comienza a repetirse, su carácter sobresaliente proviene de este hecho, es decir, el ser repetida, y no tanto de cómo se originó. Todo lo que cuenta para su subsistencia es su capacidad recurrente para captar la atención de todas las personas involucradas en el problema de coordinación. Véase Lewis (1969, p. 38).

³² “Citizens react to, and attempt to anticipate or predict, the law-applying activities of the judiciary as a whole. Thus, if the activity of law applying is to achieve the ends of the law in a reasonably efficient manner, it must be possible to view the activity of law applying as governed by some reasonably coherent pattern. This requires that judges seek to coordinate their law-applying activities in order to achieve something tolerably close to a norm of what I have called «institutional coherence»” (Postema, 1982, p. 193).

expectativa de que los jueces seguirán identificando el derecho de ese mismo modo.

Sin embargo, no todas las expectativas, aun si son razonables, imponen el deber de satisfacerlas.³³ De acuerdo con Postema (1982, p. 180), el deber sólo surge “cuando el contexto en el que las expectativas surgen y se mantienen es análogo al de una empresa cooperativa para beneficio mutuo, en el que consideraciones de juego limpio requieren la conformidad”. El deber de conformarse surge cuando la frustración de la expectativa resultaría injusta. La frustración de una expectativa es injusta cuando los que la alentaron terminan frustrándola.

Estas consideraciones, continúa el argumento, hacen que sea obligatorio para los jueces cumplir con las convenciones sobre cuya base identifican el derecho. De hecho, la relación entre los jueces y los ciudadanos, si bien interdependiente, es asimétrica. Los jueces conciben, y exigen a los demás que conciban, su actividad como dotada de autoridad, y esto es claramente una forma de inducir expectativas. Este tipo de actividad requiere, de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad política, que los jueces actúen sobre la base de una “teoría general pública” y, por lo tanto, cada juez debe (1) asegurar que haya coherencia entre su actividad y la de los demás jueces; y (2) respetar las expectativas legítimas y razonables de los ciudadanos relativas a su actividad (Postema, 1982, p. 197).

De este modo, dado que las expectativas inducidas deben ser respetadas, y dado que los ciudadanos tienen derecho a esperar que los jueces se ajusten a la convención, los jueces tienen el deber de respetar las convenciones de coordinación sobre cuya base identifican el derecho (Postema, 1982/2011, pp. 196-197; 2011, pp. 498-500).

³³ Como, en el ejemplo mencionado por Postema (1982, p. 180), el hecho de que durante sus paseos diarios Kant pasara a una hora exacta por la ventana de una señora y el hecho de que sobre esa base la señora formara la expectativa de que Kant pasaría cada día a esa hora, no imponen a Kant el deber de satisfacer esa expectativa.

El problema con el convencionalismo bajo este traje de coordinación es que, contrariamente a lo que afirma Postema, los jueces no parecen estar frente a un problema de coordinación cuando se dedican a la identificación del derecho. Es decir, las condiciones que definen un problema de coordinación, como un tipo particular de interacción estratégica, no están presentes en la actividad de los jueces.³⁴ Un problema de coordinación es una situación en la que los participantes tienen preferencias previas estructuradas de una manera determinada, es decir, sus intereses son similares. Sin embargo, en el ámbito jurídico, donde se deben distribuir cargas y beneficios, los problemas de interacción son de tipos y complejidades diferentes. Concebir la actividad de los jueces como la solución de un problema de coordinación sería distorsionar el tipo de situación en la que actúan. Utilizando la misma terminología de la teoría de los juegos, la situación parece ser mejor descrita como un caso de dilema del prisionero o como un problema de juego limpio, donde hay un conflicto radical de intereses.³⁵ Las convenciones de coordinación no son soluciones a este tipo de problema. Es cierto que los problemas de coordinación pueden tener diferentes grados. En casos puros hay una coincidencia perfecta de los intereses, y en casos menos puros los agentes tienen preferencias personales contrastantes respecto de las diferentes alternativas. Sin embargo, una situación en la que hay un contraste radical entre esas preferencias no es un problema de coordinación, ya que el hecho de que los demás se comporten de cierta manera no es necesariamente una razón para comportarse de esa misma forma.

En resumen, si las convenciones de coordinación son regularidades de comportamiento que resuelven problemas de coordinación recurrentes, entonces, dado que los jueces no se enfrentan

³⁴ Coleman mismo planteó este tipo de objeción en Coleman (2001, p. 374). También se plantea en Celano (2003/2010, p. 328).

³⁵ Mientras que una situación del tipo dilema del prisionero implica sólo dos personas, un problema de juego limpio implica un grupo de personas. Véase Celano (2003/2010, p. 312).

a un problema de coordinación, no es posible afirmar que los deberes jurídicos surgen de una convención de coordinación.

Si bien no explícitamente, Postema ofrece una respuesta a esta objeción en sus trabajos más recientes. Creo que se pueden interpretar en este sentido sus argumentos a favor de un concepto más amplio de convención, como solución, no sólo a problemas de coordinación, sino a problemas de cooperación en general, que incluyen formas de interacción donde los conflictos de intereses prevalecen.³⁶ Postema afirma que esto se puede hacer ajustando en dos sentidos el enfoque de Lewis. En primer lugar, debilitando las exigencias para que una alternativa de acción constituya una solución. Todo lo que necesitamos para solucionar un problema de cooperación es que “al menos una alternativa de acción a disposición de las partes sea preferida por todas, frente a cualquier alternativa que sea el resultado de que cada una siga su propio camino (aun cuando esa alternativa pueda no ser óptima desde el punto de vista de cada parte o incluso del grupo como un todo)” (Postema, 2011, p. 491). En segundo lugar, ampliando la clase de hechos que determinan el contenido de las convenciones. “Lo que es esencial para que las convenciones de cooperación sean capaces de resolver los problemas [...] no es la regularidad de comportamiento, sino el carácter sobresaliente del patrón o del esquema de acción al que la regularidad da publicidad” (Postema, 2011, p. 491). Por lo tanto, bajo esta nueva versión, las convenciones entre los jueces relativas a la identificación del derecho “son esquemas de acciones correlacionadas que permiten a los miembros de una comunidad resolver los problemas de cooperación recurrentes a los que se enfrentan” (Postema, 2011, p. 492), “anclando” las expectativas de todos en una única solución.³⁷

³⁶ “Following Hume, we can identify coordination elements in other kinds of games in which conflict is more pronounced, not only so-called Battle of the Sexes games, but also iterated prisoner’s dilemma and hawk/dove games with uncertain termination points. We can refer to these as «cooperation problems»” Postema (2011, p. 489). Eerik Lagerspetz (1995) propuso una estrategia muy similar.

³⁷ Esta concepción más amplia de las convenciones impacta también en la respuesta de Postema a la objeción de Dworkin basada en el desacuerdo. En su trabajo anterior Poste-

Me parece que la ampliación del concepto de convención hace que pierda poder explicativo. Las convenciones de coordinación à la Lewis tienen poder explicativo gracias a su alcance limitado. Sin embargo, no voy a detenerme aquí en la propuesta de Postema respecto del concepto de convención. En su lugar, lo que voy a tratar de argumentar es que la asunción, común a las teorías de Postema y de Marmor, del carácter cooperativo de la práctica jurídica en su conjunto —incluyendo la actividad de los jueces destinada a determinar la existencia y el contenido de deberes jurídicos— es infundada. Postema asume explícitamente esta afirmación y, como he tratado de demostrar, Marmor queda comprometido con ella una vez que exploramos las profundidades searliananas de las convenciones constitutivas.

Como he dicho al final de la discusión del convencionalismo hartiano, hay dos circunstancias que excluyen la posibilidad de afirmar que la actividad de los jueces es cooperativa, al menos en cuanto a la determinación de la existencia y el contenido de los deberes jurídicos. Por lo tanto, también se oponen a la posibilidad de concebir su actividad, ya sea como una convención constitutiva o como una convención de cooperación.

Una característica esencial de las acciones sociales es que los resultados que las personas quieren producir o evitar están también determinados por las acciones de otros agentes. Es decir, el agente se encuentra en una situación en la que la obtención de un resulta-

ma argumentó que los desacuerdos son sólo nuevos problemas de coordinación “within a (partially solved) coordination problem. [...] This can be solved in essentially the same way as any other coordination problem is solved, namely, by exploiting the mutual expectations that already obtain in the situation” (Postema, 1982, p. 178). Pero esta respuesta era insuficiente, porque si los desacuerdos son problemas de coordinación, se debe aceptar que antes de la decisión no existe una solución, ya que antes de eso no existe una convención. En cambio, basado en la idea de convención como “esquemas de acciones correlacionadas”, la respuesta más reciente de Postema es que “conventions, on this view, are not static, fixed points, determined strictly by descriptions of the convergent behavior from which they emerge, but rather relatively stable nodes in a dynamic matrix, the full significance of which cannot be appreciated if removed from this matrix. It is that matrix, available to all and to which all contribute, that gives practical force to particular conventional arrangements and provides resources to enable participants to solve novel situations that arise in the course of the practice” (Postema, 2011, pp. 495-496), donde “situaciones nuevas” incluye también desacuerdos.

do no sólo requiere una acción propia, sino también la contribución de otros agentes. El resultado tendrá lugar sólo si todos los involucrados hacen su parte. Por lo tanto, para que haya cooperación, cada agente debe poder asumir que los demás miembros de la empresa colectiva también harán su parte. Así, la cooperación requiere la existencia de una base epistemológica para la formación de una expectativa sobre la actitud de cooperación de otros agentes. Es por ello por lo que una de las mayores dificultades que debe enfrentar la explicación de la acción social es el problema de cómo conocer las actitudes de los demás.

La cuestión es crucial ya que, sin información fiable acerca de la contribución de los demás, los individuos no tendrían razones suficientes para participar en la actividad. Es en virtud de este hecho que una teoría de una acción cooperativa debe ofrecer una historia acerca de cómo puede obtenerse esa información.

Las teorías de las convenciones constitutivas y de cooperación que acabo de presentar ofrecen una explicación de cómo en ciertos casos paradigmáticos la estructura de la situación ofrece una buena base epistémica para la formación de esas expectativas.

En primer lugar, respecto de las convenciones constitutivas, las actividades similares a los juegos, debido a la estructura cerrada de interacción, no parecen presentar problemas para que un agente, con una actitud de cooperación, forme la expectativa relevante respecto de que los demás comparten esa actitud.

Es decir, la clara identificación de los participantes, el aislamiento respecto de otros problemas de la vida real y la estabilidad de la interacción dan una buena base epistemológica para que el agente forme y mantenga la expectativa de que otros harán su parte en la empresa cooperativa (Searle, 2010, pp. 54-55).

En segundo lugar, como hemos visto, una forma común de resolver los problemas de coordinación es mediante el aprovechamiento de algún acontecimiento sobresaliente. Una alternativa de acción es sobresaliente cuando "se destaca del resto por su singularidad en algún aspecto llamativo" (Lewis, 1969, p. 35). Una vez que la alternativa sobresaliente ha sido observada por varios agen-

tes y el problema se ha resuelto una o más veces, la coordinación se puede lograr a partir de esos precedentes. Por lo tanto, cuando un hecho adquiere carácter sobresaliente hay una base suficiente, de acuerdo con este relato, para que cada agente forme una expectativa sobre la actitud cooperativa de los demás.

Sin embargo, me parece que la solución dada para actividades similares a los juegos y para problemas de coordinación no puede extenderse para cubrir la práctica jurídica. Por lo tanto, no existe una base epistemológica suficiente para que cada agente forme la expectativa necesaria sobre la actitud cooperativa de los demás.

El primer problema, menos importante, es que los agentes no pueden basarse en la creencia de que comparten con los otros la misma creencia acerca de cuál es la función de cada institución legal. Como se ha señalado, muchas instituciones legales no tienen una función claramente compartida. Por ejemplo, pregunta Ross (1958, p. 157),

¿cuál es el propósito de nuestras leyes de matrimonio, divorcio, propiedad y herencia? Cualquier cosa que se pueda decir al respecto es banal u obviamente inventada —por ejemplo, que el propósito de las reglas del divorcio es que las personas tengan un acceso razonable al divorcio.

El segundo problema, más importante, es la forma en que los jueces y abogados discuten la identificación del derecho. Como mostró Dworkin, desde una perspectiva histórica, a menudo la práctica jurídica ha cambiado en respuesta a argumentos presentados en el contexto de la decisión judicial, los abogados “a menudo piden cambios de la práctica establecida incluso en medio del juego” (Dworkin, 1986/2022, p. 139). Por ejemplo, como señala Dworkin, cambios relevantes en la teoría de la legislación³⁸ y en la doctrina del precedente se hicieron dentro del contexto de la adjudicación. Estos cambios se produjeron dentro de la práctica judicial; no fue-

³⁸ Teorías sobre “en qué grado y de qué forma la intención legislativa es relevante en la interpretación de la ley” (Dworkin, 1986/2022, p. 138).

ron ni el resultado de acuerdos especiales sobre un nuevo conjunto de reglas, como sería el caso si se tratase de una actividad similar a los juegos,³⁹ ni tampoco se produjeron como consecuencia de un nuevo hecho sobresaliente, como lo sería en el caso de las convenciones de coordinación.

Las convenciones también pueden cambiar, pero una vez que las personas se involucran en la práctica, distinguen claramente entre los argumentos acerca de la convención y argumentos dentro de la convención. Los jueces y abogados ignoran muy a menudo esta distinción, por lo que la formación de una expectativa sobre la actitud cooperativa de los demás no se encontraría justificada.

El tercer problema, igualmente importante, es que el contenido de las disposiciones normativas sufre de un alto grado de indeterminación. Como cuestión de hecho, dada la disponibilidad de varios métodos de interpretación, toda disposición normativa se puede interpretar como expresando normas diferentes.

Las principales fuentes de indeterminación son, como observa Guastini (2012, p. 40):

- (i) la multiplicidad de métodos interpretativos;
- (ii) la dogmática jurídica, y
- (iii) el sentimiento de justicia de los intérpretes, *i. e.*, sus preferencias éticas y políticas (las declaren o no mediante juicios de valor explícitos).

Dentro de la práctica jurídica se acepta un amplio conjunto de métodos interpretativos que es suficiente para producir una gran cantidad de resultados incompatibles.

Tomemos, por ejemplo, una disposición constitucional (de la Constitución italiana) que se refiera a las "leyes". Argumentando a *contrario* uno puede concluir que esa disposición es aplicable a todas las leyes y solo a las leyes. Argumentando por analogía, en cambio, se podría concluir que la disposición

³⁹ Concebir esta actividad como una empresa de similar a un juego sería como concebir un juego en el que ciertos movimientos dentro de él cuentan a favor o en contra de maneras opuestas de llevar el marcador.

en cuestión es aplicable a las leyes y también a los reglamentos administrativos (dado que ambos son “fuente del derecho”). Argumentando mediante la técnica de la disociación (“*distinguishing*”), uno puede concluir que, dado que la clase de las leyes incluye diferentes subclases (constitucionales y ordinarias, por un lado; regionales y estatales, por el otro), la disposición se aplica —a la luz de su *ratio*— solo a uno de esos subconjuntos. (Guastini, 2012, p. 41)⁴⁰

Dado este nivel de indeterminación, la expectativa sobre la actitud cooperativa de los demás estaría injustificada, ya que cada agente tiene la posibilidad de interpretar la disposición de acuerdo con sus intereses.

En definitiva, mi punto es que para que haya un comportamiento cooperativo cada agente debe tener una actitud de cooperación, es decir, una disposición a hacer su parte en la empresa colectiva. También se requiere que cada agente pueda formar una expectativa en relación con que los demás tienen la misma actitud. Este último requisito se cumple sólo si los agentes tienen una base epistemológica suficiente para formar esa expectativa. Una teoría que pretenda explicar un hecho social cooperativo debe ofrecer una explicación de cómo se forma la base epistemológica para la construcción de la expectativa. Me parece que, si bien los casos paradigmáticos de convenciones constitutivas y de convenciones de coordinación pueden satisfacer este requisito, no podemos extender la solución a la práctica jurídica. En este último caso es dudoso que exista tal base. El hecho de que las normas legales se discutan en la mitad del juego y el hecho de que el resultado de la interpretación se encuentra altamente indeterminado excluyen la posibilidad de decir con razón que en el contexto jurídico existe una base epistemológica suficiente para la formación de la expectativa que los demás agentes comparten una actitud cooperativa; y, por lo tanto, también se opone a la posibilidad de decir

⁴⁰ Bruno Celano (2005) también ha defendido una visión no cooperativa de interpretación legal.

con razón que la identificación del derecho está determinada y regulada por una empresa cooperativa.

Brevemente entonces, el argumento hasta ahora es que la cooperación no se produce dentro de la actividad de identificación del derecho. Si esto es así, y dado que la cooperación es una condición necesaria tanto de las convenciones constitutivas de Marmor, como de las convenciones de cooperación de Postema, debemos concluir que, al menos en cuanto a la identificación de deberes jurídicos, no existe una convención de ninguno de estos tipos. Por tanto, ni el convencionalismo hartiano ni el convencionalismo constructivo pueden explicar la existencia de deberes jurídicos y, en consecuencia, tampoco pueden comenzar a elaborar una salida a la objeción basada en el desacuerdo.⁴¹

Así, las dos versiones del convencionalismo discutidas hasta ahora (hartiana/constitutiva y constructiva/justificativa) pretendían responder a la objeción de Dworkin afinando el concepto de convención. He sostenido que ambas versiones fracasan en su empresa porque las condiciones para la existencia de la clase particular de convención, que cada una de ellas defiende, no están presentes en la práctica jurídica. Creo que la razón de este fracaso es que el convencionalista ha permanecido cautivo de las premisas de Dworkin y esto lo ha llevado a exagerar la naturaleza cooperativa de la práctica jurídica. Contrariamente a lo que ambas versiones parecen presuponer, hay porciones de la práctica jurídica que tienen un carácter agonístico, tales como la actividad de los jueces destinada a la identificación del contenido de los deberes jurídicos.

⁴¹ He mencionado la respuesta de Postema a esta objeción. Sólo para completar, la respuesta de Marmor a la objeción de desacuerdo es una *reducción al absurdo*: “we can only make sense of such disagreements on the basis of the assumption that there are rules of recognition that constitutes, *inter alia*, the court system and the legal authority of judges” (Marmor, 2009, p. 163). En otras palabras, de acuerdo con Marmor, la existencia de desacuerdos entre jueces presupone la existencia de jueces y la existencia de jueces presupone la existencia de convenciones constitutivas. Incluso si concedemos este punto a Marmor, me parece que no resuelve el problema. Para responder a la objeción de Dworkin, tenemos que mostrar que, a pesar del desacuerdo, hay convenciones constitutivas que determinan el contenido del deber, no sólo quién tiene que identificarlo.

La lección que, me parece, puede obtenerse de este fracaso es que incluso si la práctica jurídica tiene elementos de cooperación, esos elementos no se extienden hasta el punto de determinar la existencia y el contenido de los deberes jurídicos. Para decirlo de otra manera, la existencia y el contenido de los deberes jurídicos no están determinados por la cooperación, aun cuando los participantes en la práctica jurídica cooperen de otras formas. Como voy a sostener a continuación, los participantes cooperan, por ejemplo, en cuanto a la identificación de las disposiciones normativas y con relación al conjunto de métodos disponibles para interpretar dichas disposiciones. En la práctica jurídica pueden existir convenciones relativas a la manera de identificar disposiciones normativas y convenciones relativas a los diferentes modos en que pueden ser interpretadas. Sin embargo, la cooperación no se extiende hasta fijar un significado particular, es decir, no existen convenciones que determinen el significado de una disposición normativa particular y, por lo tanto, no existen convenciones que determinen la existencia y el contenido de los deberes jurídicos. Antes de dar contenido a estas afirmaciones audaces quisiera, en la siguiente sección, ofrecer una forma de romper la cadena de Dworkin, desafiando sus premisas.

IV. Proyectivismo e interpretación

La dificultad que nos ha traído hasta aquí es que los jueces hablan como si los deberes jurídicos existieran y como si esos deberes pudieran ser objeto de proposiciones; es decir, como si pudieran ser descritos incluso en casos de desacuerdo. La discusión nos ha llevado al punto en que no hay ninguna versión del convencionalismo capaz de mostrar que esos enunciados se refieren a convenciones. Dworkin ha afirmado que incluso si el convencionalismo parece capaz de mostrar cómo los enunciados de deber de los jueces pueden ser verdaderos en los casos de convergencia, no puede mostrar cómo pueden serlo en casos de desacuerdo y esto hace que la aparente explicación para casos de convergencia sea en realidad

deficiente. He añadido, apoyándome en algunos argumentos escépticos, que el convencionalismo no es una buena explicación de los casos de convergencia pues presupone la cooperación, mientras que la práctica jurídica se caracteriza por el conflicto y la indeterminación.

Frente a este fracaso podría asumirse que la única salida es la teoría interpretativa de Dworkin. Sin embargo, queda todavía una alternativa escéptica, a cuya presentación está dedicada la última parte de este trabajo.

1. *Una versión poco convencional del escepticismo*

Resulta innegable que dentro del discurso jurídico los jueces afirman que existen deberes jurídicos, incluso en casos de desacuerdo. Por ello, una teoría del derecho no puede simplemente deshacerse de este rasgo de la práctica jurídica. Sin embargo, aceptar ese rasgo no implica necesariamente aceptar que esos enunciados sólo pueden explicarse mostrando que existen deberes jurídicos. Los enunciados aparentemente denotativos o representativos de los jueces pueden ser explicados incluso si no hacen referencia a nada en el mundo (porque no hay deberes jurídicos).⁴² Esto puede hacerse afinando la comprensión de esos enunciados:

- 1) Son reflejos proposicionales de las actitudes valorativas de los jueces (tesis proyectivista) (Blackburn, 1998, p. 77).⁴³
- 2) Afirmar que existe un deber jurídico no es otra cosa más que expresar una actitud aprobatoria hacia la realización de la acción (Blackburn, pp. 77-83).⁴⁴

⁴² He tratado de mostrar cómo el proyectivismo junto con el cuasirrealismo pueden resolver algunos problemas relativos a los enunciados jurídicos Arena (2012; 2013).

⁴³ “We project an attitude or habit or other commitment which is not descriptive onto the world, when we speak and think as though there were a property of things which our sayings describe which we can reason about, know about, be wrong about, and so on” Blackburn (1984, pp. 170-171).

⁴⁴ Para una presentación de los puntos de vista de Blackburn, véase Bouvier (2012, pp. 115-174).

De acuerdo con la tesis proyectivista, las actitudes de los jueces son la respuesta a algunas propiedades del mundo que los rodea. Así, lo que consideran la percepción de un deber (o una sensibilidad hacia los deberes) es sólo una función de estímulos/creencias a respuestas/actitudes. Por ejemplo, si Morena ve a Luca consumir drogas y dice “¡Eso está mal!”, el proyectivismo sostiene que, dado un conjunto de hechos, es decir, Luca realizando ciertas acciones, Morena percibiendo esas acciones y las creencias de Morena (sobre lo que Luca está haciendo, sus intenciones y los efectos de sus acciones), una emoción de desaprobación se impone en ella. Morena proyecta su emoción en el mundo y luego exclama “¡Eso está mal!”. Esta es la razón por la que Morena “considera que el mundo contiene cierta propiedad, y el hacerlo no es consecuencia de rastrear una propiedad real del mundo, sino que es, en cambio, una reacción frente a una experiencia emocional” (Joyce, 2007).⁴⁵ Del mismo modo, cuando los jueces se involucran en el discurso sobre deberes lo que realmente están haciendo es usar el lenguaje para proyectar emociones.

El segundo rasgo implica que cuando una jueza profiere un enunciado de deber está expresando una actitud (“*voicing certain attitude*”).⁴⁶ Lo que hace al decir que algo es debido, correcto u obligatorio es expresar (“*avow*”) su punto de vista práctico.⁴⁷ Decir que hay un deber de hacer A es desarrollar una cierta actitud en relación con el estado de cosas en el que la realización de A es el caso y estar motivado para actuar en consecuencia.

Sin embargo, al pronunciar los enunciados de deber, los jueces no sólo expresan una actitud respecto a la acción en cuestión. También afirman que existe un método interpretativo que confiere apoyo a la asociación del deber con la disposición normativa. En este

⁴⁵ Véase también Blackburn (1998, pp. 4-8).

⁴⁶ Sin embargo, “to hold a value, then, is typically to have a relative stable disposition to conduct practical life and practical discussion in a particular way: it is to be disposed or set in that way, and notably to be set against change in this respect. This way of being set is such as to align values and motivations” (Blackburn, 1998, p. 67).

⁴⁷ “«Avowal» here means that we express this state, make it public, or communicate it” (Blackburn, 1998, p. 68).

sentido, cuando una jueza defiende la existencia de un deber, también expresa una actitud hacia el método utilizado para asociar ese significado a la disposición normativa. El enunciado consiste en la afirmación, por parte de la jueza, de que el significado que ha asociado al texto es la mejor opción, teniendo en cuenta los métodos de interpretación disponibles. Por ello, para avanzar en el análisis de los enunciados de deber de los jueces hay que decir algo más acerca de los métodos de interpretación.

2. *El lado convencional de la interpretación*

La interpretación jurídica es la actividad que consiste en asociar un significado (una norma) a una disposición normativa. Desde este punto de vista, un enunciado interpretativo tiene la siguiente forma: "T debe ser interpretado como expresando el significado N", donde T representa el texto legal (o disposición normativa) y N su significado (la norma).

Hay un sentido claro en el que las convenciones tienen un lugar en la interpretación jurídica.⁴⁸ Los términos y las expresiones no tienen un significado natural o intrínseco; por el contrario, son los usuarios del lenguaje los que dan a los términos y expresiones su significado. Sin embargo, esta simple afirmación no da cuenta de la complejidad de la interpretación jurídica. Por ejemplo, es ciega al hecho de que la supuesta determinación del significado en el discurso ordinario no se traduce necesariamente al ámbito jurídico.⁴⁹ También sería una afirmación reduccionista, porque descuida otros tipos de métodos de interpretación, además del que consiste en asociar el significado ordinario.

De hecho, hay varios métodos de interpretación que permiten fijar, de diferentes maneras, el significado de las disposiciones normativas. Cada método interpretativo establece los procesos específicos a través de los cuales los jueces pueden asociar un signi-

⁴⁸ A partir de ahora me referiré únicamente a la interpretación en el contexto jurídico, por lo que usaré simplemente "interpretación".

⁴⁹ Para una discusión en este sentido, ver Chiassoni (2000, p. 94).

ficado a una disposición normativa. En otras palabras, dentro de la interpretación jurídica, el significado ordinario no agota el conjunto de métodos de interpretación.⁵⁰

Dentro de una comunidad jurídica, cada método de interpretación contiene un conjunto de reglas o directivas relativas a la interpretación de las disposiciones normativas. Estas reglas o directivas pueden ser de tres tipos diferentes: 1) las directivas primarias, 2) las directivas secundarias, y 3) directivas axiológicas (Chiassoni, 2004, p. 63; 2007, pp. 79-80).

Por ejemplo, el método de interpretación de la intención del legislador contiene, en la mayoría de las culturas jurídicas, la directiva primaria según la cual el sentido debe coincidir con el "significado" o el "fin" del legislador; la directiva secundaria que establece que el método debe aplicarse sólo cuando el significado literal no es claro; la directiva axiológica que establece que el método se debe utilizar en los casos en que la autoridad del legislador necesita ser reforzada. Ciertamente, es una cuestión contingente cuáles directivas están contenidas en cada método interpretativo y qué método interpretativo en particular se debe utilizar en cada caso.

Estas directivas constituyen una base para la evaluación (relativa) del resultado de una interpretación. Es decir, permiten evaluar, al menos relativamente a las directivas, la exactitud de los enunciados interpretativos (Chiassoni, 2004, p. 103).

Por otra parte, los participantes no se ven a sí mismos como quebrantando el derecho o teniendo un desacuerdo aparente cuando utilizan otro método de interpretación, además del simple significado ordinario. Del mismo modo, los jueces no interpretan un texto determinado de forma aislada o sobre la base de un método interpretativo utilizado únicamente por uno de ellos. Por el contrario, se involucran en una práctica interpretativa en la que el hecho de que otros jueces utilicen un cierto método interpretativo es parte

⁵⁰ "La regla simple del significado literal no es más que una de las muchas formas en que esas convenciones podrían estar configuradas; y, de manera especial, que la pretensión de que ésta es en realidad nuestra única convención interpretativa resulta clamorosamente desmentida por los hechos" (Bayón Mohino, 2002a, pp. 63-64).

de la razón para usar ese mismo método. Así, los métodos interpretativos son convenciones relativas a cómo asociar un significado a una disposición normativa.⁵¹

Un enunciado como “Existe el deber de negar a Elmer la herencia de su abuelo, dado que esto coincide con las intenciones contrafácticas del legislador” o “Existe el deber de detener la terminación del dique Tellico, dado que esto coincide con el sentido ordinario de la disposición normativa”, puede interpretarse como la expresión de dos actitudes:

- 1) Una actitud de aprobación respecto de la acción debida.
- 2) Una actitud de aprobación respecto del método de interpretación.

En la reconstrucción expresivista habitual:

- 1) Negar a Elmer la herencia de su abuelo —¡Hurra!
- 2) Interpretar la disposición según las intenciones contrafácticas del legislador —¡Hurra!

O bien,

- 1) Detener la terminación del dique Tellico —¡Hurra!
- 2) Interpretar la disposición normativa de acuerdo con su sentido ordinario —¡Hurra!

¿En qué sentido puede una jueza decir que existe un deber si sus enunciados expresan una actitud? Bueno, la verdad de su declaración sería un producto de su propio trabajo intelectual y de su propia sensibilidad. De acuerdo con Blackburn, afirmar que existe un deber implica afirmar que la actitud reflejada pertenece al conjunto de actitudes que han superado todas las pruebas de mejoría,

⁵¹ Esto acerca los métodos de interpretación a las convenciones constitutivos de Marmor. Sin embargo, este autor tiene algunas dudas sobre eso, véase Marmor (2011, pp. 498-499).

o al menos que no se consideran susceptibles de revisión. En palabras de Blackburn (1984, p. 198),

La sugerencia simplemente es que definimos “el mejor conjunto posible de actitudes”, como el conjunto de actitudes que han superado todas las oportunidades de mejora. Decir que un juicio evaluativo es verdadero es decir que es miembro de ese conjunto, o que se deriva de él. Si llamamos al conjunto M^* . Entonces, si m es un juicio evaluativo concreto, que expresa una actitud m : m es verdadero = m es miembro de M^* .⁵²

Parafraseando a Blackburn, una jueza *tiene que ganarse* su derecho a hablar de verdad jurídica. Dado que, en este contexto, la verdad tiene fuentes subjetivas, tales como actitudes, necesidades y deseos, su derecho depende de su capacidad para formar un conjunto mejorado de actitudes, donde la coherencia y la consistencia sean respetadas (Blackburn, 1984, pp. 197-202).

Así, la teoría puede acomodar la gramática proposicional de los enunciados de los jueces, incluso si no hay deberes jurídicos. Una jueza puede afirmar que existe un deber de negar a Elmer la herencia de su abuelo, o que hay un deber de detener la terminación del dique Tellico, sin que el deber provenga de la existencia de algún hecho. Al pronunciar ese enunciado, la jueza está expresando su actitud, su punto de vista, o tal vez su deseo en relación con el estado de cosas en el que se cumple con el deber. Esta expresión nos permite identificar cómo el mundo debe cambiar para ajustarse a la actitud de la jueza y qué deben hacer el resto de los funcionarios para respetar la decisión de la jueza.⁵³

⁵² Curiosamente para mi proyecto, Blackburn parece explícitamente apoyar algo así como el convencionalismo cognitivo. Así, afirma que el valor de verdad de un enunciado jurídico se basa en hechos sobre acciones y decisiones humanas. Por lo que el enunciado de deber de una jueza es verdadero si está apoyado en esas bases (Blackburn, 1984, pp. 205-210). Sin embargo, si mis argumentos contra el convencionalismo cognitivo funcionan, entonces ellos se aplican a la reconstrucción de la verdad jurídica de Blackburn.

⁵³ Ciertamente no soy el primero en defender un punto de vista expresivista de los enunciados jurídicos. Más recientemente, Kevin Toh también ha defendido un enfoque expresivista de “enunciados jurídicos comprometidos”. Inicialmente, Toh lo defendió como una interpretación de la teoría de Hart en *El concepto de derecho* (Toh, 2005); posteriormente,

Dicho esto, queda por tratar la objeción de Dworkin basada en el desacuerdo.

3. El último eslabón: los desacuerdos

El argumento de Dworkin basado en el desacuerdo ha producido una cantidad considerable de literatura. Una evaluación completa de ese debate no sólo va más allá de mi competencia, sino que también excede la estructura de este trabajo. Así, en esta última sección me limitaré a esbozar el modo en que considero el convencionalismo escéptico puede dar cabida a los desacuerdos. En cualquier caso, es importante tener en claro el punto de la discusión o, al menos, lo que consideraré aquí como el punto de la discusión. A veces Dworkin afirma que la teoría del derecho debe dar cuenta de los desacuerdos genuinos,⁵⁴ y otras veces afirma que la teoría del derecho debe dar cuenta de los desacuerdos teóricos.⁵⁵ Dworkin no dice que sólo los desacuerdos teóricos son genuinos, pero es difícil discernir qué es exactamente lo que quiere decir con estos dos términos. Por lo tanto, sólo para evitar una mera cuestión terminológica, me parece adecuado distinguir, siguiendo algunos comentarios del mismo Dworkin, entre tres tipos

con adiciones y mejoras, lo defendió como la que él cree es la visión correcta de los enunciados jurídicos (Toh, 2011). Incluso si me he beneficiado de la lectura de su obra, hay diferencias entre su visión y la mía. Por un lado, Toh no introduce el cuasirrealismo de Blackburn y prefiere el enfoque de Gibbard (2003). Por otro lado, Toh pretende combinar el expresivismo con la idea de Hart de la regla de reconocimiento, que yo no hago. La pata hartiana de la propuesta de Toh ha sido objeto de críticas no sólo como una lectura errónea de Hart (véase Swaminathan, 2014), sino también en virtud de sus dificultades para hacer frente a los problemas del convencionalismo: entre otros, los desacuerdos y la sobreestimación de la cooperación. Mi punto de vista puede ser visto como un desarrollo de la propuesta insinuada por Shivprasad Swaminathan (2016).

⁵⁴ “Si este pequeño ejemplo acerca de cuándo es posible un desacuerdo verdadero, agota todas las posibilidades, debe aplicarse a conceptos jurídicos, incluyendo el concepto de derecho”. Dworkin (1986/2022, p. 47), y más explícitamente en Dworkin (1994/2017, p. 2110): “But making sense of our intellectual life requires that we have at least some way of distinguishing genuine from illusory disagreement”.

⁵⁵ “Lamentablemente para estas teorías, esta representación sobre qué es lo que hace posible el desacuerdo no encaja bien con los tipos de desacuerdo que los abogados tienen en realidad. La mayoría del desacuerdo sobre el derecho es teórico más que empírico” (Dworkin, 1986/2022, p. 48).

de desacuerdos genuinos: sobre hechos, sobre estructura y sobre fundamentos. Todos estos tipos de desacuerdos son genuinos porque las personas involucradas comparten una base común que incluye dos elementos: significado (o concepto) y objeto (o estado de cosas). Desde este punto de vista, un desacuerdo es genuino si las personas involucradas asocian el mismo significado (o concepto) a los términos que utilizan y si se refieren al mismo objeto (o estado de cosas).

Un genuino desacuerdo sobre hechos surge cuando las personas asignan diferente valor de verdad a un enunciado empírico porque tienen creencias diferentes respecto de si un estado de cosas es el caso. Así, dos personas pueden estar en desacuerdo sobre el valor de verdad de la afirmación “El mingitorio de Duchamp es arte”, porque incluso si están de acuerdo sobre el significado de “arte” (por ejemplo, “obra original que representa la naturaleza”) e incluso si se refieren al mismo objeto, desacuerdan acerca de si el estado de cosas “El mingitorio de Duchamp es una obra original que representa la naturaleza” es el caso. Uno de ellos cree que el mingitorio es sólo un objeto industrial, mientras que el otro —si se me concede el ejemplo— cree que ha sido hecho a mano por Duchamp y que es una representación de una fuente romana.

Los desacuerdos estructurales surgen entre los científicos cuando discuten acerca de la estructura profunda de las clases naturales. No voy a detenerme en el análisis de este tipo de desacuerdos, ya que no es relevante para la presente discusión (es decir convencionalistas y Dworkin están de acuerdo en que los desacuerdos jurídicos no son de este tipo).

Por último, surgen desacuerdos sobre fundamentos cuando dos personas desacuerdan acerca de qué hace que un enunciado sea verdadero, es decir, desacuerdan sobre cuáles son sus condiciones de verdad. Una vez más, dos personas que comparten la creencia de que el mingitorio de Duchamp no es una obra original que representa la naturaleza, pero que de todos modos desacuerdan sobre el valor de verdad de la afirmación “El mingitorio de Duchamp es arte” tienen este tipo de desacuerdo si uno

de ellos afirma que la declaración es falsa porque *arte* es sólo obra original que representa la naturaleza, y la otra afirma que es verdadera porque *arte* es lo que un artista señala como arte.

Con estas categorías en mente, volvamos de nuevo a la objeción de Dworkin. El problema con el convencionalismo es que los desacuerdos sobre fundamentos no son posibles respecto de los conceptos convencionales, porque el contenido de los conceptos convencionales está determinado por criterios que comparten quienes los usan. Teniendo en cuenta que para que haya un concepto convencional los usuarios deben compartir un conjunto de criterios, no puede haber un concepto convencional cuando hay un desacuerdo acerca de los criterios. Por lo tanto, un aparente desacuerdo sobre fundamentos respecto de un concepto convencional es, o bien un desacuerdo empírico acerca de cuáles son, de hecho, los criterios compartidos; o bien un desacuerdo ilusorio, es decir, la gente está hablando sin entenderse.

Por ejemplo, si *arte* es un concepto convencional, entonces un desacuerdo sobre las condiciones de verdad del enunciado “El mingitorio de Duchamp es arte” es, o bien un desacuerdo sobre hechos respecto de cuáles son los criterios convencionales para que algo sea arte, o bien un desacuerdo ilusorio porque una de las personas involucrada usa el término “arte” como “obra original que representa la naturaleza” y la otra lo usa como, digamos, “señalado como arte por un artista”. Relativamente a los conceptos convencionales no hay reales desacuerdos sobre los fundamentos.

Dworkin afirma que los desacuerdos sobre fundamentos sólo son posibles con respecto a lo que él llama conceptos interpretativos, es decir, conceptos cuyo contenido está determinado por la teoría que pone bajo su mejor luz a la práctica en la que se usa el concepto.⁵⁶ Por lo tanto, desde su punto de vista, las personas que discuten sobre el mingitorio de Duchamp no tienen ni un desacuerdo sobre hechos ni un desacuerdo ilusorio, sino un desacuer-

⁵⁶ Dworkin tiene una propuesta de cómo entender esta metáfora. Véase Dworkin (1986/2022), y con más detalles, Dworkin (2011/2014). Pero no es necesario introducir esos detalles para el argumento que estoy presentando aquí.

do genuino sobre fundamentos acerca de cuál es la mejor teoría de la práctica donde se usa *arte*. De acuerdo con Dworkin, el desacuerdo es genuino cuando se comparten los mismos casos paradigmáticos de lo que es considerado arte.

Sin embargo, si la objeción contra el convencionalismo fuese simplemente que está constreñido a decir que el desacuerdo entre Earl y Gray en *Riggs vs. Palmer* o entre Powell y la mayoría en *TAV vs. Hill* eran, o bien un desacuerdo sobre hechos o un desacuerdo ilusorio, entonces la objeción no sería tan poderosa, pues aun cuando no sean desacuerdos sobre fundamentos, los desacuerdos sobre hechos son sin duda genuinos. Por lo tanto, si esta hubiera sido la objeción, el convencionalismo podría responder que puede hacer espacio a los desacuerdos genuinos respecto de los criterios de uso. Afirmar que el convencionalismo no tiene espacio para los desacuerdos genuinos porque no pueden dar cuenta de los desacuerdos sobre fundamentos sería una petición de principio. Por desgracia, creo que el problema para el convencionalismo es más profundo. Un desacuerdo sobre hechos es genuino si las personas se refieren al mismo estado de cosas (por ejemplo, el libro en el estante, el mingitorio de Duchamp, los criterios compartidos, etcétera). El problema es que, respecto de las condiciones de verdad de los enunciados de deber, la existencia de ese estado de cosas depende, según el convencionalismo, del acuerdo entre los jueces; pero, dado que los jueces desacuerdan, no existe el estado de cosas al cual el desacuerdo empírico se referiría. Por lo tanto, no comparten una base común que permita sostener que el desacuerdo empírico es genuino. Esto implica que el convencionalismo está constreñido a decir que los jueces tienen un desacuerdo ilusorio, ya sea porque están hablando de un estado de cosas inexistente o porque no se entienden. En otras palabras, asumiendo la perspectiva del convencionalismo, es imposible que los jueces tengan un desacuerdo genuino cuando desacuerdan acerca de las condiciones de verdad de los enunciados de deber.⁵⁷

⁵⁷ Desde la perspectiva del convencionalismo, los jueces que dicen estar en desacuerdo

Vale la pena señalar que para responder a la objeción de Dworkin es suficiente mostrar cómo los enunciados de deber de los jueces pueden ser verdaderos en los casos de desacuerdo, no es necesario mostrar que de hecho lo son. Me parece, además, que esto es todo lo que la teoría de Dworkin permite decir. O sea, desde su perspectiva, para que los enunciados de los jueces sean verdaderos, deben derivarse del mejor argumento político/moral que ponga a la práctica jurídica bajo su mejor luz, pero de esto no se sigue que todos los enunciados de deber son verdaderos, sino sólo que es posible que lo sean.

Creo que el escepticismo tiene los recursos para alcanzar el mismo resultado, sin suponer que existen deberes jurídicos y sin sobreestimar el carácter cooperativo de la práctica jurídica. Como ya he dicho en el apartado anterior, cuando una jueza defiende la existencia de un deber, por lo general, lo hace sobre la base de un método interpretativo. Por lo tanto, proyecta sus actitudes, tanto hacia la acción como hacia el método que considera ofrece la mejor interpretación de la disposición normativa. Es por eso por lo que los desacuerdos sobre fundamentos son típicamente asociados con desacuerdos sobre la interpretación, es decir, sobre cuál es el mejor método interpretativo para asociar un sentido a la disposición. De hecho, si echamos de nuevo un vistazo a los casos que Dworkin utiliza en apoyo de su objeción, veremos que los jueces que desacuerdan sobre los fundamentos discuten en realidad acerca de cuál es el mejor método para la interpretación de una disposición normativa.⁵⁸ En *Riggs vs. Palmer*, Earl (en nombre de la mayoría) y Gray (en su opinión disidente) discuten sobre la interpretación de las disposiciones normativas que regulan el testamento. Mientras que Gray argumentó a favor de una interpretación literal, Earl afirmó que la interpretación debe basarse principalmente en un argumento contrafáctico sobre la intención del legislador (Ca-

sobre los fundamentos de sus enunciados de deber incurrirían o bien en una equivocación, o bien en un engaño (*the repair argument*).

⁵⁸ Véase Ratti (2008), para un análisis de las dos sentencias en este sentido.

nale y Tuzet, 2014, pp. 196-197).⁵⁹ Lo mismo ocurrió en *TVA vs. Hill*, la mayoría consideró que el sentido ordinario de la sección 7 de la “Ley sobre especies en peligro de extinción” era lo suficientemente claro y, además, que coincidía con la intención del legislador, tal como surgía de los registros de las discusiones legislativas. Por el contrario, el juez Powell, en su voto individual, exigió interpretar la disposición normativa de acuerdo con lo que él consideró como la intención contrafáctica del Congreso.

En ambos casos, la mayoría y la minoría acordaban sobre el objeto a interpretar, a saber, un texto emitido por el Congreso. Además, acordaban sobre las condiciones para la existencia del deber: el resultado de la interpretación de la disposición determina si existe un deber o no y su contenido. Pero tenían diferentes actitudes respecto tanto de la acción en cuestión, es decir, “conceder a Elmer la herencia de su abuelo” y “detener la terminación del dique Telli-co”, como, y más importante para el presente punto, respecto de la interpretación de la disposición. Que argumentaran en términos de verdad o falsedad es consecuencia del hecho de que proyectaron sus actitudes sobre la práctica jurídica. Tenían un desacuerdo en actitudes y, al proyectarlas sobre la práctica jurídica, se expresaron como si la propiedad de ser un deber y de ser el mejor método interpretativo fuesen parte de esa práctica.⁶⁰

Sobre esta base, el discurso de los jueces en casos de desacuerdo (de hecho, en todos los casos) puede explicarse sin recurrir a una teoría del error. La teoría puede hacer espacio para la existencia de desacuerdos genuinos sobre fundamentos. Estos desacuerdos no son otra cosa más que desacuerdos de actitudes respecto de los métodos interpretativos. Y son desacuerdos genuinos porque los jueces comparten una base común: el objeto de la interpretación, es decir, la disposición normativa.

⁵⁹ De hecho, Canale y Tuzet muestran que el argumento de principio desempeña sólo un papel secundario.

⁶⁰ Que los desacuerdos de actitudes son desacuerdos genuinos es una tesis de Charles Stevenson, cuyo *locus classicus* es Stevenson (1945/1971).

De nuevo, también en casos de desacuerdos, los jueces deben ganarse el derecho a hablar de verdad y esto depende de su capacidad para formar un conjunto mejorado de actitudes, donde se respeten la coherencia y la consistencia. Nótese que el convencionalismo escéptico no afirma que todo enunciado de deber formulado por los jueces en casos de desacuerdo tiene valor de verdad. De todos modos, a diferencia del convencionalismo cognitivo y análogamente a la teoría interpretativa de Dworkin, da cabida a la posibilidad de que lo hagan.

V. Conclusión

Las críticas de Hart marcaron durante mucho tiempo la suerte del escepticismo. Aquí intenté mostrar que el desafío de Dworkin a la teoría de Hart muestra que esta última no se encuentra en mejor posición que el escéptico respecto de esas críticas. Los filósofos que buscaron en las convenciones una salida al desafío de Dworkin han fracasado. Los convencionalistas comparten con Dworkin la afirmación según la cual explicar algunos de los rasgos centrales del derecho exige mostrar que existen deberes jurídicos y esta es la cadena que los mantiene acorralados en un pequeño rincón filosófico. Además, los ha llevado a exagerar el carácter cooperativo de la práctica jurídica.

He afirmado, en cambio, que la explicación de los enunciados de los jueces respecto de la existencia de deberes jurídicos y sus desacuerdos no requiere demostrar que tales deberes existen. En este sentido, he sostenido que cuando una jueza afirma que existe un deber, está expresando su actitud a favor de un estado de cosas en el que se lleva a cabo la acción debida. Además, los jueces no pronuncian esos enunciados libremente, sino que los apoyan en métodos de interpretación convencionales. Si nuestra jueza es favorable al textualismo, entonces expresará una actitud positiva hacia decidir el caso de esa manera particular debido a que la mejor interpretación de la disposición es la que le asigna su sig-

nificado literal. Por lo tanto, los enunciados de deber de los jueces son sólo una proyección de sus actitudes respecto tanto de la acción en juego como de la interpretación de la disposición normativa. Desde esta perspectiva, los desacuerdos sobre los fundamentos de enunciados de deber son sólo desacuerdos en actitudes, y estos son desacuerdos genuinos. Por otra parte, el discurso de los jueces en términos de verdad o falsedad puede ser conservado bajo un esquema cuasirrealista. Es decir, el valor de verdad del enunciado depende de que exista un conjunto mejorado de actitudes del cual pueda ser derivado el enunciado.

El convencionalismo ha permanecido encadenado por Dworkin durante mucho tiempo. Me parece que es hora de advertir que la naturaleza cooperativa de la práctica jurídica ha sido sólo una ilusión y que la explicación del lenguaje jurídico no exige mostrar la existencia de deberes jurídicos.

VI. Referencias

- Arena, F. J. (2012). Antirrealismo moral vs. positivismo jurídico. *Revista de Filosofía del Derecho; Infojus*, 1(2), 185-201.
- Arena, F. J. (2013). Una alternativa para el escepticismo interpretativo: convenciones y cuasirrealismo en la interpretación jurídica. *Doxa*, (36), 417-438.
- Bayón Mohino, J. C. (2002a). Derecho, convencionalismo y controversia. En P. E. Navarro y M. C. Redondo (Eds.), *La relevancia del derecho* (pp. 57-92). Gedisa.
- Bayón Mohino, J. C. (2002b). El contenido mínimo del positivismo jurídico. En V. Zapatero Gómez (Ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel* (Vol. 2; pp. 33-54). Universidad de Alcalá de Henares.
- Bjarup, J. (2000). Ought and Reality. Hägerström inaugural lecture re-considered. *Scandinavian Studies in Law*, 40, 11-72.
- Blackburn, S. (1984). *Spreading the word: groundings in the philosophy of language*. Clarendon Press.

- Blackburn, S. (1998). *Ruling passions*. Clarendon Press.
- Bouvier, H. (2012). *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*. Marcial Pons.
- Canale, D. y Tuzet, G. (2014). Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale. *Analisi e diritto*, 195-209.
- Celano, B. (2005). Legal reasoning: three key issues, and what philosophy can(not) do about them. *Analisi e diritto*, 99-114.
- Celano, B. (2010). Interazione strategica e convenzione. En B. Celano (Ed.), *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (pp. 281-322). Aracne. (Publicación original 1997).
- Celano, B. (2010). La regola di riconoscimento è una convenzione? En B. Celano (Ed.), *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (pp. 323-341). Aracne. (Publicación original 2003).
- Chiassoni, P. (2000). Interpretative Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes. *Analisi e Diritto*, 1999, 79-99.
- Chiassoni, P. (2004). Codici interpretativi: progetto di voce per un *Vademecum* giuridico. *Analisi e Diritto*, 2002-2003, 55-124.
- Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Il Mulino.
- Coleman, J. L. (2001). The conventionality thesis. *Philosophical Issues*, 11(1), 354-387.
- Coleman, J. L. (2001). Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. En J. L. Coleman (Ed.), *Hart's postscript. Essays on the postscript to "The concept of law"* (pp. 99-148). Oxford University Press. (Publicación original 1998).
- Den Hartogh, G. (2002). *Mutual expectations. A conventionalist theory of law*. Kluwer.
- Dickson, J. (2007). Is the rule of recognition really a conventional rule? *Oxford Journal of Legal Studies*, 27(3), 373-402.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, Trad.). Ariel. (Publicación original 1978).
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Fondo de Cultura Económica. (Publicación original 2011).
- Dworkin, R. (2017 [1994]). Hart's posthumous reply. *Harvard Law Review*, 130(8), 2096-2130. (Publicación original, 1994).

- Dworkin, R. (2022). *El imperio del derecho* (J. Losa y T. Céspedes, Trad.). Gedisa. (Publicación original 1986).
- Eliaeson, S., Mindus, P. y Turner, S. P. (Eds.). (2014). *Axel Hägerström and modern social thought*. The Bardwell Press.
- Gibbard, A. (2003). *Thinking how to live*. Harvard University Press.
- Green, L. (1999). Positivism and conventionalism. *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12(1), 35-52.
- Guastini, R. (2012). El escepticismo ante las reglas replanteado. *Discusiones*, 11, 27-58.
- Hägerström, A. (1952). *Moralpsykologi*. Natur och Kultur.
- Hägerström, A. (1953). *Inquires into the nature of law and morals* (C. D. Broad, Trad.; K. Olivecrona, Ed.).
- Hägerström, A. (1953). On the question fo the notion of law (C. D. Broad, Trad.). En A. Hägerström (Ed.), *Inquires into the nature of law and morals* (K. Olivecrona, Ed.; pp. 56-256). (Publicación original 1917).
- Hägerström, A. (1964a). *Philosophy and religion* (R. T. Sandin, Ed.). Routledge.
- Hägerström, A. (1964b). A summary of my philosophy. En A. Hägersström (Ed.), *Philosophy and Religion* (pp. 33-74). Routledge.
- Hägerström, A. (2014). On the truth of moral ideas. En S. Eliaeson, P. Mindus y S. P. Turner (Eds.), *Axel Hägerström and modern social thought* (pp. 409-428). The Bardwell Press. (Publicación original 1911).
- Hägerström, A. (1911). Om moraliska föreställningars sanning. En A. Hägerström, *Socialfilosofiska uppsatser* (pp. 35-65). Martin Fries.
- Hart, H. L. A. (1955). Review of Hägerström's inquires into the nature of law and morals. *Philosophy*, 30(115), 369-373.
- Hart, H. L. A. (1959). Scandinavian realism. *The Cambridge Law Journal*, 233-240.
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho* (G. Carrió, Trad.). Abeledo-Perrot. (Publicación original 1961).
- Hart, H. L. A. (1994). *The concept of law* (2a. ed.). Clarendon Press. (Publicación original 1961).

- Jamieson, D. (1975). David Lewis on convention. *Canadian Journal of Philosophy*, 5, 73-81.
- Joyce, R. (2007). Moral anti-realism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/entries/moral-anti-realism>
- Kyritsis, D. (2008). What is good about legal conventionalism? *Legal Theory*, 14(2), 135-166.
- Lagerspetz, E. (1995). *The opposite mirrors. An essay on the conventionalist theory of institutions*. Kluwer.
- Lewis, D. (1969). *Convention. A philosophical study*. Basil Blackwell.
- Marmor, A. (2009). *Social conventions. From language to law*. Princeton University Press.
- Marmor, A. (2011). Conventions revisited: a reply to critics. *Jurisprudence*, 2(2), 493-506.
- Marmor, A. (2014). Convenciones, razones y derecho. En L. Ramírez Ludeña y J. M. Vilajosana Rubio (Eds.), *Convencionalismo y derecho* (pp. 67-88). Marcial Pons.
- Mautner, T. (2014). Two kinds of anti-objectivism. En S. Eliaeson, P. Mindus y S. P. Turner (Eds.), *Axel Hägerström and modern social thought* (pp. 53-89). The Bardwell Press.
- Mindus, P. (2009). *A real mind. The life and work of Axel Hägerström*. Springer.
- Olson, J. (2014). *Moral error theory. History, critique, defence*. Oxford University Press.
- Petersson, B. (1973). *Axel Hägerströms värdeteori*. Uppsala University.
- Petersson, B. (2011). Axel Hägerström and his early version of error theory. *Theoria*, 77, 55-70.
- Petersson, B. (2014). Axel Hägerström on moral language. En S. Eliaeson, P. Mindus y S. P. Turner (Eds.), *Axel Hägerström and modern social thought* (pp. 33-52). The Bardwell Press.
- Postema, G. (1982). Coordination and convention at the foundation of law. *The Journal of Legal Studies*, 11(1), 165-203.
- Postema, G. (2011). *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world* (Vol. 11). Springer.
- Pritchard, D. (2019), *Skepticism. A very short introduction*, Oxford.

- Ratti, G. B. (2008). Los desacuerdos jurídicos en la jurisprudencia anglosajona. *Analisi e Diritto*, 301-331.
- Rawls, J. (1955). Two concepts of rules. *The Philosophical Review*, 64(1), 3-32.
- Raz, J. (1991). *Razón práctica y normas* (J. Ruiz Manero, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales. (Publicación original 1975).
- Ross, A. (1958). *On law and justice*. Stevens and Sons.
- Ross, A. (1968). *Directives and norms*. Routledge and Keagan Paul.
- Searle, J. R. (1994). *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje* (L. M. Valdés Villanueva, Trad.; 4a. ed.). Cátedra. (Publicación original 1969).
- Searle, J. R. (1997). *La construcción de la realidad social* (A. Domènech, Trad.). Paidós. Paidós. (Publicación original 1995).
- Searle, J. R. (2010). *Making the social world. The structure of human civilization*. Oxford University Press.
- Spaak, T. (2014). *A critical appraisal of Karl Olivecrona's legal philosophy*. Springer.
- Stevenson, C. L. (1971). *Ética y lenguaje* (E. A. Rabossi, Trad.). Paidós. (Publicación original 1945).
- Swaminathan, S. (2014). Toh's Hartian project: expressivist turn, relativist returns. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 39, 87-117.
- Swaminathan, S. (2016). Projectivism and the metaethical foundation of the normativity of law. *Jurisprudence*, 7(2), 231-266.
- Toh, K. (2005). Hart's expressivism and his Benthamite project. *Legal Theory*, 11, 75-123.
- Toh, K. (2011). Legal judgments as plural acceptance of norms. En L. Green y B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (pp. 107-137). Oxford University Press.
- Vilajosana Rubio, J. M. (2010). Una defensa del convencionalismo jurídico. *Doxa*, (33), 471-501.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Arena, Federico José, "Escepticismo jurídico y convenciones. Los límites del convencionalismo y el desafío de Dworkin", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19534. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19534>

APA

Arena, F. J. (2025). Escepticismo jurídico y convenciones. Los límites del convencionalismo y el desafío de Dworkin. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19534. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19534>

Reseñas

Herrera Fragoso, A. (2022). *Derechos humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas, tomo I: Sustento histórico y filosófico de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch.

Javier Saldaña Serrano

 <https://orcid.org/0000-0002-2050-034X>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: javiers@unam.mx

RECIBIDO: 8 de agosto de 2024

ACEPTADO: 14 de septiembre de 2024

PUBLICADO: 19 de noviembre de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19427>

Debe saludarse con especial gusto la aparición del libro *Derechos humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas*. Las razones del entusiasmo son muchas; yo ofreceré aquí cinco que tienen como pretensión destacar las virtudes —necesariamente generales— de la obra objeto de esta reseña. ¿Por qué digo virtudes generales del trabajo?, la razón es simple, en esta reseña no enfatizaré críticamente —como suele hacerse en la mayoría de las reseñas— algunos aspectos particulares de tal o cual capítulo del libro, ya que sería prácticamente imposible en un trabajo que consta de casi 1000 páginas. Hay, sin embargo, una razón de fondo, y ésta tiene que ver con el hecho evidente, que coincido prácticamente con todos los trabajos que se encuentran en la obra. Así, sólo destacaré en comentarios generales los aspectos más relevantes de la aparición de ese libro.

En su estructura general el libro se divide en 36 capítulos, un extenso prólogo y una introducción bien logrados. Los primeros cuatro trabajos se refieren a lo que podríamos llamar la parte histórica del derecho natural, destacando el trabajo de Alejandro Martín García, titulado “Génesis y desarrollo del iusnaturalismo clásico de la Edad Antigua a la Edad Moderna”, por la precisión de los datos y las fuentes consultadas.

La segunda gran parte del libro —compuesta por 32 capítulos— estaría constituida por la referencia y tratamiento de los derechos humanos en diferentes temas; por ejemplo, el reconocimiento de la persona como fundamento de estos derechos; la importancia que hoy tiene el derecho

internacional para la protección de los derechos humanos; las características y los principios que los rigen, o la vinculación que tienen tales derechos en el desarrollo de las nuevas tecnologías y que plantean cuestionarse sobre si asuntos como la eugenesia, las técnicas de reproducción asistida, el derecho a tener hijos, los flujos de información y el derecho a la intimidad, entre otros, deben ser considerados como derechos humanos o definitivamente rechazarlos.

Señalado lo anterior, es importante decir, en primer lugar, que el libro *Derechos humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas* viene a llenar un vacío existente en la cultura jurídica mexicana dedicada al estudio y reflexión del derecho natural y de los derechos humanos. Esto porque hoy en México se está viviendo un tsunami bibliohemerográfico en materia de derechos humanos. No hace falta más que asistir a cualquier librería para darse cuenta de que los libros y revistas sobre derechos humanos superan con mucho los mismos ejemplares de otras materias, también jurídicas. Esto, en mi opinión, está resultando dañino y perjudicial para los derechos humanos, entre otras razones, porque es tal el número de temas sobre los que se escribe y desde tantos puntos de vista —muchas veces hecho por aficionados— que resulta prácticamente imposible reconocer en ellos una cierta unidad en la comprensión de los derechos, acarreado con ello una difuminación o dispersión de tales derechos. Actualmente se habla tanto de derechos humanos que prácticamente resulta vano referirse a ellos, porque no se sabe ya qué es un derecho humano y cuándo estamos ante algún derecho inauténtico.

Ahora bien, si uno echara un vistazo por esa enorme cantidad de libros y artículos escritos sobre derechos humanos, notaría que son muy pocos los relativos al tratamiento de su historia, menos aún los escritos sobre su fundamentación filosófica, y prácticamente inexistentes los elaborados desde bases iusnaturalistas. Por eso es importante el libro *Derechos humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas*, porque ofrece un tratamiento riguroso de los más significativos temas en materia de derechos humanos, desde los aspectos históricos de éstos hasta los propiamente actuales, como el interesantísimo trabajo de la profesora Laura Palazzani, titulado “Los derechos de la persona y el mejoramiento humano”. Pero también existen otras formas novedosas de abordar estos derechos, aun dentro del iusnaturalismo, como la aportación del profesor Vicente Bellver, titulado “Vulnerabilidad y derechos humanos: la fuerza directiva de la condición humana”.

En esta línea habrá que decir que el libro que reseñamos tiene la virtud de dar por sentado el conocimiento del iusnaturalismo clásico, una corriente de pensamiento fuertemente criticada y maliciosamente olvidada

en algunos círculos académicos universitarios. Esto se puede comprobar en el caso de México, país que se caracterizó por tener una fuerte y consolidada cultura iusnaturalista, pero que decayó al finalizar el siglo anterior. Este es el segundo dato que me gustaría apuntar sobre la obra reseñada.

Pienso que el libro coordinado por el doctor Herrera Fragoso no sólo viene a llenar un déficit en el universo de los libros que aparecen sobre derechos humanos en México, sino que además completa un espacio que se está llenando de a poco, también en la cultura jurídica iusnaturalista de este país. De esta manera, si uno lee a los principales autores iusnaturalistas mexicanos, o aquellos pensadores cercanos a esta corriente, pronto puede advertir que nadie, o casi nadie, dedica un apartado específico a tratar filosóficamente estos derechos. Así, no hay un tratamiento en la obra de H. Antonio Gómez Robledo, tampoco en el libro de H. Rafael Preciado Hernández, ni en Eduardo García Máynez, o Luis Recaséns Siches; quizá podemos aventurar que mentes preclaras como las de ellos no desarrollaron *in extenso* este tema en gran medida porque advertían la manipulación que de estos derechos se haría en el futuro, a pesar de que también sabían que la materia de los derechos humanos claramente se explica mejor desde la postura iusnaturalista.

Más allá de lo anterior, *Derechos humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas*, se suma al trabajo que venimos realizando desde hace tiempo en la UNAM, y que comenzó con la publicación de un libro precisamente sobre derechos humanos aparecido 1997 (con tres reediciones posteriores), titulado *Problemas actuales de derechos humanos*, y en el que presentamos algunos de los argumentos centrales del derecho natural clásico de la mano de plumas tan autorizadas como las de Francisco Carpintero Benítez, Mauricio Beuchot, Francesco D'Agostino, Carlos I. Massini, Andrés Ollero Tassara, entre otros. Este fue el primer trabajo iusnaturalista dedicado a los derechos humanos en México que trataba diversos tópicos relativos a estos derechos, pero todos desde una matriz común como es la iusnaturalista. Ahora, con un trabajo más robusto, mucho más variado y rico en temas, aparece este libro coordinado por el doctor Herrera Fragoso, continuando con los esfuerzos de presentar un iusnaturalismo renovado.

Sobre lo último apuntado quisiera hacer un tercer comentario. Este se refiere a que el contenido de la obra que reseñamos ofrece un iusnaturalismo modernizado, diríamos un iusnaturalismo vivo, que se aleja de esos trabajos que presentaban a esta corriente llenos de referencias metafísicas que muchas veces costaba mucho trabajo entender, y que en algunos casos fueron definitivamente abandonados, no porque la metafísica sea una materia inútil, sino porque hoy la gente estudia poco, o no

estudia. *Derechos humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas*, vuelve a la vida una corriente que ha estado en la base de nuestras reflexiones más profundas sobre el derecho, pero esta vez con bríos renovados.

Así, por ejemplo, qué duda cabe el realce que tienen temas tan significativos como la protección de los tribunales internacionales de los derechos humanos y que parten del reconocimiento de la persona como sujeto de este derecho supranacional; los derechos humanos contemporáneos, a los que una parte de la doctrina identifica bajo el nombre de derechos humanos de la tercera generación; el tema de la paz y la no violencia; las técnicas de reproducción asistida o un presunto derecho al hijo; la eugenesia, la maternidad subrogada; o una nueva consideración de los derechos que intenta ser un puente entre la ética de los derechos y la ética de los deberes humanos, etcétera. ¿Tiene algo que decir el derecho natural clásico sobre todos estos asuntos, o tendríamos que aceptar que los tiempos que corren han rebasado, y con mucho, a las especulaciones iusnaturalistas? El lector atento podrá darse cuenta de que el derecho natural ofrece una serie de argumentos actuales que si son estudiados sin prejuicio servirían mucho en las reflexiones contemporáneas sobre derechos humanos.

Mi cuarto comentario es que la presentación de un derecho natural renovado pasa necesariamente por preguntarse cuál es el lugar que ocupa Dios en la explicación de este derecho. Como sabemos, el desconocimiento del derecho natural ha llevado —casi siempre— a identificar la existencia de este derecho con Dios, es decir, erróneamente suele sostenerse que una confesión religiosa —la católica en este caso— está detrás de la defensa del derecho natural. ¿Esto es verdad?

Creo que sólo desde la mala fe y desde la ignorancia se puede sostener esto. Desde la mala fe porque en un mundo ideologizado como el de hoy, afirmar que uno es defensor de los derechos humanos asumiendo una perspectiva iusnaturalista es exponerse a la descalificación *per se*, pues, como dijimos, falsamente se cree que detrás de esos argumentos se esconde un adoctrinamiento, nada académico, ni nada científico. Con esto pareciera que los únicos que estarían autorizados para hablar de los derechos humanos son los ateos, agnósticos o relativistas morales, como si sólo ellos tuvieran credenciales de rigurosidad intelectual. *Derechos humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas* nos da cuenta de que esto no es así, y de que los estudiosos de los derechos humanos pierden una enorme riqueza científica al dejar de lado tan rico arsenal argumentativo. No hace falta más que ver la nómina de grandes personalidades académicas, nacionales y extranjeros, que firman los trabajos que en este libro aparecen para darse cuenta de la importancia de sus tesis y de que nada tienen de confesionalidad.

Pero también es importante decir que afirmar la necesaria identificación entre el derecho natural y Dios refleja una profunda ignorancia, al menos por dos razones. La primera es de carácter histórico. Recordemos que uno de los primeros en referirse al derecho natural fue Aristóteles, y este pensador no conoció al Dios del cristianismo. Los juristas romanos de la época clásica tampoco conocieron al Dios de los cristianos, y si lo conocieron fue para perseguirlo, no para que sirviera de fundamento de su derecho. Fue hasta Tomás de Aquino, es decir, más de mil años después, que podemos encontrar a un pensador cristiano que trató —en sus reflexiones filosóficas, no teológicas— el tema del derecho natural como antes lo habían hecho el de Estagira y los juristas latinos.

Se puede decir, con bastante autoridad, que el Aquinate no justificó la existencia del ius, de la ley o de la justicia desde Dios, sino desde la razón natural. Así, por ejemplo, al comentar Tomás de Aquino los diversos significados del ius y la comprensión de éste en su sentido focal, jamás cita a Dios o a la *Biblia*, y esto mismo podríamos decirlo para el caso de la ley natural o de la virtud de la justicia. ¿De dónde entonces surge la explicación de que para defender el derecho natural es necesario ser creyente?

La segunda razón es la siguiente, y es que, como todos sabemos, la creencia en Dios nos la da la palabra revelada en las escrituras; para los católicos, por ejemplo, la *Biblia*. Este es el libro inspirado por Dios, ahí están sus preceptos y los mandamientos a seguir, pero las reglas de derecho natural no son productos de esta autoridad, sino de la razón natural del hombre, específicamente de una razón práctica que como regla nos dice que debemos cumplir con nuestras obligaciones contractuales: que debemos respetar el derecho de propiedad de nuestro vecino, que no debemos beneficiarnos de nuestros delitos, etcétera; así, el derecho natural es derecho no teología.

El contenido del libro que ahora comentamos claramente se encuentra en la línea de proponer una serie de argumentos racionales y razonables que dan cuenta del actuar humano en sociedad, creamos o no en Dios. De este modo y si vemos el índice del libro no alcanzaremos a observar un solo trabajo que tenga a Dios como argumento de autoridad. Hay uno, el de José Carlos Abellán Salort titulado “Derechos humanos y doctrina social de la Iglesia”, pero en éste sólo se recoge el punto de vista jurídico, no teológico, de la Iglesia católica respecto a ciertos derechos. Una perspectiva muy respetable y opinable, pero nunca propuesta como dogma de fe. En este sentido, creo que debemos superar la minoría de edad intelectual y acercarnos al libro sin los prejuicios que suelen acompañar la referencia al derecho natural. Lo otro no es otra cosa que falta de rigor y parcialismo ideológico.

Un último comentario —el quinto— desearía hacer, y se refiere al contenido general del libro, esto es, a la comprensión general de los derechos humanos. Quizá con una pregunta pueda centrar mejor mi comentario. En un mundo cautivado por la cultura de los derechos humanos, ¿cómo hemos de entender estos derechos y cuál es la perspectiva que deberíamos asumir a la hora de explicar y defender los mismos desde un iusnaturalismo renovado?

No se comete ninguna imprecisión si afirmamos que el discurso contemporáneo de los derechos humanos los ha hecho pasar como derechos *beneficio* o derechos *ventaja*, radicados en el interés que puede representarles a quienes son sus titulares. Así, por ejemplo, hoy se habla de derechos de lo más variopinto; igual se acepta como derecho humano la disposición del propio cuerpo, que el derecho de las rocas a no ser maltratadas; asimismo, es hoy un derecho humano el derecho de los animales a no ser maltratados y el derecho de los ríos a no ser contaminados. Hoy asistimos a una “inflación de derechos” que esperemos no termine explotándonos. No es la perspectiva de los derechos *beneficio* o *elección* la que el lector encontrará en este libro, sino más bien, observará una fuerte crítica a esta posición de los derechos humanos.

Me parece que otra manera de comprender los derechos —en mi opinión más rigurosa y más efectiva para su protección— es la teoría de la fundamentación de los derechos humanos a partir de bienes humanos básicos. Es la propuesta del profesor emérito de la Universidad de Oxford John Finnis que en gran medida reproduce —con los matices y aclaraciones de una propuesta original— la tradición clásica de la ley natural aristotélico-tomista.

Para Finnis, los derechos humanos no pueden estar basados en simples elecciones o intereses, tampoco pueden estar justificados en los beneficios que pueden acarrear a su titular, sino en un conjunto de bienes, que denomina bienes humanos básicos y que son el contenido de los derechos humanos más elementales del ser humano.

De este modo, y considerando la original lista que habría propuesto, el primer bien a considerar es el de la vida, que sería el contenido del derecho humano a la vida y a todo aquello que ayude a su conservación y propagación. En segundo lugar, el bien humano del conocimiento que sería el contenido del derecho humano a la educación. En tercer lugar, estaría el bien humano del juego, que sería el contenido del derecho humano al esparcimiento como actividad que se disfruta por sí misma. En cuarto lugar, la experiencia estética, contenido del derecho a la cultura, o al resguardo de todas aquellas expresiones de contenido inmaterial para la humanidad. En quinto lugar, la sociabilidad o amistad, que vendría a ser

el contenido de todo aquel derecho humano que se refiriera a la asociación de personas. En sexto lugar, el bien humano de la razonabilidad práctica, que sería el contenido del derecho humano a la realización de toda aquella acción con trascendencia moral. Finalmente, el bien humano de la religión, que sería el contenido del derecho humano a la libertad religiosa.

A partir de esta lista de bienes humanos básicos se abre toda una nómina de derechos humanos que son los que ayudan al florecimiento humano, y son de todos ellos de los que habla este magnífico libro *Derechos humanos: perspectivas de juristas iusnaturalistas*.

No quiero terminar esta breve reseña sin felicitar al doctor Herrera Frago por este titánico esfuerzo de compilación y reflexión. Estamos seguros de que el lector interesado en el estudio de los derechos humanos verá con buenos ojos la lectura de este voluminoso ejemplar que servirá para entender y proteger mejor los derechos humanos, empresa en la que la sociedad occidental se ha embarcado desde hace siglos y de la que esperamos salir bien librados de la mano del derecho natural.