

# DISCUSIONES XIV

Derecho  
y práctica social



## **Director**

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

## **Secretarías de redacción**

Daniela Domeniconi (UNC), Samanta Funes (UNC)

## **Comité Editorial**

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)

Federico José Arena (CONICET)

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)

Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paul Hathazy (CONICET)

Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)

Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Laura Manrique (CONICET)

Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)

Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)

Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba)

Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)

Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)

Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)

Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Sección *Discusiones: Cortes*

Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido

Sección *Discusiones: Libros*

Responsable: Pau Luque Sánchez

Las sugerencias o colaboraciones deben enviarse a la siguiente dirección:

samantaborz@gmail.com (Samanta Funes)

y danidomeniconi@gmail.com (Daniela Domeniconi)



*Diagramación interior y tapa:* Fabián Luzi

### **A modo de agradecimiento**

A partir del presente número la revista *Discusiones* cambia su secretaría de redacción. Desde el inicio de nuestra revista, hasta el número XIII incluido, la secretaría de redacción estuvo a cargo de Inés Álvarez. Su trabajo y dedicación profesional ha sido invaluable. Colaboró de manera incansable en los primeros diez números bajo la dirección de Pablo Navarro, y prosiguió con su generosa participación desde el número XI, en la nueva generación de la revista. Los teóricos y filósofos suelen devanarse los sesos tratando de caracterizar qué es o qué cuenta como una “condición necesaria”. Pues bien, si ha de buscarse un caso paradigmático de una condición necesaria, debería mirarse el trabajo de Inés Álvarez en *Discusiones*. Sin su generosa colaboración, esta empresa editorial no habría sido posible. Gracias, Inés.

Hernán G. Bouvier  
Director



DISCUSIONES XIV  
“Derecho y práctica social”

Giovanni Tuzet (Editor)

ÍNDICE

SECCIÓN I: **DISCUSIÓN**

Introducción: “Ontología social y práctica jurídica: un debate” .. GIOVANNI TUZET ( <i>Università Bocconi, Milán, Italia</i> )	9
Austin, Hart y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social ..... CARLOS BERNAL PULIDO ( <i>Macquarie Law School, Sídney, Australia</i> )	21
¿El derecho está fundado en la acción colectiva? Comentario al artículo de Carlos Bernal..... DAMIANO CANALE ( <i>Università Bocconi, Milán, Italia</i> )	73
Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho ..... RICHARD EKINS ( <i>St. John’s College, Oxford, Reino Unido</i> )	113
Intencionalidad colectiva y estructura ontológica del derecho. Una respuesta a Richard Ekins y Damiano Canale ..... CARLOS BERNAL PULIDO ( <i>Macquarie Law School, Sídney, Australia</i> )	145

SECCIÓN II: **DISCUSIONES: CORTES**

Notas y preguntas sobre los usos del derecho comparado por la Corte IDH .....	175
LAURA CLÉRICO ( <i>Universidad de Buenos Aires; Universidad Erlangen/ Nürnberg, Alemania - CONICET, Argentina</i> )	

SECCIÓN III: **DISCUSIONES: LIBROS**

Comentarios a El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles, de Rocío Orsi .....	221
GUILLERMO LARIGUET ( <i>Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, CONICET</i> )	

SECCIÓN IV: **BALANCE DE UNA DISCUSIÓN**

Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación	253
GIOVANNI BATTISTA RATTI ( <i>Università di Genova, Italia</i> )	
Instrucciones para los autores .....	279

*Sección I*  
Discusión



## Ontología social y práctica jurídica: un debate

Giovanni Tuzet\*

(Traducción del inglés de Diego Dei Vecchi)

Recepción y evaluación de propuesta: 1/7/2013

Aceptación: 1/10/2013

Recepción y aceptación final 3/6/14

**Resumen:** La presente discusión reúne cuatro textos que discuten sobre una cuestión central para los teóricos del derecho. En efecto, si se considera que el derecho es una práctica social, en qué sentido ello se vincula con diferentes teorías del derecho (Austin, Hart, Shapiro) y cuál de ellas puede dar cuenta mejor de lo que usualmente se asocia al derecho.

**Palabras clave:** derecho, práctica social, acción grupal.

**Abstract:** The present debate gathers four papers discussing a central question in legal theory. In effect, the discussion regarding if and in what sense the law is a social practice, the proper relation between different theories of law (Austin, Hart, Shapiro), and which among them gives the proper account of what it is normally associated to the concept of law.

**Key words:** law, social practice, joint action.

El presente número de esta revista acoge de manera encomiable un debate sobre la ontología social del derecho. Se trata de un debate generado por el artículo de Carlos Bernal *Austin, Hart y Shapiro: tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social*. Dos académicos, Damiano Canale y Richard Ekins, comentaron tal artículo, en tanto que Bernal aceptó escribir algunas réplicas a sus

\* Universidad Bocconi (Milán, Italia).

comentarios críticos. En esta breve introducción trato de arrojar alguna luz sobre los que considero los aspectos principales del debate.

Como editor de la discusión, me gustaría poner de manifiesto que el debate concierne básicamente a lo que llamaré la ontología-proceso. Como una entidad, o mejor, un conjunto de entidades, el derecho es ontológicamente distinto respecto del proceso que lo genera. De modo que si queremos indagar acerca de la naturaleza del derecho, debemos distinguir la *ontología-proceso* de la *ontología-resultado* (u *ontología-entidad* si se prefiere). En mi opinión, las intenciones y los actos colectivos pertenecen al reino de lo primero. Las reglas y los procedimientos jurídicos pertenecen a lo segundo. Ello es así dado que una cosa son las condiciones bajo las cuales el derecho es producido, y otra muy distinta el derecho en sí, aun cuando ambas cuestiones están estrechamente relacionadas por el simple hecho de que la primera produce a la segunda<sup>1</sup>. Kelsen lo dice de este modo:

“El acto creador de la norma es un hecho que existe en el tiempo y el espacio y que puede ser percibido por nuestros sentidos. Este hecho puede ser descripto mediante un enunciado del *ser*. Pero este hecho es diferente respecto a su significado – esto es, la norma – que es el objeto de la teoría del derecho, y que no puede ser descripto mediante un enunciado del *ser*, sino solamente a través de un enunciado de *deber ser*<sup>2</sup>.”

En sentido similar, el proceso de escritura de un poema es distinto a —aun que está estrechamente relacionado con— el poema mismo.

Por una parte, debe ponerse el foco de atención en el proceso de creación y mantenimiento de una sociedad política o una comunidad dotada de un sistema jurídico. Por la otra, debe apuntarse a los resultados de ese proceso y en particular a las reglas y las disposiciones que establece para la vida de la sociedad o la comunidad. Qué se

<sup>1</sup> He subrayado ya este punto al discutir el convencionalismo de Marmor, en Tuzet, G., “The Social Reality of Law”, en *Analisi e diritto*, 2007, págs. 179-198; en particular, págs. 189, 194.

<sup>2</sup> Kelsen, H., “What is the Pure Theory of Law”, *Tulane Law Review*, 34, 1960, pág. 271.

encuentra primero —desde el punto de vista conceptual— es difícil de decir. Se trata de una forma del problema o la paradoja del “huevo y la gallina”<sup>3</sup>. Las gallinas no pueden existir sin huevos de gallina, y viceversa. Las instituciones jurídicas no pueden existir sin normas jurídicas confiriendo a ellas algunos poderes jurídicos, y viceversa: las normas jurídicas no pueden existir sin instituciones jurídicas o autoridades que las creen. Pero desde un punto de vista explicativo asumo que las cosas son menos problemáticas en nuestro caso que en el de las gallinas: el proceso social generador de derecho es explicativamente prioritario respecto de los resultados que produce.

Tradicionalmente la teoría del derecho ha estado preocupada por la ontología-resultado. Una pregunta como “¿qué es una norma jurídica válida?” es un típico ejemplo de ello. Ahora bien, para volver sobre el punto, pienso que el presente debate atañe principalmente a la ontología-proceso del derecho, esto es, a las condiciones bajo las cuales el derecho es generado. Por lo tanto, no ha de buscarse aquí una aproximación ontológica al derecho si uno está interesado en la ontología-resultado. Esta discusión constituye más bien un estudio fundamental acerca de las condiciones sociales de aquella.

El artículo de Bernal comienza resaltando que la realidad social es diferente de la realidad natural (una ley es ontológicamente distinta a un tigre, en el sentido de que pertenecen a categorías fundamentalmente diferentes). La ontología social es una rama de la filosofía analítica que estudia la naturaleza y las propiedades de las entidades sociales. Ahora bien, la realidad social es generada por la acción intencional colectiva, continúa Bernal, y el derecho pertenece a la realidad social.

La herramienta teórica central del artículo de Bernal es la *tesis de la práctica social*; el derecho, entendido como un conjunto de normas válidas, está fundado en una práctica social. Una práctica social es concebida como un conjunto de acciones intencionales colectivas recurrentes. Una acción es tal, para Bernal, si se cumplen dos

<sup>3</sup> Véase Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, pág. 39 y ss. Cfr. también Weinberger, O., “Institutionalist Theories of Law”, en Amselek, P. y MacCormick, N. (eds.), *Controversies About Law's Ontology*, Edinburgh, Edinburgh UP, 1991.

condiciones: 1) que ella sea llevada a cabo por múltiples agentes individuales actuando conjuntamente como un grupo; 2) que los agentes individuales que actúan conjuntamente lo hagan de acuerdo con —y en razón de— ciertas intenciones comunes [*'we-intentions'*]<sup>4</sup>.

Austin, Hart y Shapiro proporcionan, de acuerdo con Bernal, tres teorías del derecho que ejemplifican la tesis general del derecho como entidad fundada en una práctica social así definida.

Algunos méritos y límites de la teoría de Austin se ponen eventualmente de manifiesto. Entre los límites, Bernal destaca el *problema de la colectividad* y el *problema de la normatividad*. Respecto del primero, el hábito general de obediencia que debe darse para definir al soberano de Austin no es necesariamente una acción colectiva. Puede hacerse de él tanto una lectura distributiva como una colectiva. Respecto del segundo problema, el hábito general de obediencia no logra capturar la normatividad del derecho, esto es, la capacidad de la autoridad del derecho de generar obligaciones jurídicas.

Luego Bernal se ocupa de la afirmación hartiana según la cual el derecho se funda en una práctica social normativa consistente en la aceptación de reglas sociales. Para Hart, la actitud de aceptar las reglas implica tres tipos de actividades sociales: el hábito de obediencia, el hábito de criticar las desviaciones y el hábito de tomar las críticas como legítimas. Pero una vez más encontramos el problema de la lectura distributiva de las actitudes relevantes, a saber: la aceptación de reglas de Hart, lo cual hace imposible explicar la dimensión social del derecho y la práctica jurídica. Por lo demás, para Bernal, en tanto que la teoría de Hart pone el foco de atención en los funcionarios jurídicos en particular (no es una condición necesaria para que haya un sistema jurídico que los ciudadanos también acepten las reglas), la caracterización del derecho como una amplia práctica oficial y no social torna a la teoría incapaz de explicar por qué tal práctica oficial da lugar a reglas que son jurídicamente vinculantes para toda la sociedad (el problema de la normatividad nuevamente).

---

<sup>4</sup> Cf. en particular Searle, J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995, págs. 23-26.

Finalmente, Bernal hace observaciones sobre Shapiro y la teoría del derecho como plan. Los planes son normas y la actividad jurídica es una forma de planificación social centrada en el así llamado plan maestro. De acuerdo con Shapiro, la coerción no es una propiedad esencial del derecho; por otro lado, sostiene que el derecho tiene necesariamente un propósito moral porque el propósito fundamental de la actividad jurídica es solucionar las deficiencias morales de las circunstancias de legalidad. Para Bernal, Shapiro encara mejor que Austin y Hart los problemas mencionados, dado que la planificación social es necesariamente una actividad colectiva y dado que los requerimientos de la racionalidad instrumental junto con la tesis del propósito moral proporcionan una respuesta al problema de la normatividad. Como fuere, dice Bernal, dos preguntas críticas surgen sobre la teoría de Shapiro: 1) ¿requiere la práctica jurídica que cada una de las autoridades oficiales participe activamente mediante sus acciones individuales y sus intenciones cooperativas en las acciones del grupo relevantes para crear y ejecutar los planes? 2) ¿Es este concepto de plan apropiado frente a la preocupación por la normatividad del derecho? Con respecto a la primera cuestión, nos enfrentamos al problema de la alienación, esto es, la situación de participantes que acatan las reglas sin estar vinculados por ellas. Con respecto a la segunda cuestión, Bruno Celano ha argumentado recientemente<sup>5</sup> que los planes (entendidos como Bratman lo hace, quien es la fuente inspiradora de Shapiro en esta materia) son producidos y aplicados por el agente mismo para su propia actuación y deliberación futuras (ellos son una herramienta de auto-administración), y por lo tanto no pueden ser usados para analizar el derecho y la normatividad jurídica, dado que la finalidad de la autoridad del derecho es establecer y aplicar planes para otros.

Bernal trata de rebatir estos ataques a la teoría y las afirmaciones de Shapiro, en particular, que la aceptación del plan maestro no es necesariamente explícita: ella puede ser tácita, y todavía puede

---

<sup>5</sup> Véase Celano, B., "What can Plans do for Legal Theory?", en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013.

fundarse en actividades colectivas (en parte intencionales y en parte no intencionales)<sup>6</sup>.

El artículo de Canale, “¿El Derecho está fundado en la Acción Colectiva?”, pone de manifiesto algunas ventajas de la estrategia de Bernal en cuanto investigación acerca de la naturaleza del derecho, pero también algunos de sus inconvenientes. En particular, el hecho de que un cierto enfoque del derecho no encuadre con la tesis de la práctica social no prueba que tal enfoque sea inadecuado, ni que la tesis de la práctica social sea verdadera. Adicionalmente, de acuerdo con Canale, uno ha de notar que hay al menos dos modos de leer a los clásicos, como Austin y Hart: estratégicamente, por un lado, o de manera no comprometida, por otro, consistiendo lo primero en “renovar” el pensamiento de un autor en el marco de las cuestiones hodiernas, y consistiendo lo segundo en analizar un texto filosófico en sus propios términos y en su contexto. El enfoque de Bernal es estratégico, sostiene Canale, al tiempo que adoptando él mismo una actitud descomprometida afirma que una tal lectura de Austin, Hart y Shapiro pone en duda la tesis de la práctica social de Bernal, dado que sus teorías proveen algunos argumentos en favor de lo contrario, esto es, muestran que el derecho no posee necesariamente las características que Bernal considera que posee. De hecho, de acuerdo con Canale, el derecho posee algunos rasgos particulares que lo distinguen de otros fenómenos sociales (en particular, involucra especiales relaciones verticales y no constituye una actividad cooperativa, irenista, dado que abarca profundos desacuerdos y se vincula con el conflicto social).

Canale considera que el hábito de obediencia de Austin no puede ser traducido en la noción de acción intencional colectiva recurrente sin perder su significado y su significancia teórica, dado que su imagen del derecho es fundamentalmente no cooperativa y basada

<sup>6</sup> Esto me recuerda a la estrategia de Austin para defender la pretensión de que todo el derecho es mandato: el mortal contraejemplo del derecho consuetudinario es concebido como un mandato tácito del soberano. Véase Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, The Nooday Press, 1954 [1832], págs. 30-32. Debo agregar que soy escéptico acerca de la fuerza argumentativa de tales estrategias re-definicionales.

en relaciones verticales entre el soberano y los otros miembros de la sociedad política. En lo relativo al problema de la normatividad, Canale cree que el enfoque de Austin no es defectuoso, por cuanto proporciona una explicación psicológica y utilitaria de por qué las normas jurídicas guían la acción, y porque conecta esta explicación con el hábito general de obediencia.

Pasando a Hart, Canale subraya su explicación sociológica de la conformidad a las reglas y la afirmación; desde un punto de vista conceptual, hay una “relación interna” entre regla y práctica: en este sentido, de acuerdo con Hart, hablando estrictamente no es correcto decir que una práctica genera una regla, desde que participar en la práctica es seguir la regla pertinente o el conjunto de reglas, y viceversa. Esta suerte de argumento wittgensteiniano proporciona también una solución al problema de la normatividad (una solución deflacionaria, diría), dado que, para superarlo, es suficiente con especificar bajo qué condiciones la conducta humana puede ser apropiadamente descrita como gobernada por el derecho, haciendo abstracción de las efectivas intenciones de los participantes y de los destinatarios del derecho en particular. (Nótese que esta lectura de Hart es significativamente distinta de la lectura de Ekins, enfocada más bien en la actitud intencional de aceptación de reglas).

En cuanto a la visión de Shapiro y su apreciación por parte de Bernal, Canale sostiene que Bernal omite el carácter institucional del derecho reconocido por Shapiro como un rasgo distintivo. Este rasgo debilita una vez más la dimensión intencional del derecho, dado que Shapiro deja lugar para pensar acerca del derecho como una tecnología social impersonal que ayuda a resolver conflictos morales y sociales. Con excepción del plan maestro, en actividades masivas compartidas, las intenciones comunes pueden ser sustituidas por procedimientos comunes [*we-procedures*] expresados por normas tipo plan [*plan-like norms*]. En relación con el problema de la normatividad, Canale señala *inter alia* (utilizando un argumento formulado por Broome) que sobre la racionalidad instrumental solo puede darse una lectura de amplio alcance: la apreciación de la racionalidad no puede limitarse a medios, dado que incluye los fines. Por lo tanto, la adopción de

un plan no es una condición suficiente para tener la obligación de llevarlo a cabo (de acuerdo al mencionado principio de la racionalidad instrumental): los planes no poseen la fuerza normativa del “deber”, escribe Canale; más bien, ellos instancian requisitos de coherencia de medios-resultados los cuales son de ayuda en la evaluación de la acción humana. Por esta y otras razones puestas de manifiesto por Canale (incluida la objeción de Celano), Bernal no debería adoptar la teoría de los planes de Shapiro como una concepción adecuada de la práctica en la fundación del derecho.<sup>0</sup>

El artículo de Ekins, “Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho”, valora positivamente la hipótesis de que el derecho es una especie de acción conjunta y una forma de realidad social, pero sostiene que no se trata solo de una realidad social: la realidad del derecho, de acuerdo con Ekins, ha de encontrarse en la razón y en los hechos, lo cual significa que la teoría del derecho debería esforzarse por explicar cómo es que hechos sociales pueden dar lugar a razones para la acción. Sin lugar a dudas, esto es lo que sucede cuando el derecho funciona correctamente o, en otras palabras, en el caso central de legalidad. Ekins piensa que Shapiro y Bernal no prestan suficiente atención a la agencia de grupo, dado que se centran, en cambio, en la acción conjunta *simpliciter*, sin atender a cómo un grupo se forma para actuar de un modo tal que evite la incoherencia o la inconsistencia, lo cual es el caso cuando el derecho funciona bien. Esta puede ser una falla en la mayor parte de la ontología social contemporánea, pero para Ekins no lo es en Tomás de Aquino ni en otros pensadores clásicos, como Hobbes, Locke y Rosseau, quienes muestran similar interés en la realidad social de la comunidad política, entendida como un grupo constituido por partes actuando conjuntamente.

Más en particular, más allá de su simpatía general por el enfoque de Bernal, Ekins tiene algunas objeciones para hacer a sus lecturas de Austin y Hart, y algunos desacuerdos — profundos, de hecho— con la teoría de Shapiro. Por ejemplo, Ekins afirma que no hay buenas razones para apoyar la lectura colectivista del hábito de obediencia de Austin. En Austin, dice Ekins, los sujetos del derecho no son un grupo

que actúa, sino un grupo sobre el que se actúa (compárese en este punto la insistencia de Canale en las relaciones verticales de la práctica jurídica). Por el contrario, Ekins piensa que la lectura individualista de la aceptación no está abierta a discusión en el contexto hartiano, dado que la preocupación de Hart es acerca de las reglas sociales aceptadas por el grupo para el grupo.

Discutiendo luego a Shapiro, una preocupación mayor para Ekins tiene que ver con el problema de la alienación: la cuestión no es ni la posibilidad ni la existencia actual de participantes alienados, sino la importancia exagerada que Shapiro da a estas circunstancias. Ekins considera que el auto-entendimiento de los participantes comprometidos tiene prioridad explicativa en la reflexión acerca de la acción conjunta y la práctica jurídica. En pocas palabras, la actitud del participante alienado es explicativamente parasitaria respecto de la actitud del comprometido. Y ello involucra todavía una dimensión intencional, dado que la participación alienada en la acción conjunta involucra una intención de adoptar en parte el plan de acción conjunta dispuesto para todos los miembros. En sentido similar, el argumento de Bernal sobre la aceptación tácita subestima el caso central de aceptación intencional de reglas en un sistema jurídico bien formado y en correcto funcionamiento.

La réplica de Bernal, “Intencionalidad colectiva y estructura ontológica del derecho. Una respuesta a Richard Ekins y Damiano Canale”, comienza por replantearse el propósito principal de su artículo previo: explorar en qué medida las teorías del derecho provistas por Austin, Hart y Shapiro establecen fundamentos apropiados para desarrollar la intuición de que el derecho posee la estructura ontológica (o la naturaleza) de una práctica social. Luego, Bernal apunta a la que considera la mayor objeción alzada por Canale y Ekins. En varios sitios dice haber sido mal interpretado por parte de sus dos comentaristas. Por ejemplo (*contra* Canale), niega haber tratado de evaluar a Austin y a Hart en base a los problemas teóricos contemporáneos. Y, aún más importante, a pesar de que pensaba —y piensa todavía— que la ontología social puede echar luz sobre nuestro entendimiento acerca de la naturaleza del derecho, no aprueba (*contra*

Ekins) una reducción de la naturaleza del derecho a hechos sociales. Un punto interesante que surge de sus réplicas es la compatibilidad de la concepción de Bernal con una teoría no-positivista del derecho: él entiende que su enfoque no descarta la teoría del derecho natural ni prueba que el positivismo jurídico sea verdadero. Su “modesta” teoría es compatible con un enfoque (positivista) subjetivo de las intenciones de los participantes (ellas son lo que son, como hechos sociales) y también con un enfoque (no-positivista) objetivo (las intenciones deben ser apropiadas, desde un punto de vista normativo). En suma, si entiendo correctamente el punto de Bernal, el “proyecto de la intencionalidad jurídica” [*collective intentionality legal project*] posee un núcleo seminal que puede desarrollarse en diferentes direcciones.

Otro punto interesante es la discusión de la agencia de grupo y la acción representativa [*proxy agency*], donde la ontología de los grupos está en juego; Bernal sostiene (*contra* Ekins, tal como Bernal lo interpreta) que no hay necesidad de postular un agente por encima de los miembros de un grupo, dado que lo que el grupo hace es reducible a las intenciones y acciones de sus miembros individuales. También la lectura colectivista del hábito de obediencia de Austin y la lectura individualista de la actitud de aceptación de reglas de Hart pasan a primer plano, centrándose nuevamente en las intenciones individuales o comunes [*I- or we-intentions*] de los miembros del grupo en vistas a cimentar el “proyecto jurídico de la intención colectiva”.

Dejo a los lectores la formación de sus propias opiniones acerca de quién está equivocado y quién tiene razón sobre estas cuestiones. Aquí solo deseo destacar un par de cosas buenas y una no tan buena, una preocupación.

En la totalidad de la discusión, desde mi punto de vista, hay al menos dos puntos generales que son muy positivos. Primero, es bueno perseguir los objetivos teóricos de la ontología social, en vistas a obtener una mejor comprensión de la naturaleza del derecho. Por el otro lado (como Canale resalta), es bueno también poner de manifiesto cuáles son los rasgos particulares del derecho, esto es, entender por qué el derecho no puede ser reducido a otras formas de realidad social. Segundo, es conceptualmente correcto sostener (tal como lo

hace Bernal) que las reglas no son prácticas, y que no pueden ser reducidas a ellas: más bien, están fundadas en ellas. Confundirlas es incurrir en un error categorial. Esto es así dado que —a pesar del argumento de la “relación interna”— está claro que las propiedades de las reglas no son las propiedades de las prácticas, y viceversa.

Ahora la preocupación: una buena parte de las controversias hartianas (esto es, controversias acerca del modo apropiado de leer a Hart y, más que nada, acerca del modo de leer a los académicos que leen a Hart de uno u otro modo) corre el riesgo de resultar carente de interés. La pretensión de Hart de llevar a cabo una obra de “sociología descriptiva”<sup>7</sup> es traicionada por aquellas hipersofisticadas disputas conceptuales que pierden las huellas de lo que sucede en el mundo real; los sistemas jurídicos están cambiando su forma dramáticamente si se los compara con el modelo del sistema jurídico nacional provisto de un bien definido catálogo jerarquizado de fuentes del derecho (regla de reconocimiento, en términos hartianos). Cambios dramáticos en el escenario internacional llaman a alguna revisión de nuestras categorías teóricas. Por lo tanto, la preocupación es que las categorías hartianas y las discusiones a este respecto se prueben no solo insuficientes, sino además irrelevantes y carentes de interés para lidiar con problemas contemporáneos vivos y pujantes en la práctica jurídica actual.

Como fuere, no debería leerse la presente discusión como un mero debate áulico sobre cuestiones académicas: lo más fecundo que puede hacerse es leerlo como un modo de aprehender mejor la naturaleza del derecho en el espíritu de la teoría general del derecho o *Jurisprudence*. De ser exitoso, esto inevitablemente echará luz sobre nuestra comprensión del fenómeno jurídico en el mundo real.

---

<sup>7</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961], pág. vi.

## Bibliografía

- Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, New York, The Nooday Press, 1954 [1832].
- Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London Springer, 2013.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961].
- Kelsen, H., “What is the Pure Theory of Law”, *Tulane Law Review*, 34, 1960, págs. 269-276.
- Searle, J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995.
- Shapiro, S. *Legality*. Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- Tuzet, G., “The Social Reality of Law”, en *Analisi e diritto*, 2007, págs. 179-198.
- Weinberger, O., “Institutionalist Theories of Law”, en Amselek, P. y MacCormick, N. (eds.), *Controversies About Law’s Ontology*, Edinburgh, Edinburgh UP, 1991, págs. 43-53.

## Austin, Hart y Shapiro Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social

Carlos Bernal Pulido\*

(Traducción del inglés por María José Viana)

**Resumen:** La ontología social es una rama de la filosofía analítica que estudia la naturaleza de las entidades que pertenecen a la realidad social. Desde el punto de vista de la ontología social, este artículo examina tres interpretaciones positivistas de la tesis según la cual el derecho es una entidad fundada en una práctica social. Estas tres interpretaciones se encuentran en las teorías del derecho de Austin, Hart y Shapiro. Esta tarea cumple dos propósitos. Por una parte, destaca nuevos aspectos de las teorías de Austin y de Hart, al precisar hasta qué punto tienen éxito en explicar nuestra intuición de que el derecho es una práctica que construimos y mantenemos todos juntos, mediante nuestro actuar colectivo. Por otra parte, analiza algunos de los elementos fundamentales de la teoría de Shapiro, que entiende al derecho como un plan. Estos elementos permiten comprender el derecho como una entidad ontológica social. Algunos de estos elementos han sido soslayados por los críticos del libro de Shapiro: *Legality*.

**Palabras clave:** derecho, práctica social, grupos.

**Abstract:** Social ontology within analytical philosophy studies the nature of entities, which belong to the social reality. From social ontology's perspective, this article analyzes three interpretations of the positivistic thesis according to which the law is an entity grounded on a social practice. The three interpretations are available in Austin, Hart and Shapiro's theories of law. The paper has two aims. First,

\* Macquarie Law School (Sidney, Australia).

highlights some new aspects of Austin and Hart's theories based on the idea that the law is a kind of joint action. Second, it analyzes some fundamental elements in Shapiro's thesis concerning the law as a plan. These elements allows understanding the law as a social entity, and some of them has been overlooked by Shapiro's proposal.

**Key words:** law, social practice, groups.

## I. La ontología social y la naturaleza del derecho

El derecho nos circunda. Vivimos envueltos en un sinnúmero de actividades jurídicas: vendemos y compramos objetos materiales e inmateriales, conducimos, nos casamos, contratamos empleados, alquilamos casas, pagamos impuestos, obedecemos órdenes y prohibiciones establecidas por el derecho, y ejercemos competencias jurídicas. Estas actividades son reales. Sin embargo, su existencia suscita interrogantes. No podemos explicarlas de la misma forma en que explicamos la realidad de las cosas de la naturaleza (como los árboles o los tigres), es decir, en los términos de las ciencias naturales.

Una intuición plausible es que la existencia de las actividades jurídicas depende de la capacidad que los seres humanos tenemos de actuar de forma colectiva, es decir, como miembros de grupos o sujetos plurales. Esta actividad puede denominarse socialidad<sup>1</sup>. El ejercicio de esta capacidad nos permite crear una parte especial de la realidad, que puede denominarse realidad social. Por medio de nuestro actuar colectivo, en grupos, somos capaces de crear hechos sociales —como el hecho de que existe un país llamado Colombia o que Barack Obama es el actual presidente de los Estados Unidos— e instituciones —como los Estados, los clubes sociales y las Iglesias—. Los hechos sociales y

<sup>1</sup> Sobre el concepto de socialidad, cf. Gilbert, M., *Living Together. Rationality, Sociality, and Obligation*. Lanham, Rowman and Littlefield, 1996, págs. 6 y 263 y ss.; Gilbert, M., *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publishers, 2000, pág. 1 y ss., y Toumela, R., *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford, Oxford UP, 2007, págs. 11 y 66.

las instituciones pertenecen a la realidad social. Esta es una parte de la realidad que existe junto a la realidad natural o física.

Las entidades que conforman la realidad social son “objetivas” desde el punto de vista epistemológico, pero “subjetivas” desde la perspectiva ontológica. En cuanto a la forma en que podemos conocerlas, no son menos objetivas que los objetos naturales o físicos. Sin embargo, su existencia depende de la subjetividad de la mente humana y, en particular, de ciertas actitudes subjetivas de los agentes que participan en las prácticas en que ellas se basan<sup>2</sup>. Por ejemplo, podemos conocer el hecho de que Barack Obama es el actual presidente de los Estados Unidos de una forma tan objetiva como conocemos el hecho de que existe un árbol en el jardín de mi casa. Sin embargo, la existencia de este hecho social depende de las actitudes subjetivas de un particular conjunto de individuos participantes en la práctica política y jurídica que reconoce a Obama como el presidente, y que atribuye a las reglas de la Constitución de los Estados Unidos de América el estatus de enunciados con capacidad para determinar quién es el presidente de dicho país.

La ontología social es una rama de la filosofía analítica que estudia la naturaleza de las entidades que pertenecen a la realidad social. Las contribuciones de Michael Bratman, Margaret Gilbert, Seumas Miller, John Searle, y Raimo Tuomela<sup>3</sup>, durante los años ochenta y noventa,

<sup>2</sup> Searle, J. R., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford-New York, Oxford University Press, 2010.

<sup>3</sup> Cf. sobre todo: Bratman, M., “Shared Cooperative Activity”, *The Philosophical Review*, 101, 2, 1992b; Bratman, M., *Faces of Intention*, Cambridge, Cambridge UP, 1999; Gilbert, M., “Walking Together: A Paradigmatic Social Phenomenon”, *Midwest Studies in Philosophy*, 15, 1, 1990; Gilbert, M., *On Social Facts*, Princeton, Princeton University Press, 1989; Gilbert, M., “Social Rules: Some Problems for Hart’s Account and a New Appraisal”, *Law and Philosophy*, 18, 1999; y más recientemente: Gilbert, M., *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory*, *op. cit.*; y Gilbert, M., “Acting Together”, en Meggle, G. (ed.), *Social Facts and Collective Intentionality*, Frankfurt a. M., Hänsel-Hohenhausen, 2002; Miller, S., “Joint Action”, *Philosophical Papers*, 21, 3, 1992; Miller, S., “Intentions, Ends and Joint Action”, *Philosophical Papers*, 24, 1, 1995; y más

establecieron los principios fundamentales de la ontología social. Progresivamente, desde ese entonces, se ha incrementado el número de filósofos y científicos sociales que discuten y aplican estos principios<sup>4</sup>, como parte de la estructura ontológica de una gran variedad de entidades: desde la comunicación, la tecnología, las artes, el lenguaje, las emociones y la violencia, hasta los valores, los conceptos de ciudadanía, los derechos humanos, el gobierno, la legislación, las empresas y otros tipos de entidades políticas y jurídicas.

Con la intuición en mente de que el derecho pertenece a la realidad social y que la realidad del derecho depende de nuestra socialidad, algunos teóricos del derecho también han aprovechado los trabajos filosóficos de fundamentación de la sociología ontológica y han explicado algunos aspectos relacionados con la naturaleza del derecho. Una postura común a estos teóricos del derecho es que el derecho, entendido como un conjunto de normas válidas, está basado en una práctica social. Haré referencia a esta postura como la tesis de la práctica social. Tres propuestas recientes de la tesis de la práctica

recientemente: Miller, S., *Social Action: A Teleological Account*. Cambridge, Cambridge UP, 2001; Searle, J. R., "Collective Intentions and Actions", en Cohen, P., Morgan, J., y Pollack, M. (ed.), *Intentions in Communication*, Cambridge, MIT Press, 1990; Searle, J. R. *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995; y más recientemente: Searle, J. R., "Social Ontology. Some Basic Principles", *Anthropological Theory*, 6, 1, 2006; y Searle, J. R., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, *op. cit.*; Toumela, R. y Miller, K., "We-Intentions", *Philosophical Studies*, 53, 1988; Toumela, R., "Actions by Collectives", *Philosophical Perspectives*, 3, 1989; y más recientemente: Toumela, R., *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*, Cambridge, Cambridge UP, 2002; Toumela, R., "We-Intentions Revisited", *Philosophical Studies*, 125, 2005; y Toumela, R., *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, *op. cit.*

<sup>4</sup> Cf., por ejemplo, Tsohatzidis, S. L., "Introduction", en Tsohatzidis, S. L. (ed.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Dordrecht, Springer, 2007; y Ludwig, K., "Foundations of Social Reality in Collective Intentional Behavior", en Tsohatzidis, S. (ed.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Dordrecht, Springer, 2007, pág. 49 y ss.

social han sido expuestas por Christopher Kutz en *Complicity*<sup>5</sup>, por Rodrigo Sánchez Brigido en *Groups, Rules and Legal Practice*<sup>6</sup>, y, la más sofisticada, por Scott Shapiro en *Legality*<sup>7</sup>. Sin embargo, algunas de las intuiciones básicas de estas propuestas no son del todo novedosas. Muchas de ellas pueden ya hallarse en la idea del hábito de obediencia de Austin, y en la concepción de Hart según la cual, primero, la aceptación de las reglas implica la existencia de una práctica social<sup>8</sup>, y, segundo, los sistemas jurídicos están basados en la práctica colectiva de los funcionarios públicos —en especial, de los jueces— mediante la cual aceptan una regla de reconocimiento que establece el principal criterio de validez jurídica<sup>9</sup>.

Dentro de este contexto, este escrito pretende emplear el marco teórico de la ontología social con el fin de ofrecer una explicación de las tres interpretaciones positivistas mencionadas que son las más emblemáticas de la tesis de la práctica social, a saber, las interpretaciones que se encuentran en las teorías de Austin, Hart y Shapiro. Este análisis perseguirá dos fines. Por una parte, ilustrará ciertos aspectos de las teorías de Austin y Hart, hasta ahora soslayados por sus analistas y críticos, al preguntarse hasta qué punto estas teorías consiguen explicar la intuición según la cual el derecho es una entidad perteneciente a la ontología social, o en palabras más simples, hasta qué punto la naturaleza del derecho puede entenderse como la de un objeto que construimos todos juntos, mediante nuestro actuar colectivo. Por otra parte, este análisis escudriñará algunos elementos básicos de la teoría del derecho como un plan, expuesta por Shapiro, que permiten entender el derecho como una entidad perteneciente a la ontología social. La mayoría de los analistas de *Legality* han pasado

<sup>5</sup> Kutz, C., *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge, Cambridge UP, 2000.

<sup>6</sup> Sánchez Brigido, R. E., *Groups, Rules and Legal Practice*, Dordrecht, London, Springer, 2010.

<sup>7</sup> Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

<sup>8</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961], pág. 46.

<sup>9</sup> Hart, H. L. A. *op. cit.*, pág. 116.

por alto estos elementos<sup>10</sup> y se han centrado en la valoración de la teoría del derecho como un plan desde la perspectiva del debate entre el positivismo jurídico y el derecho natural, y en las discusiones sobre la pregunta de si la coerción debe incluirse en las explicaciones de la naturaleza del derecho.

Antes de emprender este análisis, es necesario aclarar el concepto de práctica social. El concepto de práctica social puede ser, y de hecho ha sido, interpretado de diversas formas. Para los propósitos de este escrito, usaré una concepción de práctica social muy amplia e inclusiva de acuerdo con la cual una práctica social es un conjunto de acciones intencionales colectivas recurrentes<sup>11</sup>. Existen también múltiples puntos de vista acerca del concepto de acción intencional colectiva<sup>12</sup>. Sin embargo, existen, por lo menos, dos condiciones necesarias, que son comunes a las dos posturas más emblemáticas de las acciones intencionales colectivas<sup>13</sup>.

1. La primera es que la acción debe llevarse a cabo por múltiples agentes individuales que actúen conjuntamente como un grupo. Una acción colectiva no es ni una acción de un agente colectivo que la

<sup>10</sup> Cf. Schauer, F., “The Best Laid Plans”, *The Yale Law Journal*, 120, 2010; Tamanaha, B. Z., *What is “General” Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law*, manuscrito sin publicar, 2011. Agradezco a Brian Tamanaha por permitirme leer y citar su *paper* previamente a su publicación; Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013; Murphy, M., “Book Review: Legality”, *Law and Philosophy*, 30, 3, 2011; Waldron, J., “Planning for Legality”, *Michigan Law Review*, 109, 2011; Edmundson, W. A., “Shmegality: A Review of Scott J. Shapiro, Legality”, *Jurisprudence*, 2, 1, 2011.

<sup>11</sup> Para una concepción amplia similar, cf.: Toumela, R., *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*, *op. cit.*, pág. 3.

<sup>12</sup> Para un resumen y una evaluación de estas posturas, cf.: Ludwig, K., *Understanding Collective Action. From Individual to Institutional Agency*, manuscrito sin publicar, 2011, pág. 210 y ss.

<sup>13</sup> Sobre estos elementos y su relevancia para el propósito de explicar la naturaleza del derecho, cf.: Sánchez Brigido, R., “Collective Intentional Activities and the Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 29, 2, 2009, págs. 305-306.

lleva a cabo por su cuenta y con sus propias intenciones, ni una mera adición de acciones paralelas y desvinculadas provenientes de diversos agentes individuales.

2. Los agentes individuales que actúan conjuntamente deben actuar de acuerdo con, y en razón de, ciertas intenciones comunes [el vocablo que se usa en la literatura en inglés es “*we-intentions*”] apropiadas. Las intenciones comunes son intenciones con un contenido especial. Su contenido implica que el grupo debe llevar a cabo la acción relevante mediante las acciones individuales apropiadas de sus miembros<sup>14</sup>.

Adicionalmente, por lo general, para llevar a cabo la acción grupal, los agentes individuales que actúan conjuntamente deben tener cierto conocimiento común acerca de la acción y de las intenciones comunes de sus miembros.

La tesis de la práctica social, entendida con la ayuda de esta concepción amplia de la práctica social, sostiene que el derecho se basa en un conjunto recurrente de acciones intencionales colectivas llevadas a cabo de forma mancomunada por un cierto grupo de agentes individuales apropiados, que actúan como un todo, de acuerdo con, y en razón de, algunas intenciones comunes apropiadas, y que comparten un conocimiento común necesario acerca de la acción y de las intenciones comunes de sus miembros para llevar a cabo tal acción como un grupo. Las teorías del derecho que avalan, explícita o implícitamente, la tesis de la práctica social pretenden explicar varias cosas: ¿qué tipo de agentes participan en ella? ¿Cuál es el contenido de sus intenciones comunes? ¿Cómo surge la normatividad del derecho dentro de este marco institucional? ¿Cómo es posible distinguir la práctica jurídica de otro tipo de prácticas sociales y actividades colectivas intencionales? El propósito específico de este escrito es comprender qué tipo de respuestas ofrecen a estas preguntas las teorías de Austin, Hart y Shapiro, en cuanto a la explicación del derecho como algo que construimos todos, en conjunto.

<sup>14</sup> Ludwig, K., *Understanding Collective Action. From Individual to Institutional Agency*, op. cit., pág. 168.

## II. Austin y el Derecho como un hábito de obediencia al soberano

En su libro: *The Province of Jurisprudence Determined*, John Austin lleva a cabo una explicación de la naturaleza del derecho que podría interpretarse como una versión de la tesis de la práctica social. Los elementos principales de esta explicación son cuatro:

1. Todas las leyes son mandatos<sup>15</sup>.
2. Un mandato es la expresión de un deseo, de que alguien haga o se abstenga de hacer algún acto. Dicho deseo encuentra respaldo en la existencia de la amenaza de que una sanción (un mal) le será “impuesto” al destinatario en caso de que no obedezca el deseo<sup>16</sup>.
3. Todo derecho positivo es establecido por una persona soberana o por un conjunto de personas soberanas<sup>17</sup>.
4. Una persona o conjunto de personas es soberana si se cumplen tres condiciones. Primera, que la persona o el conjunto de personas sea un superior común determinado para todo el colectivo social. Segundo, que exista un hábito general de obediencia a esa persona o a este conjunto de personas, es decir, que el colectivo social tenga el hábito de obedecerle o de someterse a ella o a ellas. Y, tercero, que la persona o conjunto de personas que es superior *no* tenga el hábito de obedecer a otro determinado superior.

Es posible demostrar que la teoría del mandato de Austin es una versión de la tesis de la práctica social si se reconstruyen estos elementos, desde el último hasta el primero, usando la perspectiva del concepto de práctica social. Esta tarea puede cumplirse en dos pasos. El primer paso consiste en analizar el hábito de obediencia como una actividad o como un conjunto de acciones recurrentes. De esta manera, decir que el colectivo social debe tener el hábito de

<sup>15</sup> Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge UP, 1995, pág. 21.

<sup>16</sup> Austin, J., *op. cit.*, pág. 21.

<sup>17</sup> Austin, J., *op. cit.*, pág. 165.

obedecer al soberano es lo mismo que decir que es necesario que el colectivo obedezca recurrentemente al soberano. Esto significa que el colectivo debe llevar a cabo recurrentemente las acciones o abstenerse de ejecutar las acciones establecidas por los mandatos del soberano, y cuya ejecución está respaldada por la amenaza de sanciones. Correlativamente, el soberano no debe obedecer a nadie más, sino que debe ejecutar recurrentemente la acción de emitir mandatos, es decir, expresar deseos dirigidos a los ciudadanos, de acuerdo con los cuales ellos deben hacer u omitir ciertas acciones, so pena de que una sanción les sea impuesta en caso de incumplimiento.

El segundo paso consiste en la comprensión del hábito general de obediencia como una actividad intencional colectiva desarrollada por el soberano que emite los mandatos y por el colectivo social que los obedece. Los tres elementos del concepto de actividad intencional colectiva se encuentran claramente dentro del hábito general de obediencia. Primero, esta es una actividad ejecutada por múltiples individuos. Dado que el hábito de obediencia debe ser general, este tipo de acción recurrente no puede ser llevada a cabo solo por parte de un individuo. Esta es una actividad que debe ejecutarse necesariamente por varios individuos que actúan de consuno, y que conforman la “generalidad” o “la mayoría” de los miembros de la sociedad<sup>18</sup>. Segundo, estas acciones recurrentes no son llevadas a cabo por “la mayoría de la sociedad”, entendida como un tipo de superagente, sino por medio de acciones específicas de individuos independientes que pertenecen a dicha mayoría, y que actúan de consuno como un grupo o como un grupo de grupos. Y tercero, ellos llevan a cabo las acciones intencionalmente mediante el cumplimiento de las exigencias expresadas en los mandatos del soberano, motivados por la amenaza de las sanciones. Como Davidson explica<sup>19</sup>, las intenciones se basan en deseos y creencias. En el presente caso, los agentes que obedecen

<sup>18</sup> Austin, J., *op. cit.*, pág. 169.

<sup>19</sup> De acuerdo con Davidson, la realización de una acción comienza con algún tipo de (pro-)actitud motivacional (un deseo) dirigido al devenir del estado de cosas que las acciones llevan consigo, y con la creencia de que este estado de cosas tendrá lugar efectivamente como resultado de la acción.

al soberano tienen el deseo de ejecutar las acciones que este exige. De la misma forma tienen las creencias apropiadas acerca de cuál es la manera correcta de obedecer al soberano. Dicho deseo y estas creencias conducen a la formación de intenciones que desencadenan en los agentes ciertos movimientos corporales específicos que, a su vez, resultan en la ejecución de lo mandado.

Desde este punto de vista, la teoría de Austin tiene el mérito de haber avanzado en el conocimiento sobre la naturaleza del derecho mediante el señalamiento de que una propiedad esencial del derecho se funda en la existencia de acciones intencionales recurrentes de una pluralidad de sujetos.

Sin embargo, la teoría del derecho de Austin enfrenta, al menos, dos dificultades si quiere proponerse como una explicación plausible del derecho como una práctica social: el problema de la colectividad y el problema de la normatividad. Primero, el hábito de la obediencia no es necesariamente una acción colectiva en el sentido socio-ontológico de la expresión. En otras palabras, que exista un hábito de obediencia al soberano en una población no es suficiente para que los miembros del colectivo social actúen en conjunto intencionalmente en un sentido relevante. El concepto de hábito general de obediencia es ambiguo. Existen, por lo menos, dos lecturas de este concepto: una distributiva y otra colectiva<sup>20</sup>. De acuerdo con la lectura distributiva, el hábito general de obediencia implica que la mayoría de los individuos de la comunidad tiene un hábito de obediencia personal e independiente hacia los mandatos emitidos por el soberano. El interés personal o el miedo a las sanciones pueden motivar a los destinatarios de los mandatos a obedecer recurrentemente al soberano de manera individual. Desde la perspectiva de esta interpretación, el hábito general de obediencia es una mera suma de acciones personales recurrentes de obediencia por parte de los miembros individuales del colectivo

Davidson, D., *Essays on Actions and Events*, Oxford, Oxford UP, 2001, pág. 83 y ss.

<sup>20</sup> Para una comprensión relacionada pero no idéntica de estas lecturas, cf. Ludwig, K., *Understanding Collective Action. From Individual to Institutional Agency*, *op. cit.*

social. Esto difiere de la lectura colectiva. En la lectura colectiva, el hábito general de obediencia es una acción intencional colectiva. Esto implica que los individuos que conforman el colectivo social actúan conjuntamente de acuerdo con, y en razón de, algunas intenciones comunes, cuyo contenido es que, como grupo, el colectivo social ejecuta la actividad de obedecer los mandatos emitidos por el soberano mediante las acciones individuales apropiadas de sus miembros.

A estas alturas surge un problema de interpretación, a saber, si la mejor lectura del hábito de obediencia de Austin es la lectura distributiva o la colectiva. Austin no hace expresa mención a este aspecto. El hecho de que el soberano deba ser un superior “común” puede ser un indicio de que Austin tenía en mente la lectura colectiva. No obstante, esta conclusión no deriva de tal presupuesto. Es posible que haya un solo superior que amenace a la población con sanciones y que cada miembro del colectivo social le obedezca independientemente, de manera individual<sup>21</sup>. La existencia de un superior común no presupone necesariamente coordinación e interconexión de acciones e intenciones comunes por parte de los diversos agentes que conforman el colectivo social.

Además del problema de la colectividad, un segundo problema del hábito general de obediencia de Austin es su incapacidad para explicar la normatividad del derecho. H. L. A. Hart llamó la atención sobre este problema al señalar que el hábito general de obediencia no puede captar algunas verdades aceptadas sobre la dimensión normativa del derecho, tales como el hecho de que la desviación del comportamiento

<sup>21</sup> H. L. A. Hart, sin disponer del marco teórico de las teorías de la ontología social, tiene también esta intuición en mente cuando defiende que el hábito general de obediencia es demasiado simple para ser un concepto apropiado para explicar la naturaleza del derecho porque: “En aras de que exista un hábito semejante no es necesario que los miembros del grupo actúen porque exista un tipo general de comportamiento. Ni siquiera es necesario que ellos piensen que el comportamiento que se exige es general. Mucho menos, es necesario que los miembros del grupo intenten animar a otros a que persigan dicho comportamiento ni mantenerlo. Es suficiente con que cada individuo, por su parte, se comporte de la manera en que otros de hecho lo hacen”. Cf. Hart, H. L. A., *op. cit.*, pág. 56.

establecido en las normas produce una reacción crítica y que la gente piensa que dicha reacción crítica está justificada o, en otras palabras, que hay buenas razones para criticar las mencionadas desviaciones<sup>22</sup>. Asimismo, el hábito general de obediencia no puede explicar la verdad aceptada de que la autoridad jurídica no es solo aquella que tiene la competencia para ejercer la coerción y obligar la sujeción a las normas, sino también “el *derecho* jurídico para hacerlo”<sup>23</sup>; y que este derecho, o, para ser más precisos, la competencia jurídica para imponer sanciones y la competencia jurídica general para emitir reglas a la población, genera no solo un hábito, sino también una sujeción (en términos de Hohfeld) a obedecer a la autoridad jurídica, y la obligación de seguir las reglas jurídicas emitidas por ella.

Estas consideraciones conducen a la conclusión de que la teoría del derecho de Austin no puede explicar el derecho como una práctica social en el sentido de una práctica colectiva ni en el de una práctica normativa.

### III. Hart y la aceptación de reglas

La crítica de Hart a la teoría del derecho de Austin lo lleva a sostener que el derecho está fundado en una “práctica más compleja”, a saber, una práctica social normativa consistente en la aceptación de reglas sociales.

Hart sostiene que la aceptación de una regla social implica los elementos que también la existencia de un hábito presupone, es decir, que una pluralidad de individuos lleve a cabo, de forma recurrente, un conjunto de acciones. En este sentido, la aceptación de una regla social implica la existencia de regularidades en el comportamiento social. Sin embargo, dicha aceptación exige la presencia de otros tres elementos: (1) que la desviación de la regla dé lugar a la crítica y la imposición de sanciones, y, como consecuencia, una presión hacia la conformidad con la regla; (2) que la crítica a la desviación

---

<sup>22</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, pág. 55.

<sup>23</sup> Ver Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 76-77.

y la imposición de sanciones sea considerada legítima, justificada o fundada en buenas razones; y (3) el denominado aspecto “interno” de las reglas, que consiste en que los agentes “consideren al comportamiento establecido por la regla como un estándar general que debe ser obedecido por el grupo social, entendido como un todo”<sup>24</sup>. El aspecto interno de las reglas cambia la perspectiva desde la cual los miembros de la sociedad observan las regularidades relativas a un comportamiento social. Ellos llevan a cabo ciertas acciones intencionales recurrentes asociadas con la obediencia de las reglas porque reconocen a tales reglas como estándares generales que deben ser seguidos por la sociedad, entendida como un todo.

Si se analiza estos tres nuevos elementos introducidos por Hart, se notará con claridad que los dos primeros también implican llevar a cabo un conjunto de acciones colectivas recurrentes, o, en otras palabras, una actividad llevada a cabo por diversos individuos. De esta manera, el concepto de Hart de aceptación de reglas implica tres tipos de actividades sociales o regularidades en el comportamiento social: el hábito de obediencia, el hábito de criticar las desviaciones y el hábito de considerar legítima dicha crítica.

No obstante, el tercer elemento tiene una naturaleza diferente. Se refiere a la actitud que los miembros de la sociedad tienen frente al derecho. Hart denomina esta actitud: el punto de vista interno<sup>25</sup>. Como Shapiro ha aclarado, el punto de vista interno no se refiere simplemente al punto de vista de los miembros de la sociedad o de los participantes en la práctica jurídica social. El referente de este punto de vista es, más bien, un tipo especial de *actitud* que estos participantes pueden tener: la actitud de aceptación de las reglas<sup>26</sup>. La actitud de aceptación de reglas es una *disposición*, en sentido filosófico, a lo que el aspecto interno de las reglas describe, a saber, al establecimiento de un patrón de comportamiento para que sirva como estándar de conducta, es decir, como una guía de conducta dirigida a todos los miembros de

<sup>24</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, pág. 55-66.

<sup>25</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, pág. 89.

<sup>26</sup> Shapiro, S., “What is the Internal Point of View?”, *Fordham Law Review*, 75, 2006, pág. 1159.

la sociedad, y al establecimiento de una razón legítima para ajustarse al patrón de comportamiento y para criticar su desviación. Hart lo define de la siguiente manera en el epílogo al *Concepto del Derecho*:

[La aceptación] consiste en la disposición de los individuos a considerar tales patrones de conducta tanto como guías para su conducta futura como también a manera de estándares para la crítica...<sup>27</sup>

Hasta este punto, surgen diversas preguntas. ¿Cómo debe entenderse el concepto de aceptación de reglas? ¿Puede entenderse el concepto de aceptación de reglas como una acción intencional colectiva o como un compromiso con alguna forma de acción intencional colectiva? Por último, ¿resuelve la aceptación de reglas el problema que la teoría del derecho de Austin tiene para explicar la normatividad del derecho?; y, en este sentido, ¿es un desarrollo de la teoría del derecho y un avance en comparación con la teoría del derecho como un conjunto de mandatos, tal como la entiende Austin?

En el epílogo a *El Concepto de Derecho*, Hart sugiere que la aceptación de reglas es una *disposición*. Por una parte, esto puede entenderse como la actitud de la mayoría de los miembros de la sociedad de estar dispuestos a —o en tener la propensión de— asumir ciertos patrones de comportamiento consistentes en adoptar las normas jurídicas como guías de conducta futura, en la tendencia a actuar de acuerdo con dichas normas y a criticar toda desviación de ellas. De esta manera, estos patrones de comportamiento pueden servir como una razón para la acción conforme a las normas jurídicas y como una crítica para el comportamiento que de ellas se desvía. Sin embargo, esta versión del concepto de regla de aceptación parece muy débil, ya que admite una interpretación muy problemática de acuerdo con la cual lo único necesario es la actitud de los miembros de la sociedad en el sentido de que es *posible* que ellos asuman los patrones de comportamiento de derecho como guías de conducta, y no ya la actitud consistente en que ellos *de hecho* asumen dichos patrones como guías para su conducta

futura<sup>28</sup>. Esto no parece ser consistente con el análisis de Hart acerca del aspecto interno de las reglas, en el cual, es evidente que lo que se exige es que los miembros de la sociedad de hecho consideren los patrones de comportamiento establecidos por el derecho como estándares generales para ser seguidos por el pleno de la sociedad.

Por otra parte, Shapiro ha sugerido que en la teoría de Hart la aceptación de una regla debe interpretarse en el sentido de que implica el compromiso de actuar conforme a la regla. Shapiro considera que este compromiso es equivalente a tener la intención de ajustarse a la regla. En palabras de Shapiro:

Alguien tiene el punto de vista interno hacia una regla cuando tiene la intención de ajustarse a la regla, de criticar a otros por no ajustar su comportamiento a ella...<sup>29</sup>

La sugerencia de Shapiro ciertamente es capaz de dar cuenta de los patrones de comportamiento que nosotros esperamos al aceptar el concepto de regla propuesto por Hart. De hecho, el compromiso de que habla Shapiro es una forma de aceptación de una regla. Sin embargo, esta asunción parece intelectualizar demasiado lo que Hart tenía en mente. La interpretación de Shapiro atribuye a los agentes una consciencia interna con relación a las reglas que va más allá de la que en realidad puede existir. Contrario a lo que Shapiro parece sugerir, es posible pensar en que los destinatarios del derecho aceptan las reglas sin siquiera pensar en que en ellos se ha formado la intención de obedecerlas. Hay muchas reglas que regulan la vida social, conforme a las cuales actuamos, y que son el resultado de diversos tipos de presión social. Esta presión social se considera como una forma de entrenamiento, sobre la que todavía no hemos reflexionado. No nos hemos creado sobre ella ninguna representación en nuestra mente, ni la hemos articulado explícitamente. Antes bien, lo que

<sup>28</sup> Sobre el hecho de que las disposiciones implican la *posibilidad* de una propiedad y no ya, de hecho, una propiedad: Fara, M., "Dispositions", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, <http://plato.stanford.edu/entries/dispositions/>, 08/08/2011.

<sup>29</sup> Shapiro, S., "What is the Internal Point of View?", op. cit., pág. 1163.

acontece es que, en diversas circunstancias, hemos formado hábitos de comportamiento que crean la disposición de asumir dichos comportamientos como patrones que regulan conductas futuras —como si tuviéramos en realidad un compromiso intencional condicional a seguir las reglas siempre que surjan circunstancias relevantes—. Sin embargo, en realidad no hemos formado en nuestra mente una representación de dichas reglas ni la intención de obedecerlas. Estas reglas forman parte de lo que John Searle ha denominado el trasfondo de la intencionalidad<sup>30</sup>. Dentro de este contexto, este trasfondo expresa la idea de que existe un elemento intencional de aceptación de reglas, a saber, el punto de vista interno, que se expresa en una disposición pero que no involucra un compromiso explícito de adecuar la conducta futura al contenido de la regla<sup>31</sup>.

Con relación a la segunda pregunta, esto es, si la aceptación de reglas implica colectividad, el problema radica en que la aceptación de reglas permite tanto una lectura distributiva como una colectiva. Frente a este respecto, desde el punto de vista del concepto de colectividad, la teoría de Hart es similar a la idea de Austin relativa al hábito general de obediencia. Es posible que cada uno de los miembros de la sociedad obedezca las reglas, critique su desviación, considere dicha crítica legítima, y tenga una disposición individual a tomar ciertas reglas sociales como patrones de comportamiento para sí y para el resto de la sociedad. Desde el punto de vista de esta interpretación, la aceptación de reglas resultaría de la combinación de dos elementos. El primero es un elemento externo: un conjunto de acciones recurrentes que se suman unas a otras, y que implican la conformidad con ciertas reglas sociales, la crítica de las desviaciones y la consideración de las críticas como legítimas. El segundo es un elemento interno: un conjunto de disposiciones individuales, que se suman unas a otras,

<sup>30</sup> Searle, J. R., *Intentionality. An essay in the philosophy of mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, capítulo 5. El trasfondo de la intencionalidad se entiende como un conjunto de habilidades, capacidades y presuposiciones que hacen posible la representación de ideas en nuestra mente, a pesar de que de ellas no tengamos ninguna representación mental.

<sup>31</sup> Agradezco a Kirk Ludwig por sus sugerencias con relación a este punto.

disposiciones a conformarse a las reglas y a criticar su desviación. Desde esta perspectiva, el elemento interno es una actitud individual y no una actitud cooperativa. En la lectura distributiva, la aceptación de una regla implica la formación de una disposición individual a permitir que la regla dirija un comportamiento o, en otras palabras, implica la formación de una intención condicional a actuar de acuerdo con la reglas si se dan las circunstancias para su aplicación. En contraste, desde la perspectiva de la lectura colectiva, la aceptación de una regla implica la formación grupal de intenciones comunes de actuar de acuerdo con las reglas en determinadas circunstancias. Esta lectura, sin embargo, exige entender que las reglas gobiernen un conjunto de acciones colectivas. Esto, a su vez, implica asumir que los miembros de la mayoría de la sociedad consideren la aceptación de las reglas sociales de derecho como una actividad relativa a un grupo, o, en otras palabras, como una acción intencional recurrente que el grupo deba llevar a cabo mediante acciones individuales de sus miembros consistentes en actuar de acuerdo con las reglas, criticar las desviaciones y considerar las críticas como legítimas, y que la disposición de conformarse a dichas reglas y de criticar las desviaciones es una actitud colectiva. Una actitud colectiva implica que cada miembro de la mayoría de la sociedad tiene una actitud individual relacionada con la aceptación de las reglas sociales del derecho, entendida como una actividad relativa al grupo social. En este sentido, tengo una actitud colectiva hacia la aceptación de reglas, si tengo una actitud a favor de que nosotros, como grupo, consideremos las reglas sociales relevantes como guías de nuestra conducta, actuemos conforme a ellas y critiquemos las conductas que se desvían de los patrones de comportamiento establecidos por ellas.

Hart no ofrece mayores aclaraciones sobre este punto, y, al final de cuentas, su teoría no excluye la lectura distributiva. En un sentido similar al de Austin, cuando este trata la idea de que la población debe tener el hábito de obediencia hacia un superior común, Hart se concentra en el problema de la identificación de un conjunto común de reglas sociales como reglas jurídicas. Hart sostiene que el derecho es una combinación de dos tipos de reglas sociales: primarias

y secundarias. Mientras las reglas primarias exigen que sus destinatarios hagan o se abstengan de llevar a cabo ciertas acciones (crean obligaciones), las reglas secundarias confieren poderes para crear, cambiar y reconocer las reglas primarias<sup>32</sup>. La regla clave para resolver el problema de la identificación de un solo grupo de reglas sociales como reglas jurídicas es la regla secundaria de reconocimiento. La regla de reconocimiento pretende remediar el problema de la incertidumbre acerca de cuáles son las reglas jurídicas; es “una regla para la identificación concluyente de reglas primarias”<sup>33</sup>. Esta regla tiene que ser aceptada solo por las autoridades oficiales. El resto de los miembros de la sociedad pueden limitarse simplemente a obedecer las reglas primarias que pasen el examen establecido por la regla de reconocimiento. La aceptación de la regla de reconocimiento por las autoridades oficiales es la clave para la identificación del conjunto de reglas que pertenecen al ordenamiento jurídico. En palabras de Hart: “Siempre que se reconozca una regla semejante, tanto los particulares como las autoridades oficiales están provistos de un criterio dotado de autoridad para identificar las reglas primarias de obligación”<sup>34</sup>. En este sentido, la fundamentación de la práctica social del derecho consiste en la práctica social de aceptación de la regla de reconocimiento por parte de las autoridades oficiales. Sin embargo, incluso la aceptación de la regla de reconocimiento permite las lecturas distributiva y colectiva. Es posible que cada funcionario que es una autoridad oficial acepte individualmente la regla de reconocimiento del sistema jurídico, por ejemplo, la regla de reconocimiento del sistema británico, de acuerdo con la cual lo que la Reina dicte en el Parlamento es derecho. Esta aceptación no es necesariamente colectiva en el sentido socio-ontológico de la expresión.

De la misma manera, Shapiro sostiene que la regla de reconocimiento es social en dos sentidos:

<sup>32</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, págs. 81 y 94.

<sup>33</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, págs. 95.

<sup>34</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, págs. 100.

Primero, la regla de reconocimiento existe y tiene contenido en razón de, y solo en razón de, ciertos hechos sociales. En particular [...] el hecho de que los miembros de un grupo dirijan el punto de vista interno hacia cierto comportamiento de carácter regular y lo usen para evaluar la validez de las normas que caen dentro de su ámbito. Segundo, la regla de reconocimiento es social en el sentido de que establece un estándar que debe ser seguido por todo el grupo social<sup>35</sup>.

Ninguna de estos dos sentidos necesariamente implica colectividad. Es posible decir que los miembros de la sociedad, en una interpretación distributiva, dirigen el punto de vista interno hacia cierto comportamiento de carácter regular. Además, el establecer un estándar dirigido a todo el grupo social no depende de actitudes sociales comunes necesariamente relacionadas con la lectura colectiva. El soberano de Austin establece también sus mandatos como estándares dirigidos a todo el grupo social.

Esta concepción de la práctica del derecho como una aceptación de la regla de reconocimiento por parte de las autoridades oficiales crea otro problema que se relaciona con el concepto de colectividad. Dado que solo es necesario que las autoridades oficiales acepten la regla de reconocimiento y no la totalidad de la población, el derecho no puede ser considerado como una práctica social, sino solo como una práctica oficial, es decir, que no es una práctica social de todo el grupo dentro del cual existe el sistema jurídico<sup>36</sup>. El único requisito concerniente a todo el conjunto de la sociedad que Hart establece para la existencia de un sistema jurídico es que exista una obediencia generalizada hacia las reglas primarias. Es bien cierto que Hart sostiene que es frecuente que la regla de reconocimiento sea solo aceptada en general por los ciudadanos (de una manera), mediante su obediencia a las decisiones de las autoridades oficiales. Con todo, en su teoría,

<sup>35</sup> Shapiro, S., *Legality*, op. cit., pág. 84.

<sup>36</sup> Ver Wilkinson, M. A., "Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart's Concept of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 30, 3, 2010, pág. 447.

la regla de reconocimiento debe ser aceptada efectiva y activamente como un estándar para el pleno de la sociedad solo por las autoridades oficiales<sup>37</sup>. Como consecuencia, en la teoría de Hart la base de todo el sistema jurídico consiste en la práctica de las autoridades oficiales de llevar a cabo recurrentemente las acciones externas de creación, cambio y aplicación de normas primarias de acuerdo con la regla de reconocimiento, junto a un elemento interno, es decir, tomar como estándar para toda la sociedad la regla de reconocimiento, con la disposición de adecuarse a ella y de criticar toda desviación que se presente con relación a la misma.

Este elemento permite a la teoría de Hart explicar por qué una conducta que es ampliamente practicada en la sociedad puede, al mismo tiempo, ser prohibida por el derecho. Lo que se necesita es que esta conducta esté prohibida mediante una regla proferida por una autoridad, y que la creación de dicha regla ocurra de acuerdo con el criterio establecido por la regla de reconocimiento. Dado que solo es necesario que la regla de reconocimiento sea aceptada por las autoridades oficiales, entonces estas pueden aceptar que una conducta practicada ampliamente en la sociedad sea prohibida. De esta manera, puede haber reglas jurídicas que no sean practicadas o que estén en conflicto con prácticas corrientes.

No obstante, la caracterización del derecho como una práctica oficial y no como una práctica ampliamente aceptada por la sociedad también crea un problema para la teoría de Hart. Primero, no puede explicar por qué la práctica oficial da lugar a reglas que son jurídicamente vinculantes para toda la sociedad. Si solo las autoridades oficiales deben aceptar la regla de reconocimiento y las reglas primarias creadas de acuerdo con ella, entonces únicamente ellas estarían cubiertas por la normatividad del derecho. Existe una asimetría entre los agentes que llevan a cabo la práctica que se encuentra en la fundamentación del sistema jurídico y los agentes que están vinculados por las reglas de este sistema.

Este problema muestra que la teoría de Hart resulta similar a la de Austin en diversos aspectos. De acuerdo con Hart, la diferencia entre su teoría y la teoría del derecho de Austin, desde la perspectiva de los sujetos estriba en que, mientras el destinatario de un mandato austiniano solo se ve obligado, el de una regla hartiana tiene una obligación. Y la diferencia entre verse obligado y tener una obligación consiste precisamente en que, en la segunda situación, el aspecto interno de las reglas está presente en el destinatario. No obstante, si los ciudadanos no aceptan la regla de reconocimiento, sino que solo obedecen las reglas primarias, entonces ellos no tienen en realidad la actitud interna hacia la regla de reconocimiento y, consecuentemente, es difícil ver cómo pueden tenerla hacia las reglas primarias y secundarias expedidas de acuerdo con la regla de reconocimiento. Los ciudadanos solo obedecen estas reglas porque han sido creadas por las autoridades oficiales. Ellos solo tienen el hábito sin que a este vaya aparejada ninguna actitud.

En cuanto a la tercera pregunta, la teoría de Hart de la práctica social no puede explicar la normatividad del derecho. Esta imposibilidad emerge de su concepción de la regla de reconocimiento. Hart caracteriza la regla de reconocimiento con tres propiedades<sup>38</sup>. Primero, es una regla secundaria o una regla acerca de reglas. Esta regla establece el criterio para identificar las reglas primarias del sistema jurídico. Segundo, es una regla suprema. Es el fundamento de la validez de todas las reglas primarias y secundarias del sistema jurídico. Finalmente, la regla de reconocimiento es una regla que impone deberes y cuyos destinatarios son los abogados. Esta regla crea el deber de reconocer y aplicar como reglas jurídicas todas las reglas creadas de acuerdo con el criterio establecido por ella.

Shapiro sostiene que esta construcción de la regla de reconocimiento está llamada a fracasar<sup>39</sup>. De acuerdo con Shapiro, en la teoría de Hart las reglas sociales se reducen a prácticas sociales. Por

<sup>38</sup> Para un análisis de la regla de reconocimiento, ver Shapiro, S. *Legality*, *op. cit.*, págs. 84-85.

<sup>39</sup> Shapiro, S. *Legality*, *op. cit.*, pág. 102.

una parte, esta es una buena estrategia que Hart sigue para crear una justificación para la normatividad del derecho, sin violar el principio de Hume, de acuerdo con el cual, no se puede derivar un “deber ser” de un “ser”. Con base en el análisis de la teoría de Hart llevado a cabo por Kevin Toh<sup>40</sup>, Shapiro sostiene que Hart acoge un tipo de expresivismo según el cual el tipo de normatividad que producen las reglas jurídicas es solo jurídico, pero no moral, y lo que quiere decir el concepto de normatividad es que las autoridades oficiales orientan su punto de vista interno hacia las reglas jurídicas. Esto implica que ellos hacen juicios normativos de acuerdo con los cuales adoptan las reglas jurídicas como estándares para guiar y evaluar la conducta. Esto se lleva a cabo mediante juicios normativos sobre la validez jurídica. Hart los denomina enunciados internos. Los enunciados internos son enunciados fácticos, en el sentido de que solo expresan la existencia del compromiso de tomar a las reglas como un estándar para las conductas futuras<sup>41</sup>. De esta manera, la regla de reconocimiento, como una práctica social es un hecho que da lugar a otros hechos, señaladamente, las acciones colectivas intencionales recurrentes, llevadas a cabo por las autoridades oficiales que juzgan los casos sobre la base de las reglas jurídicas, y la aceptación interna de esas reglas como guías para la conducta futura. En consecuencia, en la teoría de Hart un “ser” deriva de un “ser”. Esto respeta el principio de Hume y no incurre en una falacia naturalística.

Sin embargo, por otra parte, de acuerdo con Shapiro, reducir la regla de reconocimiento y otras reglas sociales a prácticas sociales es un error de categoría. Shapiro sostiene que esto es así porque “las reglas y las prácticas pertenecen a diferentes categorías metafísicas”<sup>42</sup>. Mientras las reglas son objetos abstractos, objetos del pensamiento y no entidades que existan dentro del espacio y el tiempo, las prácticas son eventos concretos: ellas tienen lugar dentro del mundo natural e interaccionan causalmente con otros eventos físicos.

<sup>40</sup> Toh, K., “Hart’s Expressivism and His Benthamite Project”, *Legal Theory*, 11, 2005, págs. 75-123.

<sup>41</sup> Shapiro, S. *Legality*, *op. cit.*, pág. 100.

<sup>42</sup> Shapiro, S. *Legality*, *op. cit.*, pág. 103.

Es posible dar la razón a Shapiro en que las reglas y las prácticas pertenecen a diferentes categorías metafísicas y que, mientras las reglas sociales son objetos abstractos, las prácticas sociales son eventos concretos. Las reglas sociales son objetos del pensamiento que pueden usualmente reconstruirse con la forma lógica de los enunciados condicionales: “si se dan las circunstancias C, entonces se exige la acción A”. Como se estableció en el comienzo de este escrito, las prácticas sociales son conjuntos de acciones colectivas intencionales recurrentes. Pues bien, las acciones son eventos<sup>43</sup>. Por esta razón, las prácticas sociales son conjuntos de eventos, y los eventos son particulares. Un evento es un cambio de estado en un objeto o en una región del espacio que permanece a lo largo del tiempo.

No obstante, resulta pertinente sugerir una interpretación alternativa a la propuesta de Hart, de acuerdo con la cual, en su teoría, las reglas sociales no se reducen a prácticas sociales, sino que se fundan en ellas: lo que Hart realmente sostiene es que una práctica social consistente en la aceptación de una regla de reconocimiento es el fundamento del sistema jurídico, es decir, que la validez de todas las reglas de derecho se fundamenta en la práctica oficial de aceptación de la regla de reconocimiento. Esto significa que Hart no comete ningún error de categoría. Él no sostiene que los objetos abstractos (reglas) se puedan reducir a eventos concretos (prácticas sociales), sino únicamente que tales objetos abstractos son válidos en la medida en que exista una práctica —a saber, un conjunto de acciones intencionales concretas llevadas a cabo por las autoridades oficiales, mediante las cuales se acepta la regla de reconocimiento— y se tomen tales objetos abstractos (reglas jurídicas producidas de acuerdo con la regla de reconocimiento) como un estándar para las conductas futuras de toda la sociedad. De acuerdo con esta interpretación, la regla de reconocimiento y todas las demás reglas del sistema solo se fundamentan en esta práctica desarrollada por las autoridades oficiales.

<sup>43</sup> Sobre la tesis de que las acciones son una subclase de eventos, ver: Davidson, D., *op. cit.*, págs. 118-122; Kim, J., *Supervenience and Mind. Selected Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge UP, 1993, pág. 49.

Sin embargo, Shapiro también tendría una objeción en contra de esta interpretación, por cuanto él sostiene, con la ayuda del siguiente ejemplo extraído del béisbol, que “las prácticas sociales no necesariamente generan reglas sociales”:

En beisbol, por ejemplo, el jugador que se encuentra en tercera base se dirige hacia la base principal cuando sospecha que ha habido un lanzamiento. Si falla en la aproximación será criticado por no hacerlo; la aproximación, en otras palabras, es una práctica social hartiana. En todo caso, no existe una regla que *exija* a los jugadores de tercera base aproximarse cuando sospechan que ha habido un lanzamiento. Lo contrario ocurre con los bateadores que se retiran después de tres *strikes*. Esta última actividad es una regla reconocida y aceptada<sup>44</sup>.

A pesar de ello, quizá Hart no tenga la necesidad de demostrar que las prácticas sociales necesariamente generan reglas sociales, si quiere explicar la normatividad del derecho y la posibilidad de que existan autoridades jurídicas, sobre la base de la práctica social consistente en aceptar la regla de reconocimiento. Para Hart es suficiente demostrar que es conceptualmente posible que las prácticas sociales generen reglas sociales o, en otras palabras, que las prácticas sociales puedan generar reglas sociales.

No obstante, Hart no consigue demostrar esto último. Hart no explica por qué si las autoridades oficiales aceptan la regla de reconocimiento, quedan vinculadas por ella y por todas las demás reglas creadas de acuerdo con la regla de reconocimiento. No explica por qué la aceptación de la regla de reconocimiento atribuye normatividad jurídica a esta regla y, como consecuencia, esta se convierte en una regla que impone deberes a las autoridades oficiales. Ciertamente, desde el punto de vista de Hart, la aceptación de la regla de reconocimiento implica que las autoridades oficiales están dispuestas a tomarla como una premisa de razonamiento práctico. Sin embargo, esto no implica que ellas deban adoptarla como una premisa del razonamiento

práctico ni que ellos deban estar dispuestos a obedecerla. La disposición que las autoridades del Estado tengan para adoptar la regla de reconocimiento como una premisa del razonamiento práctico no las obliga a obedecerla ni a seguir estando en disposición de aplicarla.

Aún peor (aquí la asimetría entre la práctica de las autoridades oficiales y la práctica de los ciudadanos se vuelve relevante), Hart no puede explicar el hecho de que de la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de las autoridades oficiales se siga que los ciudadanos también están vinculados por la regla de reconocimiento y todas las demás reglas generadas dentro del sistema jurídico, cuya fundamentación estriba en la regla de reconocimiento. Incluso si, por razón del argumento, se admitiera que la aceptación de la regla de reconocimiento la hace vinculante para las autoridades oficiales, de ello no puede derivarse que dicha regla sea también vinculante para los ciudadanos que no la han aceptado.

Finalmente, la teoría de Hart no es capaz de explicar la naturaleza de la autoridad jurídica o, en pocas palabras: por qué las autoridades oficiales son autoridades oficiales. Su punto de partida es que la fundamentación del sistema jurídico es la práctica de las autoridades estatales consistente en aceptar la regla de reconocimiento. Sin embargo, ¿de qué manera las autoridades oficiales devienen en lo que son? ¿De dónde emana su autoridad? La fuente de esta autoridad no puede ser la regla de reconocimiento por dos razones: primero, porque las autoridades oficiales existían antes de que la regla de reconocimiento existiera. Precisamente, una práctica llevada a cabo por las autoridades oficiales es la que da lugar a la regla de reconocimiento. Y, segundo, la fuente no puede ser la regla de reconocimiento porque, en la teoría de Hart, la regla de reconocimiento no es una regla que confiere poderes, sino una regla que impone deberes. Por ello, esta no puede ser, lógicamente, la fuente del poder conferido a las autoridades oficiales. Como consecuencia, no es claro por qué la regla de reconocimiento, y todas las demás reglas del sistema jurídico, deben ser obedecidas, ni por qué tienen fuerza vinculante.

#### IV. La teoría del derecho como un plan

En su libro *Legality*, Scott Shapiro ofrece una teoría del derecho como una entidad basada en una práctica social normativa. Su explicación del derecho pretende resolver los problemas enfrentados por Austin y Hart. Shapiro denomina su teoría como la teoría del derecho como un plan.

En comparación con Austin y Hart, Shapiro está en una mejor posición para explicar el derecho como una práctica social. Para ello puede emplear algunos de los avances antes mencionados en el campo de la ontología social. De hecho, su teoría del derecho como un plan está influenciada por la teoría de las intenciones y, en particular, la teoría de las intenciones compartidas y las actividades compartidas, de Michael Bratman<sup>45</sup>.

La tesis principal de Shapiro es la tesis del planeamiento. De acuerdo con ella, “la actividad jurídica es una actividad de planeamiento social”<sup>46</sup>. Esto significa que

La actividad jurídica es más que una simple actividad de formulación, adopción, repudio, afectación y aplicación de normas por parte de los miembros de una comunidad. Es una actividad de planeamiento<sup>47</sup>.

En aras de defender esta tesis, Shapiro desarrolla dos teorías diferentes: la teoría de los planes y la teoría de la práctica jurídica como

<sup>45</sup> Michael Bratman desarrolla esta teoría del comportamiento intencional colectivo en una serie de artículos, sobre la base de su conocida teoría de las intenciones como planes. Sobre esta teoría, ver: Bratman, M., “Planning and the Stability of Intention”, *Minds and Machines*, 2, 1992a. Los principales puntos de vista de Bratman se encuentran en cuatro trabajos: Bratman, M., “Shared Cooperative Activity”, *op. cit.*; Bratman, M., “Shared Intention”, *Ethics*, 104, 1, 1993; Bratman, M., “Shared Intention and Mutual Obligation”, en Bratman, M., *Faces of Intention*, *op. cit.*, págs. 130-141; y Bratman M., “I intend That We J”, en Bratman, M., *Faces of Intention*, *op. cit.*, págs. 142-161.

<sup>46</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 195.

<sup>47</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 195.

una actividad de planeamiento social. Siguiendo la tradición del positivismo jurídico, Shapiro aduce que las reglas son planes, y que los planes están basados solo en hechos sociales. Su existencia depende de la adopción y la aceptación. Los planes se crean por medio de la adopción y se mantienen por medio de la aceptación. La existencia de un plan no depende de los méritos del contenido del plan, sino solo del hecho de que haya sido adoptado y aceptado<sup>48</sup>.

#### IV.1. La teoría de los planes de Shapiro

Primero es preciso examinar la teoría de los planes de Shapiro. De acuerdo con esta teoría, los planes son normas. Son “entidades proposicionales abstractas que exigen, permiten o autorizan a los individuos a actuar o no actuar, de ciertas y maneras bajo ciertas condiciones”<sup>49</sup>. En este sentido, ellos asumen el mismo rol que las reglas hartianas: funcionan como “guía[s] de conducta y como estándar[s] de evaluación”<sup>50</sup>.

Según Shapiro los planes tienen 11 características:

1. Los planes son parciales y, de esta manera, tienen una estructura compleja que evoluciona con el tiempo: “Ellos comienzan como conchas vacías y, se vuelven más comprensibles y útiles en la medida en que a ellos se añaden más detalles”<sup>51</sup>.
2. Los planes son compuestos: “tienen partes que son planes en sí mismas”<sup>52</sup>.
3. Los planes ayudan a racionalizar el comportamiento futuro de quien los crea, así como de otras personas<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 195. Un problema que no abordaré aquí es que un plan no puede adoptarse sin antes existir. En este caso, por tanto, la adopción de un plan no puede explicar su existencia.

<sup>49</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 127.

<sup>50</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 127.

<sup>51</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 121.

<sup>52</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 130.

<sup>53</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 122.

4. Los planes pueden diseñarse para otras personas. Es posible que quien crea un plan, no sea quien lo siga, es decir, quien finalmente lo aplique<sup>54</sup>.
5. Los planes reducen los costos deliberativos. Una vez establecido un plan, ya no necesito emprender una deliberación acerca del futuro curso de mis acciones. Los planes reemplazan la deliberación acerca de lo que debe hacerse. Tal como expone Shapiro: “el valor que tiene un plan es que piensa por nosotros”<sup>55</sup>.
6. Los planes generan normatividad en razón de ciertos principios de la racionalidad instrumental: si yo establezco un plan con el propósito de reemplazar la deliberación futura, es racional que yo me sujete a lo dispuesto por el plan, es decir, que lleve a cabo la acción requerida por él. De forma correlativa, es irracional que yo abandone al plan, a menos que una razón muy fuerte entre en juego y me lleve a ello.
7. Los planes son entidades positivas: “son creados por adopción y mantenidos mediante la aceptación”<sup>56</sup>.
8. Los planes son la estrategia más efectiva para coordinar el comportamiento relativo a actividades complejas, contenciosas y arbitrarias, es decir, actividades que exigen conocimientos y aptitudes especializadas, que pueden dar lugar a disputas, y pueden dar lugar a comportamientos impredecibles<sup>57</sup>.
9. Los planes pueden compartirse en el sentido de las actividades compartidas de Bratman<sup>58</sup>. Un plan es algo que varias personas pueden compartir.

<sup>54</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 126.

<sup>55</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 127.

<sup>56</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 128.

<sup>57</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, págs. 133-134.

<sup>58</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 135. De acuerdo con Bratman, para que una actividad sea una actividad cooperativa compartida, esta tiene que cumplir tres exigencias: (1) que exista entre todos los agentes implicados mutua receptividad en cuanto a la persecución del fin común, es decir, mutua receptividad frente a las intenciones y acciones de los otros agentes; (2) que exista en todos los agentes implicados un compromiso de formar parte de la actividad cooperativa. Bratman sostiene que es necesario que los sub-planes de los agentes

10. Los planes pueden ser jerárquicos. Permiten las divisiones verticales del trabajo<sup>59</sup>.
11. Los planes pueden regular actividades masivas. Ellos compensan la desconfianza que pueda surgir entre los miembros del grupo en la realización de actividades masivas<sup>60</sup>.

#### **IV.2. La actividad jurídica como una forma de planeamiento social**

La segunda teoría de Shapiro es una teoría del derecho que se basa en su teoría de los planes. Shapiro desarrolla su teoría en dos pasos, mediante el empleo de una situación hipotética similar a la del bien

encajen de manera tal que los sub-planes de unos agentes no vulneren los sub-planes de otros agentes. También es necesario que las intenciones de todos los agentes sean interdependientes. Es preciso que cada agente procure que el grupo lleve a cabo la acción de acuerdo con el plan del grupo y con los subplanes de cada uno de los agentes participantes. Adicionalmente, se necesita que los agentes se comprometan a conectar o engranar sus propios planes con los planes de los demás. Sin embargo, esto no puede llevarse a cabo mediante coacción. Finalmente, en caso de que usted y yo seamos miembros del grupo que está llevando a cabo una acción intencional colectiva, para que nuestra acción común (J-ing) pueda ser una actividad cooperativa compartida, yo debo tener la intención de que nosotros hagamos J en parte por sus intenciones de que nosotros hagamos J y sus subplanes. Bratman también sostiene que las actividades cooperativas compartidas involucran una interlocución apropiada y un sistema reflexivo de intenciones mutuamente no coaccionadas en relación con la actividad mancomunada; por último, (3) los agentes deben comprometerse a apoyarse mutuamente, es decir, deben adquirir el compromiso a respaldar el esfuerzo de otros agentes que participan en la actividad y que desempeñan sus propios papeles. Si una acción llevada a cabo por varios agentes no cumple con estos requisitos, entonces la acción no es una actividad cooperativa compartida, sino solo una acción intencional conjunta. Al compartir las actividades cooperativas, las intenciones de los agentes tienen que ser cooperativas y mínimamente estables. Una intención es cooperativa y mínimamente estable si existen circunstancias cooperativamente relevantes en las que el agente pueda retener esa intención. Ver Bratman, M., "Shared Cooperative Activity", *op. cit.*, p. 327.

<sup>59</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 141.

<sup>60</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 143 y ss.

conocido estado de naturaleza. En primer lugar, Shapiro da una explicación de cómo puede crearse un sistema jurídico mediante la adopción y la aceptación de planes. En el segundo paso, usando una metodología de análisis conceptual, Shapiro aclara cuáles son las propiedades esenciales de una actividad jurídica como una forma de actividad social.

#### IV.2.1. El derecho en la isla de los cocineros

Shapiro explica el propósito de la situación hipotética del estado de naturaleza, que en su libro se concreta en una sociedad imaginaria de cocineros que crean una sociedad en una isla del pacífico sur: la isla de los cocineros. El ejemplo se usa para demostrar que lo único necesario para construir un sistema jurídico “es la intervención humana”<sup>61</sup>. Shapiro considera que si ello es así, entonces esto demuestra que la tesis del positivismo jurídico es correcta, por la siguiente razón:

... para construir u operar un sistema jurídico no se necesita tener legitimidad moral para imponer obligaciones jurídicas y conferir derechos: solo se necesita la capacidad de crear planes<sup>62</sup>.

La narración de la situación hipotética de la isla de los cocineros comienza con dos personas que cocinan juntas y que deciden crear una empresa de comida. La compañía se vuelve muy exitosa y termina contratando una gran cantidad de empleados y produciendo grandes dividendos. Sin embargo, los dueños y los empleados deciden vender la compañía y trasladarse a la isla del pacífico sur. En aquella isla, dadas las complejidades y la ausencia de coordinación, la vida sin reglas demuestra ser altamente inconveniente. Por esta razón, comienzan a crear planes. No obstante, esto genera un alto costo de deliberación y negociación. Para paliar este costo, ellos crean un plan maestro, es decir, un plan de planes. Adicionalmente, crean jerarquías

---

<sup>61</sup> Shapiro, S., *Legality*, op. cit., pág. 156 y ss.

<sup>62</sup> Shapiro, S., *Legality*, op. cit., pág. 156.

mediante la atribución de poderes a algunas personas para planear a nombre del grupo. Pero, dado que incluso esta atribución de poderes es defectuosa, dado que las autoridades pueden morir, retirarse o quedar física o mentalmente discapacitadas, ellos deciden crear instituciones, es decir, “estructuras abstractas de control”, diseñadas para cumplir ciertas funciones. Shapiro denomina coloquialmente a estas instituciones: “la oficina”<sup>63</sup>. Dado que “la oficina” prueba ser una invención exitosa, se crean diferentes oficinas; mientras que la función de algunas de ellas es la adopción de planes, otras los implementan y los aplican. Quienes adoptan los planes crean directrices para la regulación del comportamiento y políticas para atribuir competencias a las personas para que ellas puedan planear por sí mismas.

#### IV.2.2. Características esenciales del derecho

##### *a. La coerción no es una característica esencial del derecho*

Cuando se crean las instituciones, sostiene Shapiro, se da lugar al mismo tiempo a un sistema jurídico. Su explicación es la siguiente:

En este punto, parece seguro afirmar que la Isla de los cocineros ha desarrollado un sistema jurídico. Quienes hacen los planes son las autoridades oficiales; quienes adoptan los planes son los legisladores; y quienes aplican los planes son los jueces. El plan maestro es la constitución que define sus competencias. Los planes creados y aplicados por estas autoridades oficiales, de conformidad con el plan común, constituyen las leyes del sistema: las directrices políticas son las reglas que imponen deberes y las políticas de autorización son las que confieren competencias. Finalmente, los isleños actúan todos de acuerdo con el plan. Son ciudadanos que respetan el derecho<sup>64</sup>.

De esta afirmación, Shapiro deriva la conclusión de que la coerción no es una característica necesaria del derecho. Su idea

<sup>63</sup> Shapiro, S., *Legality*, op. cit., pág. 166.

<sup>64</sup> Shapiro, S., *Legality*, op. cit., pág. 169.

es que la historia de la isla de los cocineros prueba la posibilidad de la existencia de un sistema jurídico desprovisto de sanciones. Adicionalmente, Shapiro piensa que el uso de la coerción es la vía más costosa, ineficaz y peligrosa para combatir lo que él ha denominado el problema del mal carácter, es decir, de la trasgresión de las normas morales<sup>65</sup>. Naturalmente, este autor no descarta el uso de la coerción en el derecho. De hecho, sostiene que algunas veces el derecho usa la coerción y que, cuando lo hace, la usa de una manera organizada. Lo que Shapiro defiende es que puede haber derecho desprovisto del uso de la fuerza.

No obstante, entonces, surge una pregunta relevante: si la coerción no es una característica necesaria del derecho, y, dado que esta es una propiedad que ha sido tradicionalmente usada para distinguir los sistemas jurídicos de otros tipos de sistemas normativos como los sistemas morales o religiosos, o de etiqueta, entonces, ¿cuál es la característica específica del derecho, es decir, la propiedad que hace al derecho ser lo que es y no otra cosa? El todo que forman quienes hacen los planes, quienes los adoptan, quienes los aplican, un plan maestro, los planes, las directrices políticas, las políticas de autorización y los destinatarios de los planes se encuentran también en otras actividades de planeamiento, como los deportes, los juegos, las iglesias y los clubes sociales organizados. Entonces, ¿qué es lo que hace al derecho diferente de estas otras actividades de planeamiento?

#### *b. La tesis del propósito moral*

Shapiro sostiene que la característica específica del derecho que la distingue es su propósito<sup>66</sup>. Esto se denomina la tesis del propósito moral. De acuerdo con esta tesis:

<sup>65</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 174.

<sup>66</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 215: el propósito moral “es central para la identidad del derecho”. En la misma página, Shapiro sostiene que “si queremos explicar qué hace al derecho ser derecho, debemos reconocer la necesidad de perseguir una finalidad moral”; “es parte de la identidad del derecho tener un misión moral”.

El propósito fundamental de la actividad jurídica es solucionar las deficiencias morales de las circunstancias de legalidad<sup>67</sup>.

Shapiro desarrolla esta idea de la siguiente manera:

... los sistemas jurídicos son instituciones de planeamiento social y su propósito fundamental es compensar las deficiencias de las formas alternativas de planeamiento en las circunstancias de legalidad<sup>68</sup>.

Al hacer una analogía con las bien conocidas “circunstancias de la justicia” de Rawls<sup>69</sup>, Shapiro sostiene:

Las circunstancias de legalidad se obtienen siempre que una comunidad tiene numerosos y serios problemas morales cuyas soluciones son complejas, contenciosas y arbitrarias<sup>70</sup>.

Shapiro considera que es posible afrontar la necesidad de regular el comportamiento, dentro del marco de la existencia de estos problemas, mediante varias estrategias: la improvisación, la organización espontánea, o incluso mediante otras formas de planeamiento no jurídicas, como, por ejemplo, los acuerdos privados, los consensos comunales o las jerarquías personalizadas. Sin embargo, desde el punto de vista de Shapiro, esto podría generar altos costos y grandes riesgos. El propósito del derecho es compensar las deficiencias de las formas de planeamiento no jurídicas. Y la forma mediante la cual es posible para el derecho llevar a cabo esta tarea es, en palabras de Shapiro, “planear de la manera ‘correcta’, a saber, por medio de la adopción y aplicación de planes moralmente sensibles en una forma moralmente legítima”<sup>71</sup>. El propósito del derecho es reducir los riesgos de que sean adoptados

<sup>67</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, págs. 213-214.

<sup>68</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 171.

<sup>69</sup> Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Cambridge UP, 1999, p. 109.

<sup>70</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 170.

<sup>71</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 171.

malos planes, no en relación con un problema moral específico, sino con todos los posibles problemas morales.

*c. Las reglas fundamentales del sistema jurídico como planes compartidos*

Una segunda característica esencial del derecho, de acuerdo con Shapiro, es que las reglas de un sistema jurídico constituyen un plan compartido. Los miembros de un grupo diseñan este plan con el fin de incorporarse en una actividad conjunta con libre acceso al público y aceptada por la mayoría de los miembros del grupo. De acuerdo con Hart, los miembros del grupo son solo las autoridades oficiales y no todos los miembros de la sociedad. Por esta razón, sus intenciones y acciones compartidas constituyen las reglas fundamentales del sistema jurídico. En palabras de Shapiro:

Si queremos descubrir la existencia o el contenido de las reglas fundamentales de un sistema jurídico tenemos que mirar únicamente los [...] acontecimientos sociales y a lo que las autoridades oficiales piensan, proponen, sostienen y llevan a cabo en ese lugar<sup>72</sup>.

El contenido de estas reglas fundamentales no depende de ningún aspecto moral. El plan compartido puede ser incluso “moralmente reprochable”. Esto es así, porque si fuese de otra forma, es decir, si un plan dependiera de aspectos morales, no podría resolver los desacuerdos ni reducir la arbitrariedad y la complejidad, dado que los miembros del grupo se verían involucrados en discusiones acerca de si tales aspectos morales son apropiados y si han sido de hecho aceptados.

Sin embargo, la afirmación anterior nos conduce a la pregunta de cómo podría ser esto compatible con la idea de que la propiedad específica del derecho es su propósito moral. ¿Cómo es posible que la práctica jurídica tenga un propósito moral, es decir, que persiga la adopción del plan correcto y, al mismo tiempo, permita los planes

moralmente reprochables? La respuesta de Shapiro a estas preguntas es la siguiente: “Lo que hace que el derecho sea derecho es que tiene un propósito moral, no que este satisfaga ese propósito”.<sup>73</sup>

#### *d. La posibilidad de la autoridad jurídica*

La tercera característica esencial del derecho es que “alguien tiene autoridad jurídica solo si está autorizado por el plan maestro de un sistema jurídico particular”. Esta es una condición necesaria pero no es una condición suficiente. Para que alguien tenga autoridad jurídica, los miembros de la comunidad tienen también que estar dispuestos “a seguir las normas creadas [por la autoridad jurídica] para orientar su conducta”<sup>74</sup>. De esta manera, las autoridades jurídicas deben tener también la habilidad para motivar a los sujetos a obedecer el derecho<sup>75</sup>. La primera condición se obtiene cuando los miembros de una comunidad se comprometen a someterse a una persona o a un conjunto de personas establecidas como autoridad jurídica. La segunda se obtiene cuando existe racionalidad instrumental. Dado que los miembros de la comunidad han autorizado a las autoridades jurídicas a planear por ellos, la racionalidad instrumental les exige obedecer los planes por ellas establecidos.

#### *e. La normatividad del derecho*

Esto se relaciona con la cuarta característica esencial del derecho. En la teoría del derecho como un plan, la normatividad del derecho es solo un asunto de racionalidad instrumental. Shapiro sostiene que “la normatividad del plan maestro de un sistema jurídico es de una clase muy limitada”<sup>76</sup>. Shapiro está de acuerdo con Hart en que las reglas fundamentales de un sistema jurídico existen solo si las autoridades

<sup>73</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 214.

<sup>74</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, págs. 179-180.

<sup>75</sup> A lo mejor es suficiente que los sujetos estén motivados a obedecer a las autoridades jurídicas y no que dichas autoridades sean, de hecho, razón para la motivación.

<sup>76</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 182.

oficiales adoptan una actitud de aceptación frente a ellas. No obstante, Shapiro impone una restricción adicional. Dado que las reglas fundamentales son elementos de un plan compartido, ellas necesitan que las autoridades oficiales tengan una actitud más compleja hacia ellas que la del punto de vista interno de Hart. En sus palabras:

... la aceptación de un plan implica más que un simple compromiso de cada quien de poner de su parte: cada individuo debe también comprometerse a permitir que otros hagan su parte. Además, aceptar la parte propia implica la adopción de un plan. En otras palabras, aceptar la parte que a un individuo le corresponde no es un simple compromiso personal de seguir el plan; ese individuo también se compromete a ejecutar el plan, a asegurarse de su compatibilidad con las convicciones propias, con los subplanes, y con otros planes, y a no reconsiderarlo en casos de ausencia de una razón que irresistiblemente lo obligue a hacerlo<sup>77</sup>.

Entonces, la actitud que las autoridades oficiales deben tener, de acuerdo con la teoría del derecho como un plan, es la de aceptación de las reglas fundamentales, y esto implica “la adopción de los planes”. Y Shapiro sostiene que con esto entran en juego las normas de la racionalidad instrumental que conciernen a la actividad de planeamiento. A las autoridades oficiales se les exige sujetarse a lo dispuesto por los planes y a no provocar una nueva deliberación, a menos que haya una “razón que obligue a hacerlo”<sup>78</sup>. Shapiro denomina estas exigencias de racionalidad de los sistemas jurídicos la “racionalidad interna del derecho”. Entonces, la normatividad del derecho consiste en la obligación de permanecer dentro de esta racionalidad interna. Ella no es necesariamente una normatividad moral por lo que “no hay razón para pensar que los planes maestros de todo sistema jurídico posible serán moralmente legítimos”<sup>79</sup>. Como consecuencia, las autoridades jurídicas no tienen el poder de crear e imponer obligaciones morales.

<sup>77</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 183.

<sup>78</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 183.

<sup>79</sup> Shapiro, S., *Legality*, *op. cit.*, pág. 184.

Ellas solo tienen el poder de imponer obligaciones jurídicas desde un punto de vista jurídico. Dichas obligaciones solo son vinculantes (siempre que su naturaleza jurídica se mantenga) desde el punto de vista jurídico, pero no desde el punto de vista moral.

*f. Otras características específicas del derecho como planeamiento social*

Sobre la base de todas estas premisas, Shapiro también define la actividad jurídica como una actividad de planeamiento social con otras características específicas, esto es, con propiedades que nos permiten distinguirla de otras actividades de planeamiento. Estas características son las siguientes:

1. En cuanto planes, las normas jurídicas crean una organización<sup>80</sup>. Ellas son normas positivas que resuelven desacuerdos morales sobre lo que debe llevarse a cabo. A menos que existan razones que así lo impongan, a este nivel, la remisión que a ellas se haga previene la deliberación, la discusión o la negociación.
2. En cuanto planes, las normas jurídicas son dispositivas<sup>81</sup>. Ellas disponen a sus destinatarios para que las obedezcan. Esta propiedad encarna la condición de eficiencia mínima que todo derecho debe cumplir.
3. La actividad jurídica como actividad de planeamiento tiene un propósito concreto. Este propósito es crear normas<sup>82</sup>.
4. La actividad jurídica es una actividad de planeamiento social en tres sentidos diferentes: “crea y administra normas que representan estándares comunes de comportamiento”; “regula la mayoría de la actividad común por medio de políticas generales”; y “regula la mayoría de las actividades comunes por medio de los estándares públicos”<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 201.

<sup>81</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 202.

<sup>82</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 202.

<sup>83</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 203.

5. La actividad jurídica es una actividad compartida. Shapiro explica esta afirmación en el siguiente sentido: “la actividad jurídica es una actividad compartida en la que varios actores jurídicos involucrados desempeñan ciertos roles en la propia actividad de planeamiento social: algunos participan mediante la creación y modificación de planes y otros participan mediante su aplicación”<sup>84</sup>.

No obstante, con esto Shapiro no quiere defender la tesis de que la actividad jurídica sea una actividad intencional compartida. Este autor sostiene que las autoridades oficiales no necesitan tener la intención de involucrarse en esta actividad para de hecho hacerlo. Ellos pueden involucrarse en la actividad jurídica estando completamente alienados en el proceso, es decir, solo mediante la ejecución de sus funciones. No es necesario que las autoridades acepten el plan maestro.

La tesis de la actividad compartida ayuda a entender que las autoridades oficiales son miembros de grupos y, como consecuencia, miembros de un sistemas jurídico específico (por ejemplo, son miembros del sistema jurídico de los Estados Unidos y no del sistema jurídico inglés o francés).

1. El diseño del plan maestro no necesita un acuerdo completo entre todas las autoridades oficiales. Solo necesita que, por lo menos, una parte de las autoridades oficiales diseñen al menos una parte del plan maestro<sup>85</sup>.

2. La unidad del sistema jurídico. Existe unidad en un sistema jurídico cuando este es compatible con todas las normas derivadas de la actuación colectiva de las autoridades oficiales. Como consecuencia, el derecho de un cierto sistema consiste en el plan maestro y unos planes creados de acuerdo con este<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 204.

<sup>85</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 207.

<sup>86</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 208.

3. La actividad jurídica es una actividad oficial. Los agentes del derecho ocupan oficinas<sup>87</sup>.

4. La normatividad del derecho es institucional. No depende de las intenciones de las autoridades oficiales, sino de las autorizaciones que ellas reciben para crear normas jurídicas y de los planes que explican cómo deben utilizarse tales autorizaciones. Las intenciones son remplazadas por los procedimientos<sup>88</sup>.

5. El resultado del ejercicio de la autoridad jurídica es obligatorio para los sujetos de un sistema jurídico. No es una condición necesaria el consentir con lo decidido por la autoridad jurídica para estar sujeto a los planes establecidos por ella. Estos planes son vinculantes desde el punto de vista jurídico<sup>89</sup>.

6. El derecho tiene un propósito moral independiente del propósito moral de los participantes jurídicos. Shapiro defiende que en el mismo sentido en que las afirmaciones se proponen proveer información veraz a pesar de que el emisor pueda estar mintiendo, es “una verdad esencial del derecho que su propósito es resolver problemas morales”<sup>90</sup>. Shapiro sostiene que esto es posible por la siguiente razón, que dada su gran importancia para el propósito de este artículo, a pesar de su longitud, se citará en su totalidad:

El propósito que el derecho tiene, lo tiene porque las autoridades oficiales de alto rango representan a la práctica como una práctica que tiene uno o varios propósitos morales. Sus afirmaciones no necesitan ser honestas sino ser proferidas. Estas representaciones pueden tomar muchas formas: discursos explícitos, estelas ceremoniales, preámbulos de constituciones, prólogos de códigos jurídicos, y sentencias judiciales, o formas implícitas: atmósferas de atuendos rituales y discursos, la construcción de edificios monumentales que alojan la actividad jurídica, y el uso de iconografía religiosa o moral en los sitios en los que se crea o se profiere el derecho. Quizás, y esto es lo más

<sup>87</sup> Shapiro, S., *Legality*, op. cit., pág. 209.

<sup>88</sup> Shapiro, S., *Legality*, op. cit., pág. 211.

<sup>89</sup> Shapiro, S., *Legality*, op. cit., pág. 212.

<sup>90</sup> Shapiro, S., *Legality*, op. cit., pág. 216.

importante, los propósitos morales del derecho se representan por medio del discurso jurídico. Mediante la descripción de las demandas jurídicas como ‘obligaciones’ y no simplemente como ‘deberes morales’, y del poder como algo que se basa en el ejercicio de los ‘derechos’ y no simplemente como meras ‘posibilidades’, las élites presentan su práctica como algo más que una mera empresa criminal o como la búsqueda egoísta de placer, de lucro o de gloria<sup>91</sup>.

7. El derecho se auto-certifica en el sentido de que contiene una presunción general de validez.

### **IV.3. El derecho como práctica social en la teoría del derecho como un plan**

La teoría del derecho como un plan es, sin lugar a dudas, la postura más desarrollada del derecho como práctica social. Shapiro logra explicar la práctica jurídica como una entidad socio-ontológica por medio del entendimiento de las actividades jurídicas como actividades de planeamiento. Desde el punto de vista de Shapiro, el planeamiento de actividades es una práctica social, es decir, un conjunto de acciones intencionales colectivas. El compartir un plan, en cada una de sus instancias posibles, a saber, diseñarlo, aplicarlo y hacerlo cumplir, implica llevar a cabo una acción intencional colectiva. Primero, el compartir un plan es algo que los miembros de un grupo solo pueden hacer juntos. De manera contraria a lo que el concepto de hábito general de obediencia de Austin y el concepto de aceptación de reglas de Hart implican, el concepto de Shapiro de compartir un plan no permite una lectura distributiva. Este concepto es colectivo, y ello no da lugar a ninguna ambigüedad. Mediante el diseño y desarrollo de un plan, todos los miembros de un grupo cumplen intencionalmente con su parte, y solo por esta razón es que el plan logra ser diseñado y desarrollado. Segundo, la existencia de un plan compartido es de conocimiento común. Es imposible compartir un plan sin conocer de

---

<sup>91</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 217.

su existencia. Finalmente, para compartir un plan los miembros del grupo deben contar con una actitud cooperativa: la actitud de aceptación del plan. Como lo explica Shapiro:

... un plan es compartido por un grupo solo si cada uno de los miembros del mismo, en algún sentido, 'acepta' el plan. Esto implica que cada uno de los miembros debe tener una actitud cooperativa en relación con que el plan de grupo se lleve a cabo mediante la acción individual de sus miembros<sup>92</sup>.

De acuerdo con Shapiro, la aceptación de un plan es una actitud cooperativa compleja de cada uno de los miembros del grupo que implica cuatro elementos: (1) un compromiso de llevar a cabo la parte propia; (2) un compromiso de permitir (e incluso ayudar) a otros miembros del grupo a hacer sus propias partes; (3) un compromiso de asegurar la consistencia entre el plan y otros cursos de acción posibles; y (4) un compromiso de seguir el plan y de no reconsiderarlo en ausencia de una razón suficiente para hacerlo.

Además, Shapiro hace un esfuerzo altamente original al adaptar la teoría de Bratman de las actividades cooperativas para explicar la práctica jurídica, que es una actividad masiva, que permanece en el tiempo, jerárquica, y en la cual la alienación y la deficiencia de acuerdo conceptual y teórico es ubicua. La teoría de Bratman, como la mayoría de las teorías de intencionalidad colectiva, persigue explicar acciones colectivas sencillas llevadas a cabo solo por dos o, como mucho, por un número reducido de agentes (como pintar una casa o caminar juntos), en la cual, ellos, en general, están de acuerdo en lo que hacen. En este respecto, la teoría del derecho como un plan es una contribución no solo a la teoría del derecho, sino también a la ontología social en general. Es un simple ejemplo de cómo algunos principios básicos de la ontología social pueden llegar a utilizarse como

<sup>92</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 135: "un grupo comparte un plan solo si el plan está diseñado, al menos en parte, por el grupo relevante, como una actividad conjunta se constituye mediante las acciones individuales de cada uno de sus miembros".

explicaciones de actividades más complejas, tales como aquellas que están implícitas en la práctica jurídica.

En este sentido, Shapiro usa diversas estrategias apropiadas. Primero, no concibe la práctica jurídica como una actividad intencional colectiva única, sino como un conjunto de varias actividades intencionales colectivas llevadas a cabo por diferentes grupos: la creación de un plan maestro (por parte de los constituyentes), y su desarrollo mediante la creación de planes (por la vía del desarrollo legislativo), su ejecución (por parte del ejecutivo) y su aplicación (por vía judicial). Shapiro es capaz de ver que la práctica jurídica es una actividad altamente compleja que envuelve no solo una práctica genérica, como el hábito general de obediencia al soberano de Austin o la aceptación de la regla de reconocimiento hartiana por parte de las autoridades oficiales, sino también prácticas generales singulares y concretas llevadas a cabo por diferentes grupos.

El análisis de Shapiro también puede complementarse con la explicación de que las autoridades oficiales están organizadas en una multitud de grupos de diferentes niveles. Por ejemplo, los legisladores que crean los planes están organizados en grupos de representantes de primer orden que pertenecen a un partido, que a su vez están organizados en grupos de segundo orden: comisiones de representantes a la Cámara que a su vez pertenecen a un grupo de tercer orden: la Cámara de Representantes, que a su vez pertenece a un grupo de cuarto orden: el Congreso. Cada uno de estos grupos actúa mediante acciones intencionales colectivas llevadas a cabo por parte de los miembros del grupo. En los niveles de más alto orden, existen representantes que actúan en nombre de los miembros de los grupos de orden inferior.

Segundo, en la teoría del derecho como un plan, la estructura parcial, organizada y compuesta de los planes permite que exista una actividad colectiva intencional entre los miembros de un grupo entre quienes solo existe un débil acuerdo conceptual acerca de su actividad conjunta. Esto puede explicarse mediante un ejemplo. Para que usted y yo tengamos un plan de cocinar juntos esta noche, no es condición necesaria que estemos de acuerdo en cuanto a todos los detalles del plan (por ejemplo, en cocinar pescado, con especias hindúes, en mi

casa, etc.). Esta característica es particularmente importante a la hora de explicar la naturaleza del derecho. Gracias a ella, la teoría del derecho como un plan no puede ser objeto de la objeción de Dworkin en contra del positivismo jurídico atinente a la existencia de desacuerdos teóricos<sup>93</sup>. La teoría del derecho como plan es capaz de explicar por qué pueden existir prácticas jurídicas a pesar de la existencia de desacuerdos entre los practicantes jurídicos acerca de las (tal como las denomina Dworkin) razones del derecho. Por el contrario, esta teoría es capaz de explicar el desacuerdo teórico como parte del proceso natural de deliberación y negociación entre los miembros de los grupos relevantes en la práctica jurídica con el propósito de llenar de contenido a los planes.

Tercero, la posibilidad de planear para otras personas, a saber, el hecho de que sea posible que un agente cree un plan para ser aplicado por otro agente distinto, permite a la teoría del derecho como un plan explicar tres intuiciones básicas acerca de la práctica jurídica, a saber, (1) que es una práctica masiva en la que no todos los miembros de la sociedad pueden participar en la creación de planes, y que, por consiguiente, la alienación de muchos ciudadanos al derecho no creado por ellos es un elemento inevitable de la práctica jurídica; (2) que esta es una práctica jerárquica en la que la existencia de las autoridades es posible y necesaria; y (3) que la práctica jurídica es, al menos en parte, heterónoma y normativa, en el sentido de que cada miembro de la sociedad tiene una obligación jurídica de seguir los planes creados para nosotros por parte de los legisladores.

No obstante, en este punto surgen dos preguntas relacionadas entre sí. Por una parte, de acuerdo con la teoría del derecho como un plan, ¿es necesario para la existencia de una práctica jurídica que cada una de las autoridades oficiales participe activamente mediante sus acciones individuales y sus intenciones cooperativas en las acciones de grupo relevantes para crear, ejecutar y aplicar los planes? Y por otra

<sup>93</sup> Dworkin, R., *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., London, Belknap Press of Harvard University Press, 2006, págs. 151 y 156. Para una explicación de esta objeción, ver: Smith, D., "Theoretical Disagreement and the Semantic Sting", *Oxford Journal of Legal Studies*, 30, 4, 2010.

parte, ¿cuál es la fundamentación de la normatividad del derecho? Para que el derecho sea normativo, en el sentido de la normatividad racional instrumental de los planes, es necesario que todos los sujetos de derecho acepten todos los planes jurídicos o, por lo menos, el plan maestro. ¿Es esta una exigencia de la teoría del derecho como un plan?

En relación con la primera pregunta, Shapiro es consciente de que exigir dicha participación activa por parte de todas las autoridades jurídicas implicaría una asunción injustificada. Desde luego, existen ciertas acciones jurídicas en las que todos los miembros de un grupo satisfacen, de hecho, todas las exigencias de una acción intencional colectiva, incluso si se acepta el concepto de este tipo de acciones, defendida por la postura socio-ontológica más exigente. Por ejemplo, esto ocurre cuando la Corte Suprema profiere una sentencia en la que todos los jueces trabajan conjuntamente y de común acuerdo para juzgar un caso de acuerdo con el plan maestro (la Constitución). Sin embargo, no toda acción llevada a cabo por las autoridades oficiales exige este nivel de involucramiento por parte de los miembros de los grupos primarios, secundarios, terciarios, y otros. También sería inconveniente exigir este nivel de involucramiento porque eso podría restringir la posibilidad de que el derecho resuelva eficientemente situaciones complejas y contenciosas. Por esta razón, Shapiro sostiene plausiblemente que, con el tiempo, la práctica jurídica se convierte en institucional, y esto significa que en muchos casos las intenciones reales de las autoridades oficiales ya no son necesarias. Estas son reemplazadas por los procedimientos<sup>94</sup>.

La segunda pregunta se relaciona con una objeción de Bruno Celano en contra de la teoría de Shapiro. En “¿Que pueden hacer los planes por la teoría jurídica?”<sup>95</sup> Bruno Celano sostiene que, desde el punto de vista de Bratman, los planes son producidos y aplicados por parte de los agentes para sus propias acciones y deliberaciones futuras. Son una herramienta de auto-administración. Por el contrario, la finalidad de la autoridad del derecho consiste, precisamente, en establecer

---

<sup>94</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 211.

<sup>95</sup> Celano, B., *op. cit.*

y aplicar planes para otros. Por ello, la normatividad del derecho se aplica sobre todo hacia individuos distintos a aquellos que crearon las normas jurídicas. Consecuentemente, el concepto de plan de Bratman no puede usarse para analizar el derecho. No sería útil para el propósito de entender la naturaleza del derecho. En particular, Celano sostiene:

Shapiro ilegítimamente manipula la normatividad (bratmaniana) que un plan despliega para el agente, o agentes, que lo han adoptado para sí mismos, en aras de justificar que el derecho, también, es normativo<sup>96</sup>.

Si esto es cierto, entonces la teoría del derecho como un plan no puede explicar la normatividad del derecho en términos de normatividad instrumental emanada de los planes. Como explica Celano:

La racionalidad instrumental es una racionalidad relativa a la persecución de metas o fines. ¿Qué fines, qué metas? En el caso de los planes en primera persona, la respuesta es sin lugar a dudas: mis metas [...]. Pero, en el caso de los ‘planes’ adoptados para otros, aparece una alternativa: ¿estamos hablando de normas que son instrumentalmente racionales para quien planea, o para aquellos para quienes se adoptan los ‘planes’? A menos que supongamos —y esta es una presunción injustificada— que estas dos cosas coinciden, debemos reconocer que lo que es instrumentalmente racional para quien adopta el plan para sí mismo puede no ser instrumentalmente racional para los otros, o viceversa<sup>97</sup>.

En una entrevista reciente para el *Journal Legal Theory in China*<sup>98</sup>, Shapiro replicó a Celano con el argumento de que

... tratar a los planes como algo interesante solo por el papel normativo singular que tienen para el actuar individual implica

<sup>96</sup> Celano, B., *op. cit.*

<sup>97</sup> Celano, B., *op. cit.*

<sup>98</sup> Disponible on line en: <http://www.legal-theory.net/1327.html> (05/25/2011).  
Agradezco a Scott Shapiro por permitirme acceder a este texto en inglés.

adoptar una comprensión extremadamente reducida de los planes. Es ignorar su aspecto 'tecnológico'.

No es difícil reconocer una semejanza entre esta objeción en contra de la teoría del derecho como un plan y la objeción en contra de la idea del derecho de Hart como práctica social y no como práctica oficial. La objeción en contra de Hart es que la teoría no explica por qué las reglas sociales aceptadas por las autoridades oficiales no son vinculantes solo para ellas, sino también para los ciudadanos. La objeción de Celano parece ser incluso más severa. Desafía la posibilidad de que los planes sean colectivamente normativos o, en términos más sencillos, la posibilidad de planear para otros.

*Legality* contiene una respuesta plausible a la objeción de Celano. Es posible que alguien planea no solo para sí mismo sino también para otros miembros de su grupo si, como sostiene Shapiro, “en vez de formular y adoptar sus propios planes, los miembros del grupo aceptan un plan consistente en que ellos se sujetarán a lo que otro ha planeado”<sup>99</sup>. Esta es una posibilidad sensible que permitiría, al mismo tiempo, reconocer los aspectos tecnológicos de los planes, y el mantenimiento de su normatividad instrumental. Mi aceptación del plan según la cual me someteré a lo que otro planea para mí crea una obligación instrumental de sujeción a quien adopte el plan.

Sin embargo, la extrapolación de esta posibilidad de explicar la normatividad del derecho es un asunto más complejo, dado que la práctica jurídica es una actividad masiva, que se extiende en el tiempo. Una extrapolación estricta exigiría que todos los sujetos del derecho adopten el plan maestro que confiere a las autoridades oficiales el poder para crear, ejecutar y aplicar los planes jurídicos. Asumir que todos los sujetos del derecho despliegan una actividad intencional consistente en adoptar el plan maestro es inseguro. No existe un solo país en el que la redacción de una constitución sea el resultado de una acción intencional colectiva en la que todos los sujetos del derecho participen de hecho activamente con sus intenciones comunes y sus

---

<sup>99</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 141.

acciones, en forma de una acción grupal. Y Shapiro, de hecho, no asume esto. Sostiene en cambio que solo las autoridades oficiales son miembros del grupo que debe adoptar el plan maestro<sup>100</sup>.

Entonces, en estas condiciones, ¿cómo pueden las autoridades jurídicas existir y cómo puede el derecho ser normativo? ¿Por qué los planes jurídicos que se crean conforme al plan maestro que solo ha sido adoptado por las autoridades oficiales son también vinculantes para los miembros de toda la sociedad?

En *Legality* se encuentran dos intuiciones relevantes para responder esta pregunta. Primero, en la narrativa de la isla de los cocineros, Shapiro sostiene que

... no es necesario que la comunidad acepte el plan compartido para que éste sea adoptado [...]. Dado que nosotros [los habitantes de la Isla de los cocineros] consideramos moralmente legítimos a quienes planean, planeamos para permitir que quienes adoptan y aplican los planes, los adopten y apliquen para nosotros. Por esta razón, consideramos que el plan compartido es el 'plan maestro' del grupo<sup>101</sup>.

Si generalizamos esto, entonces lo que fundamenta a la autoridad jurídica y la normatividad del derecho es el hecho de que los sujetos de derecho consideren “moralmente legítimo” que las autoridades oficiales creen el plan maestro y que ellos planeen permitir que estas autoridades jurídicas creen los planes que han de regir a toda la sociedad. Independientemente del problema de determinar el significado de “moralmente legítimo” dentro de este contexto, este requisito puede ser apropiado para una sociedad relativamente pequeña, pero parece demasiado estricto si lo aplicamos a cualquier sociedad moderna. Por esta razón, en su caracterización de las propiedades esenciales del derecho, Shapiro lo menciona solo como una posibilidad pero no como un requisito: los miembros de una comunidad

<sup>100</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 119: “la existencia de la autoridad jurídica [...] depende de si las autoridades oficiales relevantes de ese sistema aceptan o no un plan que autorice y exija deferencia a tal organismo”.

<sup>101</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 165.

“pueden todos aceptar una política general de obedecer el derecho o considerar aquellos en posición de autoridad como moralmente legítimos”<sup>102</sup>.

Por otra parte, Shapiro parece indicar que la normatividad del derecho dependerá de dos condiciones más débiles en relación con los sujetos del derecho: la disposición de los miembros de la comunidad para seguir los planes adoptados de acuerdo con el plan maestro<sup>103</sup>; y el hecho de que los miembros de la comunidad “reconozcan normalmente a aquellos que se encuentran en posición de autoridad”<sup>104</sup>. La combinación de las dos condiciones debe interpretarse como una aceptación tácita del plan maestro. Esta aceptación tácita debe fundarse en actividades intencionales colectivas y en actividades no intencionales de carácter colectivo. Muchos ciudadanos aceptan intencionalmente el plan maestro. Sin embargo, el plan maestro también puede aceptarse de forma no intencional. De la misma manera en que todos, sin intención, contaminamos el medioambiente cada vez que encendemos nuestro coche o utilizamos un spray, todos, como miembros de la comunidad, tácitamente y sin intención, creamos una actitud de aceptación del plan maestro de nuestro sistema jurídico, cada vez que aceptamos el derecho y el uso del mismo en nuestro razonamiento práctico. Si esto es cierto, entonces la práctica jurídica es algo que las autoridades oficiales hacen juntas intencionalmente, porque nosotros, miembros de la comunidad, algunos de manera intencional y algunos sin intención, pero todos juntos, les atribuimos poder para hacerlo.

## Agradecimiento

Este trabajo forma parte de un proyecto mayor sobre ontología social y la naturaleza del derecho, financiado por un premio de investigación de la Universidad de Macquarie en Sídney, Australia. Escribí algunas

<sup>102</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 181.

<sup>103</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 179: “a menos que los miembros de una comunidad estén dispuestos a seguir las normas creadas para orientar su conducta, tales normas no podrán ser planes”.

<sup>104</sup> Shapiro, S., *Legality, op. cit.*, pág. 180.

de las secciones de este trabajo durante una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Agradezco a mi anfitrión en Yale, Scott Shapiro, por sus valiosos comentarios y sugerencias. Asimismo, debo agradecer a otras personas por sus críticas y aportes a los borradores de este trabajo. Ellas son: Kirk Ludwig, Brian Bix, Stanley Paulson, David Copp, Marina Oshana, Denise Meyerson, Larry Solum, Kevin Walton, Euan MacDonald, Robert D'Amico, Ryan Zarhai, y los estudiantes y colegas que participaron en mis conferencias sobre este tema en el Congreso de la Sociedad Australiana de Filosofía del Derecho, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne (en junio de 2010), en el Instituto Julius Stone de Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sidney (en abril de 2011), en el Centro de Estudios en Gobernanza por medio del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Macquarie (en mayo de 2011), en el Departamento de Filosofía de la Universidad de la Florida (en junio de 2011), y el Congreso de la Sociedad Australiana de Filosofía del Derecho, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Brisbane (en julio de 2011). Este trabajo ha sido publicado originalmente en inglés en la revista *Rechtstheorie*, n.º 44 (2013). Agradezco a esta revista el permiso para publicar esta traducción al castellano. También agradezco a María José Viana por su magnífica traducción de este texto.

## Bibliografía

- Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge UP, 1995.
- Bratman, M., "Planning and the Stability of Intention", *Minds and Machines*, 2, 1992a, págs. 1-16.
- Bratman, M., "Shared Cooperative Activity". *The Philosophical Review*, 101, 2, 1992b, págs. 327-341.
- Bratman, M., "Shared Intention", *Ethics*, 104, 1, 1993, págs. 97-113.
- Bratman, M., *Faces of Intention*, Cambridge, Cambridge UP, 1999.

- Celano, B., "What can Plans do for Legal Theory?", en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London Springer, 2013.
- Davidson, D., *Essays on Actions and Events*, Oxford, Oxford UP, 2001.
- Dworkin, R., *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., London, Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- Edmundson, W. A., "Shmegality: A Review of Scott J Shapiro, Legality", *Jurisprudence*, 2, 1, 2011, págs. 273-291.
- Fara, M., "Dispositions", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006, <http://plato.stanford.edu/entries/dispositions/>, 08/08/2011.
- Gilbert, M., *On Social Facts*, Princeton, Princeton University Press, 1989.
- Gilbert, M., "Walking Together: A Paradigmatic Social Phenomenon", *Midwest Studies in Philosophy*, 15, 1, 1990, págs. 1-14.
- Gilbert, M., *Living Together. Rationality, Sociality, and Obligation*, Lanham, Rowman and Littlefield, 1996.
- Gilbert, M., "Social Rules: Some Problem's for Hart's Account and a New Appraisal", *Law and Philosophy*, 18, 1999, págs. 141-171.
- Gilbert, M., *Sociality and Responsibility: New Essays in Plural Subject Theory*. Lanham, Md, Rowman & Littlefield Publishers, 2000.
- Gilbert, M., "Acting Together", en Meggle, G. (ed.), *Social Facts and Collective Intentionality*. Frankfurt a. M., Hänsel-Hohenhausen, 2002, págs. 53-72.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961].
- Kim, J., *Supervenience and Mind. Selected Philosophical Essays*, Cambridge, Cambridge UP, 1993.
- Kutz, C., *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge, Cambridge UP, 2000.
- Ludwig, K., "Foundations of Social Reality in Collective Intentional Behavior", en Tsohatzidis, S. (ed.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Dordrecht Springer, 2007, págs. 49-71.
- Ludwig, K., *Understanding Collective Action. From Individual to Institutional Agency*, manuscrito sin publicar, 2011.

- Miller, S., "Joint Action", *Philosophical Papers*, 21, 3, 1992, págs. 275-279.
- Miller, S., "Intentions, Ends and Joint Action", *Philosophical Papers*, 24, 1, 1995, págs. 51-67.
- Miller, S., *Social Action: A Teleological Account*, Cambridge, Cambridge UP, 2001.
- Murphy, M., "Book Review: Legality", *Law and Philosophy*, 30, 3, 2011, págs. 369-375.
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge Mass, Cambridge UP, 1999.
- Sanchez Brigido, R., "Collective Intentional Activities and the Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 29, 2, 2009, págs. 305-324.
- Sánchez Brigido, R. E., *Groups, Rules and Legal Practice*, Dordrecht, London, Springer, 2010.
- Schauer, F., "The Best Laid Plans", *The Yale Law Journal*, 120, 2010, págs. 586-621.
- Searle, J. R., *Intentionality. An essay in the philosophy of mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- Searle, J. R., "Collective Intentions and Actions", en Cohen, P., Morgan, J. y Pollack, M. (ed.), *Intentions in Communication*, Cambridge MIT Press, 1990, págs. 401-415.
- Searle, J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995.
- Searle, J. R., "Social Ontology. Some Basic Principles", *Anthropological Theory*, 6, 1, 2006, págs. 12-29.
- Searle, J. R., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010.
- Shapiro, S., "What is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, 75, 2006, págs. 1157-1170.
- Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- Shapiro, S., "Interview for the Journal Legal Theory in China", 2011, <http://www.legal-theory.net/1327.html>, 05/25/2011.
- Smith, D., "Theoretical Disagreement and the Semantic Sting", *Oxford Journal of Legal Studies*, 30, 4, 2010, págs. 635-661.

- Tamanaha, B. Z., *What is "General" Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law*, manuscrito sin publicar, 2011.
- Toh, K., "Hart's Expressivism and His Benthamite Project", *Legal Theory*, 11, 2005, págs. 75-123.
- Toumela, R., "Actions by Collectives", *Philosophical Perspectives*, 3, 1989, págs. 471-496.
- Toumela, R., *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*, Cambridge, Cambridge UP, 2002.
- Toumela, R., "We-Intentions Revisited", *Philosophical Studies*, 125, 2005, págs. 327-369.
- Toumela, R., *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford, Oxford UP, 2007.
- Toumela, R. y Miller, K., "We-Intentions", *Philosophical Studies*, 53, 1988, págs. 367-389.
- Tsohatzidis, S. L., "Introduction", en Tsohatzidis, S. L. (ed.), *Intentional Acts and Institutional Facts. Essays on John Searle's Social Ontology*, Dordrecht Springer, 2007, págs. 1-10.
- Waldron, J., "Planning for Legality", *Michigan Law Review*, 109, 2011, págs. 883-902.
- Wilkinson, M. A., "Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart's Concept of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 30, 3, 2010, págs. 441-466.

## ¿El derecho está fundado en la acción colectiva? Comentario al artículo de Carlos Bernal

**Damiano Canale\***

(Traducción del inglés por Daniela Domeniconi)

**Resumen:** Este trabajo discute la obra de Bernal en la cual el autor analiza la tesis acerca de si el derecho está fundado en una práctica social. Para ello, propone una definición de “práctica social” como acción colectiva, inspirada en el debate contemporáneo que se da en el campo de la ontología social. Bernal considera que si el derecho se funda en una práctica social, esta práctica debe tener las características de la *tesis de la práctica social*. Puesto que la descripción del derecho dada por “los clásicos” Austin y Hart no da cuenta de tales características, estas descripciones son defectuosas y deberían ser modificadas. La teoría del derecho como un plan de Shapiro en este punto se encontraría mejor equipada para dar respuestas. Mostraré que Austin, Hart y Shapiro ponen en cuestión la tesis de la práctica social de Bernal, debido a que los tres autores brindan algunos argumentos en sentido contrario al pretendido por Bernal: la práctica que da fundamento al derecho (si la hay) no posee necesariamente esas características.

**Palabras clave:** práctica social, acción colectiva, ontología social.

**Abstract:** This paper discusses Bernal’s work in which he analyzes the thesis about whether or not the Law is founded on a social practice. To this purpose, Bernal puts forward a definition of “social practice” as joint action inspired by the contemporary debate in the field of social ontology. Bernal affirms that, if law is founded on a social practice, this practice shall have the characteristics of the *Social Practice Thesis*. Since the pictures of law provided by Austin and Hart do not account

\* Università Bocconi, (Milán, Italia), damiano.canale@unibocconi.it

for such characteristics, these pictures are defective and should be amended. Shapiro's planning theory of law is much better equipped in this respect. I will show that Austin, Hart and Shapiro call into question Bernal's Social Practice Thesis, due to the fact that the authors provide some arguments to the contrary: the practice at the foundation of law (if any) does not necessarily have these characteristics.

**Key words:** social practice, joint action, social ontology.

## I. Introducción

En la obra *Austin, Hart y Shapiro: Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social*, Carlos Bernal utiliza algunas herramientas conceptuales desarrolladas por la ontología social para analizar una de las tesis centrales en la teoría del derecho contemporánea: la idea de que el derecho está fundado en una práctica social.

A tal fin, Bernal propone una definición de “práctica social” como acción colectiva (o actividad conjunta) inspirada en el debate contemporáneo que se da en el campo de la ontología social. Así, él intenta determinar si las concepciones acerca de la práctica social en las que Austin, Hart y Shapiro, respectivamente, basaron sus teorías satisfacen las condiciones descritas por esta definición. De este modo, afirma Bernal, el análisis es capaz de “iluminar nuevos aspectos de las teorías de Austin y Hart”, y de “aclarar algunos aspectos básicos de la “teoría del derecho como un plan” de Shapiro”<sup>1</sup>.

Desde la mirada de Bernal, la teoría de la práctica social sostiene que el derecho consiste en:

un conjunto recurrente de acciones intencionales colectivas llevadas a cabo de forma mancomunada por un cierto número de agentes individuales apropiados, que actúan como un todo, de acuerdo con, y en razón de, algunas intenciones comunes

<sup>1</sup> Bernal Pulido, C., “Austin, Hart, y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social”, *Discusiones*, XIV, 2014, págs. 21-72.

apropiadas [*we-intentions*]<sup>2</sup> y que comparten un conocimiento común necesario acerca de la acción y de las intenciones comunes de sus miembros para llevar a cabo tal acción como un grupo<sup>3</sup>.

Basándose en esta definición, el argumento de Bernal continúa del siguiente modo: si el derecho se funda en una práctica social, esta práctica debe tener las características mencionadas arriba [*Social Practice Thesis*]. Puesto que la descripción del derecho dada por Austin y Hart no da cuenta de tales características, estas descripciones son defectuosas y deberían ser modificadas. La teoría del derecho como un plan de Shapiro en este punto se encuentra mejor equipada: en efecto, satisface —con algunas precisiones— la tesis de la práctica social, y por ello aporta un marco bastante apropiado para una comprensión socio-ontológica del derecho.

La estrategia adoptada por Bernal en este artículo tiene al menos dos ventajas importantes. En primer lugar, muestra qué respuestas podría aportar la socio-ontología (o, mejor dicho, una cierta explicación de las entidades que pertenecen al ámbito de la realidad social)

<sup>2</sup> [N. del T.: El término técnico *we-intentions* será traducido a lo largo del texto como “intenciones comunes”.]

<sup>3</sup> *Ibid.* Esta definición describe la práctica que fundamenta al derecho como caracterizada por un conjunto de actitudes intencionales distintivas de los participantes involucrados en dicha práctica. Dichas actitudes incluyen (1) intenciones comunes subjetivas (un participante de la práctica hace X porque pretende que todos los participantes hagan X) y conocimiento común (un participante de la práctica sabe que los otros participantes hacen X y que ellos pretenden que todos los participantes hagan igualmente X, ella sabe que ellos saben que hace X y que ellos pretenden que todos los participantes hagan X, ella sabe que ellos saben que ellos saben que hacen X y que ellos pretenden que todos los participantes hagan X, y así *ad infinitum*). Bernal afirma que esta definición es neutral puesto que solo marca algunos supuestos comunes de la ontología social contemporánea. Esto es claramente cierto en lo que respecta a las intenciones comunes. El requerimiento de conocimiento común es mucho más controvertido y, además, es característico de la explicación de Bratman (y Shapiro) sobre la agencia compartida —*shared agency*—. Ver Bratman, M., *Faces of Intention*, Cambridge, Cambridge UP, 1999, pág. 102.

a cierto tipo de preguntas clásicas de la teoría del derecho, tales como “¿qué es el derecho?”, “¿por qué el derecho es normativo?”, “¿qué distingue la práctica jurídica de otros tipos de prácticas sociales?”, entre otras. En segundo lugar, conecta estas respuestas con la tradición de la teoría del derecho analítica: la lectura que hace la socio-ontología de las entidades jurídicas es presentada como un avance dentro de una tradición de pensamiento consolidada, en lugar de ser presentada como un marco teórico exótico que rechaza toda contribución de esta tradición para la comprensión del derecho.

Sin embargo, la estrategia de Bernal posee también algunos inconvenientes. El primero está relacionado con la estructura lógica del razonamiento de Bernal. Si la explicación  $E_1$  del hecho  $F$  no se corresponde con la explicación  $E_2$  de  $F$  —en el sentido de que la anterior explicación no es consistente con la posterior, o no satisface los requerimientos indicados por ella— bien podría ser el caso que  $E_1$  sea inadecuada o falsa, mientras  $E_2$  sea, de hecho, informativa y verdadera. Pero podría ser el caso completamente opuesto, o incluso ambas explicaciones podrían ser defectuosas. En otras palabras, el hecho de que ciertas explicaciones del derecho no encuadren con la tesis de la práctica social no prueba que esta explicación sea inadecuada, ni que la tesis de la práctica social sea verdadera. Además, la estrategia de Bernal no permite que la tesis de la práctica social sea examinada, por lo que no provee ningún argumento genuino a favor de ella.

El segundo problema está relacionado con la disputa de Bernal con Austin y Hart. Me parece que hay al menos dos formas de leer un “clásico” de la teoría del derecho. Alguien bien podría leer los textos de Austin y Hart en búsqueda de una respuesta a una pregunta teórica acerca de la cual los filósofos del derecho contemporáneos sigan preocupados en la actualidad, incluso cuando esas preguntas hubieran sido inconcebibles para aquellos autores. Haciendo eso, nuestra lectura “renueva” el pensamiento de un autor, de tal modo que el autor puede ser reconocido por la categórica importancia de su teoría, o ser censurado por obsoleto. En lo particular, encuentro este tipo de lecturas filosóficamente sospechosas. Proyectan en un texto escrito en el pasado el marco conceptual del lector actual; de modo

que una perspectiva filosófica se considera valiosa y relevante solo si concuerda con ese marco conceptual. Además, este tipo de lectura corre el riesgo de usar un texto filosófico para confirmar o desechar supuestos cuyo autor nunca expuso, o analizar problemas que el texto no aborda. Cuando esto sucede, hacer referencia a un “clásico” tal como Austin y Hart toma la forma de un argumento de autoridad, cuya conclusión podría ser falaz.

Se puede adoptar otro tipo de lectura de los “clásicos”. El lector podría considerar los problemas filosóficos que el autor buscó resolver, el marco teórico utilizado para ello, y su marco contextual. El lector podría, entonces, evaluar —desde un punto de vista interno e imparcial— si cierta afirmación filosófica es sólida, coherente, perspicaz o incluso esclarecedora con relación al problema en cuestión. El lector puede, en otras palabras, evaluar y criticar un texto filosófico en sus propios términos. Esto reduce el riesgo de una “sobreinterpretación” y puede obligar al lector a reconsiderar sus propios supuestos a través de los métodos de la indagación, los conceptos, las distinciones o cuestiones de hecho que no haya tenido en cuenta previamente.

En la primera parte de su ensayo, Bernal parece elegir el primer modo de leer a los clásicos. Su lectura crítica de Austin y Hart se encuentra inspirada en el debate contemporáneo que se da en el campo de la ontología social y tiende no solo a apoyar la teoría del derecho como un plan de Shapiro, sino también a clarificarla y defenderla de algunas objeciones, en la segunda parte de su ensayo.

En este artículo seguiré el segundo tipo posible de lectura y lo extenderé a la interpretación de la obra *Legality*, de Shapiro, aunque el libro de Shapiro no sea (aún) un “clásico” para la teoría del derecho. En particular, mostraré que Austin, Hart y Shapiro ponen en cuestión la tesis de la práctica social de Bernal, *i. e.*, la idea de que el derecho está fundado en un conjunto de acciones intencionales colectivas recurrentes, realizadas por agentes, actuando como un grupo, sobre la base de intenciones comunes y compartiendo un conocimiento común. En mi opinión, Austin, Hart y Shapiro brindan algunos argumentos en sentido contrario: la práctica que da fundamento al derecho (si la hay) no posee necesariamente esas características.

Sosteniendo mi postura, no pretendo debilitar el valioso intento de Bernal de poner la ontología social en diálogo con la teoría del derecho, puesto que ese diálogo podría ser de gran importancia para esta última. Me interesa, más bien, destacar algunas características de las prácticas jurídicas que la tesis de la práctica social no tiene en cuenta. De hecho, me parece que las entidades jurídicas tienen rasgos que distinguen al derecho de otros fenómenos sociales tales como usar dinero, frecuentar un club de golf, limpiar la casa junto a alguien, o conducir del lado derecho de la calle. Prestar atención a estas similitudes no solo es una condición fundamental para lograr una explicación satisfactoria de las entidades jurídicas, sino que podría también mejorar la comprensión ontológica de la realidad social en general.

## II. Austin

Siguiendo la tradición que data desde Thomas Hobbes, Austin sostiene que el derecho es un instrumento para ejercer el poder político. El derecho es un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas de sanciones emitidas por el soberano con el fin de guiar la conducta de los destinatarios del derecho. El soberano, a su vez, es simplemente identificado como el hombre o el órgano que es generalmente obedecido y que no obedece a nadie<sup>4</sup>.

Desde la óptica de Bernal, la teoría del derecho como mandato de Austin puede ser vista como una versión de la tesis de la práctica social. Esto sería así puesto que la noción de Austin de “hábito de obediencia” puede ser equiparada a la noción de “acción intencional colectiva recurrente”, lo cual nos permitiría analizar la anterior. Cuando obedecen al derecho, los miembros de una cierta sociedad

<sup>4</sup> “Las nociones de soberanía y de sociedad políticamente independiente pueden ser expresadas brevemente así – Si un ser humano superior *determinado*, sin un hábito de obediencia a otro superior, recibe una habitual obediencia por parte de la mayoría en una sociedad dada, eso determina que el superior sea soberano en esa sociedad, y que la sociedad (incluyendo al superior) sea una sociedad política e independiente”. Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, W. R. Rumble, 1995, pág. 166.

actúan juntos: su actividad es una actividad social que depende de las órdenes emanadas del soberano, quien de este modo participa en la práctica. Además, visto que la obediencia general está motivada por la amenaza de sanciones, los destinatarios del derecho obedecen los mandatos jurídicos basándose en sus creencias, deseos e intenciones. El hábito general de obediencia es, entonces, una actividad colectiva *intencional*, ejecutada por el soberano y la mayoría de la población actuando conjuntamente como un grupo; una actividad que explica la naturaleza del derecho y su normatividad, *i. e.* el hecho de que las normas jurídicas sean guías para la acción [*action-guiding*].

Según Bernal, la versión austiniana de la tesis de la práctica social sería, sin embargo, defectuosa. Y lo sería por dos razones. En primer lugar, no es capaz de explicar la socialidad. Un hábito general de obediencia no es necesariamente una acción intencional colectiva. Podría suceder que cada miembro de una comunidad jurídica se atenga al derecho por un hábito independiente, motivado por intenciones individuales [*I-intentions*]<sup>5</sup> que inintencionadamente convergen con el hábito de los otros. Asimismo, el hábito de obediencia no requiere acciones comunes ni coordinación social. Cada miembro puede comportarse como un agente independiente y esto no afectaría la existencia de la soberanía ni del derecho. En segundo lugar, la versión austiniana de la tesis de la práctica social no da cuenta de la normatividad. No es capaz de reflejar algunos aspectos esenciales del derecho, en particular, el hecho de que algunos agentes consideran al derecho como una razón para la acción, de modo tal que toda desviación del hábito común es criticada y esta crítica se considera generalmente justificada, como advierte Hart. Así, la teoría del derecho como mandato no explica por qué las normas jurídicas generan obligaciones genuinas y por qué pueden ser autoritativas. Según Bernal, “Estas consideraciones conducen a la conclusión de que la teoría del derecho

<sup>5</sup> [N. del T.: El término técnico *I-intentions* será traducido a lo largo del texto como “intenciones individuales”.]

de Austin no puede explicar el derecho como una práctica social en el sentido de una práctica colectiva ni en el de una práctica normativa”<sup>6</sup>.

Encuentro acertada la conclusión de Bernal. Si uno asume que el derecho se funda en una práctica social con las características descritas por la tesis de la práctica social, entonces la teoría del mandato no provee una explicación convincente acerca de por qué el derecho obliga. Pero, a mi modo de ver, la premisa de Bernal es falsa. La noción de Austin de “hábito de obediencia” no puede ser equiparada a la noción de “acción intencional colectiva recurrente” sin perder su pretendido significado y su importancia teórica. De esto se sigue que la crítica de Bernal no logra su objetivo. La teoría del derecho como mandatos no es una versión de la tesis de la práctica social, sino que más bien arroja algunas dudas en cuanto a la idea de que el derecho se base en una acción colectiva intencional. ¿Por qué razones?

La noción de acción intencional colectiva fue primero presentada para dar cuenta de entidades sociales cuya existencia depende de lo que la gente realice en conjunto. La representación de Bernal de una acción colectiva, en particular, recurre a la intencionalidad colectiva (intenciones comunes subjetivas), que presentan la realidad social como un resultado —bajo ciertas circunstancias— de la cooperación social para un fin común o para diferentes fines subjetivos que se combinan entre sí. Por el contrario, la noción del derecho que tiene Austin es esencialmente no cooperativa. Se basa en la relación vertical entre el soberano y el resto de los miembros de una sociedad política, y en el dominio del primero por sobre los segundos. En palabras de Austin, “a ese superior determinado (el soberano), es que los otros miembros de la sociedad están *sujetos*: o de ese superior determinado es que los otros miembros de la sociedad son *dependientes*”<sup>7</sup>. La condición de sujeción se encuentra en los fundamentos del derecho, puesto que determina el contenido de términos tales como “ley”, “orden”, “deber”, “responsabilidad”, “derechos”, “obligación”, etc.<sup>8</sup> Además,

<sup>6</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 32.

<sup>7</sup> Austin, J., *op. cit.*, pág. 166.

<sup>8</sup> “Estar expuesto a un daño proveniente de ti en caso de que yo no cumpliera tu deseo, implica que estoy sujeto u obligado por tu mandato, o que estoy

la condición de sujeción es constitutiva de una sociedad política: en una sociedad política, las intenciones dirigidas de las normas son formalmente *reemplazadas* por aquellas del soberano a través de mandatos jurídicos, y solo cuando este reemplazo tiene lugar surge una sociedad política. Las sociedades políticas no son grupos sociales en un sentido naturalista: ellas no son el resultado de lo que la gente hace en conjunto. Son, más bien, artefactos sociales. Siguiendo a Hobbes, Austin define las sociedades políticas (comunidades humanas reguladas por el derecho) en oposición a las sociedades naturales tales como la familia, la iglesia, las universidades, etc. Una sociedad natural está compuesta por personas “que están conectadas por el trato mutuo” y que cooperan para alcanzar objetivos comunes<sup>9</sup>. Esto implica, en la perspectiva de Austin, que nadie vive en un estado de sujeción en las sociedades naturales. Esto no significa que el soberano, y quien se encuentre sujeto a él, no puedan llevar a cabo acciones colectivas o cooperar en miras a un fin común. La idea de Austin es que no es condición necesaria para la existencia del derecho, ni un aspecto de lo que el derecho en verdad es; sino que es más bien una cuestión de moral positiva que influye en la felicidad individual y el bienestar común. Si eso es cierto, ¿cuál sería entonces el papel que juega el hábito general de obediencia en el marco teórico de Austin?

Yo creo que el hábito general de obediencia, en este contexto, actúa como una suerte de contrato social *a posteriori*. Aunque Austin toma prestada principalmente de Hobbes su teoría política de gobierno, no afirma que la soberanía esté basada en un acuerdo ficticio entre individuos que transfieren sus derechos naturales a un órgano común. El punto de vista de Hobbes no puede ser defendido porque no cumple con los requerimientos del empirismo y no es necesariamente consistente con el principio de utilidad. La existencia de soberanía y de un gobierno político debe ser derivada de “una percepción por parte de

bajo el deber de obedecerlo [...]. Mandato y deber son, por lo tanto, términos correlativos: su significado denota que cada uno implica o supone al otro”. *Ibid.*, pág. 22.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pág. 170.

la mayoría de la población de su obvia y gran conveniencia”<sup>10</sup>. En otras palabras, si la mayoría de la población generalmente obedece un conjunto de órdenes emitidas por una persona que no tiene el hábito de obedecer a nadie más, luego esa persona es el soberano y lo que el soberano manda es el derecho: el acuerdo social implícito en el fundamento del derecho puede ser observado *a posteriori*, solo si prestamos atención al consentimiento social. Además, uno podría decir que la noción de hábito general de obediencia no forma parte del concepto de derecho: forma parte, más bien, del concepto de sociedad política. Si la obediencia general hacia el soberano se rompe, el derecho no desaparece necesariamente<sup>11</sup>. Parafraseando las palabras de Thomas Hobbes, Austin sostiene que “el legislador es aquel (no por cuya autoridad el derecho fue creado, sino aquel) por cuya autoridad el derecho sigue siendo derecho”<sup>12</sup>. Un mandato emitido por una autoridad que deja de ser obedecida por la mayoría de la población sigue siendo un mandato jurídico cuando otra autoridad lo hace cumplir. Cuando esto sucede, podemos observar un cambio en la composición de la sociedad política y no en el contenido de la ley<sup>13</sup>.

Sobre la base de dichas consideraciones, uno podría sostener que la teoría del derecho como mandato no puede entenderse como una versión de la tesis de la práctica social, debido a que la mayoría de la población y el soberano no actúan como grupo en un sentido socio-ontológico. Además, la imagen del derecho que presenta Austin excluye categóricamente la posibilidad de que las acciones intencionales colectivas formen parte de lo que el derecho en verdad es; sino

<sup>10</sup> *Ibid.*, pág. 230.

<sup>11</sup> *Ibid.*, págs. 282-283.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pág. 282.

<sup>13</sup> Esto puede ser visto como una respuesta implícita de Austin a la objeción de Hart según la cual la teoría del derecho como mandato no sería capaz de explicar la transición legal de un soberano al otro (ver Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, cap. 4). Uno podría argüir que la transición legal de Rex I a Rex II ocurre cuando las órdenes emitidas por Rex I siguen siendo generalmente obedecidas incluso si ahora es Rex II quien las ejecuta.

que son más bien el resultado de un aspecto de la psicología humana que se encuentra conectado a la moral positiva.

Todo esto tiene un impacto significativo en el problema de la normatividad. Ahora bien, es definitivamente cierto que Austin no brinda una explicación muy confiable acerca de varios aspectos del derecho, como bien hubo de notar Hart. En particular, Austin no logra aportar una teoría convincente acerca de las normas que confieren potestades y del derecho constitucional en general. Además, él hace caso omiso de la naturaleza constitutiva de las normas jurídicas, *i. e.*, el hecho de que las normas jurídicas sean aptas para constituir actividades e instituciones que no existirían si no fuese por ellas. Si este u otros aspectos del derecho no son tenidos en cuenta, o son sencillamente simplificados por Austin, en mi opinión, no puede actuarse del mismo modo al analizar la normatividad del derecho. Austin nos brinda una explicación psicológica acerca de por qué las normas son guías para la acción, y conecta esta explicación con el hábito general de obediencia. En la sexta conferencia de *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin sostiene que la obediencia habitual al soberano se debe a tres factores principales: primero, “es en parte una consecuencia de la costumbre: ellos (*i. e.* la mayoría de la población) en parte obedecen al gobierno presente o establecido, porque ellos —y quizás sus antecesores— se han encontrado siempre en hábito de obedecerlo”; segundo, “es en parte consecuencia de los prejuicios” a favor de cierto tipo de gobierno o de las personas involucradas en él, y, finalmente, “en parte procede de una razón fundada en el principio de utilidad”, *i. e.* la preferencia de un gobierno político por sobre la anarquía<sup>14</sup>.

De este modo, vemos que Austin no afirma que la obediencia general sea ocasionada por la amenaza de sanción. La sanción es simplemente una parte de la definición de norma jurídica, una definición que permite distinguir las normas jurídicas de otro tipo de normas sociales. En otras palabras, para Austin es conceptualmente verdadero que el derecho es un conjunto de órdenes respaldadas por la amenaza de una sanción. Por el contrario, el hábito de obediencia

<sup>14</sup> *Ibid.*, págs. 244-246.

es un fenómeno empírico: puede ser verdadero o falso que la mayoría de la población generalmente respete el derecho. En este sentido, Austin reduce la normatividad del derecho a un hecho empírico: el hecho de que cuando el derecho existe, sus destinatarios se sienten, generalmente, obligados a obedecerlo. Y este sentimiento puede ser causalmente explicado por algunos hechos psicológicos relacionados con el principio de utilidad<sup>15</sup>.

Ahora bien, Hart sostuvo que una explicación como esa es insatisfactoria. El argumento principal de Hart es que la teoría de Austin acerca del hábito de obediencia no tiene en cuenta la distinción entre el comportamiento habitual y el seguimiento de reglas [*rule-following*]. El hábito de obediencia es simplemente una regularidad de conducta, mientras que seguir una regla implica tomar las normas jurídicas como razones para hacer aquello que el derecho manda y como razones para criticar a aquellos que se aparten de las normas<sup>16</sup>.

Bernal mantiene la objeción de Hart, como generalmente hace la teoría del derecho contemporánea, y la utiliza para apoyar la tesis de la práctica social. Pero ¿es justa la objeción de Hart? Uno podría sostener que no. En primer lugar, Austin no reduce la normatividad del derecho a la amenaza de sanción. El hecho de que las normas sean generalmente guías para la acción depende de un complejo conjunto de hechos psicológicos, del tipo de los que investiga la filosofía moral. En segundo lugar, esta explicación sigue siendo compatible con la idea de la existencia de reglas como razones para la acción. Hechos tales como que cierta autoridad haya sido obedecida en el pasado, la preferencia por una cierta forma de gobierno político, o la preferencia por un sistema de gobierno en lugar de la anarquía, pueden ser entendidos como razones que condicionan la deliberación práctica de los destinatarios del derecho y explican por qué algunos miembros de la

<sup>15</sup> Por supuesto que la explicación psicológica de Austin acerca del hábito de obediencia podría parecer algo ingenua hoy en día. De todos modos, Austin muestra que la normatividad del derecho puede ser vista por la teoría del derecho como una cuestión de hecho que se encuentra abierta a la investigación científica. Sobre ello trata el último apartado de este artículo.

<sup>16</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, pág. 55.

comunidad ven al derecho como un conjunto de reglas que regula adecuadamente las conductas. Para Austin esas razones son simplemente una parte de la explicación psicológica del comportamiento individual, que está fuera del ámbito de la teoría del derecho empírica. Si alguien entiende estas razones como parte de la explicación filosófica del derecho, entonces confunde la teoría del derecho con la teoría moral o la psicología.

En suma, me parece que Austin no encuentra el fundamento del derecho en una práctica social, ni podría haber concebido jamás la posibilidad de que el derecho dependa de una acción intencional colectiva. Austin, en verdad, remarca algunas características del derecho que la tesis de la práctica social parece pasar por alto: la idea de que la normatividad del derecho puede ser entendida como una cuestión de consentimiento y eficacia jurídica; el hecho de que las organizaciones jurídicas normalmente incluyan relaciones verticales entre quien ejerce el poder político o privado y sus subordinados; y el hecho de que la coerción juegue un rol importante en las organizaciones jurídicas como un incentivo para acatar el derecho<sup>17</sup>. Incluso cuando alguien da por sentado que la coerción no es una condición necesaria del derecho —como Hart, Shapiro, Bernal y muchos otros hacen— es difícil negar que la aplicación de la ley y la coerción sean aspectos fundamentales de lo que se entiende por derecho hoy en día, un aspecto que es digno de considerar desde un punto de vista teórico<sup>18</sup>. Parece que una noción ontológica de las entidades jurídicas debe tomar en consideración dichas características y explicarlas. En

<sup>17</sup> “Una de las principales funciones del derecho, plasmada en una amplia gama de disposiciones jurídicas, es resolver este tipo de problemas obligando a los individuos a olvidar sus estímulos iniciales de abandonar el comportamiento cooperativo, o a actuar en contra de sus propios intereses a largo plazo. Amenazando con sanciones por incumplimiento, el derecho es capaz de prestar un servicio para las partes involucradas: les permite comportarse cooperativamente, generalmente en beneficio de los agentes, a pesar de su incentivo racional de hacer lo contrario”. Marmor, A., *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press, pág. 43.

<sup>18</sup> Ver Schauer, F., “Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law”, *Ratio Juris*, 23, 2010, págs. 1-21.

este sentido, las afirmaciones de Austin son un reto para la tesis de la práctica social, aunque la teoría del mandato falle en el intento de proveer una explicación satisfactoria de distintos aspectos del derecho.

### III. Hart

Hart describe al derecho como una práctica social que consiste en la aceptación de una regla social —la regla de reconocimiento— por parte de los jueces y otros funcionarios de la justicia. Según Hart, una regla social existe cuando estos tres tipos de comportamiento tienen lugar: (a) la mayoría de los miembros de un grupo social se conforman regularmente al contenido de la regla; (b) si se les requiere que justifiquen lo que hacen regularmente, la mayoría de los miembros del grupo afirma que está siguiendo una regla, que es vista por ellos como una razón para actuar; (c) los miembros del grupo social apelan a la regla para ejercer presión hacia los otros miembros y para apoyar la crítica hacia quienes se desvíen de la regla. La segunda y la tercera condición de las reglas sociales muestra lo que Hart llama “la aceptación de una regla”: “(la aceptación) consiste en la firme disposición de los individuos a considerar dichos patrones de conducta como pautas o criterios de conducta y como *standards* críticos que podrían legitimar demandas y otras formas de presión”<sup>19</sup>. Bernal se pregunta si la aceptación puede ser vista como una práctica social cuyas características sean las descritas por la tesis de la práctica social. La aceptación jurídica, ¿depende de un conjunto de acciones intencionales colectivas realizadas por agentes, actuando conjuntamente como grupo, sobre la base de intenciones comunes y compartiendo un conocimiento común?

Bernal resalta que la aceptación de la regla puede ser explicada de dos modos diferentes. Un modo es brindar una lectura distributiva, de acuerdo con la cual la disposición de los miembros del grupo está constituida por intenciones individuales, que pueden ser diferentes unas de otras, aunque convergentemente motiven el mismo comportamiento. La aceptación de la regla, entonces, admite una interpretación

---

<sup>19</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, pág. 255.

colectivista: la disposición de los agentes está formada por intenciones comunes que los llevan a actuar como un grupo. Si la tesis de la práctica social es verdadera, la primera lectura no puede explicar la normatividad jurídica porque las intenciones individuales no son suficientes para la construcción de la realidad jurídica. Solo cuando las intenciones comunes entran en juego, y un número de personas calificadas actúan como grupo, los instrumentos jurídicos cobran vida.

Bernal sostiene correctamente que la explicación de Hart sobre la aceptación de las normas no está basada necesariamente en una interpretación colectivista. La imagen que presenta Hart de las reglas sociales es compatible con una descripción distributiva de las actitudes sociales; además, la práctica del derecho no incluye a la mayor parte de los destinatarios de las normas. Un sistema jurídico existe si la mayoría de los funcionarios aceptan la regla de reconocimiento que determina las condiciones de validez jurídica. Como resultado, la noción de Hart del derecho como práctica social es altamente problemática. En primer lugar, “no puede explicar por qué la práctica oficial da lugar a reglas que son jurídicamente vinculantes para toda la sociedad”<sup>20</sup>, en segundo lugar, Hart “Hart no explica por qué si las autoridades oficiales aceptan la regla de reconocimiento, quedan vinculadas por ella y por todas las demás reglas creadas de acuerdo con la regla de reconocimiento”<sup>21</sup>, en tercer lugar, “Hart puede explicar el hecho de que de la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de las autoridades oficiales se siga que los ciudadanos también están vinculados por la regla de reconocimiento y todas las demás reglas generadas dentro del sistema jurídico, cuya fundamentación estribe en la regla de reconocimiento”<sup>22</sup>, finalmente, Hart no puede explicar la autoridad del derecho. Por un lado, la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de los funcionarios es un elemento necesario de la práctica que da fundamento al derecho. Por otro lado, esta práctica no es capaz de explicar por qué los funcionarios son funcionarios. ¿De

<sup>20</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 40.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pág. 45.

<sup>22</sup> *Ibid.*

dónde proviene su autoridad? Claramente no proviene de la regla de reconocimiento, puesto que esta es una norma que impone deberes y es generada por los mismos funcionarios. Por lo tanto, el argumento de Hart cae en el problema de la circularidad y no puede explicar por qué el derecho obliga.

Ahora bien, ¿se encuentra justificada la crítica de Bernal?

En *El Concepto de Derecho* de Hart, el término “aceptación” se refiere a diferentes actitudes intencionales que un observador está justificado en atribuir a ciertos individuos sobre la base de lo que esos individuos hacen o dicen. Entonces, esas actitudes son entendidas como hechos que pueden ser inferidos de lo que observamos en la realidad. En segundo lugar, estos hechos son hechos sociales: su explicación requiere que observemos cómo se relacionan las personas entre sí. A diferencia de Austin, que nos brinda una explicación psicológica del hábito de obediencia basado en actitudes individuales, Hart propone una explicación sociológica del cumplimiento de las reglas. El respeto hacia las reglas puede ser comprensible solo si consideramos las actitudes sociales que son distintivas de los participantes de una práctica social. Pero Bernal se pregunta ¿cómo puede una práctica social generar reglas?, y ¿por qué son estas reglas obligatorias (dan razones —*reason-giving*—)? A mi entender esta pregunta está mal formulada. Según Hart, una práctica social no genera reglas sociales. El concepto de regla social simplemente explica lo que una práctica social en verdad es: por qué los miembros de un grupo se comportan de cierta manera y qué acciones se necesitan para ser miembro del grupo, *i. e.*, un participante de la práctica. Para decirlo de otro modo, hay una “relación interna” entre regla y práctica: la primera no puede ser explicada independientemente de la segunda, y viceversa<sup>23</sup>. Entonces, contrario a lo que Bernal sostiene en su artículo, Scott Shapiro está en lo correcto cuando afirma que las prácticas y las reglas pertenecen a dos dominios metafísicos distintos. Las prácticas sociales son conjuntos de actos con conexiones mutuas, mientras las reglas son entidades abstractas

---

<sup>23</sup> Baker G. P. y Hacker, P. M. S., *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*. London: Blackwell, 2009, pág. 135.

que explican la existencia de una práctica social, hacen posible identificarla observando la realidad social, y son utilizadas para guiar y justificar el comportamiento individual. Ahora bien, ¿la aceptación de una regla social implica el compromiso de seguir la regla? En otras palabras, ¿debe un observador atribuir actitudes tales como creencias, deseos o intenciones a los participantes de una práctica social para identificar este tipo de práctica y las reglas que la gobiernan? Bernal explica que “es posible pensar en que los destinatarios del derecho aceptan las reglas sin siquiera pensar en que en ellos se ha formado la intención de obedecerlas”<sup>24</sup>. Hay reglas que aceptamos sin intención alguna, sobre la base de suposiciones o hábitos de los cuales no somos conscientes. Esta explicación, sin embargo, confunde las prácticas sociales guiadas por reglas con otras formas de comportamiento social. Cuando respetamos una regla inintencionadamente, no estamos siguiéndola en el sentido descripto por Hart. Estamos simplemente actuando *de acuerdo con* la regla, puesto que la regla en cuestión no nos brinda ninguna guía para nuestra acción. Haríamos lo que hacemos incluso si la regla no existiera en absoluto. Una persona haciendo  $\phi$  cuenta como el seguimiento de una regla solo si la regla es parte de sus razones para hacer  $\phi$ . Por lo tanto, para que el comportamiento de una persona cuente como un caso de seguimiento de reglas, esta persona debe seguirla intencionalmente<sup>25</sup>. Sin la atribución de actitudes intencionales a los agentes, un observador no sería capaz de distinguir los hábitos sociales del comportamiento guiado por reglas. Si todo esto es cierto, el problema de la normatividad jurídica es formulado por Bernal de una manera que da lugar a la malinterpretación de la idea de Hart sobre la aceptación de la regla. Para Bernal y muchos otros, el problema de la normatividad es el problema de explicar por qué tenemos razones para obedecer al derecho. ¿De dónde provienen estas razones? Para Hart, por el contrario, el problema es el de explicar qué es para un grupo social tratar al derecho como proveedor de razones para comportarse de cierto modo, criticar a aquellos que se desvían,

<sup>24</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 35.

<sup>25</sup> Baker G. P. y Hacker, P. M. S., *op. cit.* (nota 21), pág. 137.

y tomar esa crítica como justificada. Como Kevin Toh correctamente señaló,

la (normatividad del derecho) no es un problema dirigido a los participantes de un sistema jurídico que están tratando de determinar qué consideraciones (si las hay) realmente justifican una conducta respetuosa del derecho. Es, en su lugar, un problema dirigido a los observadores de un sistema jurídico acerca de qué hechos garantizan la atribución de una práctica gobernada por el derecho a una comunidad<sup>26</sup>.

De ello se sigue que Hart no esté interesado en investigar por qué los funcionarios y los ciudadanos cumplen la ley, ni bajo qué condiciones las reglas de un sistema jurídico (incluyendo la regla de reconocimiento) son valiosas y deberían ser aceptadas. El cumplimiento de las leyes puede estar motivado por diferentes conjuntos de creencias, deseos e intenciones. Para la teoría del derecho, entendida como una forma de “sociología descriptiva”, basta especificar bajo qué condiciones la conducta humana puede ser propiamente descrita como gobernada por el derecho. La misma consideración se aplica al rol de los ciudadanos en un sistema jurídico. Hemos visto que desde el punto de vista de Bernal, Hart falla en explicar por qué los ciudadanos se encuentran generalmente obligados por las reglas primarias y secundarias basándose en la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de los funcionarios. Hart arguye, sin embargo, que los ciudadanos no necesitan compartir, aceptar o considerar como obligatoria ni la regla de reconocimiento ni las reglas primarias<sup>27</sup>. En sociedades

<sup>26</sup> Toh, K., “The Predication Thesis and a New Problem about Persistent Fundamental Legal Controversies”, *Utilitas*, 22, 2010, pág. 333.

<sup>27</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 11, pág. 112. De hecho, Hart no especifica claramente quienes son los individuos cuya práctica constituye la regla de reconocimiento. A veces se refiere a “la práctica de los tribunales, legislaturas, funcionarios y ciudadanos”, algunas veces parece atribuirle una especial importancia a la práctica judicial. Véase Hart, H. L. A., *op. cit.*, pp. 104-105. Desde un punto de vista conceptual, sin embargo, la regla de reconocimiento está dirigida solo a los funcionarios. Ver Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979, págs. 92-93.

complejas como las nuestras —afirma Hart— la aceptación general de las reglas jurídicas por parte de la mayoría de la población no sería más que ficción; “un gran porcentaje de los ciudadanos comunes —quizás la mayoría— no tienen ninguna concepción general de la estructura jurídica o sus criterios de validación. El derecho que obedecen es algo que ellos conocen solamente como “el derecho”<sup>28</sup>. Los ciudadanos obedecen al derecho por una amplia variedad de razones diferentes, en la mayoría de los casos simplemente porque creen que “será mejor [para ellos] hacerlo”<sup>29</sup>. Pero Hart sostiene que indagar en las características y las fuentes de estas razones no es un asunto relevante para la teoría del derecho: “Siempre que las leyes, que son validadas por las pruebas de validez del sistema, sean obedecidas por la mayoría de la población, tendremos toda la evidencia que necesitamos” —junto con la aceptación de las reglas secundarias por parte de los funcionarios— “para establecer que cierto sistema jurídico existe”<sup>30</sup>. Tal como sucede en la teoría de Austin, una indagación acerca de las fuentes de las obligaciones jurídicas es una cuestión que le importa a la filosofía moral y la teoría política, que además se encuentran mejor equipadas para este propósito.

Finalmente, Bernal afirma que la teoría del derecho de Hart no es capaz de explicar por qué los funcionarios son funcionarios: si la regla de reconocimiento es la regla seguida por los jueces, ¿cómo pueden los jueces tener poder para tomar decisiones autoritativas gracias a esa misma regla? Ahora bien, me parece que esta objeción no es particularmente una amenaza para Hart. Dada la relación interna entre prácticas y reglas sociales, uno podría pensar que el rol de los jueces está constituido por la regla de reconocimiento que, de hecho, es considerada por Hart como una regla “definicional”<sup>31</sup>. Como Andrei Marmor bien señaló:

<sup>28</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, pág. 114.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, pág. 111.

cuando tenemos un conjunto de reglas que constituye un cierto tipo de actividad [...], las reglas pueden constituir tanto el tipo de actividad en cuestión, como los roles particulares que las personas ocupan en la actividad. Y, por supuesto, las reglas son aquellas que efectivamente son seguidas por las personas involucradas en la actividad en cuestión<sup>32</sup>.

Para finalizar, es verdad que Hart no presupone que el derecho esté fundado en una práctica social con las características descritas por la tesis de la práctica social. No obstante, esta no es una razón concluyente para desestimar la teoría práctica del derecho de Hart por defectuosa. Ciertamente, nada de esto significa que la teoría práctica de las reglas de Hart no pueda ser criticada en algunos aspectos. Por ejemplo, alguien podría notar que la concepción de Hart sobre las reglas sociales falla al no distinguir el comportamiento guiado por reglas de las acciones que se encuentran justificadas por razones que no son reglas<sup>33</sup>. O bien alguien podría argumentar que la teoría práctica “despoja a las reglas de su carácter normativo” debido a que las afirmaciones que dan prueba de la aceptación de las reglas pueden ser hechas por una persona que mire al derecho desde un punto de vista externo<sup>34</sup>. O alguien podría, también, argüir que la teoría práctica no da cuenta del desacuerdo jurídico: hay profundas y persistentes controversias acerca del último criterio de validación de las normas, de modo que un sistema jurídico no puede ser identi-

<sup>32</sup> Marmor, A., *op. cit.*, pág. 56. Ver también: Coleman, J. L., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pág. 101.

<sup>33</sup> Ver Warnock, G. J., *The Object of Morality*, London, Methuen, 1971, págs. 45-46. Según Warnock, “una persona actúa en cumplimiento de una regla, por ello ‘está’ esa regla. [...] Si alguien supone que él mismo (o uno) debe actuar de tal o cual modo en cualquier caso que se presente, hay pues buenas razones para hacerlo. [...] De hecho, sostener que existen esas razones, y estar dispuesto a apelar a ellas, lleva a pensar que una regla parece implicar típicamente estas inclinaciones, sin prestar demasiada atención al caso particular”. *Ibid.*, pág. 47.

<sup>34</sup> Raz, J., *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1990 [1975], pág. 58.

ficado observando un supuesto comportamiento convergente de los jueces”<sup>35</sup>. Estas y otras objeciones han estado en el centro de un vívido debate en el seno de la teoría del derecho que, ciertamente, excede este artículo. Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en este artículo, sin embargo, me parece que la debilidad de la teoría práctica de Hart no depende del hecho de que Hart no identifique qué actitudes y motivaciones subjetivas hacen posible la existencia de la obligación jurídica. De hecho, los problemas mencionados desaparecen si uno pone en claro la estructura de la práctica jurídica, *i. e.* como se da en el caso de que los participantes involucrados en una práctica guiada por reglas jurídicas actúen de modo tal que puedan tener un efecto particular entre sí, un efecto que normalmente llamamos “tener una obligación jurídica de hacer esto-y-aquello”. Esto no significa que indagar en las fuentes de la obligación jurídica no sea filosóficamente atractivo. Todo lo contrario. Pero una indagación de este tipo podría ser llevada adelante de mejor manera en la interacción entre la filosofía moral, la sociología y las ciencias cognitivas, dada la naturaleza interdisciplinaria del problema de la normatividad, que requiere una “división lingüística del trabajo”<sup>36</sup> entre las disciplinas. En efecto, encomendarle a la teoría del derecho este tipo de indagación corre con el riesgo de reducir la teoría del derecho a una rama de la teoría moral, o de fomentar una (incorrecta) vía a través de la cual el análisis de los conceptos jurídicos pueda ser fácilmente reemplazado por la investigación empírica<sup>37</sup>.

Si todo esto es cierto, la teoría práctica de Hart implícitamente plantea algunos problemas para la tesis de la práctica social, que vale la pena considerar. Primero, Hart subrepticamente niega que una

<sup>35</sup> Dworkin, R., *Law's Empire*. Cambridge-London: Belknap Press of Harvard University Press, 1986, pág. 3 y ss.

<sup>36</sup> Cf. Putnam, H., “The Meaning of Meaning”, en Putnam, H. (ed.), *Mind, Language and Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, págs. 227-229.

<sup>37</sup> He discutido este problema metodológico en Canale, D., “Consequences of Pragmatic Conceptualism. On the Methodology Problem in Jurisprudence”, *Ratio Juris*, 22, 2009, págs. 171-186.

explicación filosófica de la normatividad del derecho deba elucidar por qué las normas jurídicas obligan, en el sentido en que Bernal lo entiende. De hecho, los supuestos de Bernal afectan fuertemente las tareas y los métodos de la teoría del derecho contemporánea: si uno piensa que estos supuestos son correctos, entonces no necesitaríamos encontrar una metodología filosófica bastante diferente a la de Hart. Segundo, Hart muestra, convincentemente, que no es condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico que los ciudadanos acepten las reglas jurídicas y actúen de modo conjunto para lograr objetivos comunes. En realidad, un sistema jurídico puede existir aunque esto no suceda y los destinatarios de las normas las cumplan inintencionadamente, o motivados por intenciones individuales subjetivas. En este sentido, Hart parece sugerir que las instituciones jurídicas son entidades sociales que difieren esencialmente de fenómenos tales como el dinero, las familias o los clubes de golf, si bien estas comparten algunas características en común con aquel fenómeno. Esta es una idea que también motiva la noción de Scott Shapiro acerca de la práctica jurídica, tema que consideraré en el próximo apartado.

#### IV. Shapiro

En la última parte de su ensayo, Bernal ofrece una admirable, clara y detallada reconstrucción de la teoría del derecho como un plan de Shapiro, que parece considerar las actividades jurídicas como sensibles a los “avances [...] en el campo de la ontología social”<sup>38</sup>.

Bernal presenta la teoría de Shapiro del derecho como un plan compuesto por dos elementos fundamentales: una teoría de los planes y una teoría de la práctica jurídica como una actividad de planeamiento social. Como ha demostrado Michael Bratman, el planeamiento es una característica de la psicología humana a la que recurrimos en situaciones en que, para cumplir nuestros objetivos, nuestra conducta necesita algún tipo de guía y coordinación sostenida en el tiempo, lo que trae consigo compromisos de acciones futuras. La

actitud de planificar, en particular, hace posible realizar estas actividades conjuntamente, *i. e.* ejecutar acciones colectivas para alcanzar metas comunes. Según la interpretación que hace Shapiro de la visión de Bratman, los planes se caracterizan por un número específico de características que Bernal enumera con exactitud: los planes son parciales y tienen una estructura compleja, son compuestos (tienen partes que son planes en sí mismas), pueden ser diseñados para otras personas, pueden regular actividades masivas, reducen los costos deliberativos, pueden compartirse, y, por último, generan obligaciones genuinas: cuando una persona establece un plan, está racionalmente obligada a llevarlo a cabo.

Estas características particulares le permiten a Shapiro entender las actividades jurídicas como actividades socialmente planeadas. Las normas jurídicas pueden ser entendidas como planes, o como entidades similares a los planes, que coordinan el comportamiento social y hacen posible el resolver dudas y desacuerdos sobre los aspectos morales que afectan la vida social. Además, el concepto de plan puede ser utilizado para explicar el carácter institucional de los sistemas jurídicos. Cuando los grupos involucrados en hacer y llevar adelante los planes jurídicos son muy grandes, se necesitan ciertas jerarquías entre todos aquellos cuyas actividades deben ser coordinadas. Esta división vertical del trabajo requiere planes para hacer planes, que determinan, entre otras cosas, quién se encuentra autorizado para hacer planes por otros y para hacer cumplir los planes sociales cuando estos no sean compartidos por todos. Los sistemas jurídicos entonces incluyen un “plan maestro” que tiene la misma función que la regla de reconocimiento de Hart: su propósito es “guiar, organizar y monitorear la actividad común de los funcionarios de la justicia”<sup>39</sup>. Pero ¿bajo qué condiciones existe un plan maestro? Como Bernal ha notado, Shapiro “está de acuerdo con Hart en que las reglas fundamentales de un sistema jurídico existen solo si las autoridades oficiales adoptan una actitud de aceptación frente a ellas.”<sup>40</sup> Shapiro, sin embargo, agrega

<sup>39</sup> Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, pág. 177.

<sup>40</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 55.

una restricción adicional: “dado que las reglas fundamentales son elementos de un plan compartido, ellas necesitan que las autoridades oficiales tengan una actitud más compleja hacia ellas que la del punto de vista interno de Hart”<sup>41</sup>. Aceptar un plan implica comportarse en consecuencia, y permitir a los otros que lo cumplan del modo en que lo requiere la racionalidad instrumental. A diferencia de la regla de reconocimiento de Hart, el plan maestro es intrínsecamente normativo y sus contenidos dependen de la actividad intencional compartida de los funcionarios.

Teniendo esto en cuenta, Bernal llega a la conclusión de que la teoría del derecho como un plan satisface los requisitos de la tesis de la práctica social. En primer lugar, las actividades planificadas son “conjuntos de acciones intencionales colectivas”: compartir un plan es algo que los miembros del grupo hacen juntos. Por lo tanto, el concepto de Shapiro de compartir un plan no admite una lectura distributiva: “mediante el diseño y desarrollo de un plan, todos los miembros de un grupo cumplen intencionalmente con su parte, y solo por esta razón es que el plan logra ser diseñado y desarrollado”<sup>42</sup>. En segundo lugar, compartir un plan presupone un conocimiento común: uno no puede compartir un plan sin saber cuál es su contenido. Finalmente, compartir un plan implica que los miembros del grupo social tengan una actitud colectiva: la actitud de aceptar el plan. Obviamente, Shapiro no considera que las prácticas jurídicas sean una actividad única intencional y colectiva, sino que ve al derecho como un compuesto de distintas actividades colectivas intencionales llevadas a cabo por diferentes grupos sociales. Sin embargo, y como sucede también con la noción de Hart de la regla de reconocimiento, un sistema jurídico solo existe si los funcionarios aceptan el plan maestro, independientemente de lo que los otros hagan.

La reconstrucción de Bernal es clara y está bien articulada. Sin embargo, no pone el acento de modo suficiente en uno de los supuestos fundamentales de la teoría del derecho como un plan.

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, pág. 56

<sup>42</sup> *Ibid.*, pág. 60.

Shapiro afirma que un aspecto fundamental del derecho es su carácter institucional: “la actividad jurídica es una actividad compartida en la que varios actores jurídicos involucrados cumplen ciertos roles en la misma actividad de planeamiento social: algunos participan haciendo los planes y algunos participan aplicándolos”<sup>43</sup>. Como consecuencia, “la normatividad del derecho es ‘institucional’ naturalmente, que es lo mismo que decir que *las relaciones jurídicas pueden regir entre las personas independientemente de la intenciones particulares de esas personas*”<sup>44</sup>. Las autoridades jurídicas necesitan no estar comprometidas en la actividad compartida de planeamiento social para hacer eso: “él, ella, o ellos deben encontrarse completamente alienados del proceso. A una autoridad jurídica se le requiere simplemente que acepte el plan maestro compartido del sistema”<sup>45</sup>. Pero ¿bajo qué condiciones los oficiales aceptan el plan maestro? La aceptación no depende de las actitudes individuales: simplemente requiere que quien adopte un plan lo lleve a cabo y permita que los otros participantes de la actividad compartida hagan su parte.

Consecuentemente, Shapiro da lugar para pensar al derecho como una tecnología impersonal y social que ayude a los destinatarios del derecho a lograr sus objetivos y resolver los conflictos sociales. Esto es posible debido a la peculiar estructura de los planes. Como he ya explicado en otro artículo<sup>46</sup>, el concepto de plan designa una función operativa para la guía de la conducta humana de carácter recursivo. Esto le permite a Shapiro explicar la naturaleza de los fenómenos sociales masivos, tales como el derecho, mediante su reconstrucción como un grupo de regularidades funcionales que son cada vez más complejas, pero que tienen idénticas propiedades funcionales. Si uno da esto por hecho, el rol reconocido por la tesis de la práctica social de Bernal a las actitudes intencionales, en la explicación de las actividades compartidas, puede ser sustituido por otros planes que

<sup>43</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 204.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pág. 210 (énfasis agregado). *Ibid.*, pág. 204.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pág. 204.

<sup>46</sup> Ver Canale, D., “Looking for the Nature of Law: On Shapiro’s Challenge”, *Law and Philosophy*, 31, 2012.

establezcan los *procedimientos* que los oficiales deben seguir al aplicar un plan o planificar para otros. En otras palabras, en una actividad compartida masiva, las intenciones comunes pueden ser sustituidas por procedimientos comunes [*we-procedures*<sup>47</sup>] expresados por planes o normas similares. Un plan maestro, como cualquier otro plan jurídico, puede ser una herramienta impersonal, cuyo contenido no depende necesariamente —una vez que ha sido promulgado— de las actitudes e intenciones subjetivas.

Esta idea tiene algún paralelismo con la noción de Max Weber sobre la autoridad jurídica basada meramente en bases racionales. Según Weber, en el caso de las autoridades jurídicas la obediencia se debe a reglas impersonales legalmente establecidas, que obligan a sus destinatarios en tanto esas reglas sean entendidas como “el derecho”, *i. e.* en tanto hayan sido emitidas por aquel que tiene el rango de autoridad gracias a otras reglas jurídicas<sup>48</sup>. Weber sostiene, sin embargo, que los funcionarios “*son personalmente libres* y están sujetos a la autoridad solo en lo concerniente a sus obligaciones oficiales *impersonales*”<sup>49</sup>. Las actitudes y las disposiciones de los funcionarios simplemente no interesan para la existencia y la normatividad del derecho, que depende de la estructura racional de los modernos sistemas jurídicos. ¿Cuáles son las ventajas de la autoridad jurídica impersonal, por sobre las otras formas de autoridad? Por un lado —explica Weber—,

la experiencia tiende universalmente a demostrarnos que un tipo de organización administrativa puramente burocrática [...] es, desde un punto de vista exclusivamente técnico, capaz

<sup>47</sup> [N. del T.: El término técnico *we-procedures* será traducido a lo largo del texto como “procedimientos comunes”.]

<sup>48</sup> Weber, M., *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*. Berkeley-Los Angeles-London: G. Roth and C. Wittich, 1978, pág. 215.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pág. 220 (énfasis añadido). Según Weber, este es el resultado de un proceso de especialización, institucionalización y burocratización de los regímenes jurídicos de la era moderna. Es de notar, sin embargo, que un sistema jurídico no ofrece sus fundamentos desde esta perspectiva: los regímenes jurídicos modernos tienen su origen en una expropiación del poder político basado en fundamentos racionales.

de alcanzar el más alto grado de eficiencia; y en este sentido, formalmente, los medios más racionales de ejercer la autoridad sobre los seres humanos<sup>50</sup>.

Por otro lado, sin embargo, las reglas autoritativas impersonales pueden adquirir cualquier tipo de contenido. Como Shapiro asegura, un plan maestro “puede ser moralmente detestable”. Puede ceder el control total de un planeamiento social a un ruin dictador o privilegiar los derechos de ciertos subgrupos sociales de una comunidad en detrimento de otros. El plan compartido podría no tener ningún respaldo por parte de la población en general; los gobernados podrían odiarlo completamente. No obstante, si los hechos sociales son regidos por los planes compartidos —si la mayoría de los funcionarios acepta un plan accesible y público diseñado para ellos— entonces el plan compartido existirá. Y los funcionarios pueden aceptar el plan maestro incluso si ellos no se comportan como un grupo actuando en base a las actitudes comunes [*we-attitudes*]<sup>51</sup>. Por consiguiente, *Legality* presenta al derecho como una tecnología social inquietante —como sugiere de algún modo el color oscuro elegido para la tapa del libro—, una tecnología que permite a las personas coordinar y controlar las actividades sociales masivas con el costo de (potenciales) injusticias o arbitrariedades por parte de los funcionarios.

De hecho, Bernal hace notar que desde el punto de vista de Shapiro las actividades jurídicas no son necesariamente actividades intencionales:

la normatividad del derecho es institucional. No depende de las intenciones de las autoridades oficiales sino de las autorizaciones que ellas reciben para crear normas jurídicas y de los planes que explican cómo deben utilizarse tales autorizaciones. Las intenciones son remplazadas por los procedimientos<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pág. 223.

<sup>51</sup> [N. del T.: El término técnico *we-attitudes* será traducido a lo largo del texto como “actitudes comunes”.]

<sup>52</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 59.

No obstante, Bernal no extrae todas las posibles consecuencias de un supuesto como este.

En primer lugar, en *Legality* el concepto de plan compartido admite una interpretación distributiva. Por un lado, Shapiro afirma que un plan compartido existe “solo en el caso de que el plan haya sido diseñado pensando en el grupo, de modo que ellos puedan comprometerse en una actividad colectiva”<sup>53</sup>. Por otro lado, sin embargo, “la teoría del derecho como un plan requiere que los funcionarios acepten las reglas jurídicas fundamentales, como condición de su existencia”<sup>54</sup> y la condición de aceptación se da cuando los funcionarios llevan adelante el plan maestro independientemente de sus actitudes intencionales: la aceptación no necesariamente consiste en (o depende de) intenciones comunes. Alguien podría rebatir esto haciendo notar que Shapiro no descarta del todo la función de las actitudes comunes y de las intenciones en la agencia compartida masiva. “Por supuesto —afirma— la institucionalidad del derecho se funda, en última instancia, en intenciones. Las reglas son jurídicamente válidas porque fueron creadas conforme a una regla que la mayoría de los funcionarios efectivamente acepta”<sup>55</sup>. Sin embargo, las intenciones comunes deben caracterizar solo la actividad de quienes diseñan el plan maestro, es decir, de los creadores de la primera constitución. Una vez que el plan maestro ha quedado establecido, los funcionarios pueden desempeñar su función simplemente acudiendo a fundamentos procedimentales. Podríamos imaginar un sistema jurídico en el cual tanto los ciudadanos como los funcionarios estén completamente alienados, en el sentido de que actúen sin pensar en el grupo, pero sigan siendo capaces de cooperar y resolver conflictos morales mediante la herramienta del planeamiento.

Estas consideraciones muestran que la expresión “la práctica en que se funda el derecho” es ambigua. Puede referirse a la práctica social que da origen a un sistema jurídico. Según la teoría del derecho como un plan, el fundamento original de un sistema jurídico requiere

<sup>53</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 177.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pág. 183.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pág. 211.

que los autores del plan maestro actúen pensando en el grupo: así como en el acuerdo constitucional moderno el plan maestro emerge en el nombre de “nosotros, el pueblo”, *i. e.* en nombre de un grupo colectivo. En otras palabras, los autores deben determinar las reglas fundamentales del sistema jurídico sobre la base de intenciones comunes y conocimiento común para lograr sus objetivos. Pero la misma expresión podría designar lo que garantiza la existencia de un sistema jurídico en el tiempo. Una vez que un sistema jurídico ha sido establecido, y el plan maestro se encuentra asentado, la intencionalidad colectiva podría no caracterizar la actividad de los funcionarios. Ellos podrían ejercer funciones institucionales basándose en intenciones individuales en búsqueda de la satisfacción de sus necesidades e intereses particulares. Lo que importa, en verdad, es que los funcionarios lleven a cabo el plan que los otros han diseñado para ellos. En otras palabras, el que un funcionario haga  $\phi$  motivado por intenciones individuales cuenta como llevar adelante un plan jurídico si el hacer  $\phi$  es parte de un procedimiento individual, directa o indirectamente emitido en virtud del plan maestro.

Si esto es cierto, alguien podría preguntarse si una agencia colectiva masiva tal como el derecho puede seguir siendo vista como una forma de una actividad colectiva compartida. Además, alguien podría preguntarse si la teoría del derecho como un plan provee una explicación confiable acerca de la normatividad del derecho.

Bruno Celano ha manifestado que los planes no pueden ser usados para un planeamiento social masivo. Ellos son “herramientas de auto administración” que no son aptas para guiar y coordinar el comportamiento de otras personas<sup>56</sup>. Si la crítica de Celano está en lo cierto, los procedimientos comunes no pueden reemplazar el papel desempeñado por las intenciones comunes en la agencia compartida; por ello, la teoría del derecho como un plan de Shapiro falla al intentar dar una explicación de la normatividad del derecho. Bernal discute la objeción de Celano en su ensayo y llega a la siguiente conclusión: “lo

---

<sup>56</sup> Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, pág. 129 y ss.

que fundamenta a la autoridad jurídica y la normatividad del derecho es el hecho de que los sujetos de derecho consideren ‘moralmente legítimo’ que las autoridades oficiales creen el plan maestro y que ellos planeen permitir que estas autoridades jurídicas creen los planes que han de regir a toda la sociedad”<sup>57</sup>. La normatividad del derecho podría ser explicada acudiendo al “propósito normativo” del derecho, *i. e.*, el hecho de que el derecho es una forma de organización social que busca compensar los déficits morales de otros tipos de planes tales como la costumbre, la tradición, la persuasión, el consenso y la promesa<sup>58</sup>. Ahora bien, según entiendo, esta respuesta es poco convincente. La teoría del propósito moral de Shapiro da cuenta de una propiedad funcional del derecho: el derecho es un artefacto humano creado con el fin de dar buenas soluciones a problemas morales relevantes, independientemente del hecho de que el derecho sea realmente utilizado para este fin y nos permita lograrlo. Desde el punto de vista jurídico, entonces, si dotamos de autoridad jurídica a un funcionario “no estamos necesariamente imputándole autoridad moral”<sup>59</sup>. Quien se encuentra sometido al derecho puede estar *jurídicamente* obligado a realizar ciertas acciones sin estar *verdaderamente* obligado a realizar esa acción”<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 67.

<sup>58</sup> “Cuando una comunidad se enfrenta a problemas morales que son numerosos y serios, y cuyas soluciones son complejas, contenciosas o arbitrarias, ciertos modos de planeación como la improvisación, la auto-organización, la negociación privada, el consenso común, o las jerarquías personalizadas serán difíciles de desarrollar, a veces prohibitivas. A menos que la comunidad tenga una manera de reducir los costos de los riesgos de la planeación, resolver estos problemas morales será, en el mejor de los casos, caro y, en el peor, imposible. En la Teoría del Derecho como un Plan, el objetivo fundamental del derecho es tratar las demandas morales de un modo eficiente”. Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 213.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pág. 185.

<sup>60</sup> Shapiro remarca que las pretensiones de la autoridad jurídica admiten dos interpretaciones diferentes. Según una interpretación *adjetival* de estas pretensiones, “la autoridad jurídica implica una autoridad moral”: quien posee autoridad jurídica tiene también autoridad moral por el hecho de ser un funcionario en una institución jurídica. Como consecuencia, los planes

Diciendo que estamos jurídicamente obligados a  $\phi$  simplemente decimos que las reglas autorizadas de un sistema jurídico son moralmente legítimas aunque no nos sintamos obligados a  $\phi$ . Por lo tanto, la tesis del propósito moral no explica cómo los funcionarios pueden hacer planes para otros individuos y ordenar que los cumplan. Pero incluso si uno asume, en aras de la discusión, que los planes sociales masivos son posibles, la teoría del derecho como un plan enfrenta aquí un problema adicional. Shapiro sostiene que los planes disponen a los participantes de una práctica social a cumplir porque la racionalidad instrumental se los requiere<sup>61</sup>. Sería irracional adoptar un plan sin asumir el compromiso de llevarlo a cabo. Pero ¿la racionalidad instrumental es realmente normativa? Este es, en verdad, un tema controvertido.

Debo considerar una objeción a la presunta normatividad de la racionalidad instrumental que me parece atractiva en este contexto. Según Shapiro, si una persona planea hacer  $\phi$ , y cree que hacer  $\pi$  es un medio necesario para  $\phi$ , entonces debe hacer  $\pi$  o abandonar su plan de hacer  $\phi$ . Asumiendo que los planes expresan actitudes tales como intenciones comunes o intenciones individuales, la tesis de Shapiro puede ser reformulada del siguiente modo: si una persona pretende hacer  $\phi$  y cree que hacer  $\pi$  es el medio necesario para  $\phi$ , entonces debe

compartidos moralmente ilegítimos no pueden conferir autoridad jurídica a nadie. Pero esta interpretación es criticada por Shapiro porque “cierra la posibilidad de regímenes jurídicos moralmente ilegítimos”. *Ibid.*, p. 185. Así pues, la teoría del derecho como un plan adopta una interpretación *perspectival* de la pretensión de autoridad jurídica: “la clave aquí es reconocer que, aunque el término ‘autoridad’ referido a la autoridad jurídica se refiere a un poder moral, la palabra ‘jurídica’ a menudo no modifica esta frase sustantiva; sino que, su rol es cuantificar la afirmación en la que se encuentra integrada. Cuando dotamos de autoridad jurídica a alguien [...] estamos diciendo que, *desde el punto de vista jurídico*, la persona en cuestión tiene poder moralmente legítimo”. *Ibid.* En consecuencia, la tesis del propósito moral admite solamente una interpretación *perspectival*. Decir que el derecho tiene un objetivo moral significa que, desde el punto de vista jurídico, los planes jurídicos son moralmente legítimos; pero no significa que sea (moralmente) obligatorio adoptar dicho plan.

<sup>61</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, págs. 123, 142-143, 183.

hacer  $\pi$  o abandonar su intención de  $\phi$ . En otras palabras, tener la intención de  $\phi$ , y creer que hacer  $\pi$  es un medio necesario para conseguir  $\phi$ , nos da una razón para  $\pi$ . Ahora, imagine la siguiente situación: un hombre un poco tonto pretende dejar caer un piano en su cabeza y cree que comprar un piano es el medio necesario para hacerlo. ¿Diríamos que este hombre está *racionalmente* obligado a comprar un piano? Por supuesto diríamos que no. ¿Por qué? Porque solo tener una intención y una creencia no genera una obligación. John Broome ha propuesto una explicación lógica para esta intuición. Según Broome, el principio de la racionalidad instrumental admite solo una interpretación amplia<sup>62</sup>: este principio no puede ser traducido a condicionales del tipo “si pretendes  $\phi$ , entonces debes  $\pi$ ”; sino que su forma condicional es capturada por un condicional del tipo “debes hacer eso si pretendes  $\phi$  entonces  $\pi$ ”<sup>63</sup>. Este último condicional tiene un amplio alcance debido a que la normatividad no determina al consecuente, sino a la afirmación condicional entera, tal como se da en la forma lógica  $D(p \rightarrow q)$ . Pero la conclusión “debes  $\pi$ ” no puede ser inferida de un condicional normativo de amplio alcance por el *modus ponens*<sup>64</sup>. En otras palabras, esta conclusión no se sigue del principio de la racionalidad instrumental: debe añadirse una premisa normativa mayor que califique el objetivo pretendido como algo que debemos conseguir. Suponiendo que las afirmaciones de deber expresan razones para la acción, si se aspira a  $\phi$  no hay ninguna razón para adoptar los medios necesarios para  $\phi$ <sup>65</sup>. Por lo tanto, adoptar un plan no es una condición

<sup>62</sup> Ver Broome, J., “Normative Requirements”, *Ratio*, 12, 1999, págs. 398-419.

<sup>63</sup> “Si pretendías  $\phi$ , entonces debías  $\pi$ ” es una traducción al español de la forma lógica  $\rightarrow Dq$ , mientras que “debes hacer eso si pretendes  $\phi$  entonces  $\pi$ ” es una traducción (tentativa) de  $D(p \rightarrow q)$ . Para expresar la última forma lógica en español, uno tiene que forzar la sintaxis para que “deber” tome forma de proposición y no de infinitivo.

<sup>64</sup> Una afirmación normativa de amplio alcance tal como  $D(p \rightarrow q)$  se satisface siempre que alguna de las condiciones de verdad del condicional material  $p \rightarrow q$  se encuentren, lo que es independiente de las causas o razones que hacen  $p$  y  $q$  verdaderas o falsas.

<sup>65</sup> Christine Korsgaard ha arribado a una conclusión análoga partiendo de diferentes premisas. Ella ha sugerido que el juicio acerca de si debemos  $\pi$ ,

suficiente para estar obligado a llevarlo a cabo. Los planes no tienen la fuerza normativa del “deber”; sino que establecen requerimientos de coherencia medios-fines que son de ayuda en la evaluación de la agencia humana<sup>66</sup>.

Habiendo dicho todo esto, el problema al que se enfrenta Bernal al respaldar la teoría del derecho como un plan podría ser resumido del siguiente modo. Si la teoría del derecho como un plan tiene asidero, en el sentido de que es capaz de explicar la normatividad del derecho, entonces la tesis de la práctica social se aplica solo respecto de la práctica social que origina el plan maestro de un sistema jurídico. Una vez que el plan maestro ha sido establecido, un sistema jurídico puede continuar existiendo incluso si los funcionarios no actúan conjuntamente sobre la base de intenciones comunes. Por el contrario, si la teoría del derecho como plan se queda corta al explicar

siendo  $\pi$  un medio necesario para conseguir  $\phi$ , depende del *contenido* de  $\phi$ . Según Korsgaard, elegir un fin obliga a perseguirlo solo si (a) este fin es valioso y (b) es verdaderamente un fin contingente del agente. Ver Korsgaard, C. (1997). “The Normativity of Instrumental Reason”, en Korsgaard, C., *The Constitution of Agency. Essays on Practical Reason and Moral Psychology*, Oxford, Oxford UP, págs. 26-68.

<sup>66</sup> Joseph Raz y Niko Kolodny han sostenido que la racionalidad instrumental no puede ser descripta como un requerimiento de coherencia medios-fin. Cuando uno pretende  $\phi$  hay un hecho de la cuestión que determina si debe-mos o no  $\phi$ . Por lo tanto, esos casos en los que la coherencia medio-fin falla pueden ser fácilmente explicados como violaciones de un requerimiento normativo que es diferente al requerimiento de coherencia, *i. e.* por un hecho normativo en lugar del hecho (ficticio) de que hay un compromiso para con la coherencia medios-fin en la agencia humana. Ver Raz, J., “The Myth of Instrumental Rationality”, *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 1, 1, 2005; Kolodny, N., “The Myth of Practical Consistence”, *European Journal of Philosophy*, 16, 3, 2008. Como resultado, la racionalidad instrumental sería un “mito”: no habría “ninguna forma distinta a la racionalidad [...] que merezca el nombre de racionalidad instrumental” (Raz, J., *From normativity to responsibility*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011, pág. 165). No discutiré el argumento de Raz aquí. Para contribuir a este artículo, es suficiente decir que Raz y Kolodny presentan un argumento incluso más fuerte que el mío, en contra de la presunta normatividad de la racionalidad instrumental.

la normatividad del derecho —sea porque no es posible hacer planes por otros, como Bruno Celano ha remarcado, o sea porque la racionalidad instrumental no genera o justifica obligaciones genuinas, como he intentado demostrar previamente—, entonces Bernal no debería avalar la teoría del derecho como un plan de Shapiro como una explicación adecuada de la práctica que fundamenta al derecho.

## V. Conclusión

En este artículo he intentado mostrar que una lectura crítica de Austin, Hart y Shapiro puede llevar a darnos cuenta de algunas debilidades de la tesis de la práctica social de Carlos Bernal. La tesis de Bernal parece pasar por alto algunos aspectos característicos del derecho, o tratarlos como periféricos de un fenómeno social. (*i. e.* la acción intencional colectiva) que no parece, a primera vista un “caso central” de la práctica jurídica. En particular, la tesis de la práctica social se queda corta al explicar la existencia de relaciones verticales entre quienes ejercen poderes públicos o privados y quienes están sometidos a dichos poderes<sup>67</sup>. Las relaciones de sujeción frecuentemente caracterizan a las actividades e instituciones jurídicas, incluyendo ambas tanto a ciudadanos como funcionarios, y son establecidas por formas de dominación y control interpersonales, algunas veces acompañadas por el uso de la fuerza, que no pueden ser descriptas como actividades intencionales colectivas<sup>68</sup>. Por supuesto, uno podría sostener —como

<sup>67</sup> Uso el término “poder” y la expresión “ejercicio del poder” en un sentido general. Siguiendo a Searle, podríamos decir que “el poder es ejercido cuando el agente hace que el sujeto quiera algo que él o ella no hubiese querido de otro modo, o cuando limite la percepción del sujeto respecto de las opciones disponibles”, *i. e.* restringe el rango de las elecciones aparentes disponibles para el sujeto sobre el cual se ejerce el poder. Ver Searle, J. R., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, pág. 160.

<sup>68</sup> Las explicaciones filosóficas de la agencia compartida generalmente asumen que hay libertad interna con respecto a la coerción física y psicológica dentro de un grupo social. Además, los grupos normalmente se encuentran libres de la coerción exterior en su toma de decisiones y aceptación del

Hart, Shapiro y muchos otros hacen— que las relaciones de sujeción no son condición necesaria para la existencia de organizaciones jurídicas y que por ello no vale la pena que la teoría del derecho las considere. Incluso cuando la primera idea fuera cierta, me parece que tanto la teoría del derecho como la ontología social se deberían preguntar si las relaciones de sujeción generadas por el ejercicio del poder pueden ser una condición suficiente para establecer un sistema jurídico y/o mantener un gobierno legítimo.

Una investigación de este tipo podría alumbrar un gran número de fenómenos que habitan la realidad social y jurídica pero que son considerados por la teoría del derecho contemporánea como asuntos pertenecientes al dominio de la filosofía moral y política: el hecho de que las normas jurídicas y las instituciones sean a veces sistemáticamente utilizadas para aterrorizar a los destinatarios del derecho, para crear y mantener un estado de angustia en un grupo, para dañar a las personas, para dar lugar a una “encerrona” [*entrapment*] personal o para manipular las creencias, deseos e intenciones de las personas de varias maneras<sup>69</sup>. Desde el punto de vista jurídico, ¿por qué ocurren

grupo. Ver Toumela, R., *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford, Oxford UP, 2007, pág. 15. Desde mi punto de vista, estas suposiciones hacen que el análisis filosófico estándar de la agencia compartida se vuelva poco útil para entender un gran número de actividades jurídicas.

<sup>69</sup> Cf. Raz, J., *From normativity to responsibility*, *op. cit.*, pág. 221-222. Al criticar la tesis de Fuller sobre la moralidad interna del derecho —según la cual los regímenes jurídicos deberían necesariamente satisfacer un conjunto de requerimientos morales tales como la generalidad, la claridad, la prosperidad, etc.— Raz sostiene, y desde mi punto de vista correctamente, que “el derecho crea inevitablemente un gran peligro de poder arbitrario [...]”. De igual modo, el derecho puede ser inestable, oscuro, retrospectivo, etc. y así infringir la libertad y la dignidad del hombre [...]. El derecho no es un simple hecho más de la vida. [...] Es una herramienta al alcance de los hombres, que a diferencia de muchas otras es versátil y capaz de ser usada para una larga variedad de propósitos adecuados”. *Ibid.*, págs. 224 y 226. Lo que quiero recalcar aquí es que la ontología social debería clarificar qué características del derecho hacen posible usarlo como un instrumento de dominación y opresión y en qué medida estas características son parte de la naturaleza del derecho.

fenómenos de este tipo? De hecho, la tesis de la práctica social tiende a dibujar un velo sobre estas (posibles) funciones del derecho y a concebir las prácticas jurídicas que involucran a los ciudadanos o los funcionarios como actividades conciliadoras y cooperativas que no abarcan desacuerdos ni conflictos sociales.

Además, la teoría de la práctica social no tiene en cuenta ciertas características distintivas de las instituciones jurídicas: por ejemplo, el hecho de que las actitudes de los ciudadanos puedan ser irrelevantes en lo que respecta a la existencia de un sistema jurídico, o que un sistema jurídico pueda existir incluso si los funcionarios están completamente alienados y no persiguen intencionalmente ningún objetivo común<sup>70</sup>. Un acercamiento socio-ontológico a las instituciones jurídicas debe explicar por qué todo esto es posible.

Al mismo tiempo, he tratado de demostrar en este artículo que el problema de la normatividad del derecho, que se encuentra en el centro de la investigación de Bernal, permite diferentes soluciones dependiendo de la manera en la cual el problema sea encarado. Como David Enoch ha manifestado, “no está para nada claro qué se supone que sea el problema de la normatividad del derecho. De hecho, no hay un solo problema aquí, dado que la gente parece tener en mente diferentes problemas cuando usan esta inútil frase”<sup>71</sup>. En Austin, el problema de la normatividad es un problema empírico relacionado con la cantidad de consentimiento que es necesario para la existencia de una autoridad política; en Hart el problema de la normatividad es un problema tanto empírico como conceptual: atañe a los hechos sociales que un observador tiene en cuenta cuando atribuye disposiciones y

<sup>70</sup> Leslie Green hizo una afirmación fuerte con respecto a la relación entre los regímenes jurídicos institucionalizados y la alienación: “la naturaleza del derecho como un sistema institucionalizado de normas hace endémicamente posible alienarse de este modo”. Green, L., “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, 83, 2008, pág. 1057. Para una discusión crítica de esta visión, ver Wilkinson, M. A., “Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart’s Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 30, 3, 2010, págs. 441-466

<sup>71</sup> Enoch, D., “Reason-Giving and the Law”, en Green, L. y Leiter, B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 1*, Oxford, Oxford UP, 2011.

actitudes a agentes calificados; según Shapiro, además, el problema de la normatividad atañe a la estructura de la agencia social masiva y a las condiciones racionales de su coordinación y control; finalmente, en la teoría de Bernal, el problema de la normatividad apunta a clarificar qué acciones y actitudes de los hombres hacen que las entidades sociales, tales como las normas y las instituciones jurídicas, sean posibles. Ahora bien, en lo personal considero que distinguir distintas formulaciones del problema de la normatividad es una condición necesaria para clarificar qué tipo de indagación se necesita para encaminarla. De hecho, uno podría afirmar que la forma en que el problema de la normatividad se encuentra planteado afecta enormemente la tarea de la teoría del derecho y sus métodos de investigación: especificar en qué consiste tal problema requiere tomar cartas en un asunto más general, *i. e.* el propósito de la teoría del derecho. La ontología social debería ser consciente de esto y especificar qué contribución puede ofrecer a cada tipo de indagación filosófica.

## Bibliografía

- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*. Rumble, W. E. (ed), Cambridge, Cambridge UP, 1995.
- Baker G. P. y Hacker, P. M. S., *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*, London, Blackwell, 2009.
- Bernal Pulido, C., “Austin, Hart, y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social”, *Discusiones*, XIV, 2014, págs. 21-72
- Bratman, M., *Faces of Intention*, Cambridge, Cambridge UP, 1999.
- Broome, J., “Normative Requirements”, *Ratio*, 12, 1999, págs. 398-419.
- Canale, D., “Consequences of Pragmatic Conceptualism. On the Methodology Problem in Jurisprudence”, *Ratio Juris*, 22, 2009, págs. 171-186.
- Canale, D., “Looking for the Nature of Law: On Shapiro’s Challenge”, *Law and Philosophy*, 31, 2012, págs. 409-441.

- Celano, B., "What can Plans do for Legal Theory?", en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013.
- Coleman, J. L., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge-London, Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- Enoch, D., "Reason-Giving and the Law", en Green, L. y Leiter, B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 1*, Oxford, Oxford UP, 2011, págs. 1-38.
- Green, L., "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", *New York University Law Review*, 83, 2008.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961].
- Kolodny, N., "The Myth of Practical Consistence", *European Journal of Philosophy*, 16, 3, 2008, págs. 366-402.
- Korsgaard, C., *The Constitution of Agency. Essays on Practical Reason and Moral Psychology*, Oxford, Oxford UP, 1997.
- Marmor, A., *Philosophy of Law*. Princeton, Princeton University Press, 2011.
- Putnam, H., "The Meaning of Meaning", en Putnam, H. (ed.), *Mind, Language and Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975.
- Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1990 [1975].
- Raz, J., "The Myth of Instrumental Rationality", *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 1, 1, (2005), págs. 1-28.
- Raz, J., *From normativity to responsibility*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011.
- Schauer, F., "Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law", *Ratio Juris*, 23, 2010, págs. 1-21.
- Searle, J. R., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010.

- Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- Toh, K. (2010). “The Predication Thesis and a New Problem about Persistent Fundamental Legal Controversies”, *Utilitas*, 22.
- Toumela, R., *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford, Oxford UP, 2007.
- Warnock, G. J., *The Object of Morality*, London, Methuen, 1971.
- Weber, M., *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, Barkely-Los Angeles-London, G. Roth and C. Wittich, 1978.
- Wilkinson, M. A., “Is Law Morally Risky? Alienation, Acceptance and Hart’s Concept of Law”. *Oxford Journal of Legal Studies*, 30, 3, 2010, págs. 441-466.



## Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho

Richard Ekins\*

(Traducción del inglés de Natalia Scavuzzo)

**Resumen:** La realidad del derecho, aunque relacionada con la realidad social y la acción grupal, no puede ser reducida solo a esta última. Se propone una relectura de Austin y Hart y se expresan algunos desacuerdos con la teoría de Shapiro. En especial, el autor discute la importancia exagerada que el modelo de Shapiro da al problema de los alienados y no aceptantes.

**Palabras clave:** realidad social, acción conjunta, alienación.

**Abstract:** The reality of law, although related with social reality and joint action, cannot be reduced to them. This paper proposes a different way to tackle the question of the reality of law, including a different way to read Austin and Hart, and a main and general critique to Shapiro's theoretical frame regarding the relevance of alienation for a theory of law.

**Key words:** social reality, joint action, alienation.

### I

Vale la pena explorar la hipótesis de que el derecho es una clase de acción colectiva. Es una realidad social, que consiste en hechos sociales sobre cómo las personas actuaron en el pasado y cómo lo harán en el futuro. Además, el derecho es *sobre y para* las personas, regula o dirige cómo estas deben actuar o lo que debe hacerse. Aun así, el derecho no es solo una realidad social, ya que cuando funciona bien —en el caso central— cambia las razones que los individuos

\* St. John's College (Oxford, Reino Unido).

tienen para actuar, cómo ellos deben actuar. Alguien puede describir el hecho social consistente en lo que ciertas personas piensan que deben o no hacer algo, incluyendo que piensan eso, en parte, por otro hecho social (por ejemplo el acto pasado de alguna autoridad jurídica); pero no se puede entender la naturaleza de la práctica del derecho hasta que no se piensa de la forma en que lo hace una persona dentro del sistema jurídico y se pregunta si el hecho social relevante (o conjunto de hechos) cambia en verdad lo que uno debería hacer, y cómo y por qué lo hace. La realidad del derecho debe encontrarse en las razones y en los hechos, lo que significa que la teoría del derecho debe esforzarse para explicar si (y cómo) los hechos sociales dan origen a razones para la acción.

Estos hechos sociales son el objeto del artículo de Bernal. En diálogo con Austin, Hart y Shapiro, Bernal considera la forma en que la práctica del derecho involucra a los funcionarios y, quizás, a sujetos (ciudadanos) que actúan en forma conjunta. Seguiré su camino, considerando y contribuyendo a su conversación con Austin, Hart y Shapiro, mientras discuto además las principales contribuciones de Aquino y otros, como el mismo Bernal lo hace. Creo justo decir que el propósito de Bernal es mostrar cómo la ontología social ilumina la naturaleza del derecho y, más específicamente, cómo los modernos estudios de la realidad social muestran a los trabajos de Austin y Hart como promesas frustradas. Además, en contraste, busca mostrar el poder del planteo de Shapiro (adecuadamente modificado y elaborado). Si bien comparto el interés de Bernal en explorar la forma en que el derecho consiste en la acción colectiva de un grupo (si es que lo es), no estoy completamente persuadido por el argumento del artículo. En lo que sigue explico mis inquietudes y brevemente delinearé una alternativa.

## II

En la sección inicial de su artículo<sup>1</sup>, Bernal delinea el campo de la ontología social, que estudia la realidad social a la que nuestra acción colectiva da lugar. Señala los trabajos destacados de Bratman y Gilbert, entre otros, y el uso que se le ha dado a estos trabajos por los filósofos del derecho, incluyendo Kutz, Sanchez Brigido y especialmente Shapiro. La afirmación compartida por ellos según la cual el derecho está basado en una práctica social —lo que Bernal llama la tesis de la práctica social— no es, según Bernal, completamente novedosa, ya que ideas similares pueden encontrarse en el hábito de obediencia de Austin y en la atención que pone Hart en la aceptación de las reglas sociales<sup>2</sup>.

La forma en que Bernal da cuenta de la práctica social es deliberadamente amplia: requiere acciones intencionales colectivas recurrentes, donde esas acciones son ejecutadas por individuos que actúan como un grupo con las intenciones comunes [*‘we-intentions’*] apropiadas, que son de conocimiento común<sup>3</sup>. Las acciones no consisten simplemente en la superposición de las intenciones y acciones individuales, que yo he llamado, siguiendo a Gilbert, teorías “sumatorias” de la acción colectiva<sup>4</sup>. Bernal también afirma que las acciones colectivas no son aquellas “de un agente colectivo que la lleva a cabo por su cuenta y con sus propias intenciones”<sup>5</sup>. Esta proposición no es clara. Infero que su intención es evitar cualquier referencia a una mente misteriosa del grupo, que de alguna manera existe con independencia de las intenciones y acciones de las personas individuales. Quizá su preocupación sea, en cambio, excluir la acción de los agentes grupales que son grupos formados para actuar de manera coherente y racional a lo largo del tiempo sobre una serie de proposiciones interrelacionadas.

<sup>1</sup> Bernal Pulido, C., “Austin, Hart, y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social”, *Discusiones*, XIV, 2014.

<sup>2</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 25

<sup>3</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, págs. 27.

<sup>4</sup> Ekins, R., *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford UP, 2012, pág. 48.

<sup>5</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 26.

El trabajo de Pettit y List sobre agencia grupal es, para mí, el desarrollo más interesante sobre ontología social<sup>6</sup>, ya que va más allá del argumento sobre la naturaleza precisa de las bases de la acción colectiva, incluyendo un estudio sobre sus complejidades e implicaciones. Bernal, al igual que Shapiro, no discute sobre agencia grupal y se centra, en cambio, en la acción colectiva *simpliciter*, sin atender a cómo o a si el grupo en cuestión está formado para actuar en una forma que evite la incoherencia o inconsistencia. Shapiro se aleja de Bratman en la medida en que prevé el caso de la alienación<sup>7</sup> para los miembros del grupo que no llegan a tener un compromiso pleno con los fines del mismo. La alienación merece atención, así también como la deserción secreta y otros modos no centrales de participación en la acción colectiva<sup>8</sup>, pero también la merece la agencia grupal.<sup>9</sup> Esta omisión es particularmente digna de resaltar en el contexto de la teoría del derecho, porque se debe considerar la posibilidad de que la ley que gobierna a las personas que forman un grupo de agentes sea, de alguna manera, producto del acto de un agente singular. De una forma más modesta, se debería al menos considerar la forma en que las instituciones jurídicas y políticas -tribunales, ministerios y legislaturas- forman agentes grupales<sup>10</sup>, disciplinados para actuar conjuntamente como una persona racional natural.

La acción colectiva de un agente grupal es similar a la acción colectiva de cualquier otro grupo con una intención, atento a que todos esos grupos son asociaciones con algún fin y con capacidad de actuar colectivamente debido a un conjunto de intenciones entrelazadas<sup>11</sup>. Sin embargo, se diferencian fuertemente en la medida en que los miembros que buscan ejercer la agencia racional persiguen actuar colectivamente de una forma coherente y consistente, que cambia

<sup>6</sup> List, C. y Pettit, P., *Group Agency*, Oxford, Oxford UP, 2011.

<sup>7</sup> Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, págs. 144-46, 150, 418-19.

<sup>8</sup> Ekins, R., *op. cit.*, págs. 65-66.

<sup>9</sup> Ekins, R., *op. cit.*, págs. 71-76.

<sup>10</sup> Considero la agencia de la legislatura en Ekins, R., *op. cit.*, págs. 236-43.

<sup>11</sup> Ekins, R., *op. cit.*, pág. 73.

la forma en que ellos razonan y escogen. Si el objetivo del grupo es dar respuesta a razones complejas a lo largo del tiempo, existe una buena razón para que el grupo se estructure de esta manera. La acción compleja de introducir y mantener un sistema jurídico puede requerir dicha agencia, tanto a nivel general (por parte de la comunidad política) o en prácticas particulares de legislación y aplicación.

Señalé que para Bernal el trabajo reciente sobre ontología social del derecho tiene sus antecedentes en Austin y Hart. Considero, como en otra oportunidad<sup>12</sup>, que Bernal ha exagerado la novedad de las ideas sobre ontología social. Aquino vio con claridad la realidad social de los grupos y de la acción colectiva, incluyendo el modo en que un grupo es una especie de todo, aunque sea una unidad de orden y no de composición<sup>13</sup>. Esto significa que las personas individuales que forman ‘parte’ del grupo llevan a cabo acciones que conforman la acción del grupo, del todo, y otras acciones que no son parte de la acción del mismo en lo absoluto. Igualmente, el grupo puede hacer ciertas cosas que ninguna persona dentro de este puede hacer (por ejemplo, ganar la guerra). El orden que unifica a los muchos en un todo consiste en la coordinación entre los miembros del grupo; coordinación que está al servicio del propósito del mismo, el fin para el cual los miembros forman una asociación. El caso central de un grupo con una intención, único tipo de grupo capaz de actuar, es el de una asociación unida para un fin, en la que los miembros adoptan intenciones entrelazadas para alcanzarlo a través de determinados medios<sup>14</sup>. Los medios pueden ser muy generales y pueden hacerse estipulaciones para que algunos individuos adopten medios particulares. De este modo, vemos cómo el concepto de acción colectiva unánime incluye a la acción colectiva compleja y a los procedimientos de la autoridad<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Bernal Pulido, C. *op. cit.*

<sup>13</sup> Aquino, *Sententia Libri Ethicorum* [Commentary on Aristotle’s *Nichomachean Ethics*], prólogo de Finnis, J., *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, OPU, 1998, págs. 23-9.

<sup>14</sup> Ekins, R., *op. cit.*, págs. 50, 64.

<sup>15</sup> Ekins, R., *op. cit.*, págs. 57-60.

En verdad, Aquino dijo poco sobre cómo, en general, los miembros de un grupo se coordinan para alcanzar un fin<sup>16</sup>. Pero vio con claridad que los grupos actúan colectivamente, que constituyen agentes de los que las personas individuales forman parte y que, aun así, son distinguibles de un todo. Este entendimiento conforma, entre otras cosas, su análisis del derecho y el gobierno. Se encuentra en Hobbes, Locke y Rousseau un interés similar por la realidad social de la comunidad política, a la que ellos entienden como un grupo, un todo formado de partes, personas, que actúan conjuntamente en el ejercicio de los poderes públicos. La contribución de la moderna ontología social es considerar con cuidado el patrón de intenciones que hacen inteligible nuestra acción colectiva<sup>17</sup>. En esta literatura, tanto como en Aquino, lo que caracteriza a la acción colectiva es que esta conecta a los miembros del grupo que comparten un propósito con la intención de actuar juntos para alcanzar un fin. La atención que Shapiro brinda a la alienación trata de diluir esta afirmación, argumentando que en la acción colectiva en gran escala es probable y posible que muchos no compartan el fin en cuestión. Esta psicología puede darse en casos tales como la deserción secreta y otras varias patologías. Pero esto no cambia la naturaleza de la acción colectiva, que es, en el caso bien formado, el caso central, de acuerdo con el cual los miembros del grupo llevan a cabo el plan que conjuntamente comparten en pos de alcanzar el fin para el que se creó. Los medios adoptados y el contenido del plan ponen en juego el fin propuesto, el cual se da en función de las intenciones de los miembros del grupo.

Bajo esta luz, vemos cómo para Aquino el caso central del derecho es una ordenación de la razón en la regla, promulgada por el bien común y adoptada por cada sujeto como si fuera propia<sup>18</sup>. El gobernante actúa para los miembros de la comunidad política (la ciudad, el reino, el imperio), que reconocen su autoridad para

<sup>16</sup> Finnis, J., "Prologue: Aquinas: Moral, Political and Legal Theory", en AQUINO (ed.), *Sententia Libri Ethicorum (comentario a la Ética Nicomaquea de Aristóteles)*, Oxford, Oxford UP, 1998, págs. 27-8.

<sup>17</sup> Ekins, R., *op. cit.*, pág. 64.

<sup>18</sup> Aquino, *Summa Theologica*, I-II q. 90 a. 4c.

gobernar y acatan sus elecciones promulgadas al resolver qué es lo que todos tienen razón para hacer. El derecho de las personas libres, Aquino argumenta, es tanto un derecho que las personas hacen para sí mismas, una forma de costumbre, como un derecho elegido por un gobernante que representa a las personas libres y que actúa por su bien y en su nombre<sup>19</sup>. El derecho es, en este sentido, un acuerdo inteligente entre personas, entre los sujetos que forman la comunidad política y, entre los sujetos y el gobernante que actúa por el bien común<sup>20</sup>. El deber de cada persona de obedecer el derecho surge del bien común, que es el objeto de su asociación y del ejercicio del poder público. Incluso cuando las leyes particulares fallan para servir al bien común (y por ello son injustas), una obligación colateral, debida a los conciudadanos más que al gobernante, requiere de cierta obediencia<sup>21</sup>. Otra vez, aunque uno quisiera que Aquino hubiese dicho más sobre cómo se forma un pueblo y cómo actúa colectivamente, su teoría del derecho positivo está basada en la realidad social de la comunidad política y en la reciprocidad que se obtiene entre sus miembros, ya sean sujetos o gobernantes.

### III

Para Bernal es *posible* interpretar que Austin desarrolla una versión de la tesis de la práctica social si se entiende al hábito de obediencia como una actividad intencional colectiva. Él sostiene que, *prima facie*, el hábito de obediencia puede entenderse como “una actividad que debe ejecutarse necesariamente por varios individuos”<sup>22</sup>; que no puede ser hecha por uno solo, pero sí por aquellos que conjuntamente constituyen la mayor parte de la sociedad; que esta mayoría no es un super-agente, es un grupo<sup>23</sup>; y que los individuos cumplen los

<sup>19</sup> Aquino, *Summa Theologica*, I-II q. 97 a. 3 ad. 3; I-II q. 90 a. 3.

<sup>20</sup> Finnis, J., *op. cit.*, págs. 256-8, 264-6.

<sup>21</sup> Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford-New York, Clarendon Press-Oxford University Press, (2ª ed.), 2011, págs. 361, 476.

<sup>22</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 29

<sup>23</sup> *Ibid.*

requerimientos *intencionalmente*, ya que “llevan a cabo las acciones intencionalmente mediante el cumplimiento de [...] los mandatos del soberano, motivados por la amenaza de las sanciones”<sup>24</sup>. Sin embargo, Bernal nota dos problemas al seguir a Austin para explicar el derecho como una actividad intencional colectiva. Voy a considerar solo uno, según el cual “el hábito general de obediencia no es necesariamente una acción colectiva” ya que puede ser entendido tanto individual como colectivamente<sup>25</sup>. Si es lo primero, cada individuo tiene un hábito de obediencia personal, motivado por su auto-interés o miedo. En la segunda visión, los individuos actúan colectivamente obedeciendo al soberano. Bernal sugiere que no es claro cuál es la mejor lectura, pero entiende que la última visión se ve reforzada por el hecho de que para Austin el soberano debe ser un superior común<sup>26</sup>.

Entiendo que no hay una buena razón, en lo absoluto, para sostener la lectura colectiva. Austin hace que el grupo (la sociedad) surja a partir del hábito, antes que al hábito como formado y elegido por un grupo que existe independientemente del primero. Esto significa para Austin que el grupo es quienquiera tenga el hábito de obedecer a un soberano particular. Uno podría estar tentado de decir que el grupo consiste en quienes comparten un hábito, pero en verdad no hay nada compartido aquí, hay una simple superposición. Nada en la visión de Austin sugiere que los sujetos del derecho actúen conjuntamente o tengan una relación entre ellos más allá de ser súbditos del mismo soberano, la cual es una relación entre soberano y sujeto. En contraste, para Aquino hay una comunidad política con un bien común, para la que la autoridad es apropiadamente instituida y ejercida, y entre cuyos miembros hay una amistad y reciprocidad que hace posible y requiere de la acción colectiva.

El énfasis que Austin pone en la relación entre soberano y súbdito tiene eco en *el caso Calvin*<sup>27</sup>, en el que un escocés, súbdito de Jacobo VI de Escocia, debía ser considerado inglés ya que también era,

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 30.

<sup>26</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 31.

<sup>27</sup> *Calvin's Case* (1608) 77 E.R. 377; 7 Co. Rep. 1a.

por esa razón, un súbdito de Jacobo I de Inglaterra. Sin embargo, en este caso la fidelidad a la persona del soberano da pertenencia a un ámbito (diferente), a un grupo que existe con independencia de la persona particular del soberano. Jacobo I no era Inglaterra; una sucesión de reyes, y de usurpadores también, tomaron su lugar en el trono de Inglaterra, que fue y es un grupo, un todo, del que el rey era la cabeza<sup>28</sup>. Para Austin, los sujetos del derecho no son un grupo que actúa, sino un grupo sobre el que se actúa, lo que implica decir que no son un grupo con propósito capaz de acción colectiva. Austin sostiene que cuando un soberano rival se levanta y algunos sujetos del derecho lo siguen, comienzan a existir —hasta la reunificación si la hay— dos sociedades<sup>29</sup>. Esto confirma que su teoría no tiene recursos para explicar cómo un grupo puede existir con independencia de un soberano particular, ni cómo ese grupo puede hacer del soberano lo que es: la subordinación, como él lo remarca, es pasiva e irreflexiva. Hay razones para pensar que Austin dio por sentado que los soberanos toman su lugar dentro de un grupo, como sugiere la forma en la que aborda el tema de la sucesión, según Hart<sup>30</sup>. Pero nada en esta teoría se aparta de la afirmación de que lo único que unifica es la subordinación al soberano. En efecto, la afirmación que en parte motiva el *caso Calvin*, a saber que Jacobo era rey de Inglaterra e, independientemente —a fuerza de un cargo diferente—, rey de Escocia, era ininteligible para Austin. Para este autor, más allá del nombre que Jacobo se haya dado a sí mismo, debió haber gobernado un solo grupo. Le desconcierta que los súbditos pertenecientes a ambos ámbitos reconozcan a cada ámbito como diferente, sin perjuicio de que la lealtad al rey diera derecho a la pertenencia al otro grupo.

Según Bernal, no hay razón para pensar que el acto relevante ejecutado de conformidad con las órdenes de un soberano austiniiano

<sup>28</sup> Fortescue, J., *In Praise of the Laws of England*, chapter XII en Lockwood, S (ed.), *Sir John Fortescue: On the Laws and Governance of England*, Cambridge, CUO, 1997, págs. 20-21.

<sup>29</sup> Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis, Hackett, 1998 [1832], pág. 198.

<sup>30</sup> Austin, J., *op. cit.*, págs. 152-54.

implique intención de obedecer. La intención puede ser, en cambio, el fin de evitar algo desagradable (evaluando la probabilidad de detección, y así sucesivamente) o que el sujeto actúe de la forma adecuada sin ningún pensamiento de obediencia. No hay garantías para sostener que el agente desea hacer lo que le es ordenado (porque teme al dolor o busca el auto-interés). En efecto, en la perspectiva de Austin, los actos del soberano de prescribir o proscribir algún acto pueden en algún modo causar que el sujeto actúe de esa manera o meramente coincidir con las acciones del sujeto. Esto se aleja mucho del acto grupal de adoptar y llevar a cabo un tipo de orden. Por ejemplo, en el ejército, cuando un oficial superior elige un plan de acción y ordena a sus subordinados actuar de conformidad, estos adoptan y ejecutan el plan, mostrando externamente la intención de llevarlo adelante para alcanzar el fin compartido de la victoria. Lo que sucede en la acción colectiva del ejército sucede con el derecho, y al describirlo se debe prestar atención a la relación —el patrón de intenciones— que se obtiene entre las personas y su(s) gobernante(s).

Es relevante considerar la distancia que separa a Austin de Hobbes. Para Hobbes, las leyes son las elecciones del soberano que cada sujeto debe adoptar como propias (excepto cuando el soberano ordena su muerte) en aras de la paz y para evitar la auto-contradicción<sup>31</sup>. El soberano es capaz de gobernar (es capaz de llevar su voluntad a la práctica) y tiene derecho a hacerlo (de modo que sus súbditos deben obedecerle), porque es constituido por la acción colectiva de sus súbditos. Esto es, la acción colectiva de las personas individuales que, después de eso, son sus súbditos —los miembros de la multitud— hace que el soberano exista<sup>32</sup>. Este acto hace de muchos individuos una comunidad política (“Commonwealth”). Los súbditos autorizan al soberano a gobernar, sometiéndose a su voluntad, y el soberano representa la persona artificial del estado que es la comunidad política (“Commonwealth”).

---

<sup>31</sup> Hobbes, T., *Leviathan*, capítulo 26.

<sup>32</sup> Hobbes, T., *Leviathan*, capítulos 16-18.

Los miembros de la multitud pactan entre sí, prometen que obedecerán al soberano si los demás hacen lo mismo. En verdad, no tendría sentido autorizar a un gobernante a menos que nuestros vecinos también acuerden elegir a una persona para gobernar. Para Hobbes, la voluntad de la mayoría es suficiente para crear una comunidad política (“Commonwealth”), que incluye a la minoría; entiende que todos tienen la intención de que gobierne quien sea autorizado por la mayoría<sup>33</sup>. Que el soberano sea nuestra creación, que cada uno de nosotros haya querido que actuara, y que lo hiciéramos conjuntamente hace que, dice Hobbes, seamos los autores de sus actos. En consecuencia, no tenemos acción racional aparte de obedecer su voluntad, ya que de otra forma abrazaríamos una auto-contradicción y el probable riesgo de muerte mediante ejecución o guerra civil. Por esto, Hobbes explica la autoridad del soberano y la normatividad del derecho argumentando que el gobierno actual del soberano es nuestra continua acción colectiva. Cualquiera sea su debilidad, y hay muchas, esta teoría es manifiestamente superior a la de Austin enunciada previamente.

Puede verse una línea similar de argumentos en Locke y Rousseau, aunque con diferentes explicaciones de la naturaleza del agente que es la comunidad política (“Commonwealth”). Para Rousseau, no puede investirse a una persona como soberano ya que el ejercicio de la autoridad soberana es siempre colectivo<sup>34</sup>. Para Locke, lo que creamos colectivamente es una autoridad pública de jurisdicción limitada, representativa y, también, capaz de unirnos en la acción<sup>35</sup>. En contraste, Austin no intenta explicar el ejercicio del gobierno como una acción de grupo: en su explicación, los súbditos simplemente padecen el gobierno del soberano. Es importante notar que los súbditos a veces, y puede que usualmente, padecen pasivamente el gobierno de otros. Sin embargo, una teoría del derecho no debería tomar esto como cierto en todos los casos o, aún más importante, tomar esta posibilidad para determinar o fijar la naturaleza del

<sup>33</sup> Hobbes, T., *Leviathan*, capítulo 17.

<sup>34</sup> Rousseau, J., *The Social Contract*, Libro I, capítulos 6-7, Libro II, capítulo 1.

<sup>35</sup> Locke, J., *Second Treatise of Government*, capítulos 10-11.

derecho. El caso central del derecho, que debería gozar de prioridad explicativa, es agudamente diferente.

## IV

En el *Postscript*, Hart establece que la aceptación de una regla social consiste en la disposición continua de los individuos de considerar ciertos patrones de conducta como guías para ellos mismos, y como estándares de crítica a otros<sup>36</sup>. Bernal toma este pasaje y medita sobre la naturaleza de una disposición continua<sup>37</sup>. Considera la visión de Shapiro, en la que la disposición es la intención de conformarse y de criticar a otros por su no conformidad<sup>38</sup>. Bernal rechaza esa idea -al menos como explicación general de la aceptación de reglas- y razona que

parece intelectualizar demasiado lo que Hart tenía en mente. La interpretación de Shapiro atribuye a los agentes un consciencia interna con relación a las reglas que va más allá de la que en realidad puede existir. Contrario a lo que Shapiro parece sugerir, es posible pensar que los destinatarios del derecho aceptan las reglas sin siquiera pensar en que en ellos se ha formado la intención de obedecerlas. Hay muchas reglas que regulan la vida social, conforme a las cuales actuamos, y que son el resultado de diversos tipos de presión social. Esta presión social se considera como una forma de entrenamiento, sobre la que todavía no hemos reflexionado. No nos hemos creado sobre ella ninguna representación en nuestra mente, si la hemos articulado explícitamente. Antes bien, lo que acontece es que, en diversas circunstancias, hemos formado hábitos de comportamiento que crean la disposición a asumir dichos comportamientos como patrones que regulan conductas futuras -como si tuviéramos en realidad un compromiso

<sup>36</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961], pág. 225.

<sup>37</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 34.

<sup>38</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 35, cita a Shapiro, S., "What is the Internal Point of View?", 75 *Fordham Law Review* 1163, 2006.

intencional condicional a seguir las reglas siempre que surjan circunstancias relevantes—. Sin embargo, en realidad no hemos formado en nuestra mente una representación de dichas reglas ni la intención de obedecerlas. Estas reglas forman parte de lo que John Searle ha denominado el trasfondo de la intencionalidad. Dentro de este contexto, este trasfondo expresa la idea de que existe un elemento intencional de aceptación de reglas, a saber, el punto de vista interno, que se expresa en una disposición pero que no involucra un compromiso explícito de adecuar la conducta futura al contenido de la regla<sup>39</sup>

Cito este extenso párrafo porque es la base del próximo argumento de Bernal en el cual, - desarrollando la teoría de Shapiro - sostiene que el derecho es algo que hacemos todos juntos. Sin embargo, su lectura de Hart no es correcta. Si Shapiro intelectualiza demasiado, Bernal hace desaparecer toda intelectualización. Lo que Bernal delinea no es la aceptación de las reglas, ni tampoco una disposición continua. Se puede tener una intención condicional y actuar de conformidad sin mucha auto-conciencia. Pero aun así se debe adoptar algún curso de acción, eligiendo un fin y sus medios: específicamente, uno elige hacer X cuando o si Y sucede. Las “presiones sociales... que equivalen a una forma de entrenamiento” solo explican la aceptación de reglas, digo, si llevan a las personas a adoptar la intención relevante (condicional), mostrándoles que así es como se debe actuar. Las presiones sirven para provocar una disposición continua si alientan al agente a responder a las condiciones relevantes actuando según la regla que ya adoptó (eligió). Alternativamente, las presiones sociales simplemente fallan para inculcar la aceptación de reglas; por el contrario, a lo sumo condicionan a las personas a responder sin pensar a cierto estímulo. Esta alternativa, que para mí adopta Bernal (porque deja a un lado las intenciones reales y habla como si existiera una intención condicional), no explica cómo el agente toma la regla como una razón (o, en efecto cómo el agente es un agente), pero en cambio, al igual que Austin, toma la regla como una predicción sobre

---

<sup>39</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 35.

lo que probablemente suceda. Esta lectura es extraña a la teoría de Hart y es una explicación incorrecta de la aceptación de reglas, por lo tanto debe rechazarse.

Cuando se tiene una disposición continua, no se actúa *como si* tuviera una intención condicional, sino que se tiene una intención condicional. Estas intenciones son diferentes del trasfondo de Searle, que es lo que se da por sentado al formar intenciones, al entender el mundo (social). El trasfondo no es un 'adopción' irreflexiva de normas particulares y proposiciones, las cuales no serían entonces, en lo absoluto, adoptadas. La palabra disposición puede haber desorientado a Bernal: mientras que, como muchas otras palabras, tiene varios sentidos y puede ser usada para expresar una variedad de significados intencionados, en este contexto debe ser entendida plausiblemente, como lo hace Shapiro (por una buena razón), como intención condicional.

Mientras Hart, al centrarse en la aceptación, es más prometedor que Austin y su hábito de obediencia, Bernal argumenta que para ambos la aceptación de reglas puede ser entendida como una serie de actos individuales o como un acto colectivo<sup>40</sup>. Para Bernal, la primera es una lectura plausible porque el individuo puede él solo mantener la disposición a tomar ciertas reglas sociales como patrones para sí mismo y para toda la sociedad. Para que la aceptación de reglas sea un acto colectivo es necesario que los funcionarios formen actitudes colectivas y entiendan las reglas que gobiernan la acción colectiva. Bernal argumenta que no es claro qué lectura es la mejor, lo que significa, por lo menos, que la teoría de Hart es, como la de Austin, consistente con la visión individual (distributiva)<sup>41</sup>.

No estoy de acuerdo con que la lectura individual sea posible. La preocupación de Hart es sobre las reglas sociales, aceptadas por el grupo para el grupo. Las reglas son reglas sociales porque gobiernan un grupo, en el que cada persona -siendo un miembro del grupo y aceptante de la regla- espera y critica la conformidad de otros, porque

---

<sup>40</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 37.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

pertenecen al grupo en cuestión. Bernal anticipa este argumento, diciendo que “el establecer un estándar dirigido a todo el grupo social no depende de actitudes sociales comunes necesariamente relacionadas con la lectura colectiva. El soberano de Austin establece también sus mandatos como estándares dirigidos a todo el grupo social”<sup>42</sup>. Sin embargo, la explicación de Hart de cómo los miembros de una comunidad razonan y actúan es agudamente diferente a la de Austin, que no tiene nada que decir sobre la forma en que cada sujeto se posiciona en relación a otros sujetos: para él, lo único importante era la relación soberano-súbdito. En la versión de Hart, el grupo existe con independencia de la sujeción común a un soberano, siendo las reglas del grupo aquellas que sus miembros aceptan y, por ello, las que aceptan para determinar cuáles son sus reglas. La identidad del grupo, como el conjunto de personas que viven juntas bajo reglas compartidas, es importante para el razonamiento de cada miembro del mismo. Hart da por sentado que el grupo existe en parte porque sus miembros aceptan varias reglas sociales, que son unificadas solo por el hecho de que cada una es una regla aceptada por y para ese grupo<sup>43</sup>.

Que las reglas son las reglas de un grupo en cuanto tal (en vez de conjunto de individuos) es confirmado por la presuposición de Hart de que estas se hacen cumplir por la presión colectiva: cada uno se apoya en los demás para mantenerlas<sup>44</sup>. La gran insuficiencia de apoyarse en una presión informal -relativamente incoordinada- justifica introducir una regla de adjudicación, y esta necesidad, como las otras necesidades que requieren de otras reglas secundarias, sugiere que para Hart las reglas proto-jurídicas del grupo, sus reglas secundarias, son producto de la acción colectiva<sup>45</sup>. La fusión parcial de Hart entre moralidad y reglas sociales oscurece este punto, y dado que plausiblemente puede entenderse la moral convencional como la superposición de juicios morales individuales, se podría pensar que esto se mantiene para otras reglas sociales. Pero la explicación reduccionista de Hart

<sup>42</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 39

<sup>43</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, pág. 92.

<sup>44</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, págs. 86-7, 93-4.

<sup>45</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, págs. 93-7.

sobre la moralidad, mientras que falsa como tal, confirma que él veía a las reglas sociales como los actos de un grupo, adoptadas por todos como grupo. Esto no quiere decir que explique la estructura de las intenciones entrelazadas que hacen a la acción colectiva posible, pero implica rechazar, sugiero, la idea de que la explicación de las reglas sociales de Hart no involucra la acción colectiva.

Como con otras reglas sociales –sostiene Bernal- la aceptación por parte de los funcionarios de la regla de reconocimiento puede ser individual antes que colectiva. Entonces, cada funcionario puede individualmente aceptar que “lo que la reina establece en el Parlamento es el derecho”, sin que colectivamente los funcionarios acepten esta regla<sup>46</sup>. Pero, otra vez, la regla en cuestión concierne a cómo otros deben actuar, no solo la persona que la acepta. ¿Tendría sentido para una persona aceptar esta regla con independencia de la intención de otros? Sería sorprendente, porque el punto de la regla es proveer una regla para el grupo, de modo que es muy importante que todos (o la mayoría) acepten la misma regla. Se podría imaginar una regla de reconocimiento aceptada por una persona con independencia de las intenciones de los demás si la regla pensada funcionara para no dejar las cosas libradas a la propia elección, como los deberes religiosos. Puede ser un ejemplo de esta regla las escrituras del profeta que establecen lo que debe hacerse, y cada persona en el tiempo y lugar pertinentes piensa que debe obedecer, y así lo hace. Aquí, los hechos sociales pueden ser que cada persona acepte la regla pertinente, en lugar de que el grupo lo haga, aunque, aun aquí, puede ser totalmente posible (hasta probable) que las personas pluralmente tengan como objetivo conjunto adoptar la regla —porque sería mejor si nuestra nación, digamos, cumpliera sus obligaciones religiosas y/o porque reconocemos que es vital la coordinación en una formulación similar de reglas.

Igualmente, en ausencia de una comunidad política claramente demarcada y/o cuando emerge un tiempo de anarquía o guerra civil, la coordinación de las personas alrededor de cierta autoridad puede, en un comienzo, ser individual, a saber, elegida con independencia

---

<sup>46</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 18.

del juicio de que los demás harán lo mismo, de modo que actuaríamos colectivamente. Sin embargo, el mismo hecho de apoyar a una persona o a un órgano para gobernar puede ser entendido como una invitación a la acción colectiva, se adopta una regla orientada a toda la comunidad política (las elecciones de esta persona u órgano deben adoptarse como propias) y se muestran a otros los resultados de la cooperación por mantener esa regla a lo largo del tiempo<sup>47</sup>. Este puede ser un caso no-central de acción colectiva, sin lo rico y completo de otros casos, pero apunta a lo que es necesario: la acción colectiva de reconocer alguna autoridad. Una vez que los tiempos problemáticos pasan, hacer provisiones para la acción de ese grupo es una tarea urgente, porque establecer colectivamente la autoridad de alguien en cuanto a grupo ayuda a asegurar un gobierno legítimo.

¿Quién acepta la regla de reconocimiento? Bernal sostiene que para Hart los ciudadanos pueden ‘aceptar pasivamente’ las acciones de los funcionarios, pero esto no sería necesario, ya que lo que importa es solo la aceptación de los funcionarios. Esta forma de entender a Hart no es del todo exacta. Hart deja en claro que en muchos sistemas jurídicos los ciudadanos aceptan la regla de reconocimiento, y él no sugiere que esto sea pasivo o de algún modo insignificante. La afirmación de que un sistema jurídico puede existir aun cuando solo los funcionarios acepten (además de que los ciudadanos generalmente obedezcan —esto es, se conformen con— las reglas primarias) no significa, como Bernal asume, que la aceptación de los ciudadanos no tenga importancia o sea superflua. Aun así, Hart es claro cuando sostiene que un sistema jurídico puede existir sin la aceptación de los ciudadanos<sup>48</sup>. Bernal argumenta que esta asimetría entre ciudadanos y funcionarios significa que la explicación de Hart del derecho es la de una práctica de funcionarios, no una práctica social<sup>49</sup>. (Considero que sería mejor afirmar que en la explicación de Hart el derecho, a veces,

<sup>47</sup> Ekins, R., “How to be a Free People”, *American Journal of Jurisprudence*, 58, 2 (en preparación), sección III, “The Unity of the People”, y sección IV, “Authority and Agency”, 2013.

<sup>48</sup> Hart, H.L.A., *op. cit.*, págs. 116-17.

<sup>49</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*

es solamente una práctica oficial, porque, claro está, en algunos casos los ciudadanos sí aceptan la regla de reconocimiento). Esta asimetría es útil, Bernal sostiene, pero falla para explicar cómo la práctica de las autoridades oficiales es capaz de crear reglas que son jurídicamente vinculantes para todos. En efecto, esta asimetría parece poner a Hart en línea con Austin sobre este punto, incapaz de explicar por qué los ciudadanos están obligados a obedecer el derecho. Además -Bernal continúa- Hart no puede explicar siquiera por qué los funcionarios que aceptan la regla de reconocimiento deberían obedecerla. No estoy seguro si Hart se molestaría con esta objeción, ya que él busca, conjeturo, capturar el hecho social de que alguien toma la regla como una razón, pero no busca él mismo explicar esta razón. Sin embargo, estoy de acuerdo totalmente con Bernal en que uno no debe quedarse aquí, y que, en efecto, hay mucho en la argumentación de Hart que sugiere y toma ventajas de esa explicación.

Imagine que solo los funcionarios aceptaran la regla de reconocimiento. Esto significaría que los ciudadanos serían en algún sentido los objetos sin voluntad del sistema jurídico, en lugar de sujetos con voluntad. Este estado de cosas es sin duda posible y significaría que los ciudadanos no piensan que están obligados a obedecer el derecho: estas actitudes serían hechos sociales. Los funcionarios podrían seguir pensando que los ciudadanos están obligados a obedecer el derecho y que los ciudadanos deberían pensar que lo están, lo que confirmaría que los funcionarios aceptan la regla de reconocimiento no como miembros del grupo 'funcionarios', sino como miembros de la sociedad en su conjunto. De otra forma, los funcionarios podrían pensar que los ciudadanos son el objeto sobre el que hay que actuar, dominar, explotar, gestionar, y así sucesivamente. Cualquiera de los estados de cosas es posible y ambos surgen del caso central del derecho, el segundo de forma más radical que el primero. En estos actos sociales -acuerdos entre las personas, incluyendo funcionarios y ciudadanos- falta lo que distingue al caso bien formado, que justifica que este sea introducido y mantenido, esto es, la acción compartida de todos a través de algunos estándares públicos adoptados como razones para la acción.

## V

En la segunda parte de su artículo, Bernal, con una mirada favorable, analiza la teoría de Shapiro<sup>50</sup>, para reforzarla frente a críticas recientes. Shapiro argumenta que el sistema jurídico es un conjunto complejo de planes unificados por un plan maestro que es la regla de reconocimiento. Los funcionarios aceptan el plan maestro y la normatividad del derecho se sigue de la racionalidad instrumental: esto es, habiendo adoptado un plan los funcionarios deben llevarlo a cabo. Bernal delinea la teoría de la planificación de Shapiro con detalle, argumentando que “La teoría del derecho como un plan es, sin lugar a dudas, la postura más desarrollada del derecho como práctica social”<sup>51</sup>. Argumenta que, en contraste con Austin y Hart, la idea de compartir un plan es totalmente colectiva y no deja lugar a una lectura distributiva. La virtud del enfoque de Shapiro, dice, es que “compartir un plan es algo que los miembros de un grupo solo pueden hacer juntos”<sup>52</sup>, el plan es de conocimiento común, y al compartirlo los miembros del grupo deben tener la actitud común [*we-attitude*] de aceptarlo.

No estoy seguro de que la propuesta de Shapiro de un plan compartido explique correctamente la acción colectiva. Al desarrollar la agencia compartida, Shapiro piensa que es vital (siguiendo a Kutz) dar cuenta de la realidad de que muchas personas son indiferentes al éxito de la actividad compartida<sup>53</sup>. Él afirma que es algo conocido sobre el derecho que algunos funcionarios se encuentran alienados de sus trabajos, y que este tipo de cosas son las que la teoría del derecho debe explicar<sup>54</sup>. Shapiro vuelve con frecuencia al tema de la

<sup>50</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, págs. 46 y ss.

<sup>51</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 60.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 418, n13, citando Kutz, C., *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge, CUP, 2000, págs. 96-103.

<sup>54</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 15; esta es una forma extraña, y no ayuda a entender el método de la teoría del derecho. Sobre esto ver Köpcke Tinturé, M., “Positive Law’s Moral Purpose(s): Towards a New Consensus?”, *American Journal of Jurisprudence*, 56, 2011, pág. 210-11.

alienación<sup>55</sup>, que define, en efecto, como la falta de intención en el éxito del proyecto. Sería mejor decir que los participantes alienados no tienen intención en alcanzar los fines del plan y actúan, en cambio, para lograr fines personales adoptando, todos o parte de, los medios del grupo como propios.

Es verdad, sostengo, que hay participantes que en algunas acciones colectivas no tienen intención de alcanzar los fines para los cuales el plan es un medio. Esta forma de participación, que puede ser común, se aleja en un sentido importante del caso central de la acción colectiva en el que las personas buscan alcanzar un fin conjuntamente. La acción colectiva puede involucrar participantes alienados, pero la forma de entender esta acción es centrándose en los participantes que están comprometidos, que tienen intención de alcanzar los fines para los que actúa el grupo. Esos fines se explicitan en la propuesta (a veces compleja) de acción que se hace a los participantes, la cual consiste en adoptar determinados medios para alcanzar algunos fines. Se entiende a la acción colectiva en general como un reflejo de la acción colectiva que es la ejecución de medios para fines verdaderamente compartidos; y, a su vez, se entiende a una acción colectiva en particular como el reflejo de una propuesta que se le da a los miembros de un grupo, y a través del análisis del sentido con el cual las personas la adoptan, si fuera el caso.

Mi preocupación con la teoría de Shapiro no es que él note la posibilidad de alienación, sino que no ve claramente que el participante comprometido auto-consciente tiene una prioridad explicativa al pensar en la acción colectiva. No diferenciar entre quienes se encuentran alienados y quienes están comprometidos puede, sugiero, hacernos perder de vista la realidad social de la acción colectiva. Consideremos el ejemplo de Shapiro en el que Dudley y Stephens comparten un plan:

...el compartir un plan no implica que los miembros del grupo deseen o tengan la intención de que el plan funcione.

---

<sup>55</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, págs. 97, 108-10, 144-6, 150, 175, 204, 207, 216, 413 n30, 418 n13.

Digamos que quiero que mi casa sea pintada y contrato a mis dos enemigos jurados, Dudley y Stephens, para pintarla. Le ofrezco \$1000 dólares [sic] a Dudley si él hace lo que yo le digo que haga. Le ofrezco a Stephens las mismas condiciones. Ambos aceptan porque necesitan el dinero. Luego le digo a Dudley que lije toda la pintura vieja y a Stephens que pinte una nueva capa sobre la superficie lijada. A pesar del hecho de que Dudley y Stephens me odian, detestan la idea de que mi casa esté recién pintada, y, por lo tanto, no tienen la intención de que la casa sea pintada, sin embargo comparten el plan de que Dudley lije y Stephens pinte. Ellos comparten el plan que yo diseñé para ellos, les es accesible y lo aceptaron<sup>56</sup>

Yo niego que Dudley y Stephens compartan el plan. Sus acciones individuales pueden estar coordinadas por Shapiro, quien los controla, pero ellos no actúan conjuntamente. Shapiro diseña un plan en el que prevé que cada hombre tenga un rol, pero ellos no aceptan el plan. Cada hombre está dispuesto a hacer lo que Shapiro les diga. Esa voluntad de ningún modo implica aceptar un plan con otros. Sería bastante diferente si los dos hombres fueran contratados conjuntamente: 'les pagaré \$1000 a cada uno, si trabajan en conjunto como yo les diga'. Tomar el dinero de Shapiro podría llevar a la acción colectiva si este dirigiese a ambos hombres para que cada uno entrelace intenciones con el otro para pintar la casa juntos.

Pero, a menos que se formen esas intenciones, no habría acción colectiva. Shapiro parece mezclar aquí el deseo con la intención e ignorar la forma en que un plan es una intención. Stephens podría no desear que mi casa esté recién pintada y aún así tener la intención de pintarla, porque quiere ganar su pago: en efecto, el ejemplo sugiere que esto es exactamente lo que él hace. Dudley no pinta la casa, pero lleva a cabo una acción que permitirá que otro la pinte. Shapiro tiene un plan según el cual actúa, que implica dirigir a estos dos hombres a hacer determinadas acciones. No se sigue de esto que los dos hombres compartan un plan.

<sup>56</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 136-7.

En ese sentido Margaret Gilbert tiene razón: ellos pintan la casa entre los dos pero no de forma conjunta<sup>57</sup>. O en otras palabras, la combinación de sus acciones intencionales puede ocasionar un cierto estado de cosas y, aún así, los sujetos no comparten o llevan a cabo un plan para este efecto. La búsqueda del menor común denominador, el modo de participación más simple en la acción colectiva, lleva a Shapiro por mal camino. El ejemplo de Dudley y Stephens falla porque no hay nada en el ejemplo que sugiera que los dos hombres cooperaron siquiera. En efecto, como se lo presenta, el ejemplo es similar al de Bratman en el que dos hombres pintan una casa de manera independiente (con conocimiento común), donde uno pinta sobre el trabajo del otro<sup>58</sup>.

La participación alienada en la acción colectiva implica una intención de adoptar en parte el plan de la acción colectiva que se les presenta a todos los miembros. Este tipo no central de participación puede tomar muchas formas. Puede ser muy significativo que algunos miembros de un grupo con una intención no estén comprometidos. Un ejército de conscriptos relativamente comprometidos puede ser un grupo con una intención que adopta el plan compartido de la cadena de mandos y las órdenes particulares permaneciendo indiferentes en gran medida al objetivo de la victoria. Este grupo se diferencia del de los soldados voluntarios comprometidos, quienes adoptan el plan con la intención de seguir los medios para alcanzar el fin compartido. El primero no puede entenderse en referencia al segundo, ambos exponen realidades sociales relacionadas pero diferentes, que justifican distintas elecciones de parte de los funcionarios u otros.

Lo que dice Shapiro sobre los funcionarios alienados que comparten un plan no encuadra en la acción colectiva. Como con Dudley y Stephens, los funcionarios no necesitan actuar conjuntamente con la intención de participar en la acción de un grupo para lograr un fin común. Sus acciones individuales pueden ser arregladas

<sup>57</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 418 n13; Shapiro expresa que Gilbert le dijo esto una vez.

<sup>58</sup> Bratman, M., *Faces of Intention*, Cambridge, Cambridge UP, 1999, págs. 109-29.

por un controlador cuidadoso para causar cierto estado de cosas, pero esas acciones no constituyen una acción colectiva a menos que las personas en cuestión tengan la intención, en alguna medida, de actuar juntas. El soberano de Austin podría ser ese controlador, que aterroriza a cada persona para que haga lo que él ordena, de forma que los actos individuales son organizados por el gobernante.

El camino para entender una realidad social es atender a los razonamientos y elecciones de las personas cuyas acciones constituyen la realidad en cuestión<sup>59</sup>. Al explicar un tipo general de práctica social, el teórico debe dar prioridad explicativa a las buenas razones, a las elecciones bien formadas, que señalan cuál es el caso central que ayuda a ver los particulares -el sin fin de tipos de hechos sociales- en una relación inteligente entre ellos. Esto no es solo un pensamiento deseado, sino una respuesta inteligente a la naturaleza de los hechos sociales, en todo coherente con ver claramente lo que es y lo que no es. No querer explorar con cuidado las buenas razones que hay para la acción y la búsqueda de un mínimo común denominador explica el énfasis que Shapiro pone en la perspectiva del participante alienado y su disposición a limitar arbitrariamente las preguntas sobre las razones para el derecho. Se ve esta mezcla de problemas en su discusión sobre su tesis respecto al objetivo moral del derecho, que sostiene: “el objetivo fundamental de la actividad legal es remediar las deficiencias morales de las circunstancias de la legalidad”<sup>60</sup>.

Shapiro argumenta que “el derecho tiene un objetivo independiente del que tienen los participantes jurídicos”<sup>61</sup>. Esta es una verdad conceptual y, también, una verdad esencial sobre la actividad jurídica. Esta, según él supone, debe solucionar problemas morales, aún si los funcionarios “solo fingen perseguir objetivos nobles” mientras que en realidad actúan solo “para su propia ganancia material”<sup>62</sup>. Por esto, no es que los funcionarios deban “al menos al final hacer como que persiguen nobles fines”, ya que muchos funcionarios pueden estar

<sup>59</sup> Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, capítulo I.

<sup>60</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 213.

<sup>61</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 216.

<sup>62</sup> Shapiro, S., *op. cit.*

alienados<sup>63</sup>. Él sostiene, en cambio, en un pasaje que Bernal cita en extenso, que

el derecho tiene el fin que tiene porque los funcionarios de alto rango representan la práctica como si tuviera un fin o fines morales. Sus declaraciones no necesitan ser sinceras, pero deben ser hechas.<sup>64</sup>(...) Ellos describen [la actividad jurídica], en otras palabras, como una actividad que se supone debe solucionar problemas morales y por esa razón [el derecho] debe ser obedecido.<sup>65</sup>

Los funcionarios de rango más bajo, continúa Shapiro, deben al menos “usar el lenguaje moral para describir el derecho” pero esto “no significa que ellos personalmente aprueben, o estén tratando de hacer que otros piensen que personalmente aprueban esas evaluaciones morales”<sup>66</sup>.

Por mi parte, parece como si todos -altos y bajos- deban fingir al menos un poco, aunque no necesiten ser convincentes. Shapiro observa la pregunta retórica de Agustín: “¿Sin justicia qué son los reinos más que grandes bandas de ladrones?”<sup>67</sup>. Su respuesta es que moralmente nada los distingue, pero conceptualmente la apariencia es muy importante<sup>68</sup>. Este es un análisis desconcertante y contrasta con lo que Agustín continúa diciendo:

¿Y qué es una banda de ladrones si no un reino en miniatura?  
Es una banda de hombres bajo el gobierno de un líder, unidos por un pacto de amistad, y su botín es dividido entre ellos por una regla acordada. Esta mancha en la sociedad, si crece, asume para sí el orgulloso nombre de reino.

<sup>63</sup> Shapiro, S., *op. cit.*

<sup>64</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 216-17; para una crítica incisiva ver Köpcke Tinturé, M., *op. cit.*, 186-7.

<sup>65</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 217.

<sup>66</sup> Shapiro, S., *op. cit.*

<sup>67</sup> Augustine, *City of God*, IV, 4.

<sup>68</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 217.

La banda de ladrones es un reino injusto en miniatura y un reino injusto es una banda de ladrones que creció en extremo, precisamente porque los fines de la acción colectiva en cada uno son los mismos. La práctica del derecho es pensada plausiblemente como una acción colectiva. Los fines de cada acción colectiva en particular son los fines de las personas que actúan conjuntamente, a saber, los fines compartidos que tienen como objetivo realizar. El funcionario alienado no es de ayuda para elegir esos fines porque, por hipótesis, él participa de a ratos de forma incompleta en la acción colectiva en cuestión. La perspectiva del funcionario comprometido es de más ayuda, pero aquí son los objetivos reales los que importan, porque son los hechos sociales relevantes. En verdad, la razón de ser del derecho, considerado como un tipo de práctica, una continua posibilidad para la acción inteligente (colectiva), es garantizar el bien común. No es verdad que el objetivo de cada regla en particular o sistema jurídico sea este. El fin de un sistema de reglas dado a conocer en la acción colectiva, como reglas en el razonamiento y elección de personas, puede ser precisamente extraer las riquezas de sus víctimas. Es interesante que algunas bandas de ladrones elijan aparentar que sirven al bien común. Pero esta apariencia no hace que el objetivo de su acción conjunta injusta sea remediar las deficiencias morales de las circunstancias de la legalidad.

Me parece que Shapiro ve, para darle crédito, que el derecho tiene un propósito moral, pero cuya verdadera naturaleza no quiere desenterrar<sup>69</sup>, y en cambio se refugia en un análisis confuso de las intenciones de los funcionarios, que confunde los hechos sociales relevantes. Así, no atiende lo suficientemente de cerca a las buenas razones que hacen del derecho una forma social distinta, en condiciones de ser elegido, o los hechos sociales en los que en parte consiste. Esta falta de atención a ambas cosas, a las razones y a los hechos sociales, está también en el trabajo de Shapiro sobre la discusión respecto a la acción institucional (o como él lo llama ‘actividad’; la diferencia de sentido es reveladora). Argumenta que las legislaturas, por ejemplo,

<sup>69</sup> Köpcke Tinturé, M., *op. cit.*, pág. 184-9.

no necesitan formar intenciones para promulgar legislación, solo necesitan seguir los procedimientos establecidos por el plan maestro. La estructura del plan maestro, explica, hace a la normatividad del derecho institucional, “lo que quiere decir que las relaciones jurídicas pueden obtenerse entre personas independientemente de la particular intención de estas personas”<sup>70</sup>.

El análisis de la producción legislativa de Shapiro no es más sólido que el de Max Radin, y no es fiel al razonamiento y a la elección que hacen los legisladores, especialmente los legisladores razonables<sup>71</sup>. Al respecto, resulta de importancia el hecho de que Shapiro esté bastante equivocado al entender las instituciones como sitios en los que es posible la actividad sin intención, y sostenga que el punto de la regla de reconocimiento es, en parte, convertir a las intenciones reales en irrelevantes. Instituciones tales como el Parlamento del Reino Unido o el Municipio de la Ciudad de Oxford son agentes capaces de agencia racional a lo largo del tiempo. El agente no es ninguno de los miembros del grupo con una intención en particular, estos forman (dan vida) a la institución en cualquier tiempo, pero es su capacidad de acción la que da lugar a la acción colectiva. El sistema jurídico puede, por una buena razón, excluir las disputas sobre la intencionalidad de la acción institucional en cuestión, pero de esto no se sigue que la acción no implique intención (lo hace, al menos en cualquier acto bien formado, a saber las intenciones de la institución y las intenciones de los miembros) o que la relación relevante (¿resultante?) entre personas no involucre intenciones. Por el contrario, al reconocer la autoridad de la legislatura, los sujetos del derecho buscan identificar y hacer efectiva la intención promulgada (elección) que es su ejercicio. Así, lo que Bernal toma como mérito de la teoría de Shapiro<sup>72</sup> —que explica cómo la práctica legal es institucional, de modo que las actuales intenciones son a menudo irrelevantes— es en realidad un defecto.

<sup>70</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 210.

<sup>71</sup> Radin, M., “Statutory Interpretation”, *Harvard Law Review*, 43, 1929-1930, pág. 871.

<sup>72</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*

## VI

La objeción principal de Bernal a la teoría de Shapiro es el argumento de Celano. Esto es que Shapiro ilegítimamente concluye, a partir de la normatividad, que un plan tiene para el individuo que lo adopta para sí mismo, que el plan adoptado para otros también es capaz de obligar.<sup>73</sup> Bernal expone la respuesta de Shapiro, según la cual esta es una visión extremadamente reducida de los planes, por centrarse solo en el rol normativo de los planes en la agencia individual e ignorar “su aspecto tecnológico”<sup>74</sup>. Esta no es una muy buena respuesta, pero me pregunto si Shapiro no debería admitir que la aceptación de los funcionarios de un plan no hace que sea racional para los ciudadanos llevar adelante el plan. Su interés, me parece, está en la forma en que los funcionarios piensan y actúan. Los funcionarios deben aplicar, y de hecho lo hacen, el plan a los ciudadanos a pesar de que estos no lo acepten, no lo compartan: el punto de vista jurídico es el punto de vista de los funcionarios. Su discurso y sus actos son hechos como si el plan vinculara a los ciudadanos (y, algunas veces, los funcionarios hasta son sinceros). Mientras que no tienen que aceptar la legitimidad del derecho, los ciudadanos deben generalmente obedecer (conformarse a) lo que determinan los funcionarios<sup>75</sup>. Bernal nota que la objeción de Celano a Shapiro es similar a la propia objeción de Bernal a Hart, a saber, que su teoría explica el derecho solo como una práctica de funcionarios en vez de una práctica social<sup>76</sup>.

No pienso, repito, que el objetivo de Shapiro sea explicar cómo el derecho es vinculante normativamente para los ciudadanos. Él sigue a Hart, me parece, al pensar que para que exista un sistema jurídico todo lo que los ciudadanos necesitan hacer es conformarse. Aun así, la principal contribución del artículo de Bernal es delinear un

<sup>73</sup> Bernal Pulido, cita a Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?” en Canale, D., y Tuzet, G., (eds), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, pág. 129.

<sup>74</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.* pág. 65.

<sup>75</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 202.

<sup>76</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*

argumento en la misma línea de *Legality*, que considera que Shapiro debería adoptar para explicar por qué el derecho es normativo para los ciudadanos. La forma general del argumento sugiere que los ciudadanos aceptan el plan de ser deferentes al plan de otro, es decir, aceptan el plan maestro. Sin embargo:

Asumir que todos los sujetos del derecho despliegan una actividad intencional consistente en adoptar el plan maestro es inseguro. No existe un solo país en el que la redacción de una constitución sea el resultado de una acción intencional colectiva en la que todos los sujetos del derecho participen de hecho activamente con sus intenciones comunes y sus acciones, en forma de una acción grupal. Y Shapiro, de hecho, no asume esto. Sostiene en cambio que solo las autoridades oficiales son miembros del grupo que debe adoptar el plan maestro<sup>77</sup>.

A continuación Bernal se pregunta si solo cuando los funcionarios aceptan el plan maestro es posible que la autoridad exista, que el derecho sea normativo. La respuesta de Shapiro, me imagino, es que la autoridad debe entenderse desde la perspectiva jurídica, como un funcionario la vería.

Los ciudadanos pueden experimentar el derecho como una opresión. Esto es verdad a veces, pero no siempre. Existiría un problema si Shapiro fuera incapaz de explicar la diferencia en uno y otro caso, como sí lo hace Hart. Bernal cita a Shapiro cuando este recurre al ejemplo de las Islas Cook<sup>78</sup>, en el cual se dice que los habitantes de las islas aceptan el plan maestro porque piensan que los planificadores son moralmente legítimos. Este requisito, dice Bernal, sería muy exigente para las extensas sociedades modernas, por lo que Shapiro lo menciona solo como una posibilidad. En cambio, continúa Bernal, Shapiro da a entender que la normatividad del derecho depende de la disposición de los ciudadanos a seguir los planes reconocidos por el plan maestro, y del hecho de que los

---

<sup>77</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, págs. 66-67.

<sup>78</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 165 cita a Shapiro.

ciudadanos normalmente obedezcan a aquellos que están autorizados<sup>79</sup>. Bernal interpreta que esto equivale a “una aceptación tácita del plan maestro... basado en actividades colectivas intencionales y no intencionales.” Considero que Bernal ha entendido mal a Shapiro, quien al referirse a la obediencia a aquellos que son autorizados, quiere expresar la condición de eficacia; esto es, que los ciudadanos de hecho obedezcan.

De cualquier modo, el argumento de Bernal para las actividades colectivas no intencionales está mal concebido. Que nosotros contaminemos el ambiente de forma no intencional no es, ni remotamente, análogo a aceptar el sistema jurídico. Su análisis de la disposición continua de Hart, que critiqué arriba, no puede soportar el peso del argumento. Es plausible pensar que la práctica jurídica es, en el caso bien formado, la acción colectiva de ciudadanos y funcionarios. Sin embargo, esto es severamente diferente a decir que la práctica jurídica es la acción colectiva intencional de los funcionarios, que son empoderados (un término bastante incierto en este contexto) para actuar por los ciudadanos; los que, a su vez, actúan todos juntos, algunos de forma intencional y otros no intencional. Este actuar ‘todos juntos’ es un espejismo porque simplemente no es verdad que conjuntamente contaminemos el ambiente. Por eso, es cierto que si no actuamos todos intencionalmente, no aceptamos conjuntamente la acción de los funcionarios en cuestión.

## VII

Afirmaciones sobre obviedades estropean el trabajo de Shapiro. De la misma forma, Bernal incorrectamente da por sentado la normatividad del derecho. Los hechos sociales que para Austin estaban presentes siempre, pueden estarlo a veces; y puede haber (otras) instancias del ‘derecho’ en las que sean los funcionarios quienes actúen conjuntamente, en lugar de hacerlo los ciudadanos. Estas posibilidades no deben ser ignoradas, pero tampoco deben distorsionar la teoría del

<sup>79</sup> Bernal Pulido, C., *op. cit.*, pág. 68, cita a Shapiro, 179-80.

derecho: esto es, requieren de una cuidadosa explicación. La manera de dar sentido a esta variedad de posibilidades es adoptar la perspectiva de una persona razonable, y tomar las buenas razones que hay para elegir, introducir y mantener una forma social distinta. El caso central del derecho, pienso, implica la acción colectiva de los miembros de la comunidad política, quienes forman y mantienen las autoridades públicas que aseguran el bien común. Por esto, en un sistema jurídico bien formado las autoridades eligen planes para la acción que son medios inteligentes para el bien común, los cuales se espera que sean, y de hecho son, adoptados por los ciudadanos como su propia elección<sup>80</sup>. De este modo, la autoridad razonable invita a los ciudadanos a participar en el estado de derecho; la dirección y respuesta razonables constituyen un tipo de autoridad compartida, en la que los sujetos del derecho son participantes voluntarios del proyecto de gobierno. En otros términos, ellos son sujetos en los dos sentidos de la palabra, reconocen y acatan la autoridad, pero también actúan al introducirla (al reconocer a aquellos con capacidad para asegurar el bien común) y mantenerla.

La base ontológica del derecho es nuestra voluntad compartida actual de tomar actos pasados de legislación y adjudicación como buenas razones para fijar lo que debemos hacer ahora<sup>81</sup>. Que nos veamos a nosotros mismos como miembros de una comunidad política, con un bien común por el cual debemos actuar fundamenta esa voluntad. En efecto, la continuidad del derecho a lo largo del tiempo da lugar a la continuidad del grupo con una intención que es nuestra comunidad política<sup>82</sup>. Que formemos parte de ese grupo

<sup>80</sup> Ekins, R., *The Nature of Legislative Intent*, *op. cit.*, capítulo 5.

<sup>81</sup> Finnis, J., "Reflections and Responses", en George, R. y Keown, J. (eds.), *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford UP, 2013, págs. 459, 519.

<sup>82</sup> Ver Ekins, R., "Constitutional Principle in the Laws of the Commonwealth", en George, R. y Keown, J. (eds.), *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford UP, 2011, pág. 396-401, discussing Finnis, J., *Philosophy of Law, Collected Essays: Volume IV*, OUP, Oxford, ensayo 21 ('Revolutions and Continuity of Law' [1971]), 2011, pág. 407.

es un hecho social, un hecho sobre nuestras intenciones para con los demás, sobre nuestra disposición a confiar en los demás y a sacrificar mucho el uno por el otro. El grupo de acción relevante es la comunidad política, salvo en casos aberrantes, donde la comunidad no está todavía formada o es de alguna u otra forma totalmente incapaz de acción razonable, en cuyo caso la autoridad puede (y debería) ejercerse aparte de la acción colectiva de todos. Es posible para los funcionarios ejercer la autoridad y cambiar nuestras razones para la acción porque existen buenas razones para que haya autoridad, razones que reconocen los miembros (la mayoría) de una comunidad bien formada. Estos miembros, conjuntamente, toman a los funcionarios como sus representantes para actuar por ellos como grupo, asegurando su bien común, al crear y aplicar el derecho. Así, la acción colectiva, que constituye un sistema jurídico bien formado, es un cierto tipo de hecho social, un hecho social que involucra personas reconociendo razones que como tales son buenas, y por las que los hechos sociales de legislación o adjudicación son capaces de cambiar sus razones para la acción.

## Bibliografía

- Aquino, *Summa Theologica*.
- Aquino, *Sententia Libri Ethicorum* [Commentary on Aristotle's *Nicomachean Ethics*], Prólogo de Finnis, J., *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, OPU, 1998.
- Augustine, *City of God*.
- Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis, Hackett, 1998 [1832].
- Bernal Pulido, C., "Austin, Hart y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social", *Discusiones*, XIV, 2014. págs. 21-72
- Bratman, M., *Faces of Intention*, Cambridge, Cambridge UP, 1999.
- Ekins, R., "Constitutional Principle in the Laws of the Commonwealth", en George, R. y Keown, J. (eds.): *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*. Oxford UP, Oxford, 2011.

- Ekins, R., *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford UP, 2012.
- Ekins, R., “How to be a Free People”, *American Journal of Jurisprudence*, 58, 2, 2013.
- Finnis, J., “Prologue: Aquinas: Moral, Political and Legal Theory”, en Aquino, *Sententia Libri Ethicorum (comentario a la Ética Nicomaquea de Aristóteles)*, Oxford UP, Oxford, 1998.
- Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford-New York, Clarendon Press-Oxford University Press, (2.<sup>a</sup> ed.), 2011.
- Finnis, J., “Reflections and Responses”, en George, R. y Keown, J. (eds.), *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*. Oxford UP, Oxford, 2013.
- Fortescue, J., “In Praise of the Laws of England”, chapter XII, en Lockwood, S. (ed.), *Sir John Fortescue: On the Laws and Governance of England*, Cambridge, Cambridge UP, 1997, págs. 20-21.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961].
- Hobbes, T., *Leviathan*.
- Köpcke Tinturé, M., “Positive Law’s Moral Purpose(s): Towards a New Consensus?”, *American Journal of Jurisprudence*, 56, 2011.
- List, C. y Pettit, P., *Group Agency*, Oxford, Oxford UP, 2011.
- Locke, J., *Second Treatise of Government*.
- Radin, M., “Statutory Interpretation”, *Harvard Law Review*, 43, 1929-1930.
- Rousseau, J., *The Social Contract*.
- Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

## **Intencionalidad colectiva y estructura ontológica del derecho**

### **Una respuesta a Richard Ekins y Damiano Canale**

**Carlos Bernal Pulido\***

(Traducción del inglés por Hernán Bouvier)

**Resumen:** El texto responde a las críticas realizadas por Damiano Canale y Richard Ekins en esta misma revista al artículo “Austin, Hart, Shapiro: tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social”.

**Palabras clave:** derecho, práctica social, grupos.

**Abstract:** The article answers the critics advanced by Damiano Canale and Richard Ekins in this review to the essay “Austin, Hart, Shapiro: tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social”.

**Key words:** law, social practice, groups.

## **I. Introducción**

En “Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho”, y “¿El derecho está basado en la acción colectiva?”, Richard Ekins y Damiano Canale, respectivamente, plantean múltiples objeciones a las perspectivas que defienden en el artículo motivo de esta discusión (“Austin, Hart, Shapiro: tres

\* Macquarie Law School, (Sídney, Australia).

variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social”). El objetivo principal de tal texto fue explorar en qué medida las teorías del derecho de Austin, Hart y Shapiro proveen los fundamentos apropiados para explicar la intuición según la cual el derecho posee la estructura ontológica de una práctica social. Llamo a esta intuición tesis de la práctica social. Esta tesis sostiene que el derecho está basado en un conjunto recurrente de acciones colectivas intencionales llevadas adelante por ciertos agentes individuales, actuando juntos, en grupos, de acuerdo con, y en virtud de, sus intenciones comunes [*we-intentions*] y un conocimiento compartido apropiado acerca de la acción de los grupos relevantes y las intenciones comunes de sus miembros.

Ekins y Canale formulan observaciones agudas y me honran con críticas profundas respecto a mi lectura de Austin, Hart y Shapiro y a mi comprensión de la relación entre la intencionalidad colectiva, por un lado, y la estructura ontológica del derecho, por el otro. También llevan a cabo sugerencias interesantes como, por ejemplo, la que formula Ekins acerca de las raíces de la tesis de la práctica social en la obra de Tomás de Aquino; la del mismo Ekins en tono crítico acerca de la forma en que Shapiro combina la acción colectiva y la alienación; o la defensa de Canale de la concepción austiniana de la normatividad del derecho frente a las críticas de Hart. No obstante, voy a focalizarme en las objeciones más relevantes que formulan contra mis concepciones. Responderlas me ayudará a refinar mis ideas acerca de cómo el aparato conceptual de la ontología social nos puede ayudar a iluminar la naturaleza del derecho.

## II. Una lectura de los clásicos

En “¿El derecho está basado en la acción colectiva?” Damiano Canale se ocupa de la estructura lógica de mi artículo “Austin, Hart y Shapiro”. Canale interpreta su estructura de la siguiente manera. Las explicaciones de la práctica jurídica llevadas a cabo por Austin y Hart no encajan de manera completa con una explicación colectiva intencional de esa práctica. De manera tal que mientras aquellas

explicaciones son falsas, la explicación en términos colectivos intencionales es informativa y verdadera.

Esta no es la agenda subyacente a mi análisis de las teorías de Austin, Hart y Shapiro. Mi punto de partida consiste en una afirmación modesta, a saber: que el uso del aparato conceptual de la ontología social puede iluminar nuestra comprensión de la naturaleza del derecho. Esta afirmación expresa una intuición que se encuentra tras algunas contribuciones recientes a la teoría general del derecho como la de Christopher Kutz en *Complicity*<sup>1</sup>, Rodrigo Sanchez Brigido en *Groups, Rules and Legal Practice*<sup>2</sup>, y, la más sofisticada, de Scott Shapiro en *Legality*<sup>3</sup>.

Lo que intenté mostrar en “Austin, Hart and Shapiro” es que tal abordaje no es completamente novedoso. Algunas de las intuiciones básicas se encontraban ya en la idea de Austin de hábito de obediencia y en la concepción de Hart sobre la práctica de aceptación de reglas sociales.

Naturalmente, soy del todo consciente que los desarrollos más relevantes en el ámbito de la ontología social, emprendidos por autores como Michael Bratman, Margaret Gilbert, Seumas Miller, John Searle y Raimo Tuomela, no estaban a disposición de Austin y Hart. No obstante, estos teóricos del derecho fueron capaces de dar cuenta de manera notable de algunas intuiciones relativas a la idea según la cual el derecho es algo que hacemos conjuntamente, actuando en grupos.

En este sentido, y esto se relaciona con la segunda objeción de Canale, ni he intentado evaluar a Austin y Hart en búsqueda de una respuesta a preguntas teóricas que preocupan a los teóricos del derecho hoy en día<sup>4</sup>, tales como el modo de explicar el derecho como una

<sup>1</sup> Kutz, C., *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge, Cambridge UP, 2000.

<sup>2</sup> Sánchez Brigido, R. E., *Groups, Rules and Legal Practice*, Dordrecht: London, Springer, 2010.

<sup>3</sup> Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

<sup>4</sup> Canale, D., “¿El derecho está fundado en la acción colectiva? Comentario al artículo de Carlos Bernal”, *Discusiones*, XIV, 2014.

actividad intencional colectiva, ni tampoco he tratado de “evaluar los problemas filosóficos que dichos autores buscaron resolver, el marco teórico utilizado para ello, y su marco contextual”<sup>5</sup>. Mi investigación de las teorías de Austin y Hart solo pretendía encontrar en la tradición positivista elaboraciones seminales de la intuición según la cual la práctica jurídica es una actividad colectiva intencional.

### **III. La naturaleza del derecho y el rol de las razones en la naturaleza del derecho**

La primera objeción que Ekins plantea en “Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho” asume que definiendo una reducción de la naturaleza del derecho a hechos sociales. En contraposición, sostiene que la naturaleza del derecho no solo incluye la realidad social sino también las razones. De acuerdo con Ekins “La realidad del derecho debe encontrarse en las razones y en los hechos”<sup>6</sup>. El derecho, explica, “no consiste solo en una realidad social, dado que [...] cambia las razones que las personas tienen para actuar”<sup>7</sup>. Se sigue que toda visión acerca de la naturaleza del derecho “debe esforzarse para explicar si, y cómo, los hechos sociales dan origen a razones para la acción”<sup>8</sup>.

Esta objeción me da la oportunidad de señalar que no definiendo una reducción de la naturaleza del derecho a hechos, en particular, a hechos sociales. No me ocupo de tal cuestión en el texto de este volumen. En cualquier caso, soy de la idea que entender la práctica jurídica como actividad colectiva intencional no necesariamente implica estar de acuerdo con el positivismo jurídico. En contra de Shapiro, creo que esta concepción de la práctica jurídica ni excluye la posibilidad de un anti-positivismo jurídico (incluido el derecho natural) ni prueba que

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Ekins, R., “Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho”, *Discusiones*, XIV, 2014, pág. 114.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

el positivismo jurídico sea verdadero. Ciertamente, es posible usar el aparato conceptual de la ontología social para diseñar una explicación jurídica positivista sobre el derecho que reduce este a hechos sociales. Tal propuesta podría sostener que (1) el derecho puede ser reducido a la práctica jurídica; (2) toda práctica jurídica consiste en una actividad colectiva intencional, y (3) una actividad colectiva intencional de este tipo se reduce exclusivamente a los hechos, es decir, puede entenderse solo como un conjunto de agentes que llevan a cabo acciones intencionales individuales o colectivas con (y en virtud de) sus intenciones personales y comunes [*I- and we-intentions*] apropiadas. Esto podría denominarse la concepción subjetiva acerca de las intenciones y la naturaleza del derecho.

Sin embargo, los defensores del antipositivismo pueden sostener una concepción alternativa. Esta puede denominarse la concepción objetiva acerca de las intenciones y la naturaleza del derecho. De acuerdo con la concepción objetiva para que una actividad intencional colectiva cuente como práctica jurídica -y no solo (por ejemplo) como la actividad de una organización criminal- los funcionarios jurídicos deben tener las intenciones personales y comunes apropiadas para formular leyes que sean compatibles con las exigencias de la justicia, la moral y la corrección<sup>9</sup>.

La teoría de Shapiro sobre el derecho como un plan no incluye esta exigencia sino tan solo que los “funcionarios mantengan una representación de la práctica como si esta tuviera uno o varios propósitos morales”<sup>10</sup>. Clarifica luego que

sus manifestaciones no tienen por qué ser sinceras, pero en todo caso, los funcionarios, deben hacerlas. Estas representaciones pueden adoptar múltiples formas, ya sea en discursos explícitos, actos protocolares, preámbulos de la constitución,

<sup>9</sup> Agradezco a Robert Alexy por sus observaciones sobre esta idea. Verónica Rodríguez-Blanco sostiene una visión similar en *Law and Authority under the Guise of the Good*, Oxford, 2014. Ekins parece tener una intuición similar cuando, citando a Agustín, hace referencia a las intenciones de una banda de asaltantes. Véase Ekins, R., *op. cit.*, pág. 136.

<sup>10</sup> Shapiro, S., *op. cit.*, pág. 217.

prólogos a los códigos, decisiones judiciales, o implícitamente por medio de la ritualidad en la vestimenta o la forma de hablar, la construcción de edificios monumentales que cobijan la actividad jurídica, y el uso de iconografía moral o religiosa en escenarios jurídicos<sup>11</sup>.

Así presentado, esta exigencia es problemática. Por un lado, las bandas de ladrones pueden llevar a cabo declaraciones insinceras y esto no transforma a sus actividades colectivas intencionales en una práctica jurídica. Por otro, desde el punto de vista conceptual, nuestras intuiciones acerca del derecho sí que exigen que los funcionarios jurídicos tengan la intención sincera de actuar de un modo moralmente legítimo. Esto puede mostrarse indicando la paradoja performativa a la que se daría lugar si, por ejemplo, el preámbulo de una constitución estableciera: “Nosotros, el pueblo, sancionamos esta constitución que incluye las siguientes reglas extremadamente injustas...”. Esto es evidentemente absurdo y, como explica Alexy, el absurdo se debe a una paradoja performativa generada por el conflicto entre su contenido y una presuposición pragmática, a saber: que una constitución es conceptualmente entendida como un conjunto de reglas justas, y que los funcionarios que sancionan estas reglas deben hacerlo con la intención sincera de actuar de un modo moralmente legítimo<sup>12</sup>.

Además, la afirmación de Ekins sobre el rol de las razones en la naturaleza del derecho no es de hecho incompatible con el proyecto de dar cuenta de dicha naturaleza apelando al aparato conceptual de la intencionalidad colectiva. Me referiré a esto como el proyecto de la intencionalidad jurídica. El núcleo de este proyecto consiste en la idea según la cual la realidad de las actividades jurídicas depende de la habilidad que tenemos de actuar colectivamente, es decir, como miembros de grupos o sujetos plurales.

Nosotros, actuando juntos, somos capaces de construir y sostener una práctica jurídica mediante la creación y seguimiento de las normas

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Sobre esta paradoja performativa, véase: Alexy, R., *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Oxford UP, 2002, pág. 39.

jurídicas. La creación y seguimiento de una norma jurídica exige nuestro actuar intencional, es decir, con las intenciones individuales y colectivas apropiadas para crear o seguir esa norma específica. Estas intenciones individuales y colectivas se orientan hacia la acción futura. De una manera u otra, ellas implican un compromiso *prima facie* del agente hacia cierto curso de acción.

Una multiplicidad de razones hacen racional para un agente mantener tal compromiso. Entre las razones de esta clase se encuentran evitar el costo de la deliberación permanente acerca de lo que debe hacerse, evitar confusiones acerca de lo que se espera que deba hacerse, evitar ser sancionado y el deseo de lograr ciertos objetivos. De este modo, las intenciones relativas a crear o seguir reglas proveen a los agentes razones *prima facie* para actuar de manera correspondiente<sup>13</sup>. Como consecuencia, la tarea, resaltada por Ekins, consistente en dar cuenta del modo en que el derecho crea razones para la acción, es un elemento del proyecto de la intencionalidad jurídica.

Este elemento es complejo. La complejidad deriva del hecho de que las razones expresadas mediante la participación de los agentes individuales en el proceso colectivo de crear y seguir normas son solo razones *prima facie*. Como ha indicado Sherwin,

a pesar de que sea racional para los agentes el comprometerse a seguir las reglas del sistema en todos (o casi todos) los casos a los cuales se aplican, no es racional para los agentes seguir las reglas cuando estas parecen exigir consecuencias incorrectas en los casos particulares<sup>14</sup>.

Por lo tanto, el proyecto de la intencionalidad jurídica colectiva debería crear un modelo capaz de explicar cuándo una razón *prima facie* para actuar de acuerdo con el plan es derrotable debido a la existencia de razones morales opuestas más fuertes.

<sup>13</sup> Sobre las relaciones complejas entre intenciones y acciones, véase la colección de ensayos editada por Verbeek, B., *Reasons and Intentions*, Aldershot, 2008.

<sup>14</sup> Sherwin, E., “Legality and Rationality: A Comment on Scott Shapiro’s Legality”, en *Legal Theory*, 19, 4, 2013, págs. 1, 6 y 7.

#### IV. Actuar en grupos

En “Austin, Hart y Shapiro” sostengo que las acciones colectivas intencionales que dan lugar y sostienen la práctica jurídica no son las acciones de un agente colectivo con una mente e intenciones propias. En algún sentido, Ekins desacuerda con esta concepción. Apoyado en el trabajo de Pettit y List sobre las actuaciones grupales, Ekins sostiene que:

uno debe considerar la posibilidad de que la ley que gobierna a las personas que forman un grupo de agentes sea, de alguna manera, producto del acto de un agente singular. De una forma más modesta, uno debería al menos considerar la forma en que las instituciones jurídicas y políticas -tribunales, ministerios y legislaturas- forman agentes grupales disciplinados para actuar conjuntamente como una persona racional natural.<sup>15</sup>

Estoy en desacuerdo con esta afirmación (que Ekins explica con más detalle en su libro *The Nature of Legislative Intent*<sup>16</sup>), según la cual, el acto de un grupo es el acto de un agente singular. List y Pettit por su parte, desde una perspectiva funcionalista, provocativamente sostienen que los agentes grupales son “entidades relativamente autónomas, agentes a título propio y con mentes propias”<sup>17</sup> aunque explícitamente rechazan la idea de que “el actuar en grupos exija algo más que la emergencia de disposiciones coordinadas y psicológicamente inteligibles en los miembros individuales”<sup>18</sup>. De acuerdo con List y Pettit, los agentes grupales supervienen holísticamente a partir de sus miembros. Esto quiere decir que los agregados de intenciones individuales producen intenciones de grupo y que las acciones y los hechos individuales determinan las acciones y los hechos del grupo<sup>19</sup>. ¿Niega Ekins esto?

<sup>15</sup> Ekins, R., *op. cit.*, pág. 116.

<sup>16</sup> Ekins, R., *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford UP, 2012, págs. 236-43.

<sup>17</sup> Pettit P. y List, C., *Group Agency*, Oxford, Oxford UP 2011, pág. 77.

<sup>18</sup> *Ibid.* pág. 9.

<sup>19</sup> *Ibid.* pág. 65.

Ekins parece abandonar esta asunción. Por ejemplo, en su análisis de la intención legislativa, que él entiende como “el plan que la ley tal cual fue sancionada establece para la comunidad”<sup>20</sup>, Ekins niega que el contenido de este plan esté constituido por las intenciones entrelazadas [*interlocking intentions*] de los legisladores que la crearon<sup>21</sup>. Si el contenido del plan no está constituido por las intenciones entrelazadas de los legisladores, surgen al menos dos posibilidades. O bien las acciones del grupo no supervienen en las acciones de sus miembros, o bien lo que tiene lugar es un caso de la acción representativa [*proxy agency*], en la cual un grupo actúa por medio de ciertos agentes pero como no todos los miembros del grupo están involucrados, y a pesar de que es el grupo el que actúa, el grupo debe ser tomado como un agente autónomo e independiente con respecto a las acciones y actitudes de sus miembros individuales.

Ekins parece describir la promulgación de las leyes como un caso especial de acción representativa, esto es, como un caso en que alguien redacta y expide la ley “en nombre de la legislatura, entendida como un todo”<sup>22</sup>. En la acción representativa “una persona o subgrupo llevan a cabo algo que cuenta o constituye o es reconocido como (equivalente a) la realización de algo por otra persona o grupo”<sup>23</sup>. Algunos autores en el campo de la intencionalidad colectiva consideran a la acción representativa como un contraejemplo a la concepción según la cual la acción de un grupo no es más que la simple suma de las contribuciones de los miembros individuales del grupo al grupo mismo<sup>24</sup>.

No obstante, como muestra Ludwig, es posible dar cuenta de la acción representativa mediante “una explicación deflacionaria de la intencionalidad colectiva de acuerdo con la cual que el grupo de personas haga algo consiste en que sus miembros individualmente

<sup>20</sup> Ekins, R., *The Nature of Legislative Intent*, págs. 230-31.

<sup>21</sup> Sobre este punto Goldsworthy, J., “Legislative Intention Vindicated?” en *Oxford Journal of Legal Studies*, 33, 4, 2013, pág. 828.

<sup>22</sup> Ekins, R., *The Nature of Legislative Intent*, pág. 235.

<sup>23</sup> Ludwig, K., “Proxy Agency in Collective Action”, en *Noûs*, 31, 1, 2013, p. 76.

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, Tuomela, R., *The Importance of Us: A Philosophical Study of Basic Social Notions*, Stanford, Stanford UP, 1995, pág. 142.

contribuyan a llevar a cabo ese algo”.<sup>25</sup> Ludwig muestra esto en cinco pasos. Tómese “AR” como agente representante [*proxy agent*], “G” como grupo que es representado, y “A” por auditorio (un individuo o grupo con el cual G potencialmente tiene que interactuar)<sup>26</sup>.

El primer paso es reconocer que la acción representativa implica dos acuerdos. Por un lado, de los miembros de G entre sí y con AR de que AR actuará en su nombre. Por el otro, que los miembros del auditorio A acuerdan que los miembros de G reconocen que AR actuará en su nombre. El segundo paso consiste en señalar que, en virtud de los acuerdos, AR posee un status funcional particular (o rol) como un agente autorizado para actuar en nombre de los miembros de G<sup>27</sup>. Una persona tiene este status funcional si es generalmente aceptado en la comunidad que ella posee la función de agente autorizado para ciertas transacciones sociales (entendidas esencialmente como acciones intencionales colectivas)<sup>28</sup>. En virtud del acuerdo entre los miembros de A y G, AR es visto como un agente autorizado de los miembros de G con respecto a A. Este reconocimiento habilita a AR a cumplir esta función. El tercer paso es reconocer que los miembros de G pueden conferir a AR su status funcional mediante el seguimiento de una regla constitutiva. Una regla constitutiva crea o constituye un tipo de comportamiento en el sentido de que la regla define el comportamiento y que este tiene lugar cuando la regla es seguida intencionalmente y no cuando tiene lugar de otra forma<sup>29</sup>. El comportamiento relevante consiste aquí en autorizar [*empower*] a alguien como agente representativo. Una regla constitutiva define el autorizar a alguien como agente representativo como la acción por medio de la cual los agentes de un

<sup>25</sup> Ludwig, K., “Proxy Agency in Collective Action”, en *Noûs*, 31, 1, 2013, pág. 76.

<sup>26</sup> Lo que sigue es una adaptación de la propuesta de Ludwig en *Ibid.* págs. 89-92.

<sup>27</sup> Sobre el concepto de status funcional, véase Searle, J., *The Construction of Social Reality*, New York, 1995, pág. 41.

<sup>28</sup> Ludwig, K., “Proxy Agency in Collective Action”, pág. 77.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pág. 83, aunque véase secciones 3-4 para algunas cualificaciones con respecto a la segunda cláusula.

grupo autorizan a un agente a actuar en su nombre. Siguiendo esta regla, los miembros de G dan lugar al otorgamiento de poder a AR autorizándolo como agente representativo. Esta autorización implica la aceptación por parte de G de que AR actuará en su nombre y de que G es responsable por la acción de AR. El cuarto paso se relaciona con el concepto de acción constitutiva. Este concepto subsume ciertas acciones individuales por medio de las cuales un agente, siguiendo una o más reglas constitutivas, “hace algo que al mismo tiempo (a) contribuye a llevar a cabo un tipo de acción colectiva al ser parcialmente constitutiva de ella y (b) es constitutiva de un tipo particular de acción que constituye un componente de esa acción colectiva”<sup>30</sup>. Al expresar su acuerdo con la designación de AR como agente representativo, cada uno de los miembros de G realiza una acción individual que contribuye a instanciar una acción colectiva (la autorización de AR por G) y constituye un componente de ella. En el paso final AR realiza su acción *como (en tanto)* agente representativo en relación con A y por esa razón A y G consideran lo que AR hace como algo que expresa la actuación de los miembros de G y no sólo de AR.

El análisis de la acción representativa muestra cómo, al menos en el ejemplo que es tomado como caso-estudio en el análisis de Ludwig, no exige algo semejante a las acciones de grupo en sentido propio, como Ekins sostiene. Tampoco es necesario postular la existencia de un agente que pervive más allá de los miembros del grupo, dado que lo que el grupo lleva a cabo, como se indicó, puede ser visto en verdad como algo reducible a las intenciones y acciones de sus miembros individuales (todos ellos contribuyen efectivamente a lo que el grupo hace en tales casos). De esto se sigue que el proyecto de la intencionalidad jurídica colectiva, que sostiene que la práctica jurídica puede ser explicada en términos de las acciones individuales y colectivas de los agentes que participan en ella, no se ve socavado por el fenómeno de la acción representativa y es compatible con el ejemplo en el que la legislatura delega la tarea de expedir las leyes y de esta manera la lleva a cabo sin que haya un agente grupal autónomo sino solo individuos

<sup>30</sup> *Ibid.*, pág. 85.

que llevan a cabo sus múltiples contribuciones a los actos oficiales del grupo por medio de sus agentes autorizados.

## V. La lectura del hábito de obediencia en Austin como práctica colectiva

En “Austin, Hart y Shapiro” sostuve que la explicación de Austin sobre la naturaleza del derecho, tal como es presentada en *The Province of Jurisprudence Determined*, puede ser interpretada como una versión de la tesis de la práctica social. Los elementos centrales de su explicación pueden ser explicitados por medio de las siguientes proposiciones: toda ley constituye una orden<sup>31</sup>; una orden es la expresión de un deseo de que alguien haga o se abstenga de llevar a cabo algún acto, respaldado por la amenaza de una sanción<sup>32</sup>; toda ley positiva es establecida por un soberano o un cuerpo soberano de personas<sup>33</sup>; y una persona o cuerpo de personas es un soberano si se satisfacen tres condiciones. Primero, esta persona o cuerpo de personas debe ser un superior común y determinado con respecto al grueso de la sociedad. Segundo, debe existir un hábito general de obediencia a él o a ellos, esto es, el grueso de la sociedad debe tener un hábito de obediencia o sumisión a él o a ellos. Y tercero, la persona o cuerpo de personas superior *no* debe tener un hábito de obediencia a un superior.

Dos condiciones hacen posible interpretar la teoría de Austin del derecho en cuanto orden como una versión de la tesis de la práctica social. La primera consiste en la posibilidad de analizar el hábito de obediencia como una actividad o un conjunto de acciones recurrentes. De este modo, decir que el grueso de la población debe tener un hábito de obediencia al soberano es decir que debe realizar (o abstenerse de realizar) de manera recurrente las acciones mandadas por el soberano. La segunda consiste en la posibilidad de entender el

<sup>31</sup> Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Rumble, Wilfrid E., ed., Cambridge, 21, 1995.

<sup>32</sup> *Ibid.*, Pág. 21.

<sup>33</sup> *Ibid.*, Pág. 165.

hábito general de obediencia expresado en esta actividad recurrente como una actividad intencional colectiva llevada adelante por el soberano que dicta los mandatos, conjuntamente con el grueso de la población que los obedece. Existen tres elementos del concepto de actividad colectiva intencional que están claramente institucionalizados en el hábito general de obediencia. En primer lugar, dado que debe ser general, el hábito de obediencia es una actividad realizada por muchos individuos. Ellos constituyen juntos la “generalidad” o el “grueso” de los miembros de la sociedad<sup>34</sup>. En segundo lugar, estas acciones recurrentes no son llevadas a cabo por el “grueso” de la población, entendido como una clase de super-agente sino, como se indicó antes, por medio de las acciones de los individuos que pertenecen a este grueso al actuar juntos como un grupo o como un grupo de grupos. En tercer lugar, los individuos llevan a cabo estas acciones satisfaciendo intencionalmente las exigencias expresadas por los mandatos del soberano, motivados (al menos en parte) por la amenaza de sanciones. Los agentes que obedecen al soberano tienen el deseo de llevar a cabo las acciones por él ordenadas y poseen creencias sobre cómo hacerlo, las cuales dan lugar a intenciones dirigidas a clases específicas de movimientos corporales cuyo resultado es visto como comportamientos que se adecuan a lo que ha sido ordenado.

Ekins sostiene que “no existe una buena razón” para esta lectura del hábito de obediencia de Austin en términos colectivos<sup>35</sup>. En mi lectura, el concepto de un hábito general de obediencia es ambiguo. Admite al menos dos lecturas: una distributiva y otra colectiva. De acuerdo con la lectura distributiva, el hábito general de obediencia equivale a que la mayoría de los individuos de la comunidad tengan un hábito de obediencia personal e independiente con respecto a los mandatos formulados por el soberano. El auto-interés o el temor a las sanciones pueden motivar un agente a obedecer recurrentemente al soberano. Desde el punto de vista de esta interpretación, el hábito

<sup>34</sup> *Ibid.*, pág. 169.

<sup>35</sup> Ekins, R., “Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho”, *op. cit.*

general de obediencia es un mero agregado de las acciones personales recurrentes de obediencia de los miembros del grueso de la población que obedecen al soberano con intenciones en primera persona [*I-intentions*]. Esto se encuentra en contraste con la lectura de tipo colectiva. En esta, el hábito general de obediencia consiste en una acción intencional colectiva. Esto implica que los individuos que forman el grueso de la población actúan juntos de acuerdo con, y en virtud de, algún tipo de intenciones comunes [*we-intentions*] apropiadas, cuyo contenido es que el grueso de la población, como grupo, lleva a cabo la actividad de obedecer los mandatos formulados por el soberano por medio de las acciones apropiadas de sus miembros.

¿Cuál es la lectura correcta? Austin no aborda directamente este asunto. De acuerdo con Ekins

Austin hace que el grupo (la sociedad) surja a partir del hábito, antes que al hábito como formado y elegido por un grupo que existe independientemente del primero. Esto significa para Austin que el grupo es quienquiera tenga el hábito de obedecer a un soberano particular. Uno podría estar tentado de decir que el grupo consiste en quienes comparten un hábito, pero en verdad no hay nada compartido aquí, hay una simple superposición. Nada en la visión de Austin sugiere que los sujetos del derecho actúen conjuntamente o tengan una relación entre ellos más allá de ser súbditos del mismo soberano, la cual es una relación entre soberano y sujeto<sup>36</sup>.

Este pasaje muestra una diferencia clave entre la interpretación de Ekins y la mía acerca de la sociedad política austiniana. En la forma en que entiende las intenciones legislativas el análisis de Ekins parte de asumir que un grupo, como un individuo, pre-existe a la práctica. En su interpretación de Austin, el grupo pre-existente es la sociedad, cuyos miembros son los sujetos del derecho. Sin embargo, es un grupo “sobre el que se actúa”<sup>37</sup>. Esto significa que la sociedad

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, pág. 120.

<sup>37</sup> *Ibid.*

no es “un grupo con propósito, capaz de acción colectiva”<sup>38</sup>. Esto significaría que solo sería plausible la lectura individualista del hábito de obediencia. Existen efectivamente en *The Province of Jurisprudence* múltiples pasajes que apoyan esta lectura.

Sin embargo, la lectura del hábito de obediencia en términos colectivos no puede descartarse. Algunas observaciones de Austin, y lo que puede extraerse de ellas, también sustentan una concepción colectivista. Esto se ve, por ejemplo, en la siguiente explicación sobre cómo una sociedad natural – que vive en una condición salvaje - se transforma en una sociedad política, esto es, una sociedad en la cual existe derecho porque sus miembros obedecen al soberano:

Mientras la sociedad en cuestión vive en condición salvaje [...] la generalidad o grueso de sus miembros no se encuentra en un hábito de obediencia a uno y el mismo superior. Para el propósito de atacar un enemigo externo, o para el propósito de repeler un ataque realizado por un enemigo externo, la generalidad o grueso de sus miembros, capaces de llevar armas, se someten a un líder o un cuerpo de líderes<sup>39</sup>.

Este pasaje revela algo importante acerca de la naturaleza del hábito de obediencia ¿Cómo resulta posible que una sociedad, esto es, un número de individuos, adquiera el hábito de obediencia a un soberano? Un análisis de lo que Austin sostiene acerca de esta sociedad que vive en una condición salvaje revela algunos elementos esenciales para la adquisición del hábito. Primero, la adquisición del hábito depende de acciones de los miembros de la población. A pesar de que, con respecto al soberano, la sociedad política se encuentra en una posición de sujeción, el adquirir esta posición requiere la realización de ciertas acciones por parte de los miembros de la sociedad. En contra de lo que sostiene Ekins, no es que se actúe sobre la sociedad. Sus miembros “se someten” [“submit”] (como dice Austin) al soberano. Son ellos quienes realizan la acción de someterse [*submitting*]. En

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Austin, J., *op. cit.*, pág. 216.

segundo lugar, la acción es intencional o, como dice Austin, se lleva a cabo con un propósito. En el pasaje citado Austin está claramente pensando en un propósito dirigido a una acción colectiva intencional de “atacar un enemigo externo, o...repeler el ataque de un enemigo externo”. Aquí el enemigo externo es claramente concebido como un grupo y el ataque o rechazo es claramente concebido como una acción colectiva, y esta precisamente con ese propósito compartido, como una acción colectiva de los miembros del grupo con la intención colectiva de que deberían atacar o repeler al enemigo. No es como si cada uno de ellos intentase por sí mismo atacar o repeler al enemigo, sino en cambio que cada quien debe tomar parte en la realización colectiva. Por lo tanto, aunque Austin no disponía del andamiaje para hacer todas las distinciones relevantes, estaba pensando, de hecho, en la sumisión a una autoridad soberana como un medio para un fin adoptado por el grupo para llevar a cabo acciones concebidas como colectivas intencionales.

Esta explicación puede ser también utilizada para responder a la crítica de Canale de acuerdo con la cual “la noción del derecho que tiene Austin es esencialmente no cooperativa”<sup>40</sup>. Canale llega a esta conclusión a partir del modo en el que Austin estructura la relación de sujeción entre el soberano y los miembros de la sociedad. De acuerdo con Canale, en virtud de esta estructura, “las sociedades políticas no son grupos sociales en un sentido naturalista: no son el resultado de lo que la gente hace conjuntamente”<sup>41</sup>. En cambio, sostiene, ellas son “artefactos sociales”<sup>42</sup>.

Aparte de la dificultad a la que da lugar esta afirmación -dado que cabe preguntarse en qué sentido una sociedad política puede ser un artefacto- la concepción de Canale soslaya que la sumisión al soberano podría ser interpretada como una acción colectiva con un propósito que los miembros de la sociedad llevan adelante involucrándose en lo que Austin llama “hábito de obediencia”. El soberano también

<sup>40</sup> Canale, D., *op. cit.*, pág. 80.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pág. 81.

<sup>42</sup> *Ibid.*

está involucrado en esta actividad intencional. Esta característica es incluso reconocida por Canale cuando afirma que existe un “acuerdo social implícito en la fundación del derecho”<sup>43</sup>.

## VI. Sobre el punto de vista interno en Hart

En *The Concept of Law*, Hart sostiene que el derecho está basado en una práctica social normativa consistente en la aceptación de reglas sociales. De acuerdo con el autor, la aceptación de una regla social implica la existencia de un hábito y tres aspectos ulteriores: que la desviación de lo previsto por la regla da lugar a críticas e imposición de sanciones; que esa crítica a la desviación y la imposición de sanciones es vista como legítima, justificada o hecha por una buena razón; y el así llamado punto de vista interno, esto es, que los agentes “deben considerar al comportamiento en cuestión como un standard general a ser seguido por el grupo como un todo”<sup>44</sup>. El punto de vista interno es la actitud de aceptar una regla. En el *Postscript a The Concept of Law*, Hart definió la actitud de aceptación de la regla de la siguiente manera: “[La aceptación] consiste en la disposición permanente de los individuos a adoptar tales patrones de conducta al mismo tiempo como guías para su conducta futura y como estándares de crítica que podrían legitimar reclamos y formas variadas de presión”<sup>45</sup>.

Shapiro ha sugerido que esta disposición constante debería ser interpretada como una disposición que implica una intención de actuar de acuerdo a la regla, de criticar a otros por no adecuarse a ella, y no criticar a quienes critican la desviación<sup>46</sup>. Estoy en desacuerdo con Shapiro porque su interpretación atribuye a los agentes un excesivo conocimiento auto-consciente de las reglas. Parece posible hablar de agentes que aceptan reglas sin haberse formado intenciones de seguir tales reglas. Existen numerosas reglas que rigen la vida social

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, 1994, págs. 55-66.

<sup>45</sup> Hart, H. L. A., *op. cit.*, pág. 225.

<sup>46</sup> Shapiro, S., “What is the Internal Point of View?”, en *Fordham Law Review* 75, 2006, pág. 1163.

a las que nos adecuamos, y que son el resultado de presiones sociales de variado tipo que equivalen a una forma de entrenamiento y que, sin embargo, jamás hemos articulado y presentado de manera explícita y que tampoco han sido articuladas o presentadas para nosotros de tal manera. Estas son parte de lo que John Searle ha llamado la intencionalidad de trasfondo [*background of intentionality*]<sup>47</sup>. Entendido de esta manera, el punto de vista interno en Hart llevaría apropiadamente a la idea según la cual la aceptación de reglas implica la existencia de una disposición a adecuarse a ellas como parte de (nuestra) intencionalidad de trasfondo, pero no implicaría un compromiso explícito (una intención) de adecuar el comportamiento al contenido de la regla.

Ekins no está de acuerdo con mi interpretación del punto de vista interno. Sostiene que esta interpretación “hace desaparecer la intelectualización”<sup>48</sup>. La razón del desacuerdo es que el concepto de intención de Ekins es más bien estrecho. De acuerdo con su postura “Uno puede tener una intención condicional y actuar de conformidad sin mucha auto-conciencia”<sup>49</sup>. Sobre esta base, interpreta el punto de vista interno como una “intención condicional”<sup>50</sup>. Distingue tal concepción de una que me atribuye, en la cual la educación y el entrenamiento social respecto a las reglas “condicionan a las personas a responder sin pensarlo a cierto estímulo”<sup>51</sup>.

Esta concepción interpretaría la disposición estándar de Hart como una “adopción no reflexiva de normas particulares y proposiciones”<sup>52</sup>. Ekins sostiene que una concepción tal no solo es incompatible con la teoría de Hart (aunque no justifica por qué) sino que también es incorrecta porque “no explica cómo es que el agente considera a la regla una razón”<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Searle, J., *Intentionality*, Cambridge, 1983, capítulo 5.

<sup>48</sup> Ekins, R., “Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho”, *op. cit.*, pág. 125.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

No refrendo una interpretación del punto de vista interno en Hart como una “adopción irreflexiva” de normas como resultado de la respuesta irreflexiva de las personas frente a los estímulos. Mi idea es que la disposición constante a la que alude Hart consiste en una capacidad e inclinación mental pre-intencional -en el sentido de Searle<sup>54</sup>, de trasfondo de prácticas y asunciones pre-intencionales- de los funcionarios jurídicos que consideran a las reglas tanto como guías de su propia conducta futura así como estándares de crítica de las conductas de otros individuos. Esta concepción es consistente con una comprensión más amplia de las intenciones<sup>55</sup>, la cual posee un cierto matiz bratmaniano, al exigir un “compromiso” para actuar. Un funcionario jurídico tendrá la intención de considerar una regla jurídica como una guía de conducta solo si está comprometido a actuar de acuerdo con ella y a usarla para evaluar la conducta de otros individuos. Sería implausible sostener que la práctica jurídica está constituida por la aceptación de reglas sobre las cuales los funcionarios tienen una intención en este sentido, y que esto se refiere a todas las reglas jurídicas posibles.

Ekins interpreta la disposición continua de la que habla Hart como una intención condicional. Como se sostuvo, la posición de Ekins sobre la intención es más estricta que la mía. Sin embargo, no explicita qué clase de concepción sostiene. Su crítica plantea la compleja pregunta sobre qué clase de actitud se exigiría en su concepción para sostener que los funcionarios han aceptado una regla. Es más, ¿poseen los funcionarios jurídicos la misma actitud (una intención condicional) hacia todas las reglas del sistema jurídico y es una condición para la existencia del sistema que esto sea así? Me parece que el único modo en que Ekins puede construir el tipo de actitud que tiene en mente de manera tal de dar sentido a los hechos efectivos que subyacen a la práctica jurídica es en un modo muy débil, esto es, bastante similar a la inclinación pre-intencional presentada por mí más arriba. Si esto es

<sup>54</sup> Searle, J., *The Rediscovery of the Mind*, Cambridge, Mass., 1992, pág. 189.

<sup>55</sup> Sobre las diferentes concepciones de “intención”, véase: Setiya, K., “Intention”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Disponible on-line en <http://plato.stanford.edu/entries/intention/> (26.05.2014).

así, entonces el punto es si está aquí en juego algo más que una mera diferencia verbal.

## VII. La lectura individual del concepto de aceptación de regla en Hart

Ekins no está de acuerdo con mi concepción según la cual el concepto de aceptación de regla en Hart admite una lectura distributiva o colectiva. De acuerdo con la lectura distributiva, cada uno de los miembros de la sociedad obedece las reglas, critica la desviación, considera esta crítica legítima y tiene una disposición individual a tomar ciertas reglas sociales como patrones de comportamiento para sí y la sociedad en su conjunto. Bajo esta interpretación, la aceptación de reglas consistiría en la combinación de dos elementos: un elemento externo, esto es, un conjunto de acciones recurrentes agregativas de conformidad a ciertas reglas sociales en que se critica la desviación y se considera tal crítica como legítima, y un elemento interno, es decir, un conjunto de disposiciones individuales agregativas de conformarse a ellas y de criticar la desviación. El elemento interno constituye una actitud en primera persona [*I-attitude*] y no una actitud común [*we-attitude*]. En la lectura distributiva, la aceptación de una regla consiste en la formación de una disposición individual a guiar el comportamiento de acuerdo con la regla. Por el contrario, en la lectura colectiva, la aceptación de una regla puede ser entendida en el sentido de que en un grupo se forman las intenciones comunes condicionales apropiadas de actuar de acuerdo con las reglas en las circunstancias apropiadas<sup>56</sup>.

A pesar de que Hart no provea clarificaciones ulteriores sobre este aspecto, Ekins no está de acuerdo con la posibilidad de una lectura distributiva. Su argumento central es que Hart se ocupa de reglas sociales y

<sup>56</sup> Canale en el texto de este volumen parece estar de acuerdo conmigo acerca de la lectura distributiva de la aceptación de reglas en Hart. Véase: Canale, D., *op. cit.*, pág. 87.

que las reglas sociales “rigen un grupo”<sup>57</sup>. Por lo tanto, “las reglas son las reglas de un grupo en cuanto tal (en vez de conjunto de individuos)”<sup>58</sup>.

Estoy de acuerdo con Ekins en que, aunque Hart no aclare si la actitud de las personas que aceptan las reglas sociales -ciudadanos o funcionarios jurídicos- consiste en una intención individual o colectiva (intenciones en primera persona o intenciones comunes, en el vocabulario de la ontología social) la lectura colectiva de la estructura de la aceptación de reglas sociales encuentra mayor apoyo en el texto de Hart que la lectura distributiva. Sin embargo, rechazo lo que el argumento de Ekins podría abrigar, a saber: que la aceptación de reglas sociales es necesariamente una actividad colectiva intencional.

Con respecto a este asunto específico, Ekins pregunta de manera retórica (en especial con respecto a la regla de reconocimiento):

¿Tendría sentido para una persona aceptar esta regla [la regla de reconocimiento] con independencia de la intención de otros? Sería sorprendente, porque el punto de la regla es proveer una regla para el grupo, de modo que es muy importante que todos (o la mayoría) acepten la misma regla.

Existe una distinción entre intentar contribuir a una acción de un grupo con una intención en primera persona e intentarlo con una actitud común. Por lo tanto existen dos lecturas con respecto a las intenciones cuyos contenidos están dirigidos a la participación de los individuos en acciones de grupos. Siguiendo la interpretación de Hart que hace Ekins, deberíamos considerar que la expresión “aceptar la regla social R” denota una intención condicional de adecuarse en circunstancias apropiadas a su contenido. Supongamos que aceptar la regla exige que los demás también posean una intención condicional similar. La pregunta es si esta naturaleza condicional transforma a esta intención *ipso facto* en una intención común.

<sup>57</sup> “Ekins, R., “Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho”, *op. cit.*

<sup>58</sup> *Ibid*, pág. 128.

Mientras que Ekins daría una respuesta afirmativa a esta pregunta, yo le daría una respuesta negativa. Pueden existir acciones de grupo en las cuales cada individuo contribuye a la acción del mismo con una intención en primera persona. Un ejemplo es el siguiente: supóngase que quiero que todo el mundo abandone un teatro, incluido yo mismo. Formo la intención de realizarlo eligiendo pararme y gritando “fuego” en voz alta. Supóngase que, de hecho, todo el mundo deja su asiento y como resultado todos abandonamos el teatro. Todos teníamos la intención de abandonar el teatro, y así lo hicimos como resultado, pero no compartíamos la intención de hacerlo, y no lo hicimos intencionalmente en forma conjunta. Cada uno de nosotros lo hizo con una intención en primera persona y no con una intención común<sup>59</sup>.

Una pregunta relevante es si aceptar o seguir reglas sociales necesariamente implica para los miembros del grupo que acepten o sigan la regla el realizar sus contribuciones con intenciones comunes. Esto depende del tipo específico de regla social que podamos considerar. El seguimiento de ciertos tipos de reglas sociales no implica *ipso facto* que los miembros lo lleven a cabo con una intención común y se involucren en un comportamiento intencional colectivo. Un ejemplo es la regla de mantener cierta distancia con los interlocutores en una conversación. Esta es una regla social neutral con respecto a si la acción colectiva que rige es conjuntamente intencional o no. Es perfectamente posible para dos individuos aceptar la regla (intentar condicionalmente seguirla en las circunstancias apropiadas) solo con intenciones en primera persona.

En este escenario, un enunciado que describe la aceptación de esta regla: “ellos aceptan conservar la distancia apropiada con sus interlocutores o compañeros de conversación” debería ser leída como “cada uno de ellos tiene la intención de mantener él con todo interlocutor o compañeros de conversación una distancia apropiada”. Sin embargo, es también posible que alguien que acepta la regla posea una intención

<sup>59</sup> Agradezco a Kirk Ludwig por el ejemplo, y los ejemplos que siguen sobre el teatro y el saludo, además del valioso intercambio sobre la diferencia entre contribuir a un grupo con una intención en primera persona y una intención común.

común de que él y otros hagan eso, o es posible que ambos tengan intenciones comunes, pero no es necesario.

En contraste, existen también reglas sociales que rigen esencialmente acciones de tipo intencional colectivo. Con respecto a estas es imposible para un individuo intentar seguirlas sin una intención colectiva de que aquellos con quien actúa asimismo intenten seguirla con una intención común. Un ejemplo es la regla social que especifica que cuando saludamos a otra persona quien extiende la mano derecha debería tomar la mano derecha de la otra persona y mover con el otro la mano hacia abajo y arriba. Este tipo de acción es esencialmente colectiva. Por tanto, la regla social que rige esta acción no puede ser correctamente seguida sin una intención común.

Ahora bien, en lo que respecta a Hart y Ekins el enunciado “nosotros aceptamos una regla social” o “nosotros aceptamos la regla de reconocimiento” es susceptible de ambas lecturas, esto es, una lectura distributiva en la cual los miembros del grupo aceptan la regla con intenciones de primera persona, y una lectura colectiva en la cual los miembros aceptan la regla con intenciones comunes. Hart no desarrolló este aspecto. Y la observación de Ekins de que no tiene sentido para alguien aceptar la regla de reconocimiento “con independencia de las intenciones de los otros” conduce en este punto a confusión<sup>60</sup>. Como un miembro del grupo que acepta la regla de reconocimiento, puedo tener la intención de aceptar la regla con otros miembros del grupo aunque no tenga la intención de que todos nosotros lo hagamos con la intención común de hacerlo conjuntamente [*though I do not intend that we all we-intend that we do it together*]. Puedo tener tan solo una intención en primera persona. Una lectura colectiva de la actitud implícita en la aceptación de reglas sociales no exigiría solo para los agentes relevantes el reconocer una regla teniendo en cuenta la intención de los otros. Lo que es necesario para los agentes –funcionarios jurídicos y ciudadanos, dependiendo del enfoque– es tener una intención común, esto es, intentar conjuntamente aceptar la regla y

<sup>60</sup> Ekins, R., “Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho”, *op. cit.*

aceptarla intencionalmente de manera conjunta. Que el concepto de Hart de aceptación de reglas exija esta clase de actitud colectiva es materia pendiente de prueba.

### **VIII. Sobre la relación entre prácticas sociales y reglas sociales**

Canale indica una cuestión muy relevante con respecto a la relación entre prácticas sociales y reglas sociales en la teoría de Hart. Según él “una práctica social no da lugar a reglas sociales”<sup>61</sup>. Sostiene que “El concepto de regla social simplemente explica lo que una práctica social en verdad es: por qué los miembros de un grupo se comportan de cierta manera y qué acciones se necesitan para ser miembro del grupo, es decir, un participante de la práctica.”<sup>62</sup>. En este sentido, Canale acuerda con Shapiro cuando luego sostiene que Hart comete un error de categoría dado que “las reglas y las prácticas pertenecen a categorías metafísicas diferentes”<sup>63</sup>. Mientras las reglas son objetos abstractos, objetos del pensamiento, y no entidades que existen dentro del espacio y el tiempo, las prácticas son eventos concretos: tienen lugar dentro del mundo natural e interactúan causalmente con otros eventos físicos.

En “Austin, Hart y Shapiro”, concuerdo con Shapiro en que las reglas y las prácticas pertenecen a diferentes categorías metafísicas y en que las reglas sociales son objetos abstractos mientras que las prácticas sociales son eventos concretos. Las reglas sociales son objetos de pensamiento que pueden comúnmente ser reconstruidas con la forma lógica condicional: “Si las circunstancias C tienen lugar, entonces la acción A es exigida”. Las prácticas sociales son conjuntos de acciones colectivas recurrentes. Y las acciones son eventos. Por esta razón, las prácticas sociales son conjuntos de eventos y los eventos son particulares.

<sup>61</sup> Canale, D., “¿El derecho está basado en la acción colectiva?”

<sup>62</sup> *Ibid.*, pág. 88.

<sup>63</sup> Shapiro, S., *Legality*, pág. 103.

No obstante, también sugerí una interpretación alternativa del enfoque de Hart, de acuerdo con el cual en su teoría las reglas sociales no se reducen a prácticas sociales sino que se basan en ellas: lo que Hart, de hecho, sostiene es que una práctica social que consiste en la aceptación de la regla de reconocimiento es el fundamento [*foundation*] de un sistema jurídico, es decir, que la validez de todas las reglas jurídicas está basada en la práctica oficial de aceptar la regla de reconocimiento última. Esto significa que Hart no comete ninguna clase de error categorial. No sostiene que los objetos abstractos (reglas) sean reductibles a eventos concretos (práctica social) sino solo que estos objetos abstractos son válidos (para una comunidad) porque existe una práctica (en esa comunidad), esto es, un conjunto de acciones concretas intencionales de los funcionarios de aceptar la regla de reconocimiento, y de tomar esos objetos abstractos (reglas jurídicas producidas de acuerdo a la regla de reconocimiento) como estándar de la conducta futura de la sociedad en su conjunto.

Canale parece estar en desacuerdo con esta interpretación de Hart. Lo que sostengo es que el enfoque de Hart sobre la aceptación de reglas no explica si las prácticas sociales pueden fundamentar reglas sociales. Ciertamente, en la concepción de Hart, aceptar la regla de reconocimiento implica que los funcionarios jurídicos estén dispuestos a tomar tal regla como una premisa en el razonamiento práctico. Sin embargo, no implica que deban tomarla como una premisa en el razonamiento práctico ni que deban estar dispuestos a hacerlo. La disposición de los funcionarios jurídicos a tomar la regla de reconocimiento como una premisa en el razonamiento práctico ni los obliga a hacerlo ni a continuar con la disposición a hacerlo. Siguiendo a Toh<sup>64</sup> Canale entiende que el problema de si las prácticas sociales pueden fundamentar reglas sociales resulta irrelevante en la teoría de Hart<sup>65</sup>. Sin embargo, esto transformaría su teoría en una demasiado liviana y sería inconsistente consu interés de elaborar la naturaleza de la obligación jurídica (que

<sup>64</sup> Toh, K., “The Predication Thesis and a New Problem about Persistent Fundamental Legal Controversies”, en *Utilitas* 22, 3, 2010, pág. 333.

<sup>65</sup> Canale, D., *op. cit.*

es diferente del simple verse obligado y de la obligación moral) y de las propiedades que dan lugar a la validez de las reglas jurídicas.

## **IX. Acerca de la teoría de Shapiro sobre el derecho como plan**

Ekins y Canale realizan múltiples objeciones contra la teoría de Shapiro del derecho como plan. Por un lado, Ekins critica la propuesta de Shapiro según la cual compartir un plan funcionaría como una explicación de la acción colectiva y también el modo en el cual Shapiro entiende la relación entre la acción colectiva y la alienación. En cambio, Ekins sugiere que la realidad social del derecho debería ser entendida sobre la base de un análisis de las “buenas razones” y elecciones “bien formadas” de la gente cuyas acciones constituyen la práctica jurídica<sup>66</sup>. No obstante, Ekins no se explaya con respecto a este punto. Por otro lado, Canale realiza comentarios muy agudos acerca de la posibilidad de interpretar la teoría de Shapiro del derecho como plan apelando a una lectura distributiva y el rol que los procedimientos deberían jugar en tal enfoque.<sup>67</sup> Canale, además, adhiere a la objeción de Celano de acuerdo con la cual los planes no pueden ser usados para la planificación social masiva<sup>68</sup>.

No me es posible comentar aquí todas estas cuestiones. Como indiqué en “Austin, Hart, Shapiro” la teoría del derecho como plan es, sin duda alguna, la explicación más desarrollada del derecho como práctica social. Sin embargo, no adhiero a la teoría de Shapiro en su totalidad. No es este el lugar para explicitar mis desacuerdos con Shapiro. No obstante, en contra de Canale y Celano, sí pienso que el aparato conceptual de la intencionalidad colectiva puede ser útil para dar cuenta de algunas características esenciales de actividades sociales masivas tales como la práctica jurídica. Explicaciones del tipo al que se hizo referencia más arriba (sobre Ludwig y la acción

<sup>66</sup> Ekins, R., “Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho”, *op. cit.*

<sup>67</sup> Canale, D., *op. cit.*

<sup>68</sup> *Ibid.*

representativa) dan lugar a la idea de que los poderes sociales y jurídicos y las reglas que confieren poderes pueden ser explicados en términos de los conceptos fundamentales de la ontología social. Los poderes (potestades) y las reglas que confieren poderes son la médula ósea de las actividades masivas. Naturalmente, el modo en el cual una explicación básica, como la de la agencia representativa, debería ser expuesta para así explicar los poderes consagrados en la constitución, cómo un enfoque de este tipo puede hacerse compatible con la naturaleza de otras normas y cómo entender la normatividad del derecho dentro de este marco resulta una empresa que todavía debe ser llevada a cabo. Esta tarea se encuentra en el horizonte del proyecto de la intencionalidad jurídica colectiva.

## Bibliografía

- Alexy, R., *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Oxford UP, 2002.
- Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, Cambridge UP, 1995.
- Canale, D., "¿El derecho está fundado en la acción colectiva? Comentario al artículo de Carlos Bernal", *Discusiones*, XIV, 2014, pág. 73-12.
- Ekins, R., *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford UP, 2012.
- Ekins, R., "Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho", *Discusiones*, XIV, 2014, pág. 113-144.
- Goldsworthy, J., "Legislative Intention Vindicated?", *Oxford Journal of Legal Studies*, 33, 4, 2013
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 [1961].
- Kutz, C., *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, Cambridge, Cambridge UP, 2000.
- List, C. y Pettit, P., *Group Agency*, Oxford, Oxford UP, 2011.
- Ludwig, K., "Proxy Agency in Collective Action", *Noûs*, 31, 1, 2013

- Sánchez Brigido, R.E., *Groups, Rules and Legal Practice*, Dordrecht; London, Springer, 2010.
- Searle, J.R., *Intentionality. An essay in the philosophy of mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- Searle, J. R., *The rediscovery of the mind*, Cambridge, Mass. ; London, MIT Press, 1992.
- Searle, J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995.
- Shapiro, S., "What is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, 75, 2006, pág. 1157-1170.
- Shapiro, S., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- Sherwin, E., "Legality and Rationality: A Comment on Scott Shapiro's Legality", *Legal Theory*, 19, 4, 2013
- Toh, K., "The Predication Thesis and a New Problem about Persistent Fundamental Legal Controversies", *Utilitas*, 22, 2010
- Toumela, R., *The Importance of Us: A Philosophical Study of Basic Social Notions*, Stanford, Stanford UP, 1995."

*Sección II*

Discusiones:  
Cortes



## Notas y preguntas sobre los usos del derecho comparado por la Corte IDH

Laura Clérico\*

Recepción: 07/07/14.

Revisiones: 11/08/2014.

Aceptación: 29/08/2014

**Resumen:** ¿Por qué utilizar el derecho comparado desde el punto de vista de la argumentación? ¿Cuáles son (o deberían) ser los criterios de selección del derecho objeto de comparación? ¿Es necesario que la Corte IDH se planteé la cuestión metodológica frente al uso del argumento de derecho comparado? Más específicamente, ¿cuál es la actitud que la Corte IDH tiene respecto del argumento de derecho comparado? ¿Silencio? ¿Rechazo? ¿Apertura? No es claramente de rechazo. Es de apertura; sin embargo: ¿es de inspiración?, ¿es de recepción?, ¿es de diálogo explícito para acordar o para disentir? Mi hipótesis sostiene que el uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH no es lineal ni continuo si no que presenta fuertes tensiones.

**Palabras clave:** usos, argumento derecho comparado, corte IDH, discriminación, justificación.

**Abstract:** Why using comparative law in legal argumentation? What are or should be the criteria to select the law under comparison? Is it necessary that the CIDH tackles the methodological question regarding the argument of comparative law? More specific, what is the attitude that the CIDH has towards the argument of comparative law? Silence? Refusal? Openness? Apparently, it is not of refusal. It is of openness, however: Is it one of inspiration, reception or explicit

\* Profesora de Derecho Constitucional (UBA) y profesora visitante-DAAD en la Universidad Erlangen-Nürnberg; investigadora CONICET, Argentina.

dialogue? My hypothesis is that the argument of comparative law used by the CIDH embeds strong tensions.

**Key words:** comparative law, CIDH, discrimination, justification.

## I. ¿No hay nada nuevo bajo el sol?<sup>1</sup>

Las actitudes de los tribunales frente al derecho comparado pueden ser diversas. Algunos niegan expresamente el uso del argumento. Otros guardan silencio. Otros lo utilizan para fundamentar una sentencia en una especie de diálogo<sup>2</sup>. En el intermedio se encuentran aquellos que echan mano del derecho comparado con fines meramente heurísticos, de inspiración, estratégicos.

Si se lo considera parte de la argumentación, el derecho comparado puede ocupar un lugar marginal, como un argumento secundario o con una función decorativa o estratégica. Emerge de forma más interesante cuando es utilizado para dialogar con la cuestión que debe ser resuelta; establecer similitudes y diferencias; y, finalmente, enriquecer la argumentación de la sentencia<sup>3</sup>, ya sea para incluir el

<sup>1</sup> Agradezco a Federico De Fazio, Leticia Vita, Martín Aldao, Paula Gaido y al evaluador/a anónimo/a la lectura, comentarios y preguntas.

<sup>2</sup> Sobre las clasificaciones acerca de la forma en que los tribunales participan de la tendencia (*in crescendo?*) del uso del argumento de derecho comparado en sus sentencias: Choudhry, S., “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, 74, 3, 1999; Jackson, V., “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, 119, 2005; Saunders, C., “Judicial Engagement with Comparative Law”, en Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011.

<sup>3</sup> Sobre el uso del derecho comparado y la pretensión de corrección, v. Wendel, M., “Comparative Reasoning and the Making of a Common Constitutional Law: EU-related Decisions of National Constitutional Courts in a Transnational Perspective”, *International Journal of Constitutional Law*, 11, 4, 2013; otra función del uso del argumento de derecho comparado aparece cuando se considera que “optimiza” una sentencia en tanto la inclusión de las prácticas comparadas de la región permiten tomar una decisión con mejor información (pretensión de racionalidad), v. Dzehtsiarou,

argumento como parte de una práctica jurisprudencial que se considera convergente<sup>4</sup> o para explicar las razones de la divergencia. Esta actitud sería una posible expresión del llamado fenómeno del diálogo judicial<sup>5</sup>. Este intercambio argumentativo puede quedar plasmado expresamente o puede estar implícito en la sentencia<sup>6</sup>.

Sin embargo, uno podría preguntarse si hay algo nuevo bajo el sol. El uso del derecho comparado —con diversas finalidades— es un fenómeno antiguo. Incluso el fenómeno del uso por la judicatura para resolución de casos encuentra en América Latina discusiones precursoras sobre la (in)conveniencia del uso de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EEUU de Norteamérica para interpretar, por ejemplo, la Constitución argentina.<sup>7</sup> Esa disputa tiene nombres y apellidos: los de Domingo Faustino Sarmiento, favorable al uso de la jurisprudencia norteamericana, y Juan Bautista Alberdi, contrario a

K. y Lukashevich, V., “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 30, 3, 2012, pág. 3.

<sup>4</sup> Saunders, C., *op. cit.*: “Thirdly, there is a tendency towards some convergence of the conception of judicial review on grounds of constitutionality, which is contributing to an increase in explicit engagement with comparative law. The precise contribution that comparative law plays depends on the conventions of the local reasoning process”.

<sup>5</sup> V., entre muchos otros, Choudhry, S., *op. cit.*, 2013; Burgourgue-Larsen, L., *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa; s. una revisión sistemática de los trabajos sobre “diálogo” v., Meuwese, A. y Snel, M., “Constitutional Dialogue: An Overview”, *Utrecht Law Review*, 9, 2, 2013; en especial, la distinción en los usos del ‘constitutional dialogue’ como ‘lens’ y como ‘method’ y entre análisis empírico y análisis normativo. S. una perspectiva crítica del diálogo judicial, v. Hirschl, R., *Toward Juristocracy*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 2004.

<sup>6</sup> Según reiterados testimonios de informantes claves, lo que suelen hacer la mayor parte de los tribunales superiores y regionales de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, el TEDH recibe respecto de las cuestiones planteadas en los casos una carpeta con los antecedentes de derecho comparado de los Estados de la región, v. Dzehtsiarou, K. y Lukashevich, V., *op. cit.*

<sup>7</sup> Reconstruye esta discusión Rosenkrantz, C., “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2013, entre otros.

ese uso.<sup>8</sup> Por lo tanto, la discusión sobre la *legitimidad* del argumento de derecho comparado por los tribunales es conocida<sup>9</sup>. La disputa sobre “préstamos”, “transporte”, “trasplantes”, (perdidos en la) “traducción”, “anexión” del “otro” derecho aparece<sup>10</sup> a fines de siglo XX con nuevos ropajes —para algunos “prestados”<sup>11</sup>— pero sin diferir mucho en sustancia.

<sup>8</sup> Alberdi realizó un trabajo de derecho comparado en la primera parte de *Bases y Puntos de Partida para la Organización Nacional* cuando hilvanaba el contenido de la constitución que, a su entender, convenía aprobar para Argentina, claro que alguien podría objetar, pero no es lo mismo. El propósito del uso del derecho comparado para bosquejar una constitución difiere de su uso para interpretar una norma objeto de una disputa judicial concreta.

<sup>9</sup> Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2011, págs. 1-15. El fenómeno es bastante antiguo pero reaparece a fines del siglo XX. Además, lo explora en relación con las democracias en transición, Teitel, R., *Transitional Justice*, New York, Oxford UP, 2002.

<sup>10</sup> Saunders, C., *op. cit.*, pág. 586; Rosenkrantz, C., *op. cit.*; Filippini, L., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 2007; Gargarella, R., “Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales en América”, [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella_Spanish_.pdf); Böhmer, M., “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, en Gargarella, R. (ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008; Puga, M. y Lanusse, M., “El regreso del Búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras ‘otras’ preguntas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 1, 2009; entre otros.

<sup>11</sup> Por ejemplo, en EEUU de Norteamérica reaparece en la década de los noventa por la polémica sobre el uso del derecho comparado por los tribunales (Saunders, C., *op. cit.*). Por lo demás, en el derecho continental europeo se acelera su uso por el impacto de la Unión Europea y por la jurisprudencia del TEDH; en América Latina tiene una doble fuente; por un lado, se hace eco de la controversia que emergió en los EEUU en los noventa; por otro lado, por la interamericanización del derecho constitucional por medio de la obligación del control de convencionalidad que deben realizar los Estados en el

Entonces, ¿no hay nada nuevo bajo el sol referido al *boom*<sup>12</sup> del uso del argumento de derecho comparado por la jurisprudencia y, a los fines de este artículo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)?

Interpreto que sí; o que en todo caso surgen nuevas combinaciones que deberían generar nuevos interrogantes. Por un lado, el derecho comparado es utilizado, en algunos casos, teniendo como mira la construcción de un piso común regional<sup>13</sup>. Esto si bien no es nuevo para el derecho privado, es bastante novedoso para el derecho constitucional o los derechos humanos. Es la manifestación del fenómeno de la internacionalización del derecho público —como me apunta De Fazio por oposición a un modelo de derecho público estatal cerrado—<sup>14</sup>. Por otro lado, el uso del derecho comparado cambió de marco o, en todo caso, se encuentra “des-enmarcado”. Cuando Alberdi y Sarmiento disputaban sobre el uso del argumento de derecho jurisprudencial comparado para interpretar la Constitución argentina descansaban en un supuesto: el marco de esa disputa era el Estado nacional. Esa discusión en el SXX tuvo como marco, hasta la década del setenta, el Estado keynesiano-westfaliano. La discusión que se presenta desde fines del SXX se queda corta si no es consciente del des-enmarque en el que se juegan esas disputas de cara a los procesos de internacionalización del derecho por el impacto de los derechos humanos, por un

orden interno de acuerdo con las interpretaciones ganadas por la Corte IDH de los arts. 1.1 y 2 de la CADH sobre obligaciones estatales.

<sup>12</sup> Saunders, C., *op. cit.*, pág. 574, *cf.*, sin embargo, v., Bobek, M. (2013), *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, Oxford UP.

<sup>13</sup> V. von Bogdandy, A., “Founding Principles”, en von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010; von Bogdandy, A. *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos* U.N.A.M., México, 2014.

<sup>14</sup> V. s. el tema, Morales Antoniazzi, M., “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*, México, U.N.A.M., 2013.

lado, y, por el otro, de la “globalización económica”<sup>15</sup> que incrementa y genera desigualdad en un mundo cada vez más interdependiente.

Finalmente, en el trasfondo de las discusiones sobre el uso del derecho comparado por los tribunales yace la pregunta sobre la legitimidad. El predominio de esta pregunta opacó otras discusiones no menos importantes: por ejemplo, las referidas a las cuestiones de interpretación y metodología del uso del argumento de derecho comparado por los tribunales.

Los interrogantes que formulo al uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH tienen como trasfondo esas nuevas combinaciones y en especial giran en torno a la metodología<sup>16</sup>. Me

<sup>15</sup> Fraser, N., *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008: “La justicia como redistribución, reconocimiento y representación”: se pregunta sobre el “marco para pensar cómo las luchas sobre la justicia están organizadas, pero quizá sea mejor decir, desorganizadas en un período en el que no contamos con una gramática de la justicia que pueda reconocerse como hegemónica o, en otras palabras, estamos en un tipo de situación de discurso anormal. Actualmente, el incremento de la anormalidad en los discursos en torno a la justicia conduce al incremento de la incertidumbre en la política de las luchas sociales por la justicia y contra la injusticia. Quizá podamos vincular esta idea con aquella de la crisis de la formación social del neoliberalismo y este período de transición e incertidumbre. Vivimos un momento en el que el neoliberalismo está perdiendo su hegemonía no únicamente en el sentido del colapso financiero, sino porque afortunadamente es ampliamente criticado desde distintas posiciones sociales. También tenemos la incertidumbre de los marcos: ¿las luchas por la justicia deben organizarse sobre una base nacional?, ¿sobre una base global?, ¿transnacional?, ¿o las tres a la vez? y ¿cómo? Todas estas son formas de incertidumbre y anormalidad en las que la gente no se pone de acuerdo. Pero aun dada esta situación de falta de acuerdo, a pesar de la incertidumbre y la anormalidad, la lucha contra la injusticia continuará y debe continuar, no podemos detenernos y esperar una nueva gramática para resolver estos problemas. Mi idea es que tenemos que ser capaces de hacer las dos cosas a la vez; tendríamos que ser capaces de mantener la lucha contra la injusticia en el sentido concreto en que nos ocupamos de estas nuevas condiciones de incertidumbre”.

<sup>16</sup> Saunders, C., *op. cit.*, pág 587, plantea que los tribunales se enfrentan a los mismos problemas que plantea el derecho comparado en cuenta a la elección del método. La diferencia residiría en que los tribunales que están inmersos en un proceso institucional de adjudicación judicial tienen que

interesan las siguientes preguntas, aunque no las pueda abordar en este trabajo: ¿por qué utilizar el derecho comparado desde el punto de vista de la argumentación? ¿Cuáles son (o deberían) ser los criterios de selección del derecho objeto de comparación? ¿Es necesario que la Corte IDH se plantee la cuestión metodológica frente al uso del argumento de derecho comparado? Pero, ¿cuál método: el universalista, el funcional equivalente, el contextualista, el expresivista<sup>17</sup> o una combinación de algunos de acuerdo con la cuestión que se discute y los fines que persigue la comparación en el marco de un proceso judicial? Más específicamente, ¿cuál es la actitud que la Corte IDH tiene respecto del argumento de derecho comparado? ¿Silencio? ¿Rechazo? ¿Apertura? No es claramente de rechazo. Es de apertura; sin embargo: ¿es de inspiración?, ¿es de recepción? ¿es de diálogo explícito para acordar o para disentir? Mi hipótesis sostiene que el uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH no es lineal ni continuo.

Por un lado, el derecho comparado proveniente de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos (jurisprudencia del TEDH o de los órganos de Derechos Humanos de la ONU) aparece para determinar el contenido de una norma a la luz de la aplicación del método de interpretación evolutiva (uso normativo). Por el otro, —y por ahora, en menor medida—, el derecho comparado proveniente del derecho de los Estados de la región aparece para dar a conocer

resolver problemas en plazos acotados. En ese caso, exigencias excesivas respecto del método que deberían utilizar los tribunales disuadiría, tal vez, a varios operadores jurídicos del uso del argumento de derecho comparado. Esto podría implicar la pérdida de algo valioso en los casos que el argumento de derecho comparado enriquece la argumentación judicial. Así Saunders sostiene que el argumento requiere un uso adecuado de lo metodológico. Sin embargo, advierte que lo adecuado respecto del método depende de la finalidad con la que se utiliza el argumento de derecho comparado, del peso que se le acuerda en el proceso deliberativo y del lugar que ocupa en las conclusiones.

<sup>17</sup> Sobre el método en derecho comparado, v. Tushnet, M., “Why Comparative Constitutional Law?” en Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton UP, 2008, cap. 1.

(para conocer) cuál es la práctica sobre un tema (uso descriptivo), para converger o para disentir por medio del uso de argumentos normativos (uso normativo).

Para dar cuenta de estos dos usos tomaré como objeto de análisis un caso: el caso Atala de la Corte IDH (que explico en cuanto a la cuestión, reglas y argumentos en el apartado II. No es objetivo de este trabajo realizar un análisis pormenorizado del caso, realizado ya por la vasta literatura escrita sobre el tema)<sup>18</sup>. Tomo el caso Atala por dos razones. Primero, porque en él aparecen estos dos *usos diversos* del argumento de derecho comparado. Segundo, porque en Atala se da un diálogo a raíz de un argumento de derecho comparado esgrimido por el Estado de Chile. Ese diálogo demuestra que no siempre el resultado resulta en un acuerdo, que los diálogos pueden implicar disensos justificados —como lo hizo la Corte IDH en el caso Atala para explicar y justificar por qué no acordaba con el uso que el Estado chileno sostenía debía hacerse del argumento de derecho comparado—. Estos dos usos no son continuos ni lineales. Lo que me permite sostener la hipótesis de la actitud de tensión con que la Corte IDH hace uso (y vive el uso y debería vivir el uso) del argumento de derecho comparado. Es una hipótesis, porque lo planteado implica una labor de largo aliento que incluye, a su vez, un trabajo de derecho comparado<sup>19</sup> con

<sup>18</sup> V. von Bogdandy, A. *et al.*, *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012; Ronconi, L. y Aldao, M., "Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 3, 2011; Clérico, L., "Impacto del caso Atala. Posibilidades y perspectivas", en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012a, y en Contextos: [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx); Contesse, J., "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 2013, [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Sp\\_20130401.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf), entre muchos otros.

<sup>19</sup> Saunders, C., *op. cit.*, pág. 571.

la jurisprudencia de otro tribunal regional de protección de derechos humanos —el TEDH— para ponerla a prueba.

## II. El caso Atala: cuestión, reglas y argumentos

En el año 2012 la Corte IDH<sup>20</sup> dictó sentencia en el caso Atala sobre discriminación por orientación sexual. El caso llegó como denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) fruto de un reclamo presentado el 24 de noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo; y, a la Corte IDH luego de haber pasado sin éxito por una instancia de solución amistosa en el ámbito de la CIDH.

El caso se refiere a los siguientes hechos: la Sra Atala estaba separada desde el 2002 y tenía a su cargo —de común acuerdo con su ex cónyuge— el cuidado y tuición de sus tres hijas. En noviembre de

<sup>20</sup> La Corte IDH pronuncia sentencia en el caso cuando se encontraba (y encuentra) en pleno debate en varios Estados de América Latina y el Caribe la inclusión del matrimonio igualitario o matrimonio entre personas del mismo sexo o similares en la legislación civil a la luz de la irradiación que las normas constitucionales sobre igualdad producen sobre el derecho común, y las leyes sobre identidad de género. Estas discusiones surgieron en varios Estados de la región como estrategias de visibilización de los derechos de las personas del colectivo LGBTTI desde una agenda promovida desde los movimientos de base. Pecheny, M. y de la Dehesa, R., “Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, y Hiller, R., “Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010; von Opiela, C., “Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo”, en Solari, N. y von Opiela, C. (eds.), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26,618*, Buenos Aires, La Ley, 2011; Menajovsky, S., “El Derecho a la Identidad de Género en Argentina: Su contexto, originalidad y necesidad de su difusión global”, 2014, [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), <http://www.law.yale.edu/intellectuallife/18360.html>.

2002, la pareja de la Sra. Atala, la Sra. E. de R., se mudó a la casa de la Sra. Atala donde también vivían las tres niñas. En enero de 2003 el padre de las niñas solicitó ante sede judicial la tuición de las niñas, sin haber tenido éxito en primera y segunda instancia. En marzo de 2004 la Corte Suprema de Chile revocó la sentencia y otorgó la tuición de las niñas al padre. La Sra. Atala denunció al Estado de Chile alegando que esta acción estatal (sentencia de la Corte) implicaba una violación al principio de no-discriminación por orientación sexual, a la vida privada y familiar, entre otros argumentos.

Así, la cuestión del caso gira en torno a determinar si la acción estatal se basaba en otras razones que no se relacionaran de manera alguna con la orientación sexual de la denunciante y que, a su vez, implicaran una justificación suficiente de la concesión de la tuición de las niñas al padre. Respecto de la primera cuestión la Corte IDH sostiene la tesis de que la discriminación basada en la orientación sexual de una persona se encuentra prohibida en forma definitiva por la Convención Americana cuando ese accionar es en perjuicio de una persona LGBTTI. Respecto de la segunda cuestión sostiene que las razones alegadas por el Estado deben someterse a “un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas”. Este examen debe ser estricto cuando la “decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales”<sup>21</sup>.

En suma, la primera pregunta trata sobre un problema de interpretación de la enumeración contenida en el Artículo 1.1 de la Convención Americana. Al respecto se sostiene que las enumeraciones de categorías prohibidas del artículo 1.1. de la CADH son enumerativas y no taxativas, que pueden ser ampliadas, nos encontramos, por lo tanto, frente a una cláusula abierta. Así, la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1

---

<sup>21</sup> *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, Corte IDH, 24/2/2012 (en adelante, caso Atala), párr. 127 y 131.

de la CADH. Por ello, concluye que está “proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”<sup>22</sup>.

La segunda pregunta indaga en el trasfondo de las argumentaciones estatales para desnudar que el móvil de la acción estatal estaba basado en la orientación sexual de la denunciante y por ello era (y es) discriminatorio y violatorio de la obligación estatal de respetar del Artículo 2.1 de la Convención Americana: cuando el uso de un criterio de clasificación está prohibido, entonces el Estado que quiera excluir a alguna persona de lo que le otorga a otra tiene la carga de la argumentación agravada; es decir, debe basar esa diferencia en razones de mucho peso que nada tengan que ver con la orientación sexual de las personas. El estándar del daño concreto, específico y real fue el prisma bajo el cual se evaluaron los argumentos del Estado *en contraposición con el mero daño especulativo*. Dos son los actos estatales evaluados para concluir que resultaron discriminatorios<sup>23</sup>: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. Para determinar que existió un “vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala” y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile<sup>24</sup>, se tuvo en cuenta: 1) los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, 2) sus conductas, 3) el lenguaje utilizado y 4) el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales.

Ahora bien, si tomamos en serio lo sostenido por la Corte IDH en párrafos anteriores, es decir, que un trato diferenciado en desmedro

<sup>22</sup> Caso Atala, párr. 91, *cf.* párr. 86-92.

<sup>23</sup> A su vez establece una pauta interpretativa: no es necesario sostener que la totalidad de la decisión del Estado se basó en la orientación sexual de la persona discriminada. Alcanza con “que de manera explícita o implícita se haya tenido en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”, párr. 94.

<sup>24</sup> Caso Atala, párr. 95.

de los derechos de una persona LGBTI nunca podría ser justificado con motivo de su orientación sexual, esta sería una suerte de razón excluida de la argumentación. El trato diferenciado debería basarse en razones independientes de la orientación sexual de las personas, de lo contrario, se incurre en discriminación arbitraria. Corresponde al Estado “la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas”<sup>25</sup>. Para aprobar con éxito esta carga es necesario que en las decisiones judiciales sobre temas de tuición se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. Esta relación de conexidad no queda demostrada si el Estado alega: a) la pre-concepción (estereotipo<sup>26</sup>, presunción infundada), no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales (la alegada confusión de roles que habrían presentado las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo)<sup>27</sup>; b) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala<sup>28</sup>; c) la supuesta prevalencia que

<sup>25</sup> Caso Atala, párr. 124, *cf.* 131.

<sup>26</sup> Aún se encuentra poco explorada la cuestión sobre cómo evitar la argumentación estereotipada en la jurisprudencia de la Corte IDH. En relación con el sistema europeo de protección de derechos humanos, v., entre otros: Timmer, A., “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 11, 4, 2011; Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting judgments of the ECHR* Cambridge UP, Cambridge, 2013.

<sup>27</sup> Caso Atala: párrs. 123; 131; 127; 130.

<sup>28</sup> El argumento de evitar la discriminación de las niñas en la escuela u otros ámbitos sociales también se suele alegar en el contexto de las discusiones para la inclusión del matrimonio igualitario, adopción, entre otras. Así, la Corte IDH haciéndose eco de las discusiones que se dan en otros contextos (interacción exógena) da vuelta el argumento. No es ingenua, conoce el diagnóstico, sabe que persisten sociedades racistas, machistas, sexistas, etc. Sin embargo, esta no es una razón para el Estado para poner sobre las discriminadas (las niñas y su madre) la carga de la discriminación, en este

la señora Atala le habría dado a su vida personal por el desarrollo de una opción sexual que implicaría privilegiar sus intereses en desmedro de una concepción tradicional y estereotipada de las mujeres como “madre principal responsable de la crianza de hijos e hijas” y por sobre los intereses de sus tres hijas<sup>29</sup>, y d) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre<sup>30</sup> (“el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”)<sup>31</sup>.

La Corte IDH utiliza derecho comparado en el desarrollo argumentativo de estas dos cuestiones, entre otras. Veamos.

### III. Los usos del argumento de derecho comparado

Los usos del derecho comparado pueden emerger en diversas etapas del proceso argumentativo. Saunders,<sup>32</sup> entre otras, ha propuesto una enumeración —de interés para el propósito de este trabajo— sobre los momentos argumentativos en los que puede aparecer el derecho comparado: en la interpretación de los hechos relevantes del caso, en la delimitación de la cuestión o problema normativo que requiere resolución; en la identificación, formas de aplicación de métodos

caso, separándolas de su madre. Por el contrario, la discriminación social es un diagnóstico que alerta sobre la urgencia de realizar acciones por parte del Estado para terminar con esas discriminaciones. Por tanto, la Corte concluye que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R. Caso Atala, párr. 119.

<sup>29</sup> Ídem.

<sup>30</sup> Ídem.

<sup>31</sup> La Corte IDH analizó el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”. Interpretó entonces que este lenguaje reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia.

<sup>32</sup> Saunders, C., *op. cit.*

interpretación y de resolución de conflictos entre derechos; en la construcción de argumentos, en la identificación de posibles soluciones del problema normativo, en la exploración de las consecuencias a las posibles soluciones, en la determinación de la intensidad de control judicial, en la formulación de remedios, en el diseño de instrumentos para monitorear el cumplimiento de la sentencia, entre otros.

La Corte IDH utiliza el derecho comparado para sostener que: el artículo 1.1 contiene una cláusula de apertura cuando se refiere a “cualquier otra condición social”, que la “orientación social” encaja en “otra condición social”. La Corte usa, entonces, el derecho comparado como parte de la interpretación evolutiva con aplicación de la regla de interpretación *pro homine o pro persona* (“debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”)<sup>33</sup>. Concluye así que los Estados tienen prohibido discriminar en virtud de la orientación sexual en desmedro de las personas LGBTTI.

No es nuevo que tanto la Corte IDH como el TEDH se inclinen por una “interpretación evolutiva” (o “dinámica”) de la Convención caracterizándola —en forma metafórica— como un “instrumento vivo”<sup>34</sup>. Así ocurre en el caso Atala: “otra condición social” reconoce nuevos contenidos debido al “cambio de los tiempos”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Caso Atala, párr. 84; *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 52, y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, párr. 106.

<sup>34</sup> Caso Atala párr. 83; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106. Con posterioridad al caso Atala, v. Caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, Corte IDH 28/11/2012, párr. 245 (en adelante, Caso Artavia); en el Tribunal Europeo ver T.E.D.H., *Caso Tyrer v. Reino Unido*, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

<sup>35</sup> Caso Atala, párrs. 83 y 84.

Ahora bien, como advierte G. Neuman,<sup>36</sup> sostener que son instrumentos vivos, que los sentidos de esos textos evolucionan, no aclara la forma en qué esa evolución ocurre. En qué manantiales hurgará la Corte IDH y en cuáles debería hacerlo. Para Neuman, la evolución ocurre como fruto: a) de la propia producción argumentativa de la Corte IDH, b) de la invocación de otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos, c) de referencias a las producciones del sistema internacional y europeo de protección de los derechos humanos. En este último supuesto emerge el derecho comparado y con la función de mostrar la evolución en la interpretación de una norma. Todo esto ocurre en el caso *Atala* en dos momentos. Lo que sigue encaja en el primer momento, caracterizado por la concordia y la convergencia con el derecho comparado proveniente en su mayor parte de la jurisprudencia del TEDH y de las producciones de los órganos de Derechos Humanos de la ONU. En el próximo apartado emerge el segundo momento de la divergencia y la discordia. Veamos.

a) Los Estados no pueden alegar la orientación sexual de una persona para discriminarla en su perjuicio en el ejercicio de sus derechos.

Para ello la Corte IDH interpreta su *práctica* en el contexto de una práctica del SIDH que desde hace unos años viene pronunciándose en contra de la discriminación por orientación sexual. Así, se enmarca en la línea de las cuatro resoluciones de la OEA aprobadas desde 2008 respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios. Hasta aquí no hay presencia del uso del derecho comparado.

La presencia emerge cuando interacciona<sup>37</sup> con la jurisprudencia del TEDH sobre la materia. Se apoya en sentencias del TEDH en donde

<sup>36</sup> Neumann, G., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, 19, 1, 2008, pág. 107.

<sup>37</sup> Sobre interacciones argumentativas en la región, v. Góngora Mera, M., *Inter-American Judicial Constitutionalism*, San José de Costa Rica, IIDH, 2011; Arango, R., “Constitucionalismo Social Latinoamericano”, en von

fue interpretado, como en el caso Atala, que el listado de categorías que se realiza en el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) es “ilustrativo y no exhaustivo”<sup>38</sup>, que la orientación sexual es una “categoría de discriminación prohibida” y que cae bajo el amparo de la expresión “otra condición” del artículo 14<sup>39</sup> del CEDH —similar al 1.1. de la CADH, que prohíbe tratos discriminatorios—<sup>40</sup>. En esta

Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E. *et al.* (eds.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, U.N.A.M., 2012, tomo II; Burgourgue-Larsen, L., *op. cit.*; Saba, R., “El Principio de Igualdad en el Diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G., Clérico, L. *et al.* (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, entre otros.

<sup>38</sup> Con referencias a T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, párr. 28 (“the applicant’s sexual orientation [...] [is] a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words [‘]any ground such as[’]. Ver también T.E.D.H., *Caso Fretté Vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; T.E.D.H., *Caso Kozak Vs. Polonia*, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, (No. 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010. Final, 28 de diciembre de 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev Vs. Russia*, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108.

<sup>39</sup> Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

<sup>40</sup> Caso Atala párr. 87 con referencia a T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28; *Caso L. y V. Vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 45; *Caso S. L. Vs. Austria*, (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 37, y *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50. En particular, en el Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó

parte de su argumentación —en contraste con la subsiguiente— la Corte IDH no despliega las razones de estas sentencias del TEDH, con lo que queda la pregunta abierta acerca de si utiliza el precedente comparado por la fuerza de la autoridad del TEDH en materia de derechos humanos o por las razones que emanan de esas sentencias (fuerza argumentativa).

Asimismo, recepta gran cantidad de Declaraciones de la ONU, informes de los relatores especiales de Naciones Unidas, Observaciones y casos relevantes del Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos de la ONU, en especial, la Observación General 20 del Comité de DESC, que determinan que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”. Agrega que el Comité de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación. Y, en especial, se detiene en que el Comité de Derechos Humanos en reiteradas oportunidades<sup>41</sup> advirtió a los Estados, que a pesar de los avances que se verificaban en el respeto de los derechos de las personas del LGBTTI, aún persistían prácticas de discriminación atentatorias, que implican asimismo violación a la integridad psíquica y física de las personas y, en algunos casos, de la vida. En estos casos, la fuerza del argumento de derecho comparado parece devenir de las razones que se despliegan en estas producciones (fuerza argumentativa).

que la orientación sexual es un concepto que se encuentra amparado por el artículo 14 del CEDH. Además, lo reiteró en el Caso *Clift Vs. Reino Unido*, T.E.D.H., *Caso Clift Vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57.

<sup>41</sup> Caso *Atala*, párr. 89 con citas del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: *Observaciones finales, Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007, párr. 16; *Observaciones finales, Barbados*, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007, párr. 13; *Observaciones finales, Estados Unidos de América*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, párr. 25; *Observaciones finales, El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 16.

Por último, perdido sobre el final de una larga nota al pie de página,<sup>42</sup> se refiere a la prohibición explícita de discriminación por orientación sexual en las Constituciones de algunos Estados (Bolivia, Ecuador, Kosovo, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Suiza); o a otras normas que en materia de derecho de familia otorga a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que a las heterosexuales. Se refiere al desarrollo legislativo reciente en la materia y en la región: en Argentina, a través de la reforma del Código Civil por Ley 26.618 de 2010 sobre matrimonio igualitario; la ley 18.246 de 2008 de Uruguay que reconoce las uniones civiles (“uniones concubinarias”) de parejas del mismo sexo y la Ley 18.590 de 2009 que autorizó la adopción conjunta por parte de parejas en unión civil.

b) Examen de las razones alegadas por el Estado para determinar si eran independientes de la orientación sexual de Atala y tenían el peso suficiente para justificar en forma acabada la desigualdad de trato.

El argumento de derecho comparado emerge en esta parte de la argumentación en forma expresa para determinar la intensidad del escrutinio a la que se deben someter las razones estatales. No se enuncia solo el resultado que surge del proceso interpretativo reflejado en la sentencia del TEDH sino también la justificación. Esto arroja agua a la tesis que sostiene que en esta parte de la argumentación el precedente comparado se utiliza por la fuerza argumentativa de las razones y no simplemente por la autoridad (moral) del tribunal que lo expide.

A su vez, no es casual que en forma preponderante interaccione con precedentes del TEDH. En este supuesto la Corte IDH se encuentra frente a un caso nuevo. Nunca antes había encarado el caso como un supuesto de discriminación por orientación sexual. El uso de precedentes comparados se debe a esta falta de antecedentes en su propia jurisprudencia, lo que confirma el resultado de estudios<sup>43</sup> que sostienen que cuanto más novedosa la materia, mayores las referencias al derecho comparado y, por el contrario, cuanto mayor caudal

---

<sup>42</sup> Caso Atala, nota a pie de página n.o 113.

<sup>43</sup> Saunders, C., *op. cit.*

de precedentes jurisprudenciales del propio tribunal sobre la materia, tanto más decrece la referencia a precedentes comparados<sup>44</sup>.

El TEDH cuenta ya con una larga historia jurisprudencial sobre casos referidos a la orientación sexual. Piovesan<sup>45</sup> propone una periodización de esa jurisprudencia: se inicia en los años 80 bajo la consigna de combate a la criminalización de las prácticas homosexuales consentidas entre adultos; sigue en los años 90 como lucha contra la discriminación por la orientación sexual; desde el 2000 la consigna incluye igualdad por reconocimiento, desde el 2002 se inicia la jurisprudencia referida al reconocimiento de los derechos de las personas trans; desde el 2008 el derecho a adoptar de las personas con orientación homosexual; y a partir del 2010 se empieza a tratar la cuestión del matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo.

Esta línea jurisprudencial comparada fue de utilidad para la Corte IDH en *Atala* para hurgar si las razones utilizadas por los tribunales chilenos para la revocación de la tuición en perjuicio de la Sra. *Atala* implicaban un accionar discriminatorio. Sigue la pauta del TEDH que establece que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido

<sup>44</sup> Saunders, C., *op. cit.* Por lo demás, para un análisis empírico sobre por qué los tribunales aplican derecho comparado v. el trabajo empírico de: Law, D., “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”, *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 4, 2015, se refiere a diversos factores que generan un ambiente propicio para el uso del derecho comparado por los tribunales, entre otros: capacidades institucionales (la posibilidad de las instituciones de emplear a asistentes que hayan estudiado en el extranjero o que sean investigadores en la materia; un sistema de formación en derecho que genere entusiasmo y habilidades para el comparativismo; hacerlo parte de la diplomacia judicial (“the concept of judicial diplomacy helps to explain why constitutional courts engage in a number of practices that are only tenuously related to the act of adjudication. Although the U.S. Supreme Court rarely practices constitutional comparativism, it is an active practitioner of judicial diplomacy in other forms”).

<sup>45</sup> Piovesan, F., “Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos europeo e interamericano”, en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.

utilizada en una decisión particular no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona. Para ello alcanza “con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”<sup>46</sup>. Para concluir que la Sra. Atala fue víctima de un trato discriminatorio por los tribunales chilenos aplicó el *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, en el que el TEDH interpretó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro varón como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final. Con base en esta jurisprudencia, la Corte IDH tomó como relevante los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido, para concluir que la diferencia de trato se basó en la orientación sexual<sup>47</sup>.

Asimismo, volvió a recurrir al argumento de derecho comparado para enfatizar que la CADH no privilegia un modelo único de familia (artículo 11.2 de la Convención Americana y artículo 17 de la Convención), por cuanto este puede variar. Luego lo aplicó al caso Atala. La Corte IDH determinó que era visible que se había constituido un “núcleo familiar” que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Por tanto, este Tribunal concluyó también que la separación de la familia constituida por la Sra. Atala, su pareja y las niñas constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.

Por último, pero no menos importante, están las otras relaciones exógenas que responden a un diálogo traccionado desde abajo hacia arriba, se trata de la recepción de razones que se desprenden de la jurisprudencia de tribunales de América Latina, el Caribe y Norteamérica.

<sup>46</sup> Con referencia a T.E.D.H., *Caso E.B.*, párrs. 88 y 89.

<sup>47</sup> Con referencia a T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, párrs. 28 y 31 y *Caso E.B.*, párr. 85.

Al respecto existe una abundante jurisprudencia sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual<sup>48</sup>. Sin embargo, las citas de esta jurisprudencia en Atala son escasas<sup>49</sup> y se reducen a la de la Corte Constitucional Colombiana<sup>50</sup> y a México<sup>51</sup>. También se agregan referencias a casos provenientes de Canadá<sup>52</sup> y EE.UU. de Norteamérica<sup>53</sup>. ¿Por qué no incluir jurisprudencia de otros tribunales de América Latina?<sup>54</sup>

<sup>48</sup> V. von Opiela, C., *op. cit.*; Clérico, L., “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

<sup>49</sup> Por el contrario, v. el caso *Gelman vs. Uruguay* Corte IDH, 24/2/2011, en la que la Corte IDH tuvo en cuenta la jurisprudencia de Argentina (párr. 215); Chile (párr. 216/17); Perú (párr. 218); Uruguay (párr. 219); Honduras (párr. 220); El Salvador (párr. 221) y Colombia (párr. 222/23) como antecedentes para resolver el caso.

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-507 de 1999; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373 de 2002; sobre autonomía en general: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003 (autonomía); Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998.

<sup>51</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 336 y 338; 263, 264 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar niños y niñas.

<sup>52</sup> Corte Suprema de Canadá: Caso *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR, 513, 518 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5360) estableció que “[la] orientación sexual es más que simplemente un ‘estatus’ que un individuo posee: es algo que es demostrado por medio de la conducta de un individuo por la elección de una pareja”.

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando la decisión de un tribunal de otorgarle la custodia de un menor de edad al padre por considerar que la nueva relación de la madre con su nueva pareja de otra raza implicaría un sufrimiento para el niño por la estigmatización social de la relación de la madre.

<sup>54</sup> El problema de la selección del objeto de comparación es materia de investigación, en: Wildhaber, L. *et al.*, “No Consensus On Consensus? The Practice Of The European Court Of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 33, 7-12, 2013; Barak, A., “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review*, 116, 2002, pág.

c) Conclusiones intermedias

Es posible plantear aquí cuatro conclusiones intermedias: 1) el uso del argumento de derecho comparado aparece en el proceso de interpretación del alcance de una norma; 2) su uso no es decorativo, ni accesorio, forma parte del proceso de interpretación<sup>55</sup>; 3) respecto de las producciones del TEDH y de la ONU: si bien tanto la Corte IDH como el TEDH como la ONU pertenecen a sistemas de protección de derechos humanos, ellos no están inmersos en un sistema de aplicación obligatoria y cruzada de sus precedentes; por ello, su uso, en principio, no deviene de un uso del precedente comparado por la vinculatoriedad formal sino por la autoridad “moral” del TEDH en materia de derechos humanos o por la fuerza argumentativa de las razones desarrolladas en las sentencias que se toman como objeto de comparación. En el caso de las referencias a la jurisprudencia del TEDH respecto a la interpretación de las categorías de discriminación prohibida, las citas son enunciativas de la misma tesis que la Corte IDH quiere sostener (la cláusula de apertura, la orientación sexual como categoría prohibida), pero falta un mayor trabajo comparado de las razones de esas sentencias, con lo que nos preguntamos si las referencias al TEDH no se basan acaso en la autoridad “moral” de ese tribunal en materia de derechos humanos. Por el contrario, las referencias a las sentencias del TEDH para determinar cómo analizar (y con qué intensidad) las razones del trato que se ataca por discriminatorio (punto b) de este apartado) son sustantivas. Aquí el uso del precedente comparado se basa sobre la fuerza argumentativa de las razones que sostienen esas sentencias. 4) Las referencias al derecho constitucional y común comparado de la región no ocuparon un lugar relevante en la argumentación de la Corte IDH, la actitud del tribunal al respecto parece ser de accesoriedad más que de convergencia (sobre esto volveremos en próximos apartados). Queda la pregunta abierta: ¿por qué la Corte IDH evitó o eludió interactuar fluidamente con la

111; Glensy, R. D., “Which Countries Count?: Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority”, *Virginia Journal of International Law*, 45, 2005, pág. 361, entre otros.

<sup>55</sup> Caso Atala, párr. 91.

jurisprudencia de Tribunales de América Latina<sup>56</sup> sobre la cuestión relevante del caso: la prohibición de discriminación por orientación sexual, más allá de los casos de Colombia y México?<sup>57</sup>

#### IV. ¿Otro uso del argumento de derecho comparado?

En el reciente caso *Artavia Murillo* sobre reproducción asistida<sup>58</sup> la Corte IDH es entusiasta en el uso del derecho comparado. Lo utiliza en mayor medida que en *Atala*. Cuando se refiere nuevamente a la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos, concebidos en forma metafórica como instrumentos vivos<sup>59</sup>, sostiene que la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional<sup>60</sup> o jurisprudencia

<sup>56</sup> Por el contrario, la Corte IDH se refiere ampliamente y en general —es decir, no respecto de la discriminación por orientación sexual— a la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y Tribunales Superiores e inferiores de América Latina que aplican el control de convencionalidad e interpretaciones de la CADH provenientes de la jurisprudencia de la Corte IDH: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá para sostener el uso del derecho interamericano de los derechos humanos en el orden interno.

<sup>57</sup> En el derecho constitucional comparado es objeto de discusión la pregunta acerca de cómo y bajo cuáles criterios se seleccionan lo que se quiere comparar. V., por ejemplo, Hirschl sobre aplicación del método de las ciencias sociales de estudio de caso. Saunders, C., *op. cit.*, se pregunta si estas exigencias metodológicas son trasladables al uso del derecho comparado que hacen los operadores judiciales. Más allá de la respuesta, lo importante es que identifica un punto muy poco trabajado y que refiere a la metodología del uso de derecho comparado. V., sobre esta pregunta asimismo, Contesse, J., *op. cit.*

<sup>58</sup> Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, párr. 245.

<sup>59</sup> Caso *Artavia Murillo*, párr. 245 con referencias a “*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; *Caso Atala*, párr. 83.

<sup>60</sup> Caso *Artavia Murillo*, párr. 245 con referencia al caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, en el que interpreta que la Corte IDH advirtió “que un número

de tribunales internos<sup>61</sup> a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Hasta aquí reconstruye su propia práctica enfatizando (o ¿sobreactuando?) el uso del derecho comparado proveniente de los Estados de la región interamericana. Sin embargo, lo novedoso y, a su vez, lo que debería marcar una alerta argumentativa, es la lectura que realiza de la práctica de su par el Tribunal Europeo quien “ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado”<sup>62</sup>.

¿Por qué la alerta argumentativa? Esta alarma debería estar siempre presente. Pero aún más cuando el uso del argumento de derecho comparado es débil porque encubre, según quiero sostener, un salto argumentativo. ¿Cuál debe ser nuestra preocupación, desde el punto de vista de la argumentación? Cuando un tribunal de derechos humanos se ampara bajo una fórmula hueca para evadir la argumentación. Esa fórmula hueca aparece cuando el TEDH apela a la falta de consenso de los Estados sobre una cuestión para reconocerle un margen de maniobra a los Estados, por ejemplo, para deliberar si quieren o no seguir discriminando. Justamente en este salto argumentativo ha caído el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en

considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano.”

<sup>61</sup> Caso Artavia Murillo, párr. 245 con referencias a los casos *Heliodoro Portugal vs. Panamá* y *Tiu Tojín vs. Guatemala*, para enfatizar que la Corte “tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el Caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*, la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son los casos *Atala Riffó y Niñas vs. Chile* y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.” Sin embargo, las referencias en el caso Atala a la jurisprudencia de los tribunales internos de la región se limitó a los casos de Colombia y México; y más allá de América Latina a los de Canadá y EEUU, como se advirtió en el texto de este trabajo.

<sup>62</sup> Caso Artavia Murillo, párr. 245.

la posición mayoritaria, en el caso *Kopf y Schalk vs. Austria* sobre discriminación por orientación sexual por falta de reconocimiento en ese Estado del matrimonio entre personas del mismo sexo. El voto de la mayoría del TEDH en el caso *Kopf y Schalk vs. Austria* sostiene que no existe aún consenso en el derecho europeo sobre la falta de habilitación para el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Aplica el margen de apreciación de los Estados para dejar de examinar si la no inclusión del matrimonio igualitario en el derecho común austríaco, que aún no habilita el matrimonio entre dos personas del mismo sexo<sup>63</sup>, es discriminatorio<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Caso *Schalk y Kopf vs. Austria*. TEDH, 24/06/2010, El Tribunal en su posición mayoritaria concluye que no hubo violación del derecho al matrimonio por parte del Estado austríaco. En este punto, es más convincente el voto en disidencia de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens, quienes critican a la posición mayoritaria en tanto no analizaron si en el caso el Gobierno austríaco había incurrido en un accionar discriminatorio, evadiendo la cuestión a través del reconocimiento al Estado de un margen de apreciación. Los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens sostienen que en tanto el Estado no dio argumento para sostener el trato desigual, entonces, no sería posible escudarse en el margen de apreciación, “de hecho, sólo en caso de que las autoridades nacionales ofrezcan fundamentos de justificación, la Corte puede interpretar, teniendo en cuenta la presencia o la ausencia de un enfoque común [entre las legislaciones de los estados partes], que están mejor ubicados que ella para tratar eficazmente la cuestión”, párr. 8. *Queda claro que el margen de apreciación de los Estados no es una razón de peso suficiente para justificar una diferencia de trato ni menos aún para ser la primera y única ratio*. v. Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M., “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, *La Ley*, 2010; Hodson, L., “A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria”, *Human Rights Law Review*, 11, 1, 2011; Lau, H., “Rewriting Schalk and Kopf: shifting the locus of deference”, en Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, pág. 251.

<sup>64</sup> Examina la cuestión del derecho a contraer matrimonio, art. 12 CEDH, Bribosia, E. *et al.*, “Same-Sex Marriage. Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the U.S. Experience”, *Berkeley Journal of International Law*, 32, 1, 2014.

De regreso al caso Atala, encontramos que el Estado chileno argumentó que no existía consenso entre los derechos de los Estados del SIDH sobre la orientación sexual como una categoría de discriminación prohibida. El Estado chileno utiliza aquí la estrategia argumentativa del TEDH: si falta consenso entonces existe un margen de apreciación para los Estados de la región. Adelantamos: esta estructura argumentativa presenta dos problemas. El primero interno a la misma estructura: ¿cómo se calculan los consensos? ¿Cuántas convergencias de prácticas se requiere para hablar de consenso? ¿Es una cuestión aritmética o basta con que se trate de una tendencia? El segundo problema es el más importante y ataca la legitimidad del uso de la estructura argumentativa: no se trata de la mera acumulación de adhesiones (cuestión de hecho) sino de por qué debe aceptarse —o no— esa falta de convergencia de prácticas como algo común y, a su vez, como un argumento de peso para justificar un trato desigualitario, en última instancia esa era la cuestión que se estaba debatiendo.

La Corte IDH debilita con *buenas razones*, en forma concisa y clara, el argumento de la falta de consenso alegado por el Estado chileno. La Corte IDH le marca al Estado un salto argumentativo en su razonamiento: porque aun cuando existan normas y prácticas discriminatorias al interior de los Estados, de ahí no se sigue que estas deban ser. Es decir, la interpretación de la CADH es una cuestión normativa de deber ser en la que hay que argumentar y justificar<sup>65</sup>.

No se trata solo de verificar adhesiones o no a determinadas instituciones o interpretaciones, sino de argumentar. Es decir, de dar razones de por qué o no esas prácticas que se verifican o no en los Estados de la región deben ser consideradas como relevantes en la argumentación para examinar si el Estado cumplió o no con las obligaciones de respetar, garantizar y proteger. Esta última es la posición

<sup>65</sup> V. Letsas, G., “The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and Legitimacy”, en Ulfstein, G., Follesdal, A. *et al.* (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, sobre la interpretación de una convención de derechos humanos desde la teoría interpretativa del ‘moral reading’ propuesta por Dworkin.

acertada que toma la Corte IDH cuando contesta al Estado de Chile y afirma que esta es una cuestión de obligaciones y, así, se niega a aplicar el llamado margen de apreciación de los Estados:

En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido... El hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana<sup>66</sup>.

En suma, no existe margen de apreciación de los Estados para discriminar por orientación sexual. Nuevamente la discriminación por orientación sexual está proscripta como concluye la Corte IDH<sup>67</sup>.

## **V. El efecto boomerang en el uso del argumento de derecho comparado**

Cuando se abre la puerta del uso de derecho comparado aparece la tentación del efecto “combo”. Si se aplicó cierta jurisprudencia del TEDH, por qué no aplicar otra. O acaso se trata de seleccionar del cajón de las frutas las que más me gustan y dejar las que me disgustan (llamado “*cherry picking*”). De hecho, de la jurisprudencia del TEDH surge la estructura de la combinación argumentativa alegada por el

<sup>66</sup> Caso Atala, párr. 92.

<sup>67</sup> Caso Atala, párr. 91.

Estado chileno. El argumento de derecho comparado<sup>68</sup> con el llamado “margen de apreciación” de los Estados.

Esta relación no se da en forma contundente en la jurisprudencia de la Corte IDH. Este juego argumentativo, frecuente en la jurisprudencia del TEDH, ha ocasionado acaloradas disputas en la academia europea<sup>69</sup>. Como en forma clara y sintética lo ilustra Marisa Iglesias: por un lado, se la ha criticado por su uso estratégico y sin ánimo de construir una teoría coherente que dote de previsibilidad a su aplicación y evite a su vez las incoherencias; por su uso como una carcasa para obturar la argumentación de por qué una acción o una omisión estatal es violatoria o no de un derecho; por otro lado, se la ha defendido porque posibilita la flexibilidad argumentativa del TEDH para la construcción de la aceptabilidad de sus sentencias por los Estados y por permitir mostrar la pluralidad europea<sup>70</sup>.

El peor de los escenarios se podría manifestar si la Corte IDH hiciera uso de una suerte de préstamo descontextualizado. Existe un diálogo jurisprudencial fluido entre ambos tribunales. Esto se vislumbra, por ejemplo, en las recepciones cruzadas que hacen de sus respectivas jurisprudencias en la resolución de los casos; como así también en el intercambio que se produce entre ambos tribunales por

<sup>68</sup> Sobre los (nuevos) usos del argumento de derecho comparado por los tribunales, Wendel, M., *op. cit.*; Bobek, M., *op. cit.*

<sup>69</sup> Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford UP, 2012; Rivers, J., “Proportionality and Discretion in International and European Law”, en Tsagourias, N. (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge UP, 2007, pág. 107; Yutaka, A.-T., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2001; Valiña, L., “El margen de apreciación de los estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Courtis, C. (ed.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, del Puerto, 1997.

<sup>70</sup> V. Iglesias Vila, M., “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, 2013, [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf).

medio de estancias de prácticas profesionales cruzadas que el personal de apoyo de uno de esos tribunales realiza en el otro<sup>71</sup>. Hasta aquí no hay advertencia y esto parece ser parte del fenómeno del llamado “diálogo jurisprudencial” entre diferentes tribunales.

La advertencia surge si se pierden de vista *los contextos de los casos* que resuelve cada tribunal. El TEDH y la Corte IDH son dos tribunales regionales de protección de los derechos humanos, esta es una similitud obvia<sup>72</sup>. Sin embargo, la metodología de aplicación de los derechos no es similar. En el TEDH está estandarizado el uso del examen de proporcionalidad. En la Corte IDH se empieza a aplicar con mayor frecuencia a partir de fines del SXX, pero no es (ni debe ser) el método único de resolución de los conflictos entre derechos<sup>73</sup>. ¿A qué se debe esta diferencia? Esto obedece a los tipos de casos que llegaron a la Corte IDH, los cuales responden a la historia del sistema. Si bien la hipótesis referida a los tipos de casos fue anunciada en otros trabajos<sup>74</sup>, no fue explorada en relación con la conjunción argumentativa conformada por: el examen de proporcionalidad, el margen de apreciación y el argumento de derecho comparado.

El sistema interamericano cobra legitimidad por investigar y condenar a los Estados respecto de violaciones masivas a los derechos humanos<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Esto surge de entrevistas informales que mantuve con informantes claves a los efectos de bosquejar el proyecto en el que se enmarca el presente artículo.

<sup>72</sup> Sobre los casos similares en los estudios de derecho comparado, Hirschl, R., “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005.

<sup>73</sup> V. Burgourgue-Larsen, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12, 1, 2014; Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Capaldo, G., Clérico, L. et al. (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012b.

<sup>74</sup> Harris, D. J. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights* Clarendon Press, Oxford, 1998.

<sup>75</sup> Sobre la historia del sistema, v. Burgourgue-Larsen, L. y Ubeda de Torres, A. (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary* Oxford UP, Oxford, 2011; Pasqualucci, J., *The Practice and Procedure of the*

en los que no corresponde otorgar a los Estados perpetradores ningún margen de apreciación. Estos casos responden a un “patrón tradicional” de violación de los derechos<sup>76</sup>. En los “casos tradicionales” el modelo de aplicación dominante fue el de la subsunción. Los hechos de estos casos conforman “un patrón tradicional” de violación de los derechos. Se trata de un accionar estatal, generalmente, por acción comisiva que implica violaciones claras y extremadamente graves a la dignidad y/o el derecho a la vida y/o a la integridad. Se trata en fin de desaparición forzada de personas, de ejecuciones arbitrarias, de detenciones arbitrarias, de violación al debido proceso y derecho de defensa en contextos de dictaduras militares o de gobiernos democráticos que por acción u omisión permiten ese accionar de fuerzas de seguridad estatales o paraestatales. Estos casos pueden ser caracterizados también como casos fáciles (no por ellos menos trágicos). Las violaciones caen sin problemas de interpretación de normas ni de hechos en el antecedente de la norma<sup>77</sup>. En todo caso lo difícil es hallar o preservar parte de la prueba, por ejemplo, la vida de los testigos como ejemplos de supuestos extremos. Estos casos predominantes en la década de los 80 y 90 no han dejado de llegar a la Corte IDH, sino que en todo caso ha cambiado su modalidad.

Sin embargo, con mayor frecuencia llegan a la Corte IDH casos que develan un “patrón nuevo”<sup>78</sup>, son casos que hablan de conflictos entre derechos<sup>79</sup> reconocidos en la misma Convención: ambos aspiran al mayor desarrollo posible y no soportan la realización del otro en el espacio de convergencia en que chocan. Al respecto, el

*Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge UP, 2006; Pinto, M., *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, del Puerto, 2008.

<sup>76</sup> En este sentido el caso paradigmático sigue siendo “Velázquez Rodríguez”, v.: <http://www.corteidh.or.cr/>

<sup>77</sup> Legg, A., *op. cit.*

<sup>78</sup> *Cfr.* voto concurrente de García Ramírez, en caso Tibi vs. Ecuador, Corte IDH, 2004, párr.7-9.

<sup>79</sup> Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*

caso paradigmático es “Kimel”<sup>80</sup> como conflicto entre el derecho a la libertad de expresión de un historiador-periodista y el interés de un ex juez de proteger su derecho a la honra frente a la crítica recibida por su actuación. La Corte resuelve el conflicto “a través de un juicio estricto de proporcionalidad”<sup>81</sup>. Esta es la fórmula de la proporcionalidad desarrollada especialmente por la dogmática alemana y que la Corte IDH adopta como fórmula en su jurisprudencia<sup>82</sup>, por lo menos, en la que va desde “Kimel”<sup>83</sup>. En el conjunto de estos nuevos casos aparecen los relacionados con las nuevas demandas de igualdad: por género, orientación sexual, por situación de discapacidad, de migración, entre otros. Estos casos hablan de desigualdades de trato profundas. La novedad de los casos no está dada porque no existieran como injusticias en la región, sino que recién a partir del 2000 se hacen visibles para la Corte IDH por los casos que le empieza a mandar la Comisión IDH para que resuelva. Merced a estos casos la Corte IDH se encuentra desarrollando el examen de igualdad en la modalidad del principio antidiscriminatorio, de la desigualdad estructural por falta de distribución y reconocimiento; de la desigualdad indirecta.

<sup>80</sup> “Kimel, Eduardo v. República Argentina”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02/05/2008.

<sup>81</sup> Para resolver el caso concreto la Corte IDH aplica el examen de proporcionalidad y sus tres subexámenes, el de idoneidad, el de medios alternativos y el de proporcionalidad en sentido estricto. Kimel, *op. cit.*, párr. 58.

<sup>82</sup> Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*; Nogueira Alcalá, H., “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, 9, 1, 2011; Cayuso, S., “Corte Interamericana de Derechos Humanos. El principio de legalidad y el principio de razonabilidad”, *Jurisprudencia Argentina*, III, 2008.

<sup>83</sup> Antes usaba el examen en la versión del examen de razonabilidad, por ejemplo, v. Corte IDH, Opinión Consultiva sobre colegiación de periodistas: esta fórmula de razonabilidad se parece más al *test* del escrutinio estricto que al examen de proporcionalidad en sentido amplio. Aunque ver retroceso en *Mémoli vs. Argentina*, Corte IDH (2013).

En esta nueva línea jurisprudencial de casos, cada vez más frecuente, se aplica el examen de proporcionalidad o el examen de igualdad. Por ahora no ha sido frecuente su combinación con el llamado margen de apreciación estatal<sup>84</sup>; no ha sido frecuente que la Corte IDH se plantee como problema qué tan deferente o no debe ser al desarrollo normativo e interpretativo sobre los derechos que se están dando en cada uno de los Estados de la región en los casos concretos. Reiteramos: esto se debió al tipo de violaciones de derechos humanos que resolvió, y esta inercia perdura aún hoy en la forma en que se encara el tratamiento de los casos nuevos<sup>85</sup>.

Sin embargo, de cara a los procesos (en diferentes grados) de consolidación de la democracia en la región<sup>86</sup>, algunos Estados alegan que se les reconozca un margen de apreciación para el desarrollo interpretativo de los derechos. Este argumento es recurrente en la jurisprudencia del TEDH y su aplicación en relación con el examen de proporcionalidad e igualdad es variada y confusa<sup>87</sup>. Asimismo, en algunos contextos de casos emerge en relación con el argumento de derecho comparado. El TEDH se pregunta cuál es el desarrollo normativo que ha tenido un derecho en cada uno de los Estados de la región, si encuentra una suerte de mínimo común denominador; resulta, ni más ni menos, el llamado “derecho común europeo”. Entonces, basándose en una suerte de “consenso normativo” se siente más legitimado, por ejemplo, para reducir (según el caso) el margen de apreciación del Estado demandado y aplicar un examen de proporcionalidad intensivo. Si no fuera el caso, entonces es probable que le reconozca un mayor margen de apreciación al Estado

<sup>84</sup> Legg, A., *op. cit.*

<sup>85</sup> V., sin embargo, *Mémoli vs. Argentina*, Corte IDH (2013).

<sup>86</sup> Gargarella, R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, 2013, [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf); Spano, R., “Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Journal*, 14, 3, 2014.

<sup>87</sup> V. Legg, A., *op. cit.*; García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra, Civitas-Thomson Reuter, 2010; Iglesias Vila, M., *op. cit.*

demandado y no desarrolle el examen de proporcionalidad e igualdad en su plenitud argumentativa. Este juego de relaciones no siempre es claro, en algunos casos parece usarlo de forma estratégica ocultando los criterios de aplicación. Razón por la que ha sido objeto de análisis y crítica de la academia.

Aquí aflora la advertencia y el último paso argumentativo de este trabajo. Dado el fenómeno de diálogo entre ambos tribunales, puede ser probable que la Corte IDH en algunos casos se sienta tentada de copiar esta relación argumentativa entre examen de proporcionalidad/igualdad, margen de apreciación y argumento de derecho comparado como se desarrolla en la jurisprudencia del TEDH (que reiteramos en algunos casos es utilizada por razones estratégicas para no proseguir con el desarrollo argumentativo que amerita la cuestión del caso, lo que implica un claro déficit de argumentación). Por ello, se justifica explorar la relación entre la aplicación del examen de proporcionalidad y de igualdad, el margen de apreciación estatal y el argumento de derecho comparado en la jurisprudencia del TEDH<sup>88</sup> y en la jurisprudencia de la Corte IDH para establecer similitudes y diferencias. Todo ello para justificar por qué la Corte IDH tiene que sostener una actitud de alerta argumentativa para no perecer frente a la tentación de la copia irreflexiva de una estrategia de evasión argumentativa. La Corte IDH dio pruebas de no haber sucumbido frente a la primera tentación presentada por el Estado chileno en el caso Atala. Respondió con muy buenas armas argumentativas a este embate, con el estándar que Parra Vera y Huber logran sintetizar bajo la exigencia

<sup>88</sup> En el ámbito del sistema europeo de derechos humanos estudian esta relación, entre otros: Helfer, L.R., “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, 23, 1, 199; Benvenisti, E., “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *Journal of International Law and Politics*, 31, 4, 1999; Murray, J. L., “Consensus: Concordance, or Hegemony of Majority”, *Dialogue between judges*, Strasbourg, European Court of Human Rights and Council of Europe, 2008; Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford UP, 2009; Dzehtsiarou, K., “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, 12, 10, 2011.

de “una argumentación lo más rigurosa y exhaustiva posible”<sup>89</sup>. La Corte IDH no evade justificar<sup>90</sup> por qué no debe reconocer al Estado

<sup>89</sup> Parra Vera, O. y Huber, F., “Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso Atala Riffo y Niña”, en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.

<sup>90</sup> El/la evaluador/a anónimo me propone un tema que debería abordarse en el artículo y que resume en las siguientes preguntas: “¿cuál debe ser el rol de un tribunal regional de derechos humanos? ¿Debe funcionar como una especie de tribunal constitucional regional? ¿Debe tener un rol más subsidiario?” Interpreta que la conveniencia o inconveniencia de algunos de los usos del derecho comparado que identifiqué en el trabajo exige previamente responder la pregunta sobre el papel del tribunal en la región. “La crítica al argumento de la deferencia basada en la falta de consenso presupone una cierta concepción de un tribunal de derechos humanos regional.” El tema es interesante; sin embargo, disintimos en cuanto al enfoque. Mi acercamiento a los usos del derecho comparado es en relación con el problema que encierra el caso. Es un acercamiento desde el problema. En este caso la cuestión de discriminación. *Desde allí* identifiqué las funciones con las que el tribunal utiliza el argumento de derecho comparado. Mi objetivo en este trabajo no es desarrollar en profundidad el papel que debe jugar el tribunal en el uso de derecho comparado *en general y abstracto*. Mi enfoque sostiene la *perspectiva del problema*. El/la evaluadora parece presuponer en su pregunta otro enfoque, uno más top-down (por llamarlo de algún modo), es decir, pretende que primero se desarrolle una teoría del papel del tribunal en la región y que desde ahí se juzgue la conveniencia o inconveniencia del uso del argumento de derecho comparado. Insisto este no es el enfoque escogido. A pesar de ello, no evado trabajar *en relación con el problema* el papel del tribunal en la región. Existen diversas propuestas sobre el papel de la Corte IDH en la región, sobre cómo pensar las relaciones entre el sistema constitucional de los Estados y la Corte IDH. Así, se habla de un papel “subsidiario” de la Corte IDH, o uno “complementario” o uno interactivo (retroalimentación) [Nash Rojas, C., “Relación entre el sistema constitucional y el sistema internacional en materia de derechos humanos”, en Capaldo, G., Clérico, L. *et al.* (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012]. Sostengo en el trabajo que la Corte IDH debe considerar los desarrollos legislativos y jurisprudenciales de la región; sin embargo, la mayor o menor convergencia de esos desarrollos no es por sí sola un argumento para justificar que el tribunal

chileno un margen de apreciación y por qué la falta de consenso sobre la materia no puede alegarse con éxito para evadir el cumplimiento de la obligación de no-discriminación en perjuicio del colectivo LGBTTI. Veamos. No hay margen de apreciación de los Estados en el caso (aunque no haya consenso en las prácticas de los Estados) porque: a) la orientación sexual de las personas es una cuestión central de la construcción de la identidad<sup>91</sup>; b) por el ejercicio del derecho a la construcción de la identidad desde orientaciones sexuales que no encajan con la dominante, las personas del colectivo LGBTTI han sido discriminadas histórica y estructuralmente<sup>92</sup> y las consecuencias de esas prácticas persisten en la actualidad<sup>93</sup> incluso bajo el uso de estereotipos<sup>94</sup>, c) el colectivo LGBTTI no se encuentra en igualdad de condiciones para desterrar las prácticas discriminatorias en el ámbito legislativo, judicial, laboral, entre otros.

En suma, aquí la Corte IDH empieza a andar los pasos de la construcción de una teoría integrada de la tensión que implica el uso del argumento de derecho comparado combinado con la pretensión estatal de que se le reconozca un margen de apreciación para interpretar la CADH y las consecuentes obligaciones que surgen de ellas. Las primeras puntadas de esta teoría en construcción contienen tres elementos y en clave de abstracción dice: la doctrina del margen

evada tratar las sinrazones del supuesto de discriminación. Supongo en este trabajo un rol dialógico (de interacción) de la Corte IDH en la región que bajo ningún supuesto puede implicar evadir la argumentación.

<sup>91</sup> Caso Atala párr. 57 con cita de *Clift vs. Reino Unido* y del caso *Salgueiro da Silva Mouta*.

<sup>92</sup> Caso Atala, párr. 267.

<sup>93</sup> El ejercicio de su identidad sexual les cuesta la vida, la integridad física o psíquica, la reducción de las posibilidades de trabajo o la pérdida del trabajo, para un mayor detalle v. las citas al pie de página en el párr. 92 del Caso Atala con referencia a informes de la ONU. Además, prueba de las consecuencias que la discriminación alcanza en el caso de la Sra. Atala es que le quitan la tenencia de sus hijas porque empezó a convivir con una mujer (no hubiese ocurrido lo mismo si su pareja hubiese sido un varón); en fin, Atala es “sancionada” porque su orientación sexual no responde a la dominante.

<sup>94</sup> Caso Atala, párr. 92.

de apreciación combinada con la falta de consenso de las prácticas comparadas del estado de la región no es aplicable en los casos en que se trata: a) de una restricción intensiva a los derechos por referirse a una cuestión central del plan de vida de una personas, de su orientación sexual o identidad y b) por el ejercicio de ese derecho las personas son discriminadas en forma histórica y estructural y c) esto repercute en desmedro de las posibilidades reales de participación para desterrar esa discriminación contra el colectivo. Estos tres elementos hablan de una combinación potente para derrotar el uso estratégico del margen de apreciación: derechos, más igualdad, más democracia<sup>95</sup>. Por supuesto, desarrollar esta teoría integrada no es una tarea sencilla. Incluso requiere un desarrollo pormenorizado en relación con el derecho y/o faz de la igualdad que se encuentre restringido. Sin embargo, consideramos que están dadas las primeras puntadas.

## VI. Conclusiones

En general, la Corte IDH en el caso Atala realiza un examen de igualdad desde la concepción del principio antidiscriminatorio, en dos pasos. El uso de la orientación sexual para discriminar en desmedro de las personas del LGBTTI está prohibido en forma definitiva por la Convención. Respecto de lo que resta de la argumentación desplegada por el Estado, estas deben ser sometidas a un escrutinio bien estricto. Esto es un avance porque despeja las dudas sobre a qué tipo de examen deben ser sometidas las normas e interpretaciones de

<sup>95</sup> El/la evaluador/a anónimo/a apunta que no queda claro si critico el argumento de la “falta de consenso” en general o solamente aplicado a casos de discriminación. Continúa sosteniendo que: “[si la crítica está limitada a los supuestos de discriminación, le parece que] está muy bien fundamentada. Pero si la crítica pretende ser más amplia me genera algunas dudas. La idea de que debe haber menos deferencia cuando existe un cierto consenso general respecto de la interpretación de los alcances de un derecho me parece una idea acertada si uno parte de la premisa de que el rol de un tribunal de derechos humanos es subsidiario.” En este trabajo me limito a los supuestos de discriminación. Poner a prueba mi hipótesis en relación con otros supuestos forma parte de un proyecto de largo aliento y de futuros trabajos.

normas que discriminan por la orientación sexual en desmedro de las personas LGBTTI. En el desarrollo de este doble estándar la Corte IDH utiliza el argumento de derecho comparado con dos sentidos que puede presentar tensiones. La Corte IDH enfrenta en el caso la tensión respondiendo con razones, aplicando —insistimos— lo que Parra Vera y Huber proponen llamar “una argumentación lo más rigurosa y exhaustiva posible”<sup>96</sup>.

Sin embargo, siguen aun siendo muy poco explorados los usos del argumento de derecho comparado por la Corte IDH. ¿Se interpreta la Corte IDH como parte de una comunidad ampliada que comparte la importancia del respeto por los derechos humanos y el principio anti-discriminatorio?, ¿esa comunidad estaría conformada, entre otros, por los órganos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos? ¿Puede ser caracterizada como una comunidad de habla? ¿La pertenencia a esa comunidad implica dialogar con los argumentos que circulan en esos espacios? ¿Cuál es la relevancia que adquiere en esta circulación el precedente que produce el sistema europeo, el sistema de protección universal, los tribunales de los Estados del Sistema Interamericano, entre otros? ¿Cuáles son los criterios desarrollados por la Corte IDH para seleccionar, procesar, interpretar, aplicar el precedente del TEDH y a la inversa? ¿Qué lugar ocupa o debería ocupar la historia del SIDH en esa comunidad de habla? ¿Es esa especificidad del SIDH relevante para desalentar la recepción como una suerte de combo de la relación argumentativa del margen de apreciación más el derecho común europeo por la Corte IDH en tanto ha sido utilizada para evadir la justificación de una sentencia? ¿Necesitamos una teoría integrada del uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH que sea consciente de las tensiones que plantean sus usos diversos?

---

<sup>96</sup> Parra Vera, O. y Huber, F., *op. cit.*

## Bibliografía

- Arango, R., “Constitucionalismo Social Latinoamericano”, en von Bogdandy, A., *et al.* (eds.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México U.N.A.M, 2012.
- Barak, A., “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review*, 116, 2002.
- Benvenisti, E., “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *Journal of International Law and Politics*, 31, 4, 1999, págs. 843-854.
- Bobek, M., *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, Oxford UP, 2013.
- Böhmer, M., “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, en Gargarella, R. (ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires Abeledo-Perrot, 2008.
- Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting judgments of the ECHR*; Cambridge, Cambridge UP, 2013.
- Bribosia, E., *et al.*, “Same-Sex Marriage - Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the U.S. Experience”, *Berkeley Journal of International Law*, 32, 1, págs. 1-43, 2014.
- Burgourgue-Larsen, L., *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa, 2013.
- Burgourgue-Larsen, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12, 1, págs. 105-161, 2014.
- Burgourgue-Larsen, L. y Ubeda de Torres, A. (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary*, Oxford, Oxford UP, 2011.
- Cayuso, S., “Corte Interamericana de Derechos Humanos. El principio de legalidad y el principio de razonabilidad”, *Jurisprudencia Argentina*, III, pág. 264, 2008.

- Choudhry, S., “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, 74, 3, 1999, págs. 819-892.
- Clérico, L., “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Clérico, L., “Impacto del caso Atala. Posibilidades y perspectivas”, en von Bogdandy, A., et al. (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012a.
- Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Capaldo, G., et al. (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012b.
- Contesse, J., “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, <http://www.law.yale.edu>, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Sp\\_20130401.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf).
- Dzehtsiarou, K., “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, 12, 10, 2011, págs. 1730-1745.
- Dzehtsiarou, K. y Lukashevich, V., “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 30, 3, 2012, págs. 272-298.
- Filippini, L., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 2007, págs. 191-202.
- Fraser, N., *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.
- García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra, Civitas-Thomson Reuter, 2010.

- Gargarella, R., “Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales en América”, <http://www.law.yale.edu>, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella_Spanish_.pdf).
- Gargarella, R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, 2013, <http://www.law.yale.edu>, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf).
- Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Glensy, R. D., “Which Countries Count?: Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority”, *Virginia Journal of International Law*, 45, 2005, págs. 357-449.
- Góngora Mera, M., *Inter-American Judicial Constitutionalism*, San José de Costa Rica, IIDH, 2011.
- Harris, D. J. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*; Oxford, Clarendon Press, 1998.
- Helfer, L. R., “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, 23, 1, 1993, págs. 133-166.
- Hiller, R., “Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Hirschl, R., *Toward Juristocracy*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 2004.
- Hirschl, R., “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005.
- Hodson, L., “A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria”, *Human Rights Law Review*, 11, 1, 2011, págs. 170-179.
- Iglesias Vila, M., “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, 2013, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf).

- Jackson, V., “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, 119, 2005, págs. 109-128.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M., “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, *La Ley*, 2010, págs. 3-17.
- Lau, H., “Rewriting Schalk and Kopf: shifting the locus of deference”, en Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge Cambridge UP, 2013, págs. 243-264.
- Law, D., “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”, *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 4, 2015, págs. 927-1036.
- Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford UP, 2012.
- Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford UP, 2009.
- Letsas, G., “The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and Legitimacy”, en Ulfstein, G., et al. (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge Cambridge UP, 2013, págs. 106-141.
- Menajovsky, S., “El Derecho a la Identidad de Género en Argentina: Su contexto, originalidad y necesidad de su difusión global”, 2014, <http://www.law.yale.edu>, <http://www.law.yale.edu/intellecuallyife/18360.html>.
- Meuwese, A. y Snel, M., “Constitutional Dialogue: An Overview”, *Utrecht Law Review*, 9, 2, 2013, págs. 123-140.
- Morales Antoniazzi, M., “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en von Bogdandy, A., et al. (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*, México U.N.A.M., 2013.
- Murray, J. L., “Consensus: Concordance, or Hegemony of Majority”, *Dialogue between judges*, Strasbourg European Court of Human Rights and Council of Europe, 2008.

- Nash Rojas, C., “Relación entre el sistema constitucional y el sistema internacional en materia de derechos humanos”, en Capaldo, G., *et al.* (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- Neumann, G., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, 19, 1, 2008, págs. 101-123.
- Nogueira Alcalá, H., “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, 9, 1, 2011, págs. 119-156.
- Parra Vera, O. y Huber, F., “Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso Atala Riffo y Niña”, en von Bogdandy, A., *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, págs. 167-208, 2012.
- Pasqualucci, J., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge UP, 2006.
- Pecheny, M. y de la Dehesa, R., “Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Pinto, M., *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, del Puerto, 2008.
- Piovesan, F., “Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos europeo e interamericano”, en von Bogdandy, A., *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012, págs. 1-26.
- Puga, M. y Lanusse, M., “El regreso del Búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras ‘otras’ preguntas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 1, 2009, págs. 171-209.

- Rivers, J., “Proportionality and Discretion in International and European Law”, en Tsagourias, N. (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge UP, 2007.
- Ronconi, L. y Aldao, M., “Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 3, 2011, págs. 262-276.
- Rosenkrantz, C., “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, págs. 269-295.
- Saba, R., “El Principio de Igualdad en el Diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G., et al. (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- Saunders, C., “Judicial Engagement with Comparative Law”, en Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton Edward Elgar Publishing, 2011, págs. 571-598.
- Spano, R., “Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Journal*, 14, 3, 2014.
- Teitel, R., *Transitional Justice*, New York, Oxford UP, 2002.
- Timmer, A., “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 11, 4, 2011, págs. 707-738.
- Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton UP, 2008.
- Valiña, L., “El margen de apreciación de los estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Courtis, C. (ed.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, del Puerto, 1997, págs. 173-198.

- von Bogdandy, A., “Founding Principles”, en von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, págs. 11-54.
- von Bogdandy, A., et al., *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.
- von Bogdandy, A., et al. (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos*, México, U.N.A.M., 2014.
- von Opiela, C., “Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo”, en Solari, N. y von Opiela, C. (eds.), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26618*, Buenos Aires La Ley, 2011, págs. 133-160.
- Wendel, M., “Comparative Reasoning and the Making of a Common Constitutional Law: EU-related Decisions of National Constitutional Courts in a Transnational Perspective”, *International Journal of Constitutional Law*, 11, 4, 2013, págs. 981-1002.
- Wildhaber, L., et al., “No Consensus On Consensus? The Practice Of The European Court Of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 33, 7-12, 2013, págs. 248-263.
- Yutaka, A.-T., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2011.

*Sección III*

Discusiones:  
Libros



## Tragedia y Carácter Moral

### Comentarios a *El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles* de Rocío Orsi

Guillermo Lariguet\*

Recibido: 14/7/14  
Revisiones: 06/10/14  
Aceptado: 20/10/14

**Resumen:** Tomando como hilo de Ariadna el libro de Rocío Orsi, *El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles*, en este trabajo me propongo una reflexión filosófica sobre cómo el carácter moral de un agente es afectado por una lectura trágica del mundo. Una tesis central del libro de Orsi afirma el valor conceptual que los textos trágicos de Sófocles tienen para los filósofos no solo del pasado sino del presente. Por este motivo, reconstruyo algunos de los rasgos conceptuales de las tragedias y conflictos trágicos. Discuto algunas formas que Orsi pone en marcha para encarar el análisis de las tragedias. A continuación, muestro qué solución intenta darle una ética aristotélica de la prudencia. Expongo algunos problemas teóricos que esta propuesta filosófica puede tener. En contra de Steiner y Hertmans, y a favor de la profundidad del

\* Investigador de Conicet, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Con mínima posterioridad a la aceptación de este trabajo para su publicación, la filósofa Rocío Orsi, de cuyo texto me ocupé en el presente trabajo, falleció en Madrid a los 38 años de edad. Rocío era una filósofa profunda y seria y de gran sensibilidad moral. Una preocupación central de su vida como tal estaba dada por la “fragilidad del bien”. Muy tempranamente corroboró con su dolorosa muerte esta inevitable fragilidad. Rocío: ahora estás en el aire, en el cielo, en el agua y en la tierra. Lamentablemente, te honro tardíamente con este artículo, pero espero continuar con tus preocupaciones filosóficas y ser, en lo posible, una persona buena y sensible como vos.

libro de Orsi, niego que el género literario de lo trágico esté muerto. También cuestiono que el análisis filosófico de la categoría conceptual “conflicto trágico” carezca de valor en el presente.

**Palabras clave:** tragedia, intransigencia, flexibilidad, conflictos de valores, prudencia.

**Abstract:** On the thread of Ariadne driver Rocío Orsi’s book, *The Knowledge of error. Philosophy and Tragedy in Sophocles*, in this paper I propose a philosophical reflection about the moral character of an agent when is affected by a tragic reading of the world. A central thesis of the book written by Orsi says that the tragic texts of Sophocles have a conceptual value to philosophers not only of the past but of the present. Therefore, I intend to rebuild some of the conceptual features of the tragedies and tragic conflicts. I discuss some ways in which the work of Orsi starts to address the analysis of the tragedies. Then, I try to show what solution tries to give an Aristotelian ethics of prudence. I discuss some theoretical problems that this proposal may have in philosophical domain. Contrary to Steiner and Hertmans, and in favor of the depth of the book written by Orsi, I deny that the literary genre of tragedy is dead. I also question the philosophical idea according to which conceptual category “tragic conflict” has no value in the present.

**Key words:** tragedy, intransigence, flexibility, value conflict, prudence.

## I. Introducción<sup>1</sup>

Permítaseme comentar cómo se gestó la redacción del presente trabajo. Aunque hace años estoy trabajando sobre el género de la tragedia y su vinculación con temáticas centrales de la filosofía moral, política y jurídica<sup>2</sup>, me encontré de pronto con el libro de la filósofa española Rocío Orsi, *El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles*<sup>3</sup> y mi interés por las tragedias encontró nuevas fuerzas tras su atenta y entusiasmada lectura. La verdad en “primera persona” es que encuentro en la tragedia una fuente de inspiración para la reflexión filosófica, la verdad “en tercera persona” es que la tragedia *realmente* proporciona fuentes inagotables para esa reflexión.

Se podría señalar que la tragedia no es solo reductible a un género literario que pertenece al pasado de la Grecia antigua y que con mayor o menor éxito trató de ser reinterpretado durante la modernidad<sup>4</sup> e

<sup>1</sup> Agradezco, en primer término, a Luciana Samamé por su sagaz intervención para mejorar este trabajo. En segundo lugar, a Adriana Musitano por su atenta lectura a un manuscrito anterior a esta versión. Este trabajo era más extenso pero, por razones metodológicas plausibles que me hizo ver René González de la Vega, fue dividido en dos trabajos relativamente independientes: el otro se titula “Tragedia y Política. Desde la Antígona de Sófocles a la Antígona Furiosa de Gambaro”. Asimismo, debo dejar constancia de que he sido muy beneficiado por las objeciones profundamente inteligentes de Juan Cruz Parceró, Gustavo Ortiz Millán y otras muy sustantivas —y no solo metodológicas— de René González de la Vega en el Seminario “Argumentación Jurídica y Ética” del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Los comentarios críticos del árbitro anónimo de *Discusiones* han sido también de innegable utilidad. Finalmente, mi agradecimiento al Dr. Bouvier que me permitió una nota muy personal sobre Rocío Orsi antes del desarrollo de mi artículo.

<sup>2</sup> Véanse, por ejemplo, mis libros *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2008 y *Encrucijadas morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, Madrid-México, Plaza y Valdés, 2011.

<sup>3</sup> Orsi, R., *El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles* Madrid-México, Plaza y Valdés, 2008.

<sup>4</sup> Véase Williams, R., *Modern Tragedy*, Broadview Press, 2006. Un rasgo de las tragedias clásicas (v. g. Grecia Antigua) es que están centradas en hombres

incluso en la contemporaneidad, sino que también es punto de arranque de la tematización filosófica. Más aún: no solo punto de arranque sino que engloba dentro de los textos literarios, propios de la tradición trágica, problemas filosóficos importantes. Es por este motivo que una tesis importante del libro de Rocío Orsi, tesis que comparto, es que las tragedias de Sófocles, objeto de su elucidación teórica, deberían ser incorporadas en forma “consciente” al *canon filosófico* y no quedar confinadas solo al literario.

Para la tematización propiamente filosófica que me propongo, me valdré principalmente de la obra citada de Rocío Orsi para exponer algunas cuestiones que demandan una claridad en el orden de ciertos conceptos que atraviesan el campo de la ética. Antes de explicitar cuáles son estos conceptos voy a afinar el objeto de mi tematización y reflexiones. En la obra citada, Rocío Orsi parece poner de manifiesto que en las tragedias los héroes o las heroínas tienen un rasgo de carácter preponderante, a saber, su “intransigencia”. Los personajes trágicos llevan sus conductas hasta las últimas consecuencias; consecuencias que conllevan destrucción, muerte, sacrificio inmensurable, aniquilación. En la lectura de Orsi, esta intransigencia explicaría, en cierta medida, la mala estrella y el *unhappy ending* de las tragedias. A esta imagen de hombres intransigentes se le podría contraponer otra forma de concebir el carácter moral, una forma que intentaría si no eliminar, al menos, aminorar o frenar a veces el carácter fulmíneo y deletéreo de lo trágico. Esta forma de concebir el carácter moral apunta, según Aristóteles, a la idea de que un rasgo de virtud moral es la prudencia o *phrónesis*, la cual, como la plomada de Lesbos, explica que el carácter del agente moral sea flexible, se ajuste o adapte a circunstancias imprevistas y difíciles<sup>5</sup>. Deponemos, pues, lo que

nobles y héroes, mientras que en las modernas los protagonistas son hombres, en principio, ordinarios.

<sup>5</sup> Desde un punto de vista diferente a la idea aristotélica de prudencia como remedio que permita escapar de la “inevitabilidad trágica”, se podría recordar la tesis canónica *sartreana* de que, incluso en situaciones extraordinarias como las tragedias, el hombre seguiría siendo “libre”, en tanto *ente* que se hace cargo de las decisiones que toma, decisiones adoptadas en forma cons-

metafóricamente podríamos denominar la intransigencia de la roca y nos dejamos acariciar por la flexibilidad del bambú.

La caracterización a la que acabo de referir incumbe a una forma de reconstruir el carácter moral del agente (enfaticando en su intransigencia o en su flexibilidad). La obra de Rocío Orsi también se plantea el rol de las tragedias como vehículo de presentación de formas complejas de *disenso político*; tema que por razones metodológicas de delimitación conceptual trataré en otro texto independiente.

El organigrama de este trabajo será el siguiente. En primer lugar, en la sección 2, delinearé algunos de los rasgos sobresalientes de cómo el plano moral es perfilado por los relatos trágicos. Primordialmente, en este trabajo pondré ejemplos tomados de tragedias clásicas (Esquilo, Sófocles, Eurípides), tragedias que curiosamente coinciden en parte con el auge de la edad de oro democrática de Pericles. A continuación, en la sección 3, manifiesto el tipo de problemas centrales que levanta la tragedia para la moralidad. Es menester aclarar, sin embargo, dos cuestiones metodológicas. La primera es que mis referencias asignarán privilegio epistémico<sup>6</sup> a las tragedias clásicas. La segunda cuestión es del siguiente talante: aunque la distinción entre moralidad y política es un fenómeno moderno, lo cual parece suponer una disociación analítica nítida entre el ámbito privado propio de la conducta moral y el ámbito público propio de las conductas políticas, en el mundo griego antiguo tal disociación tajante no existe. El *zoon humano* expone una vida privada cincelada a la luz de su participación en las cosas públicas; individuo y comunidad no son mónadas que se pretenden separar con firmeza.

Ahora bien, se podría decir, con George Steiner, que la tragedia *ha muerto*<sup>7</sup>. En vena semejante, pero con la *metáfora del silencio*, Stefan

ciente y responsable. No voy a discutir en este trabajo, empero, las complejas aristas de la evolución del concepto de libertad en Sartre, evolución que explicaría la tesis fuerte de que las tragedias no nos encaminan a resultados irresistibles e inevitables.

<sup>6</sup> Tal privilegio se fundamenta en que las mismas son elaboraciones complejas bien apoyadas en la tradición de reflexión estética y filosófica occidentales que han sobrevivido a los avatares del tiempo.

<sup>7</sup> Steiner, G., *La muerte de la tragedia*, México, FCE, 2012.

Hertmans<sup>8</sup> ha sostenido que la tragedia ha sido desplazada por un gesto *irónico* que desplegamos frente a lo terrible, descarnado, destructivo o altamente sacrificial de lo trágico. Frente a estas anotaciones fieles a las ideas de Steiner y Hertmans, en la sección 4 voy a plantear que sus tesis son doblemente controversiales. En primer lugar, porque aunque el “género literario” de las tragedias no tiene la fuerza intensa de la Grecia antigua o de la modernidad, siguen produciéndose obras trágicas en la contemporaneidad. Segundo, porque, con independencia del género literario, los conflictos trágicos todavía son una categoría de análisis conceptual potencial o concretamente aplicable a nuestro presente inmediato. En otras palabras, las afirmaciones de Steiner y Hertmanns no eliminan *in toto* la posibilidad conceptual o lógica de que nuestras democracias, sean parlamentarias o populistas, puedan experimentar lo que en este trabajo denominaré “conflictos trágicos”, conflictos en que dos pretensiones igualmente válidas pero inconciliables reclaman cumplimiento.

## II. Algunos rasgos sobresalientes de lo trágico

El género trágico, *qua* expresión literaria, es un fenómeno puramente *occidental*. Y en tanto que tal ha pasado por el envase de diversas teorías estético-morales (por ejemplo, en las reflexiones críticas de Platón en su *República* o en las más caritativas de Aristóteles en la *Poética*), y de teoría política (por ejemplo, a través del movimiento dialéctico en Hegel y su *Fenomenología del Espíritu* o en Maquiavelo y su preocupación por la fortuna y cómo esta podía conducir al *Príncipe* a priorizar unos valores por sobre otros), etc.

Hasta donde sé, ni el hinduismo, ni el budismo, ni el taoísmo tienen una mirada trágica sobre el mundo. Por ejemplo, para muestras sobra un botón. Cuando Arjuna tiene que enfrentarse a su familia y se siente internamente tensionado por dos cursos de acción incompatibles, la palabra de Krishna es decisiva y firme: “¡cumple con tu obligación!”, lo cual suponía despejar las incógnitas morales y enfrentarse a la

<sup>8</sup> Hertmans, S., *El silencio de la tragedia*, Madrid, Editorial Pre-Textos, 2009.

propia familia<sup>9</sup>. Uno podría pensar, así, que las tradiciones sufies o las hindúes como en el caso ejemplificado, o las budistas o zen con sus paradójicos *koans* no consideran que la acción esté condenada a ser trágica, no por lo menos en los términos angustiantes en que nos fueron legados por los griegos, para pasar luego a través de autores como Shakespeare, Hölderlin o Ibsen.

Aquí no será necesario repasar de manera pormenorizada todos los rasgos estéticos, psicoanalíticos y filosóficos que suscitan las tragedias. La literatura relevante es vasta a este respecto y suficientemente bien conocida por la *intelligentsia*.

Como indica el título de mi trabajo, y como puntalicé en la introducción, los personajes trágicos manifiestan una persistente intransigencia, una dureza que podemos predicar de las rocas. Es en esta misma constitución de carácter que se cuecen, en parte, los resultados funestos que acarrearán las tragedias.

Lo paradójico o inquietante para la teoría moral sería lo siguiente: son las propias virtudes morales del agente las que lo llevan al desastre. Dado que en la sección siguiente veremos algunos ejemplos clásicos de

<sup>9</sup> En el Bhagavad Gita (“El Canto del Señor”), pieza que forma parte del *Mahabaratha*, se plantean serios dilemas a Arjuna que son respondidos por Krishna. Por ejemplo, Arjuna dice. “¡Oh, Gran Señor, Krishna! ¿Por qué debo dar yo muerte a mis propios y más queridos amigos, maestros y familiares, por qué razón debo asesinarlos en el combate inminente?”; Krishna le responde: “Deja de lado, entonces, oh Arjuna, tu amargo pesar; concéntrate en cuál es tu único deber y abandona toda duda. Para un guerrero como tú, no existe un honor más grande que ser parte de un combate cuyo objetivo sea el restablecimiento de lo virtuoso”. En el *Bhagavad Gita*, Introducción y notas de Luis Benítez, Buenos Aires, Ediciones Lea, 2013; págs. 14 y 25. Por supuesto, la sentencia conminatoria “¡cumple con tu obligación!” no dice todavía si hay criterios independientes de lo que somos para determinar “cuál” es la obligación a seguir. Pero la respuesta de Krishna es que tal criterio sí existe y un hombre iluminado puede identificarlo. Esto le da sentido al aprendizaje espiritual que emprenderá Arjuna. Para un análisis diverso sobre el diálogo Arjuna-Krishna, y destacando la flexibilidad y sabiduría del razonamiento del héroe, véase Nussbaum, M., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, London, England, 2013.

esta zozobra moral a la que conducen las propias cataduras virtuosas de un agente moral, aquí voy a contentarme con trazar algunos de los rasgos con que se presenta lo trágico a nivel moral de la decisión de un agente. Los ejemplos que aparezcan en esta sección y en la siguiente servirán para iluminar mejor este desarrollo conceptual, a la vez, que permitirán completarlo.

Un primer aspecto que salta a la vista en las tragedias se vincula con la noción de conflicto de valores. En las tragedias aparecen por lo general dos grupos de valores que, al entrecruzarse, generan lo que los lógicos de normas suelen denominar —de manera algo incauta a veces— una contradicción deóntica<sup>10</sup>: no es posible hacer A y B, dado que ambas opciones son mutuamente excluyentes e incompatibles<sup>11</sup>. El problema es que ambas opciones tienen idénticas fuentes de validez, aunque dichas fuentes sean diferentes o, en el peor de los casos, mutuamente incomparables.

Desde Anaximandro y su prefiguración borrosa de conflictos cósmicos, pasando por Sófocles, a quien Rocío Orsi dedica un estupendo libro, hasta otros trágicos descollantes como Esquilo y Eurípides, en las tragedias se pone de manifiesto el solapamiento conflictivo de dos tipos de valores incompatibles. Por lo general, cada tipo de valor tiene tras de sí un rasgo *epocal* que termina en “clash” con los valores que empiezan a surgir en una nueva época. Si, por caso, la etapa épica homérica postula unos valores que entrarán en conflicto con los valores de la democracia periclea, entonces podemos estar ante las puertas de un conflicto trágico como el que comentaré más abajo con la historia de Áyax, de Sófocles.

<sup>10</sup> Digo de manera “algo incauta” porque una discusión filosófica previa es si conflictos internos en un agente moral se pueden reconstruir en forma inteligible simplemente como “contradicciones deónticas”. Un tratamiento de tales conflictos en términos de “deseos en pugna” exige una mirada conceptualmente más compleja que debe incluir una respuesta al escepticismo de que los deseos se traten en términos de contradicciones de tipo lógico.

<sup>11</sup> Véase Holbo, J., “Moral Dilemmas and the Logic of Obligation”, *American Philosophical Quarterly*, 2002; o también McConnell, T., “Moral Dilemmas”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, <http://plato.stanford.edu/entries/moral-dilemmas/>.

Valores abstractos, como los que acabo de mencionar en el párrafo antecedente, tienen una incidencia en instancias prácticas diferentes; por ello, los valores homéricos subyacentes a un esquema bélico individualista y competitivo se opondrán frontalmente al tipo de valores subyacentes a los esquemas guerreros de los hoplitas, enfoque que presupone un talante democrático-igualitario y cooperativo entre los guerreros. De modo que no será sorprendente que valores arcaicos como la asimetría, el individualismo y heroísmo homéricos subyacentes a la tragedia de Áyax choquen descomunadamente con los valores igualitarios de la democracia que se vislumbran detrás de la premiación a Odiseo, donde lo que importa no es la fuerza de Áyax, sino la astucia de Odiseo (ya no vilipendiada como “debilidad” de una masculinidad en retirada) entendida como prudencia o *phrónesis* útil para conducir no solo la vida personal o privada sino también los destinos políticos de la polis en tiempos de paz o de guerra con los persas. Esta superposición de distintos tipos de valores puede dar como resultado otro rasgo comúnmente identificable en las tragedias: la ambigüedad moral que sobre todo experimentan los espectadores de las tragedias<sup>12</sup>. La ambigüedad se patentiza en el lenguaje de personajes que ponen como guías para su explicación y justificación de cómo actúan o deben actuar, y de sus percepciones y deliberaciones, valores contrastantes cuya conjunción lleva a una especie de encerrona. Estos cursos no se muestran unificados, sino fragmentados, fragmentación que se agrava si nos atenemos a la idea weberiana de una *guerra de dioses*<sup>13</sup>. Mientras que Apolo puede insuflar coraje a Orestes para que venga en la persona de su madre Clitemnestra el crimen perpetrado por esta contra Agamenón, Atenea puede buscar la forma de no dejar pasar este matricidio y de instaurar formas benévolas (las Euménides) y no cruentas (las Erinias) de hacer justicia.

Dejando a un lado el pasado griego, situémonos ahora en una *mirada contemporánea* de los conflictos trágicos que puede experimentar

<sup>12</sup> Véase Williams, B., *Shame and Necessity*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1993, donde aparece tratado este aspecto.

<sup>13</sup> Puede verse Barberis, M., *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre pluralismo ético*, México, Fontamara, 2007.

un agente moral. Por ejemplo, pensemos en la *Decisión de Sofía* de Styron<sup>14</sup>. En este último caso, en la respuesta que finalmente el agente moral da a un conflicto trágico se puede hacer patente una psicología de la angustia por lo que no hubo más remedio que hacer o lo que no se pudo evitar o aquello para lo que ya es demasiado tarde para poder ser remediado. Esta psicología de la angustia se manifiesta en los sentimientos de pérdida, culpa, tristeza, remordimiento o vergüenza que puede experimentar el sujeto por la entidad de los males que tuvo que enfrentar<sup>15</sup>. En la antesala de estos sentimientos *ex post factum* que acabo de mencionar, los sentimientos (o pasiones si preferimos un término más spinozista) que pueden fungir de antesala de una tortuosa decisión, pueden ser —o son— los de ansiedad, fijación mental torturante, iracundia, melancolía, etc. A esta pintura emocional, se suma un rasgo de tipo epistémico: los trágicos, desde la antigüedad hasta el presente, parecen transmitir el patetismo de un pesimismo sobre la hechura del mundo. Según este pesimismo, el mundo es una masa de hechos que no se nos aparecen siempre en forma apta para la digestión racional. Más aún: el mundo es una argamasa confusa de precariedad, inestabilidad e imprevisión de lo que puede pasarnos. La (mala) fortuna puede torcer el rumbo que pensábamos podíamos imprimir a nuestras vidas, de un modo semejante a como trazamos una línea recta sobre el papel: la línea que va recta, puede bifurcarse, torcerse o terminar en una paralela cualquiera<sup>16</sup>. De modo que si el

<sup>14</sup> Que alude a la madre judía que conminada por un nazi debe decidir cuál de sus dos hijos, si el niño o la niña, se salvan de ir a la cámara de gas.

<sup>15</sup> Sobre esto hay una amplia literatura; para la filosofía moral es un clásico el tratamiento de Williams, B., “Conflicto de valores”, en *La fortuna moral*, México, UNAM, 1993; también Greenspan, P., *Practical guilt: moral dilemmas, emotions, and social norms*, Oxford, Oxford University Press, 1995; Nussbaum, M., *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*, Madrid, Antonio Machado libros, 2006; Alford, F., *The Psychoanalytic Theory of Greek Tragedy*, Yale, Yale University Press, 1992.

<sup>16</sup> Véase, por caso, Nussbaum, M., *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Chicago, Chicago University Press, 2001.

sujeto antiguo se cree pleno para florecer<sup>17</sup>, ese rumbo, y esa noción problemática que a falta de mejor nombre llamamos “identidad” moral, puede ser trastocada o sacudida de manera imprevista o brusca y con posibles repercusiones radicales. Edipo, rey brillante, buen gobernante de Tebas, que salvó la ciudad de una catástrofe, ahora es él mismo quien la lleva a la peste, a la contaminación, a su ruina. Una “purificación” requerirá que Edipo y su familia en pleno sean castigados. Y, para colmo de males, el conocimiento, la sabiduría, o más modestamente la comprensión, llega “tarde”, demasiado tarde.

Lo dicho anteriormente no es más que otra forma de rodear un viejo conflicto que obsedía a los intelectuales griegos antiguos: la oposición entre *physis* y *nomos*. El *nomos* se puede identificar en distintos niveles. Por ejemplo, en el nivel de un plan de vida que busca en forma más o menos consciente la plenitud moral y política. También al nivel de las normas previstas por el ordenamiento jurídico de la polis tendiente a ofrecer condiciones de vida aceptables. Ambos niveles pueden ser desafiados, cuando no superados olímpicamente, por la *physis*, esa fuerza bruta de los acontecimientos del mundo que caen fuera de nuestra posibilidad de control y de previsión.

Si a este boceto que estoy dibujando le añadimos el dato de un carácter moral intransigente, el resultado de la tragedia no puede ser otro que un ominoso hecho de dolor, sacrificio inmensurable, muerte y pesar para los que quedan. Esta es una de las tesis fuertes del libro de Rocío Orsi. Su tesis entraña un riesgo. El mismo se vincula con la reconstrucción filosófica que ella propicia. Desde un punto de vista meta-filosófico me atrevería a decir que su lectura de las tragedias en términos de un carácter intransigente de los personajes parece pecar de *anacronismo*. Este es un rasgo presente en muchos trabajos de análisis conceptual que cuidan con escrúpulo la presentación de

<sup>17</sup> La palabra moderna deja de ser “pleno” para pasar a ser “autónomo”. Este pasaje de “pleno” a “autónomo” no nos ahorra una discusión filosófica profunda sobre concepciones de una vida buena. La tendencia a concentrar el análisis conceptual en la idea de autonomía de planes de vida no elimina una discusión sobre si hay unos fines mejores que otros, más razonables que otros y formas perversas de vivir que deberían ser desalentadas.

conceptos precisos. Empero, descuidan el rasgo histórico desde el cual analizamos conceptos. La noción de “intransigencia” es una especie de lectura *contemporánea* de una cosmovisión antigua: en este caso la griega. Ser intransigentes en el mundo griego no podría interpretarse *per se*, como un vicio moral que cause desgracias. Una versión sensible hacia los griegos antiguos podría percibir un rasgo de nobleza en los personajes trágicos; rasgo que es sobrepasado por acontecimientos externos que el agente no pudo controlar o conocer adecuadamente. En todo caso, la intransigencia no es un “vicio”, todo lo contrario, es una virtud si mediante este rasgo global de carácter se vislumbra una convicción firme que un agente moral debe instanciar *a como dé lugar*. Esta última afirmación no quitaría verdad a la intuición de que hay aspectos virtuosos o nobles de un agente que pueden, en conjunción con aspectos del mundo que le son independientes, llevar al desastre. Pero si así, parece que somos cautivos de una contradicción lógica: la virtud puede tanto conducir como no conducir al desastre. La impresión de contradicción es falsa. Luego deberemos ocuparnos de la expresión “a como dé lugar” para ver si ella sustenta una concepción estricta de lo que cuenta como “virtud” *todas las cosas consideradas*.

### **III. Moralidad y carácter: un problema que la tragedia genera en la filosofía moral**

Para tener una visión más precisa del espíritu del libro de Rocío Orsi, veamos de manera apretada algunos ejemplos que nos permitan tener un cuadro más aproximado de lo que he intentado transmitir con mi sinopsis conceptual sobre los rasgos sobresalientes de las tragedias. Como se verá enseguida, los dos primeros ejemplos pertenecen a Sófocles, objeto de la pesquisa de Rocío Orsi, el tercero a Esquilo y el cuarto a Eurípides. Los dos primeros son, como acabo de señalar, ejemplos del libro de Orsi, los otros dos los agregó yo para tener un cuadro más rico sobre las tragedias.

### III.1. Áyax y un estricto código de honor

Áyax es un guerrero valiente, intrépido, incluso feroz que se encuentra expectante de recibir el honor de ser considerado el mejor, algo propio de los códigos agonísticos de la épica homérica. Sin embargo, los griegos deciden premiar al astuto Odiseo. Ante esta decisión pública, Áyax se enfurece y decide matar a los hombres de su tropa. A tiempo, la diosa Atenea, no en vano la diosa de la sabiduría y protectora de Odiseo, lo confunde y Áyax, para su vergüenza irreprimible, mata a un rebaño de ovejas. Al tomar consciencia de lo que ha hecho, decide suicidarse, a pesar de la estrategia discursiva a la que su mujer Tecmesa recurre para intentar disuadirlo. Tecmesa emplea lo que se podría llamar una “retórica de la apropiación”, conforme la cual se apropia de los términos de valor caros a Áyax, por ejemplo el honor, y los redefine de manera conveniente para evitar un resultado trágico. No obstante esto, Áyax se mantiene impermeable a los encantos argumentales de su mujer. Él emplea una técnica de “simulación” donde aparenta que ha logrado convencerse del discurso de Tecmesa, pero donde su propósito intransigente es suicidarse antes de quedar deshonorado. Su código rígido de valores, su forma estricta e intransigente de definir el honor, su sensibilidad desmesurada por la mirada del otro lo conducen a este fatal resultado.

### III.2. Antígona y el valor estricto de honrar los familiares muertos

Antígona es hija de una familia desdichada. Desde el parricidio e incesto de su padre Edipo, los labdácidas no son una familia bien mirada por los dioses. En esta historia de muerte, sangre y dolor, los hermanos varones se enfrentarán en una batalla. Eteocles, de un lado, defenderá la ciudad de Tebas, del otro, Polinices la atacará fervientemente. Este muere y ante el grave hecho de que quede insepulto, Antígona decide enterrarlo. Sin embargo, su tío Creonte, sucesor al trono de Tebas, argumenta que las leyes del estado de Tebas prohíben dar sepultura a un traidor. Hay que dejar de lado la *philia* y atenerse

estrictamente a los códigos jurídicos del estado<sup>18</sup>. En contra de las sugerencias de su mujer Eurídice, de su sabio sirviente Tiresias y de su hijo Hemón, enamorado de Antígona, Creonte decide que se le aplique la pena capital. Todo terminará mal para este rey. Antígona decide morir y Hemón y su madre se suicidan. Creonte se manifestó todo el tiempo infaliblemente impermeable a toda sugerencia; su intransigencia, en este caso política, hizo que perdiera lo que más quería: su familia. Solo le quedará una cruel soledad, la peor soledad de los poderosos.

### **III.3. Agamenón y los deberes del militar**

Agamenón debe comandar la invasión a Troya. Sin embargo, un castigo implacable de Artemisa incide en la falta de viento para que parta la flota naval que está bajo su comando. Los arúspices han anunciado que solo un sacrificio personal del rey-comandante aplacará la ira de la diosa y le permitirá cumplir con su deber militar. Debe matar a una de sus hijas, Ifigenia, y así lo hará. Ninguna sugerencia de sus familiares, en particular de su iracunda esposa Clitemnestra, lo disuadirá. El deber militar es impiadoso y nada puede cruzarse en su camino, ni siquiera una hija. Otra vez tenemos un caso de intransigencia que, en buena dosis, explicará tragedias subsecuentes en la historia aciaga de esta familia.

### **III.4. Medea y el valor estricto del matrimonio monogámico**

La atractiva hechicera Medea, una extranjera frente a los griegos, ayudará a su futuro marido Jasón a hacerse con el vellocino de oro. Medea no trepidará en ayudarlo, incluso si esto supone traicionar su propia familia en Cólquida, hoy norte de Irán. Cuando Jasón vuelve con su hermosa Medea y con el botín del vellocino a Corinto caerá en la cuenta de que no son pocos los sacrificios personales que demanda

<sup>18</sup> Aunque esto entra en contradicción argumentativa con el hecho de que Creonte ofrece como razón de su legitimidad política la herencia de sangre, o sea de philía, para la ostentación y ejercicio de su poder actual.

la obtención del poder. Si quiere ser rey debe unirse a Glauca. Esta unión presupondrá que Medea sea desplazada. Frente a esto, la furia asesina se apodera de ella. No hay nada en su sangre turbulenta que pueda evitar matar a Jasón y a sus hijos. O el matrimonio o nada. El conflicto (inter) cultural entre una relajación muy griega del valor de la fidelidad y la monogamia estricta de la extranjera iraní será resuelto por Medea con sangre y dolor.

En los cuatro ejemplos que acabo de reseñar se hace patente parte del corazón del problema sobre el que quiere llamarnos la atención el libro de Orsi. Según la filósofa española, aquí se hacen manifiestas unas convicciones intransigentes sobre unos principios; principios cuya consecución puede llevar al desastre de una vida o eclosionar a nivel social con consecuencias graves para valores como la estabilidad, la paz o la previsión. El carácter trágico, así, parece asociarse a algo impensado: una firmeza en el carácter, una ética de convicciones, como diríamos *en la contemporaneidad* a partir de Weber, y a una falta de *delicada* atención por las consecuencias de las alternativas que se juegan a nivel personal o a nivel político. Sin embargo, esta primera mirada puede adolecer de superficialidad intelectual. No se trata de demeritar la ética de las convicciones o de los principios y de acentuar, por contrapartida, una ética de las consecuencias. Esta *mirada moderna o contemporánea* sería una forma de *anacronismo* (o retroproyección) que pareciera perder de vista todo el problema. Seguir las propias convicciones, en la Grecia antigua, y en nuestro presente moral, no necesariamente es síntoma de obcecación o de un carácter necio.

Desde el punto de vista de las personas involucradas, y no de un observador moderno o contemporáneo, las conductas del mundo trágico griego antiguo podrían mostrar un respeto coherente a principios o valores reputados de gran nobleza moral, política o religiosa. Pero tampoco, por oposición a lo que llamé metafóricamente en algún pasaje de este texto la “intransigencia de la roca”, la “flexibilidad del bambú” tiene que presuponer una *manera sinuosa* de plantear la claudicación en principios “nobles” o la “debilidad moral” o falta de firmeza o de nobleza. Las cosas son más complejas, porque defender una visión moral que destaque lo flexible frente a lo rígido no requiere

salirse del marco temporal griego para abrazar formas *proto-modernas* o *proto-contemporáneas* de plantear problemas morales.

Si uno pone a *dialogar* la tragedia griega con Aristóteles no está forzado siquiera a dar un salto temporal desde el pasado a nuestro presente, intentando, como propondría Gadamer, “fundir horizontes” que permitan dialogar a hombres situados en horizontes de comprensión histórica diferentes. El planteo de Aristóteles no está completamente divorciado de ciertas ideas platónicas. Platón sostendría que preservar un adecuado equilibrio entre virtudes a nivel de un agente individual redundaría en un orden social que podría poner lejos de sí los efectos destructivos de las tragedias pensadas por los poetas. Pero esto que tiene en mente Platón no es un regalo que nos viene necesariamente dado. Hay que buscarlo afanosamente y la propuesta de Aristóteles pone a los agentes morales en una senda más dinámica y consciente de apoyo en la prudencia. En efecto, en el análisis de los *topoi* morales subyacentes a las tragedias, Aristóteles<sup>19</sup> hacia hincapié en la *hamartía* y la *hybris* como dos deformaciones, una más de tipo intelectual, la otra más de tipo emocional, que conducían, casi con seguridad, a un resultado trágico. En Edipo, por ejemplo, es la *hamartía* (el error trágico) sobre la premisa menor: por ejemplo que Layo es su padre y Yocasta su madre, lo que lo lleva por el desesperado derrotero que terminará con su ceguera auto-impuesta y con su “triste y solitario final” en *Colono*. Es la misma *hamartía* que perseguirá a Deyanira cuando unte el peplo de Heracles con el ungüento que le dejó el centauro Neso, previsto mucho antes por este ser mítico para vengarse de él. En ambos casos, el conocimiento se vuelve algo paradójico. Por una parte, tal conocimiento es algo frágil y parece montarse en algunas parcelas de “auto engaño”. Pero además este mismo afán por conocer causará en ambos personajes su propia auto-destrucción.

En el caso de la *hybris*, es la desmesura o el abuso de nuestras capacidades para exprimir el jugo del mundo lo que nos puede llevar a la ruina. En el caso de Antígona, por ejemplo, echar una fina capa

---

<sup>19</sup> Véase Trueba Atienza, C., *Ética y Tragedia en Aristóteles*, México, Anthropos, 2004.

de polvo sobre el cuerpo yacente de Polinices ya podría suponer una forma de *hybris*, *hybris* que Ismene intenta refrenar sin éxito. Pero luego, cuando la propia Antígona lo confiesa abierta y elocuentemente ante su tío Creonte, este la acusa de una segunda forma de *hybris*, en este caso, que una mujer se atreva a hablar, y a hablar así, cuando el mejor adorno para la mujer griega, según el androcentrismo de la época, sería el silencio.

Pienso que una lección parcial de lo que expongo podría ser la siguiente: una forma de amenguar diablos epistémicos que induzcan errores trágicos o desmesuras debería fundarse en la posibilidad de la flexibilidad del bambú. Pero cuidado: esta flexibilidad no es igual a claudicación moral. Aristóteles pensaba que un carácter genuinamente virtuoso era aquel que se concretaba en un hombre prudente o *phrónimos*. El hombre prudente tiene un precioso equilibrio emocional y racional que lo pone en la aptitud cognitiva y emocional adecuada para saber cómo salir con éxito o cómo escapar de los rituales escabrosos impuestos por episodios trágicos. Un *phrónimos* sabe ponderar adecuadamente las alternativas a fin de encontrar una respuesta sabia a un problema moral o político, evitando caer en *hamartía* o en *hybris*. Será un hombre no intransigente sino flexible, con la habilidad de reacomodar sus valores a complejas situaciones, en parte inéditas, en parte imprevisibles, en las que le tocará actuar. Esto puede conducirlo a un comportamiento que a veces le sirva para no caer en “predicamentos” que lo lleven a encerronas, como el caso de *Jephthá* cuando prometió a Jehová sacrificar al primer ser vivo que viera si llegaba a tierra sano y salvo y terminó encontrándose con su hijo. También le permitirá, si el mundo lo pone en una encrucijada, establecer objetivamente qué obligación genuina o auténtica debe ser honrada, no importando las consecuencias y, entonces, le dirá al tirano que lo amenaza con matar a su familia si no hace algo vergonzoso: “sigue adelante pero no lo haré”. Puede también llevarlo a conservar, en lo posible, la dignidad moral —y no envilecerse como Hécuba al ver al fantasma de su hijo Polidoro—<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Estoy ahora hablando de Príamo que, pese a perder sus hijos y a Troya, mantiene una nobleza de carácter “contra viento y marea”.

Según lo que acabo de plantear, en la misma ética antigua hay una oferta de *farmacopea filosófica* para lidiar con los desafíos de las tragedias. La intuición subyacente a la farmacopea es que el ético no puede retirar su ayuda cuando más se lo necesita. Se requiere *su guía acerca de cómo actuar e incluso de cómo sentir*. Y esto aplica especialmente en el momento en que alguien se enfrenta a casos trágicos. También se esperan sus sugerencias de cómo obrar para evitar caerse o causarse encerronas futuras que pongan a los sujetos en aprietos trágicos. La ética, desde este punto de vista, no es solo satisfactoria por dar buenas explicaciones filosóficas de los rasgos conceptuales que hacen a un caso o conflicto trágico ser lo que es. También, parece, deseamos que el ético nos ayude a resolver problemas sustantivos. Desde esta última perspectiva, cobra sentido la ética de los prudentes de Aristóteles. Sin embargo, a pie juntillas, es preciso señalar algunos problemas teóricos que son dejados a un lado en el tratamiento suministrado por el libro de Orsi. El problema fundamental se conecta con un escepticismo básico: ¿qué nos hace pensar que un carácter fronético está en condiciones de evitar conflictos trágicos? Y si no puede evitarlos, ¿qué garantía tenemos de que, acaecido el episodio trágico, el agente fronético sabrá qué hacer de manera correcta o tendrá los sentimientos —normativamente— adecuados<sup>21</sup>? Las preguntas no sugieren un escepticismo mal formulado. De hecho, en la caracterización usual de “phrónimos” u “hombre prudente” se aloja un problema de circularidad definicional. El prudente, por definición, hace lo correcto. Pero esto suena a lo que los ingleses llaman “truísmo” o a lo que los lógicos denominan la “petición de principio”. La circularidad parece ineludible. Pregunta: ¿quién es prudente? Respuesta: el que obra en forma prudente. Pregunta: ¿quién obra en forma prudente? Respuesta: el que es prudente. Quizás esta circularidad a veces sea ineludible, pero la cuestión es si la misma encarna un circuito virtuoso o uno vicioso. Si esta definición de prudente es la “garantía epistémica” de que el prudente no se auto-generará conflictos trágicos o que, si el mundo se

---

<sup>21</sup> Véase Greenspan, P., *Practical Guilt. Moral Dilemmas, Emotions and Social Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1995, págs. 11-18, 188-210.

los ofrece, él saldrá bien librado, entonces estamos ante una afirmación muy débil. Nos faltan ahora argumentos filosóficos más convincentes. Supongamos que el aristotélico, meditando ante estas preguntas, expande su definición y nos dice que alguien es prudente si:

- i) no se genera a sí mismo conflictos trágicos; o bien que
- ii) si el mundo le ofrece conflictos trágicos puede: a) escapar entre los cuernos; b) o bien, decantarse por el mal menor; c) o bien, sentir pesar por no tener más remedio que salir de la situación trágica con las manos sucias.

La hipótesis i) no es incontestable. Gustavo Ortiz Millán me ha argumentado en una discusión que mantuvimos a este respecto lo siguiente: “prudente” es casi todo el mundo cuando adopta decisiones cuidadosas a diario. Este comentario de Gustavo, empero, me parece que corre el riesgo de trivializar el concepto filosófico de “prudencia” o “prudente”. Aristóteles ponía una vara muy alta de evaluación del carácter moral; la prudencia no es un rasgo necesariamente común; es un aspecto del carácter que se consigue con un hábito y un entrenamiento emocional consciente, reflexivo y exigente. La vulgarización de la prudencia a la que conduce la afirmación de Gustavo está a una cierta distancia del concepto filosófico. Además, si de psicología “folk” se trata, diría que la aseveración de Gustavo no es tan cierta. En general, muchas veces no nos comportamos de manera prudente. Por ejemplo, es muy frecuente ver que los académicos sigan vidas esquizofrénicas: sus vidas personales son pobres, inestables emocionalmente, a la par que sus trabajos intelectuales parecen descollantes. Aristóteles no diría que aquí hay prudencia: su hipótesis normativa es fuerte en el sentido de que el prudente revela una unidad de carácter, una integración armónica de todos los aspectos valiosos de la vida (el académico es solo uno de estos aspectos<sup>22</sup>). Otro escepticismo con i)

<sup>22</sup> Por supuesto que una discusión contemporánea es si la prudencia se alinea con nuestra psicología ordinaria. Ciertos experimentos podrían mostrar que la unidad de carácter, o la unidad de las virtudes, no se cumple necesariamente. Un virtuoso en matemática, por ejemplo, podría robar de los supermercados mercadería en forma frecuente. A este argumento se lo conoce como la falta de estabilidad “inter-situacional” de las virtudes. Aunque el

surge de un argumento adicional de Gustavo: ser prudente no elimina que el propio agente no pueda desplegar un curso causal que al final del recorrido le presente un dilema. Por ejemplo, Guillermo —un *presunto* ejemplo de *phrónesis*— le promete a dos muy buenos amigos, Esteban y Hugo, que los va ayudar cuando ellos estén en una necesidad apremiante. Supongamos que en cierto estado del mundo, Esteban y Hugo están igualmente necesitados en el sentido de un grave apremio, por ejemplo, económico. ¿Cómo haría Guillermo para ayudarlos? El caso podría volverse crecientemente más fino. Por ejemplo, Guillermo podría tener muchísimo dinero, con lo cual su promesa no estaría en riesgo. O, por caso, Esteban y Hugo no tienen el mismo tipo de necesidad apremiante y Guillermo podría ordenar su promesa en una secuencia temporal que le permitiera ayudar a ambos, sin que ninguno de los amigos sufriera menoscabo alguno. Sin embargo, esta fineza del caso nos pone lejos de la intuición de Gustavo, por eso voy a dejarla a un lado. Lo que Gustavo desea es que le concedamos el beneficio de una duda genuina: ser prudente no garantiza, como se dice en i) que este carácter nos vaya a evitar conflictos trágicos o dilemas. Si la intuición de Gustavo es provechosa, entonces este dato nos indica que el mundo puede a veces ponernos en aprietos trágicos no importa cuánta prudencia instancemos. Con todo, no estoy del todo seguro de la “necesidad analítica” de este argumento. Es posible que, pese a la maniobra definitoria-circular de prudente, sea cierto lo que señala Gustavo. Sin embargo, también podría ser cierto que su ejemplo no termine en un dilema trágico. Guillermo podría desplegar una investigación racional (diría Dewey), un proceso heurístico en el que pudiera jerarquizar las necesidades de sus amigos, o buscar apoyo complementario en otros amigos, o tratar de cumplir con ambos amigos en una secuencia temporal determinada, etc. En

argumento suele empezar con evidencias empíricas obtenidas de experimentos psicológicos, su incidencia es conceptual: nos apura a desechar el concepto fuerte de virtud, entendido como unidad estable (a lo largo de diversas situaciones) de las virtudes, por un concepto más débil —próximo a nuestras evidencias psicológicas— donde un agente tiene un *parcelamiento* de su vida virtuosa, como ocurre con mi ejemplo de (algunos) académicos.

cualquier caso, esta posibilidad que planteo, no quita verdad a los desafíos escépticos que podemos plantear a ii) en sus tres variantes. Comencemos por la tesis más fuerte que es la a): escapar entre los cuernos. Supongamos, como Peter Geach nos pide, el caso en que San Atanasio es perseguido por unos esbirros que buscan matarlo. En su fuga por un río, el santo (un equivalente al prudente) es interceptado por sus perseguidores. Desde su bote estos preguntan al santo: “¿no habéis visto al santo que buscamos?” Respuesta de Atanasio: “el santo que buscáis no anda muy lejos”.

Geach diría que Atanasio escapó entre los cuernos de (no mentir y salvar la propia vida). Una mente poco dócil, empero, podría quedarse inquieta pensando, por ejemplo, que aunque Atanasio no mintió dijo una “verdad engañosa”, con lo cual, más que escapar entre los cuernos, su decisión se podría reconstruir bajo los términos de b): decantarse por el mal menor. Para salvar su vida no mintió, no lesionó de manera obvia un deber moral de decir siempre la verdad, pero tampoco dijo una verdad pura: más bien, enunció una verdad engañosa. Esta derivación de a) a b) nos conduce al tema del mal menor al que me voy a referir con cierta dependencia todavía de a): o sea, escape entre los cuernos. Volvamos pues al caso de Antígona. ¿En qué variante del mundo podría —y por tanto debería— Antígona ubicarse para evitar la tragedia? Si no entierra a Polinices viola sus deberes religioso-morales. Si lo entierra viola sus deberes jurídicos o algo por el estilo. No parece haber escape entre los cuernos. Formular tal posibilidad podría equivaler a tomar en broma lo trágico y, por definición, lo trágico no es lo cómico y hacer una distorsión de lo trágico planteando un escape entre los cuernos, ¿no convertiría a la tragedia en “farsa”?

Pero si no hay escape, ¿hay posibilidades de que Antígona articule el “mal menor” formulado en b)? Hablar de mal “menor” supone la posibilidad de comparar y graduar un elenco de males. Antes que nada, repárese en que aun si fuera factible hablar con sentido de mal menor, al menos en esta clase de casos, estaríamos hablando de mal al fin. Y esto todavía no nos saca de la tragedia, solo la aminora. Pero el punto ahora es si en casos como este se pueden comparar los males. La

respuesta no es obvia ni concluyente. Desde Carnéades en adelante, pasando por la tabla de la Medusa retratada por Gericault, hasta el caso de Fuller de los exploradores de caverna, los éticos no mantienen acuerdo. La posibilidad de decir que un mal menor presupone una suerte de “trade off” entre alternativas conflictivas choca con convicciones *deontologistas* del valor moral. Con arreglo a las mismas la vida de unos no es intercambiable con la de otros, con lo cual, la paleta que permite graduar males es una distorsión de verdades conceptuales sobre la naturaleza de los valores morales<sup>23</sup>. Si todo esto es cierto, entonces las dudas de Gustavo cobran más relieve y la apuesta a la *phrónesis* no es la panacea. No estoy negando, empero, que la *phrónesis* no pudiera ser una forma *fiabilista* susceptible de *articulación racional* que nos determine, a modo de *know-how*, cuándo en un caso estamos ante un mal menor. Solo digo que las dudas de Gustavo merecen nuestro crédito y, entonces, debemos seguir indagando racionalmente en el grado de alcance de la *phrónesis* como tal.

Nos queda, finalmente, c). Volvamos a Antígona: ¿qué implicaría para ella la prudencia en términos de “deberes de sentir”? Una respuesta podría ser: Antígona debe sentir “pesar”. De este modo, aunque Antígona privilegie por convicción (intransigencia no parece un buen término aquí) el entierro de Polinices, ¿demandaríamos encima que sienta pesar por no tener más remedio que violar o sacrificar deberes jurídicos<sup>24</sup>? Como el árbitro de este papel señala correctamente, ¿por

<sup>23</sup> Todo esto funciona, *ceteris paribus*, bajo la presuposición conceptual de que las vidas son bienes que portan un valor sagrado. Esto implica que una vida *no es commensurable* con otra. Desde luego, este argumento se complica considerablemente si adoptamos alguna variante *utilitarista* que asigne magnitudes que permitan conmensurar o “to trade off”, “intercambiar”, magnitudes de valor en función de que uno de los valores maximice un valor más general.

<sup>24</sup> Con independencia de Antígona, la estrategia que espera que un agente sienta pesar forma parte de una consideración de psicología normativa conforme la cual tal sentimiento de pesar o angustia revela un núcleo intacto de virtud moral en el agente. La angustia no solo se predicaría como parte de un tortuoso proceso decisorio. Sentir angustia *después* de la decisión podría sugerir, a veces, que el agente muestra una *lealtad indirecta* por la alternati-

qué no pensar que la prudencia no está solo pensada para ayudarnos a escapar —con éxito— de los dilemas trágicos sino también a llevar con entereza —y sin remordimientos— las decisiones dolorosas que tomamos en el marco de tales conflictos?

Una pregunta diferente de la anterior sería la siguiente: ¿Diríamos que Antígona es imprudente por enterrar a Polinices? ¿Hasta qué punto su prudencia no podría ser más que un aspecto del propio dilema? Por ejemplo, Juan Antonio Cruz Parceró me ha preguntado si el prudente o los valores del prudente no podrían ser parte del problema en el sentido específico de ser uno de los cuernos del dilema. Tengamos en cuenta, para entender a Parceró, que la prudencia es una suerte de meta-virtud que ejemplifica la suma unitaria y armónica de todas las virtudes. Desde este punto de vista, “ser prudente” es sinónimo de ser “virtuoso”. Puestas así las cosas, si, por ejemplo, la convicción de Antígona se vincula con una virtud sensible al valor moral que tiene cumplir el rito funerario de Polinices, entonces, esta virtud, no aporta una solución al conflicto trágico *todas las cosas consideradas*. Considerar todas las cosas implica la demanda filosófica de contemplar *los dos lados* del conflicto: no solo el de Antígona sino también el lado que simboliza Creonte. Vale la inversa. Si prudencia y carácter virtuoso son sinónimos, ¿cómo examinar este caso? ¿Deberíamos por ejemplo descartar rasgos de virtud en Antígona? Si la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa, entonces Antígona no contaría como prudente. Hay algo de problemático en este modo de abordar las cosas. La prudencia no es cobardía: es convicción llevada adelante y esto es así con Antígona. Pero también es flexibilidad como lo indica la metáfora de

va que *tuvo* que dejar a un lado. La idea intuitiva general es que la virtud permite mantener, *a la vez*, dos intuiciones poderosas: por una parte que el fenómeno de los dilemas no es un capricho ininteligible de ciertos filósofos o poetas trágicos, sino que tal fenómeno es parte de nuestro mundo; segundo que, pese a ello, la moralidad escindida en alternativas incompatibles en un caso, sigue siendo algo así como una *guía*. La alternativa sacrificada, si tenía valor moral, es preservada dentro del envase de lo que el agente *siente* por haber tenido que dejarla a un lado. Dicho de otra manera comprimida: es como si el agente, al sentir angustia, mostrara una deferencia por el valor moral de la alternativa que sacrificó.

la plomada de Lesbos, algo que ella no parece expresar. Creonte, por su lado, porta también convicciones morales sensibles a la firmeza en el manejo de las cosas del Estado de Derecho. Este manejo indica una prohibición de enterrar a un traidor (Polinices) por razones profundas que hacen a la soberanía constitutiva de una polis. Si esto es igual a virtud, entonces hay un conflicto entre dos maneras de asumir la virtud: Antígona y Creonte. Todo el meollo se puede disolver, sin embargo, declarando que ninguno de ambos satisface aquellas pautas que cuentan como *tokens* de virtud. Hay firmes convicciones pero ellas no están en equilibrio reflexivo con la idea de flexibilidad de la plomada; flexibilidad que no es sinónimo de “claudicación”. La flexibilidad supone la habilidad práctica de acomodar valores en conflicto; pero “acomodar” no es igual a ser “acomodaticio”. Si la conclusión entonces es que ni Antígona ni Creonte son virtuosos, entonces hay una respuesta para la pregunta de Parceró: ser virtuoso no es parte de un cuerno del dilema necesariamente porque aun si hay destellos de virtud<sup>25</sup> en tanto que convicción firme, no hay muestras de flexibilidad, rasgo que forma otro componente necesario de lo que significa ser portador de un carácter virtuoso. Pero, si esta fuera la maniobra filosófica, todavía estamos en ascuas sobre la cuestión de si ser genuinamente virtuoso (en tanto que combinación exquisita de

<sup>25</sup> Suponiendo que haya tal destello, una pregunta sería si el mismo calificaría como una *versión debilitada de virtud*, esto es, una versión que no implica unidad armónica entre todos los rasgos de tipo apetitivo, cognitivo y emotivo de los que haría gala un virtuoso en sentido estricto. Una versión de este tipo sostendría que nuestra psicología folk se adecua a este tipo de versión, la cual puede ser de índole parcial e inter-situacional. Es decir, uno puede tener “ciertas virtudes” y “no otras”. Esto explica lo que se denomina “inter-situacionalidad”. La ética de la virtud estricta conecta con la estabilidad fuerte del carácter. Esto presupone que la virtud de la honestidad, por ejemplo, consiste en que un agente S dice la verdad cada vez que es demandado: su respuesta no es inter-situacional. Pero la versión débil diría que, por el contrario, uno podría decir la verdad siempre en un ámbito profesional y mentir en otros ámbitos, por ejemplo en el familiar o viceversa. La versión débil no tiene el tipo de normatividad alta que tiene la versión estricta (o estándar): intenta tener mayor sensibilidad empírico-contextual y cuajar con nuestra psicología folk (o normal).

firmeza y flexibilidad) asegura una salida exitosa del mundo trágico. Esta clase de mundo siembra un profundo escepticismo, entonces, sobre la aplicación de la virtud a un mundo torcido como el trágico.

A la luz del tipo de cuestiones que acabo de formular, la pregunta de Parceró es excelente y nos pone, nuevamente, en un escepticismo sobre las promesas de solución de la prudencia. Si la prudencia, como indiqué páginas atrás, se puede ligar a una cierta flexibilidad como la de la plomada de Lesbos, en contraposición a un rasgo intransigente, la misma no parece ser garantía *toto genere* de salir bien parados en el enfrentamiento de conflictos trágicos. Hago mías todas estas dudas y las re-oriento hacia el libro que estoy comentando en la impresión de que el mismo pareciera soslayarlas. Son dudas, no argumentos en contra del valor de la prudencia para enfrentar con éxito *todos* o algunos casos trágicos. Pero al igual que con los comentarios de Ortiz Millán, parece haber algo intuitivo que las dudas de Parceró trasuntan. Este rasgo intuitivo nos sugiere que la investigación racional sobre el grado de éxito de la ética aristotélica de la virtud debe continuarse por vías adicionales, independientes, por cierto, de las vías que puedo plantear en este escrito.

#### IV. ¿La muerte de lo trágico?

Como sostuve al comienzo de mis comentarios, una tesis valiosa del libro que comento de Rocío Orsi es que las tragedias, en su caso específico las de Sófocles, deben inventariarse como formando parte no solo de un canon *literario* sino también y de manera fundamental de uno *filosófico*. Cuando ella dice “filosófico” no parece decirlo exactamente en los términos de una especie de “secuencia lineal simple de ideas” sino en términos del valor de las tragedias para el análisis de problemas conceptuales perennes. Esta presión por el valor de la tragedia para el análisis filosófico, sin embargo, no nos ahorra problemas meta-filosóficos, es decir, reflexiones sobre qué tipo de filosofía o análisis estamos haciendo. Un riesgo del análisis es su tendencia al anacronismo. Por ejemplo, la idea de intransigencia como causa parcial pero importante de las tragedias podría ser un buen ejemplo

de este problema. La intransigencia que para “nosotros” puede ser la “obcecación de Áyax” o la “obstinación necia de Agamenón”, para los griegos podía ser lo que ahora llamaríamos “firmeza en las convicciones”, que es otro significado diferente para el adjetivo “intransigente”.

Hemos visto que las soluciones que vienen de la mano de la flexibilidad del prudente no equivalen a la claudicación en convicciones nobles pero sí a la capacidad de enfrentar situaciones trágicas. Enfrentamiento que suele poner en aprietos duros a las capacidades cognitivas y emocionales de previsión y control de la acción por parte de un cierto agente. Sin embargo, también se ha mostrado que la prudencia no adolece de problemas teóricos serios sobre los que los filósofos debemos seguir reflexionando.

Ahora bien, ¿cómo se contraponen la tesis de Rocío con las conocidas afirmaciones de Steiner de que la “tragedia ha muerto” o con la actitud ironista de Hertmans? Como prometí al inicio del trabajo, debo decir algo sobre esto.

Parece que las cavilaciones de Steiner y Hertmans son ciertas para lo trágico en tanto que *género literario* pero no para lo trágico como *posibilidad conceptual* a la que nos podemos enfrentar directamente o por medio de la reflexión filosófica. Demos por buena la segunda parte de mi afirmación. Todavía podemos enfrentar conflictos trágicos y es necesario seguir reflexionando filosóficamente sobre ellos. Esto da sentido a la idea de que lo trágico no es una pieza museística. De hecho, en su *Justice for Hedgehogs*, Ronald Dworkin construye una laboriosa arquitectura para intentar disolver la posibilidad conceptual de los conflictos trágicos. Su tesis más fuerte es que si somos *erizos* que creemos en la “unidad de los valores”, entonces, no estaremos ante genuinos conflictos trágicos. Después de todo, diría Dworkin, hay que distinguir “incerteza” de una solución del hecho de que nuestros conjuntos de respuestas estén realmente “indeterminados”. Sea cual fuere la plausibilidad parcial o completa de la tesis del erizo de Dworkin y de su distinción, es un hecho que tiene sentido seguir reflexionando sobre los conflictos trágicos. No por un argumento de autoridad de Ronald Dworkin en este caso, sino porque una sensibilidad por

el mundo y los problemas filosóficos nos empuja en la dirección de afirmar o negar la posibilidad conceptual de los conflictos trágicos. Aquí reside el inmenso valor del libro de Rocío Orsi. La primera parte de mi afirmación seguía de cerca las apodícticas reflexiones de Hertmans y Steiner. Pero mostraré ahora porqué me aparto de ellas.

Hertmans defiende la muerte de la tragedia por el avance de una actitud *ironista* que me recuerda mucho al talante de Rorty<sup>26</sup>. Esta ironía podría equivaler al acto de “desdramatizar” lo trágico. Sin embargo, si uno mira con cuidado casos trágicos de nuestras historias personales o políticas, no siempre la ironía es un vehículo normativamente adecuado para dejar a un lado los resultados trágicos. Las tragedias dejan enseñanzas morales, acaso para evitarlas en el futuro si ello fuera posible. Pero la ironía podría experimentar ciertos límites de tipo normativo dados por teorías éticas que nos dijeran qué sentimientos debemos tener frente a conflictos trágicos. Tales teorías podrían demandarnos sentimientos de pesar o dolor por haber estado envueltos de algún modo en una tragedia y no sentimientos irónicos.

Veamos brevemente ahora a Steiner. Es cierto que el género trágico ha experimentado transformaciones estilísticas, escénicas, etc. Pero aun así, seguimos viendo la composición de textos trágicos que, por lo general, son reinterpretaciones de textos clásicos o modernos. Por ejemplo, en Argentina, en la época de los indultos del (ex) presidente Carlos Menem, Griselda Gambaro escribió una *Antígona furiosa*. Se trata de una obra desafiante para un gobierno que dejaba sin efecto el castigo a los que habían desarrollado lo que Adriana Musitano llama la “muerte extendida”<sup>27</sup>, la muerte no terminada de los “desaparecidos”, en esta perversa frase de pésima metafísica de Rafael Videla.

<sup>26</sup> En esta vena, se podría sugerir que una Antígona contemporánea, o mejor dicho “extemporánea”, podría acercarse a su cueva a morir, rajándose un pedo y no lloriqueando, como ha comentado Hertmans al analizar, en el último capítulo de su obra *El silencio de la tragedia*, y que justamente cierra con ese mismo título de la obra, el libro de Simon Crichtley. Véase también Rorty, R., *Contingencia, Ironía y Solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1996.

<sup>27</sup> En *Poéticas de lo Cadavérico. Teatro, plástica y videoarte de fines del siglo XX*, Córdoba, Comunicarte, 2011.

Si no hay castigo, la muerte no termina, “se sigue extendiendo”, diría Musitano; el fantasma es fantasma porque no tiene paz, estando los victimarios fuera del castigo. Pues bien, en su obra trágica, Gambaro utiliza recursos indudables para el género trágico para denunciar la inmoralidad de un sistema político y de una clase social (la típica “derecha argentina”) que quería el olvido como condición inaceptable de la paz. La obra de Gambaro se situó en un lugar que la ley había dejado de ocupar; se introdujo en el espacio en que se retiraba el Estado de Derecho. Su obra marcó un buen punto de “disenso político” con las medidas menemistas y también con las leyes de “obediencia debida” y “punto final” de Alfonsín.

Curiosamente, Gambaro escribió una tragedia para ponerle fin a la trágica historia argentina, alentando el castigo jurídico y moral de los represores militares de la dictadura argentina de los 70. Lo trágico no ha muerto como dice Steiner. No ha muerto, porque la posibilidad conceptual de que el mundo los produzca tampoco ha concluido. En esta intuición se sostiene, también, el valor filosófico del libro que he comentado.

## Bibliografía

- Alford, F., *The Psychoanalytic Theory of Greek Tragedy*, Yale, Yale University Press, 1992.
- Barberis, M., *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre pluralismo ético*, México, Fontamara, 2007.
- Bhagavad Gita*, “El canto del señor”, traducción y notas de Luis Benítez, Buenos Aires, Ediciones Lea, 2013.
- Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, Harvard, Harvard University Press, 2011.
- Greenspan, P., *Practical guilt: moral dilemmas, emotions, and social norms*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Hampshire, S., *Justice is Conflict*, Princeton, Princeton University Press, 2001.
- Hertmans, S., *El silencio de la tragedia*, Madrid, Editorial Pre-Textos, 2009.

- Holbo, J., "Moral Dilemmas and the Logic of Obligation", *American Philosophical Quarterly*, 39, 3, 2002, págs. 259-274.
- Lariguet, G., *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2008.
- Lariguet, G., *Encrucijadas morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, Madrid-México, Plaza y Valdés, 2011.
- McConnell, T., "Moral Dilemmas", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, <http://plato.stanford.edu/entries/moral-dilemmas/>
- Musitano, A., *Poéticas de lo Cadavérico. Teatro, plástica y videoarte de fines del siglo XX*, Córdoba, Comunicarte, 2011.
- Nino, C., *Juicio al mal absoluto*, Barcelona, Ariel, 2006.
- Nussbaum, M., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.
- Nussbaum, M., *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*, Madrid, Antonio Machado libros, 2006.
- Nussbaum, M., *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Chicago, Chicago University Press, 2001.
- Orsi, R., *El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles*, Madrid-México, Plaza y Valdés, 2008.
- Rorty, R., *Contingencia, Ironía y Solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1996.
- Steiner, G., *La muerte de la tragedia*, México, FCE, 2012.
- Trueba Atienza, C., *Ética y Tragedia en Aristóteles*, México, Anthropos, 2004.
- Williams, B., "Conflicto de valores", en *La fortuna moral*, México, UNAM, 1993.
- Williams, B., *Shame and Necessity*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1993.
- Williams, R., *Modern Tragedy*, Broadview Press, 2006.



*Sección IV*  
Balance de una  
discusión



## Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación

Giovanni Battista Ratti\*

Recepción: 01/07/14

Aceptación: 10/10/14

**Resumen:** El trabajo reconsidera algunos aspectos teóricos del debate sobre inconstitucionalidad y derogación que fue publicado en el segundo número de esta revista. En particular, intenta defender, desde una perspectiva iusrealista, (1) la viabilidad de la tesis kelseniana de la cláusula alternativa tácita, (2) la plausibilidad de la idea de que las declaraciones de inconstitucionalidad son constitutivas de la invalidez constitucional de una norma legislativa, (3) la tesis según la cual la dicotomía entre orden jurídico depurado y orden jurídico no depurado tiene algunos problemas conceptuales y es de dudosa aplicación a los ordenamientos jurídicos vigentes, (4) la sustancial corrección de las tesis guastinianas sobre las relaciones entre validez formal y validez material, (5) la viabilidad de la tesis, propugnada por diversos autores realistas, de que el derecho controla la admisibilidad de las consecuencias lógicas de las normas promulgadas, así como (6) la necesidad de introducir, en el ámbito del análisis de las relaciones conceptuales entre derogación e inconstitucionalidad, el examen de cómo se maneja, en la práctica jurídica, la situación en la que el criterio cronológico y el criterio jerárquico convergen para dar prevalencia a una norma sobre otra.

**Palabras clave:** inconstitucionalidad, derogación, validez.

**Abstract:** This article reconsiders some theoretical issues involved in the debate about unconstitutionality and derogation that has been published in volume number two of *Discusiones*. In particular,

\* Profesor de Filosofía del Derecho, Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, Departamento de Derecho, Universidad de Génova, [gbratti@unige.it](mailto:gbratti@unige.it)

this work purports to defend, from a legal realist perspective, (1) the viability of the kelsenian tacit alternative clause, (2) the soundness of the idea that declarations of unconstitutionality are constitutive of the constitutional invalidity of a legislative norm, (3) the thesis according to which the dichotomy between refined and unrefined legal system has some conceptual pitfalls and its application to actual legal systems is dubious, (4) the substantial correctness of the guastinian thesis about the relationship between formal and material validity, (5) the viability of the thesis, advanced by several realist authors, according to which the law controls the admissibility of enact norms' logical consequences, and (6) the urge to introduce, within the analysis of the relationships between derogation and unconstitutionality, an exploration of how, within legal practice, people handle cases in which the chronological criteria and the hierarchical criteria converge in order to give prevalence to one norm over the other.

**Key words:** unconstitutionality, derogation, validity.

## I. Introducción<sup>1</sup>

El segundo número de esta revista (publicado en 2001) contiene un interesante debate sobre inconstitucionalidad y derogación, originado por un excelente artículo de Claudina Orunesu, Jorge Rodríguez y Germán Sucar (en adelante, ORS)<sup>2</sup>. En el presente “follow-up” no haré una reconstrucción completa de todas las tesis sostenidas en el debate (lo que conllevaría elaborar una entera monografía), sino que tengo la (mucho más modesta) pretensión de retomar y analizar de manera sucinta algunos de los temas propuestos por ORS, aquellos

<sup>1</sup> Agradezco a Riccardo Guastini sus útiles observaciones a una versión previa del presente texto.

<sup>2</sup> Orunesu, C., Rodríguez, J. L., Sucar, G., “Inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, 2, 2001, (citado en lo que sigue como ORS1). En el mismo número de la revista, se encuentra otra contribución de los autores, la cual contiene las réplicas a los críticos, cuyo título es “Reflexiones ulteriores sobre inconstitucionalidad y derogación” (citado en lo que sigue como ORS2).

que a mí me parecen los más importantes y los más discutibles desde un punto de vista filosófico.

## II. La naturaleza conceptual de la cláusula alternativa tácita

El punto de partida del análisis de ORS es la crítica de la controvertida tesis de la “cláusula alternativa tácita”, que Kelsen habría introducido para explicar la posibilidad de que normas jurídicas inválidas pudieran tener efectos jurídicos, a pesar del hecho de que, de acuerdo con Kelsen, validez, existencia y fuerza obligatoria son conceptos equivalentes o, al menos, que denotan conjuntos de normas coextensionales. En la reconstrucción de ORS, según dicha tesis, “toda norma de competencia que atribuye potestad a una autoridad para promulgar nuevas normas con ciertos contenidos incluye una cláusula alternativa tácita que autoriza al órgano en cuestión a promulgar normas con cualquier contenido” (ORS1, 14). Con arreglo a esta reconstrucción, en consecuencia, la tesis de la cláusula alternativa tácita tendría consecuencias desastrosas:

el legislador estaría autorizado a promulgar normas que respeten las restricciones impuestas por la constitución o normas con cualquier contenido, y el juez estaría autorizado a dictar sentencias ajustándose a lo prescrito por las normas generales del sistema o sentencias con cualquier contenido (*ibid.*).

Haciéndose eco de una conocida literatura<sup>3</sup>, ORS terminan su análisis sosteniendo que aceptar dicha tesis conllevaría el completo derrumbe de la teoría kelseniana, en particular con referencia a la noción de superioridad jerárquica y con la idea de que los jueces no gocen de una discrecionalidad sin límites.

<sup>3</sup> El *locus classicus* es Bulygin, E., “Cognition and Interpretation of Law”, en Gianformaggio, L. y Paulson, S. (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995, págs. 16-24. En la literatura más reciente, puede verse Tur, R., “The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?”, en Duarte D’Almeida, L., Gardner, J. y Green, L. (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart, 2013.

Esta consecuencia es, en mi opinión, demasiado drástica y merece ser rechazada o, más cautelosamente, debilitada.

En relación con la crítica que consiste en sostener que la tesis de la cláusula alternativa tácita cancela la propia idea de la estructura jerárquica del orden jurídico, cabe observar que esto es incorrecto en la medida en que existen otras interpretaciones más caritativas de dicha tesis que consienten salvar la doctrina kelseniana sin renunciar a la tesis bajo cuestión, la cual —es preciso subrayarlo— aparece a lo largo de todo del periodo “clásico” de la obra kelseniana<sup>4</sup>. En particular, lo que Kelsen parece defender es una tesis sustancialmente realista<sup>5</sup>: una norma es válida ya sea (1) porque ha sido producida de manera regular, o (2) porque no ha sido declarada inválida, a pesar de no haber sido producida regularmente, por una decisión judicial que tiene autoridad de cosa juzgada, o (3) porque ha sido declarada válida, a pesar de no haber sido producida de manera regular, por alguna decisión judicial que tiene autoridad de cosa juzgada<sup>6</sup>.

Leída de esta manera, la cláusula alternativa tácita no es un instrumento para explicar la dinámica jurídica en abstracto, sino para explicar cómo *realmente* funcionan los sistemas jurídicos en relación con la atribución de validez a las normas. Más allá de esto, la teoría de la cláusula alternativa tácita incluye también una tesis sobre el diseño institucional: si se crea una autoridad que tiene la última palabra sobre las cuestiones relativas a la validez de las normas, entonces debe aceptarse la posibilidad de que dicha autoridad declare válidas normas que no han sido producido regularmente o que colisionan con normas de rango superior<sup>7</sup>. En este sentido, es perfectamente razonable sostener

<sup>4</sup> Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, New Brunswick (NJ), Transaction, [1945] 2006, pág. 153 ss.; *idem*, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967, pág. 267 ss.

<sup>5</sup> Una lectura similar se encuentra en Schmill, U., “Observaciones a *Inconstitucionalidad y derogación*”, *Discusiones*, 2, 2001, pág. 83.

<sup>6</sup> Véase, en la literatura más reciente, Troper, M., “Une théorie réaliste de la validité”, *Analisi e diritto*, 2014.

<sup>7</sup> Como es sabido, la (otra) idea central defendida por Kelsen a este respecto es que resulta inútil dictar prohibiciones al legislador sin instituir un tribunal

—como lo hace la tesis kelseniana— que una norma es válida si es declarada tal por un órgano que tiene la competencia para hacerlo.

El argumento brindado en contra de esta última tesis por ORS es una referencia a la famosa distinción de Hart entre carácter definitivo y corrección de una sentencia<sup>8</sup>. Así lo formulan los autores marplatenses (ORS1, 19-20):

Una decisión puede ser definitiva, en el sentido que no puede ser cuestionada ante ningún otro órgano y, no obstante, ser equivocada. Los órganos de mayor jerarquía dentro del poder judicial, al resolver las disputas en torno a la inconstitucionalidad de las leyes o la ilegalidad de las sentencias dictadas por otros jueces, pueden tomar decisiones a cuyo respecto no quepa recurso alguno. Pero el carácter definitivo de tales decisiones no les acuerda corrección. Si una norma ha sido dictada en violación de la constitución, eso no cambia por el hecho de que la Corte Suprema rechace un pedido de declaración de inconstitucionalidad. Las pautas de corrección de una decisión judicial son independientes del carácter final o definitivo que pueda tener esa decisión.

Este argumento de origen hartiano no puede ser esgrimido en contra de Kelsen, ni de ningún otro autor, por cuatro razones principales: (1) resulta afectado por una petición de principio, en la medida en que asume que hay respuestas correctas, mientras que debería demostrarlo; (2) la circunstancia de que, de hecho, los jueces de última instancia son libres de (o, mejor, competentes para) declarar válidas o inválidas las normas que consideren no se ve de ninguna manera afectada por la posible “incorrección” de su decisión; (3) más exactamente, la propia idea de que las decisiones jurisdiccionales puedan ser “correctas”, en un sentido más ambicioso que el sentido básico de encontrarse en el marco de las decisiones jurídicamente admisibles, no es en absoluto pacífica, ya que presupone asunciones metainterpretativas

constitucional.

<sup>8</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, II ed., 1994, pág. 141 ss.

y metasisematorias muy controvertidas; (4) el término “correcto” y sus derivados son términos valorativos y, en cuanto tales, no deberían aparecer en una teoría genuinamente descriptiva del derecho: la tesis kelseniana del marco de los significados jurídicamente admisibles es una pieza de dicha teoría, mientras que la tesis hartiana de la corrección de las sentencias es una pieza de una doctrina fundamentalmente prescriptiva de la decisión judicial. En este contexto, la tesis de la cláusula alternativa tácita no solo es teóricamente admisible, sino incluso necesaria: en efecto, no se ve cómo se podría explicar de otra manera, desde el punto de vista de la validez jurídica, el hecho común de que los tribunales de última instancia se aparten de los significados admisibles para elegir un nuevo significado, que antes de esa decisión se encontraba fuera del marco de los significados reseñados.

### **III. Sobre el carácter constitutivo de la declaración de inconstitucionalidad**

Según ORS, una consecuencia sumamente indeseable de la tesis —sostenida por Kelsen y también por Schmill en el debate aquí comentado— según la cual la declaración de inconstitucionalidad tiene carácter constitutivo sería la de desdibujar por completo la formulación efectiva de las normas. Observan al respecto ORS:

La norma constitucional no dice, por ejemplo, que si el legislador dicta una ley que lesiona el derecho a la información debe decretarse su inconstitucionalidad, sino que reza: “cuando el tribunal competente mediante el procedimiento determinado por el orden jurídico, ha establecido con fuerza de cosa juzgada que determinada ley lesiona el derecho a la información, el tribunal debe decretar su inconstitucionalidad”. En otras palabras, la constitución no dice más que lo que los jueces dicen que dice. Esta posición solo es defendible sobre la base de una visión radicalmente indeterminista respecto de la interpretación de las normas constitucionales, y lleva a que el control de constitucionalidad no sea más que una suerte de poder de veto de los jueces sobre las normas que dicte

el legislador. Si se rechaza esta postura extrema respecto de la interpretación de las normas constitucionales, si se admite que puede haber casos claros de inconstitucionalidad, la conclusión es inadmisibles (ORS 2, 142-143).

A mí me parece que aquí los autores están confundiendo dos cuestiones manifiestamente distintas: el carácter definitivo de algunas sentencias (que es un problema relativo a la estructura de los órdenes jurídicos) con las diversas concepciones de la interpretación (que es un problema genuinamente meta-interpretativo).

Antes que nada, encontramos la tesis de que la declaración de inconstitucionalidad es competencia de algunos órganos judiciales determinados. Evidentemente, esta no es una tesis meta-interpretativa en sentido estricto, i.e. no presupone una particular teoría de la interpretación. Se podría abstractamente concebir un caso claro de conflicto entre una cierta lectura de las disposiciones de ley y una cierta lectura de las disposiciones constitucionales, y admitir que otras interpretaciones de las disposiciones involucradas en el proceso argumentativo puedan difícilmente ser propuestas, pero esto no afectaría el hecho de que el órgano judicial de última instancia pueda rechazar que exista dicho conflicto y entonces rehúse identificar un caso de inconstitucionalidad. Asimismo, se puede identificar un conflicto allí donde, a una lectura *prima facie* de los textos, no parecería haberlo. Mas en general, aunque en el supuesto totalmente académico de que todos los casos fueran interpretativamente claros, el poder otorgado a un órgano judicial de última instancia de decidir sobre la constitucionalidad de las normas legisladas le permite juzgar prescindiendo de la respuesta supuestamente clara.

En efecto, ORS, para poder sostener su división entre inconstitucionalidad y declaración de inconstitucionalidad, presuponen dos tesis harto complicadas para defender: (a) la presencia, en la mayoría de las cuestiones interpretativas, de respuestas correctas, (b) el deber por parte de los jueces de última instancia de ceñirse al significado “correcto” de las disposiciones.

Por lo que puedo ver, la tesis (a) es sustentada recurriendo al argumento falaz según el cual, si así no fuera, el derecho no tendría sentido

como conjunto de pautas que “pretenden” guiar la conducta humana. La tesis (*b*) presenta valores de verdad contingentes (que dependen de cuál sea la disciplina legal de la interpretación o de la práctica interpretativa de los juristas)<sup>9</sup>. Como es sabido, la disciplina legal de la interpretación en nuestros ordenamientos jurídicos admite —normalmente— muchos cánones interpretativos, de forma que resulta complicado sostener que existe una única interpretación correcta. Esta circunstancia es agravada por el hecho de que la práctica interpretativa —y creativa, sobre todo— de los juristas parece ir mucho más allá de las técnicas explícitamente permitidas por las normas que versan sobre la interpretación de las disposiciones jurídicas.

Más allá de esto, las cortes constitucionales son perfectamente conscientes del poder que les otorgan los documentos constitucionales en tema de interpretación y aplicación del derecho y, en consecuencia, de declaración de inconstitucionalidad de la ley. En particular, como de ellos depende la última palabra sobre la interpretación de la constitución y sobre la interpretación conforme de la ley, parece haber pocas dudas acerca de que es inconstitucional lo que los jueces constitucionales califican de esta manera. Considérese, entre muchos, el ejemplo paradigmático de lo que dispone al respecto la sentencia C-539/11 del Tribunal Constitucional de Colombia:

La jurisprudencia constitucional ha precisado que, dado que todas las autoridades se encuentran sometidas al “imperio de la ley” lo cual significa por sobre todo al imperio de la Constitución, de conformidad con los artículos 2 y 4 Superiores, (i) la tarea de interpretación constitucional no es tarea reservada a las autoridades judiciales, y (ii) que dicha interpretación y aplicación de la ley y de la Constitución debe realizarse conforme a los criterios determinados por el máximo tribunal competente para interpretar y fijar el contenido y alcance de los preceptos de la Constitución. Esta obligación, por parte de las autoridades administrativas de interpretar y

<sup>9</sup> La lectura propuesta en el texto es una interpretación caritativa: probablemente, la tesis en cuestión es decididamente prescriptiva y por ende carece de valores de verdad.

aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución y con el precedente judicial constitucional fijado por esta Corporación, ha sido reiterada en múltiples oportunidades por esta Sala, poniendo de relieve el deber de las autoridades administrativas de ir más allá de las normas de inferior jerarquía para aplicar principios, valores y derechos constitucionales, y de aplicarlos en aras de protegerlos y garantizarlos. En relación con los parámetros de interpretación constitucional para la administración, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que (i) la Constitución es la norma de normas, (ii) su interpretación definitiva corresponde a la Corte Constitucional, de conformidad con el art. 241 Superior, (iii) que por tanto al ser la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la interpretación que haga de ella es vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales; y (iv) que el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial es absoluto en el caso de las autoridades administrativas, quienes no gozan de la autonomía que le corresponde a los jueces.

A este respecto ha dicho la Corte:

La Constitución Política es una norma. Por lo mismo, su aplicación y respeto obliga a un constante ejercicio hermenéutico para establecer su sentido normativo. La función definitiva en esta materia corresponde a la Corte Constitucional, conforme se desprende del artículo 241 de la Constitución. Así, al ser guardiana de la supremacía e integridad de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces.

En suma, en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no solo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta,

por eso, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho.

#### IV. Dos modelos de orden jurídico

Otro punto muy relevante en el planteamiento de ORS es la distinción entre dos modelos de orden jurídico que llaman, respectivamente, del orden jurídico depurado y del orden jurídico no depurado.}

Según el primer modelo,

una de las condiciones de legalidad que debe satisfacer un acto de promulgación para permitir asociar un nuevo sistema al orden jurídico es que la norma o conjunto de normas promulgadas no resulten incompatibles con normas emanadas de un órgano jerárquicamente superior (ORS1, 37).

En dicho modelo, por consiguiente, en ninguno de los sistemas que conforman el orden jurídico existen inconsistencias entre normas dictadas por órganos de diferente jerarquía. El criterio de la *lex superior* actuaría *ex ante*, como un criterio que permite bloquear de antemano la entrada al sistema de aquellas normas en conflicto con normas superiores.

En cambio, de acuerdo con el segundo modelo, del orden no depurado, “todo acto de promulgación de una norma produce el ingreso de un nuevo sistema en la secuencia siempre que se satisfagan las condiciones formales relativas al órgano competente y al procedimiento debido” (ORS1, 37). El criterio de la *lex superior* actuaría *ex post*, como instrumento para restablecer la consistencia del sistema.

Esta división puede ser criticada al menos por tres razones<sup>10</sup>.

(1) En primer lugar, la propia denominación de los dos modelos propuesta por ORS parece desafortunada. Si un cierto ordenamiento jurídico es libre de inconsistencias por definición, porque en su ámbito

<sup>10</sup> Otras reflexiones críticas se encuentran en Ratti, G. B., “Tres disyuntivas teóricas en la reconstrucción de los órdenes jurídicos”, *Analisi e diritto*, 2013, págs. 61-63.

el criterio jerárquico funciona como instrumento para establecer la introducción de nuevas normas, parecería más razonable llamarlo “orden puro”, ya que nace sin inconsistencias, y no es depurado por algún operador después de que haya sido creado. Es más, es el segundo modelo el que debería recibir el rótulo de “depurado”, justamente porque el criterio jerárquico funciona como un instrumento para restablecer la consistencia, i.e. para depurar el sistema de estas imperfecciones sistemáticas. Evidentemente, este es un punto menor, de mero tenor terminológico, pero quizá esconde alguna confusión sobre el carácter meta-doctrinal, en lugar de simplemente estructural, que convendría asignarle a la dicotomía.

(2) Una segunda crítica a la disyuntiva en cuestión —expresamente formulada por Guastini en el debate bajo examen<sup>11</sup>— es la siguiente: dicha distinción parece ser más una herramienta para reconstruir los sistemas de control judicial sobre las normas inconstitucionales que un instrumento para explicar cómo funciona la validez jurídica de las normas en relación con diversas lecturas del criterio de la *lex superior*. Su éxito, en consecuencia, depende no tanto de las repercusiones teóricas que tengan ambos modelos, sino de la fidelidad con la cual ellos reconstruyen lo que ocurre en los distintos órdenes jurídicos, según el diseño institucional que les subyace.

<sup>11</sup> Guastini, R., “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, *Discusiones*, 2, 2001, pág. 61, escribe: “a mí me parece que los dos modelos dependen [...] de dos diversos modos de organizar el control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad de las normas. En casi todos los ordenamientos contemporáneos el control de constitucionalidad de las leyes y el control de legalidad de los reglamentos [...] se cumplen *a posteriori*. Y esto quiere decir, justamente, que las normas (y decisiones individuales) inválidas pueden ingresar en el orden y están destinadas a permanecer en él en tanto no sean anuladas. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos se corresponde en consecuencia con el modelo del orden no depurado. Y quien prefiriese describirlos a la luz del modelo del orden jurídico depurado ofrecería una representación engañosa. El modelo del orden depurado solo podría ser útil para describir ordenamientos en los cuales todos los controles de constitucionalidad y legalidad se ejercitasen *a priori* (y, en verdad, sobre todas las normas)”.

(3) Una tercera perplejidad concierne a las relaciones entre competencia normativa y ambos modelos de órdenes. Los autores marplatenses (ORS1, 37) defienden la tesis según la cual el modelo del orden depurado incorporaría el respeto del principio *lex superior* en el mismo concepto de competencia, “de forma que no podamos decir que [una cierta autoridad normativa] ha actuado como un órgano competente cuando la norma dictada es incompatible con normas superiores”<sup>12</sup>. Ahora esto muestra la naturaleza engañosa de dicho modelo, ya que ningún jurista consideraría que un legislador es incompetente, *sic et simpliciter*, para dictar normas contrarias a la constitución, justamente porque el juicio de inconstitucionalidad es un juicio interpretativo y la inconstitucionalidad es una variable de la interpretación, de forma que deberíamos decir que el legislador es competente para dictar disposiciones normativas, y solo cuando una disposición normativa es considerada incapaz de expresar al menos una norma compatible con las normas constitucionales, entonces se la elimina del orden jurídico.

Que dicha tesis no sea persuasiva lo muestra también el hecho de que el propio Rodríguez haya modificado su postura al respecto en un reciente libro escrito con Jordi Ferrer<sup>13</sup>. Junto con Ferrer, Rodríguez mantiene que la competencia es una propiedad disposicional institucional consistente en la capacidad de producir actos jurídicos válidos<sup>14</sup>. Esta tesis haría posible sostener que un órgano tiene competencia para dictar normas válidas, y que, no obstante, la actualización de dicha competencia depende del cumplimiento de algunas condiciones adicionales, entre las que puede encontrarse la conformidad con el principio *lex superior*. Esto tendría la consecuencia

<sup>12</sup> Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. (2011), *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, pág. 175.

<sup>13</sup> Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L., *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, cit. Este volumen ha sido debatido en la primera parte del número de 2013 de la revista *Analisi e diritto*, con contribuciones de Chiassoni, Canale, Moreso, Ratti, Tuzet y Zorzetto. Ferrer y Rodríguez han replicado con el trabajo “Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas respuestas a los críticos”, *Analisi e diritto*, 2013, págs. 95-131.

<sup>14</sup> Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L., *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, cit., pág. 175

muy relevante de permitir distinguir entre una norma dictada por un órgano competente que haya actuado en una situación en la que no se han dado todas las condiciones para la actualización de dicha competencia, y la norma dictada por un conjunto de sujetos carentes de cualquier competencia. Sin embargo, la noción de competencia como propiedad disposicional, al resolver el problema teórico mencionado, parece crear otro más relevante: en ambos modelos de orden (depurado y no) el órgano competente tiene el poder de dictar prescripciones que entran a integrar un cierto sistema, a pesar de ser inválidas, ya que es posible “distinguir la competencia del órgano de las condiciones de validez de las normas por él creadas”<sup>15</sup> (ibíd.). Y esto convierte la distinción entre ambos modelos en una muy dudosa en el plano conceptual, aunque pueda tener alguna relevancia —como se dijo— respecto de la descripción de lo que ocurre con los sistemas de control de constitucionalidad que *de hecho* se dan.

Sin embargo, ORS se oponen a esta última lectura<sup>16</sup> afirmando que

no es esa la distinción [entre modelos *vigentes* de control de constitucionalidad] que propusimos. Como se ha expresado, intentamos diferenciar claramente entre la inconstitucionalidad de una norma y la declaración de su inconstitucionalidad. Un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una norma solo contingentemente tiene incidencia sobre la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Por consiguiente, ambas cuestiones no deberían ser confundidas. En otras palabras, ambos modelos de reconstrucción de los ordenamientos jurídicos resultan independientes de los mecanismos de control instrumentados. La utilidad de nuestra distinción puede considerarse un punto pendiente de demostración, pero su finalidad es distinta de la lectura que ofrece Guastini (ORS2, 148).

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Esta oposición ha sido reiterada recientemente en Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L., “Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas respuestas a los críticos”, *op. cit.*, pág. 117, donde se afirma: “la distinción teórica es enteramente independiente de las concretas configuraciones de los sistemas jurídicos”.

No obstante, planteada así la cuestión parece claro que el modelo del orden jurídico depurado no es vigente virtualmente en ningún sistema jurídico, mientras que la gran mayoría de los ordenamientos asume alguna variante del modelo del orden no depurado. La utilidad de la dicotomía, pues bien, no queda solo pendiente de ser demostrada, sino que, desde esta perspectiva, queda totalmente en entredicho<sup>17</sup>.

## V. Validez formal y validez material

Uno de los puntos más interesantes de la contribución de ORS se encuentra en el intento de los autores de usar instrumentos guastinianos para sostener que Guastini se equivoca respecto a las relaciones entre validez e invalidez formal y material.

ORS parten de la conocida tesis según la cual un sistema jurídico estaría compuesto por un conjunto de normas expresamente promulgadas y por un conjunto de normas que, si bien no han sido expresamente promulgadas, son admitidas en el sistema jurídico por derivarse lógicamente de las primeras. Las condiciones de pertenencia al sistema de estos dos conjuntos de normas —observan los autores marplatenses (ORS1, 26-27)— son diferentes:

las normas promulgadas se consideran parte de él si el acto de su promulgación se encuentra autorizado por normas del sistema (criterio de legalidad); las normas no promulgadas pertenecen al sistema si son consecuencias lógicas de las normas que integran el sistema (criterio de deducibilidad).

De esto, a su vez, se deriva que

<sup>17</sup> Esta cuestión reaparece también en la discusión que ORS tienen con Pablo Perot, al responder a las observaciones críticas vertidas por Perot en el artículo “Inconstitucionalidad, legalidad y orden jurídico”, en el mismo número de la revista. Véase la respuesta de los autores en ORS 2, págs. 146-147. Véase también, en la literatura más reciente, Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L., “Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas respuestas a los críticos”, *op. cit.*, págs. 116-117.

aún cuando en algún sentido al menos derivado pudiera predicarse “validez formal” de las normas expresamente promulgadas, parece claro que esa calificación no puede aplicarse a las normas no promulgadas, ya que con la expresión “validez formal” se hace referencia a la regularidad del acto de promulgación, la cual obviamente no puede tener incidencia alguna respecto de la pertenencia al sistema de una norma que no ha sido promulgada. En consecuencia, las normas no promulgadas no son ni válidas ni inválidas desde el punto de vista formal.

Según ORS, Guastini se opondría a estas tesis sosteniendo que en caso de conflicto entre ambos, el criterio material prevalece sobre el formal: por así decirlo, la validez material es “más fuerte” que la validez formal. En consecuencia, si una norma es válida tanto en sentido formal como en sentido material, no hay problemas. Sin embargo, (a) una norma formulada, aunque sea formalmente válida, es no obstante considerada inválida si resulta inconsistente con normas de jerarquía superior; (b) una norma no formulada, aunque sea formalmente inválida, es no obstante considerada válida siempre que pueda ser convincentemente derivada a partir de alguna norma formulada (formalmente válida).

Pues bien, las críticas a esta tesis de Guastini propuestas por los autores marplatenses son esencialmente dos (ORS1, 26 ss.).

(1) Validez formal y validez material son predicados de entidades diferentes (la primera es un predicado de disposiciones normativas; la segunda de normas), entonces no tiene sentido —como parece hacerlo Guastini— decir que una de ellas prevalece sobre la otra.

(2) Las condiciones de validez de normas promulgadas y de normas no promulgadas son diferentes, de forma que no puede calificarse como inválida a una norma no promulgada porque no satisface una condición de validez (como es, *verbigracia*, la regularidad formal) que es propia de las normas promulgadas (que no son otra cosa que significados de disposiciones normativas).

De ahí que, para ORS, no tenga sentido sostener que la validez material sea más fuerte que la validez formal.

Las críticas de ORS no me persuaden totalmente, por dos razones principales. Primero, cabe observar que las normas derivadas, en cuanto parasitarias respecto de las normas promulgadas, dependen, aunque indirectamente, de la validez de aquellas, de forma que si una cierta disposición D es formalmente inválida, esto hace inválidas también las normas que se desprenden de ella por interpretación y, con mayor razón, las que derivan lógicamente de ellas (asumiendo, obviamente, que no puedan ser derivadas lógicamente de otras normas formalmente válidas).

Segundo, si se analizan las normas derivadas en aislamiento, cabe observar que ellas no forman parte de las normas formalmente válidas (es decir, son formalmente no-válidas), pero forman parte del conjunto de las normas *materialmente válidas*. Este último conjunto es formado también por las normas materialmente válidas que, además, son también formalmente válidas (por proceder de actos normativos regulares). Si esto —como creo— es correcto, hay una justificación para lo que sostiene Guastini: el conjunto de las normas materialmente válidas es más amplio que el de las normas formalmente válidas. Puede que Guastini no haya distinguido, en esta ocasión, entre normas formalmente inválidas (es decir, normas que no reúnen las condiciones para ser consideradas formalmente válidas, a pesar de que “deberían” hacerlo) y normas formalmente no-válidas (es decir, normas de las que no se requiere, de por sí, producción regular), pero esto no autoriza —entiendo— a descalificar su tesis como carente de fundamentación.

## VI. La derogación de normas implícitas

Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, ORS sostiene que, cuando una norma derivada es derogada (mediante una regla tácitamente derogatoria, como por ejemplo “Todas las normas que entren en conflicto con esta ley serán derogadas”, o simplemente aplicando el criterio *lex posterior*), no es siempre cierto que el resultado de tal acto derogatorio sea un sistema bien formado. No solo es necesario, de hecho, derogar la norma derivada, sino también aquellas normas que implican tal

norma derivada (al igual que aquellas normas que son consecuencia lógica de la norma derivada). En otras palabras, la derogación tiene un efecto “de arriba hacia abajo” sobre las reglas implicadas, y un efecto “de abajo hacia arriba” sobre la reglas “implicantes”.

En este marco, puede ocurrir que, de cara a derogar una cierta norma derivada, dos normas expresas puedan ser alternativamente derogadas (siendo innecesario derogar ambas). En tal circunstancia, el resultado de la derogación no es un sistema normativo determinado, sino al menos dos sistemas normativos alternativos.

La demostración formal reza como sigue<sup>18</sup>. Supongamos que tenemos un sistema formado por las siguientes normas:

- N1:  $(\sim O \sim p \ \& \ \sim O \sim q) \supset \sim O \sim r$
- N2:  $O p$
- N3:  $O q$

Tal y como resulta sencillo ver, las normas N2 y N3 implican la norma N4 “ $\sim O \sim p \ \& \ \sim O \sim q$ ”<sup>19</sup>. La norma N4, a su vez, implica, junto con N1, la norma N5: “ $\sim O \sim r$ ”. Si uno quiere derogar la norma derivada N5 (algo que sólo puede ser hecho tácitamente a través de una regla derogatoria general), tal agente puede cancelar la norma N2 o la norma N3 (o ambas, aunque esto parece innecesario), pero no hay razón *lógica* para preferir la derogación de alguna de tales normas. Esta circunstancia afecta a la unidad de un sistema normativo, ya que lo descompone en sistemas normativos alternativos. El efecto de la derogación (tácita) de la norma derivada N5 no es, en este caso, un sistema bien formado, sino más bien el de varios conjuntos de normas.

<sup>18</sup> Aquí me apoyo, en particular, en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., “Sobre el concepto de orden jurídico” (1976), en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, págs. 401-404.

<sup>19</sup> Recuérdese que, para la lógica deóntica de Alchourrón y Bulygin (y virtualmente para todos los sistemas de lógica deóntica), de hecho,  $O p$  implica  $\sim O \sim p$  (esto es, obligatorio implica permitido).

Esta tesis ha sido impugnada por Guastini en el debate que estamos analizando.

La idea de Guastini es que la demostración es errónea, ya que no da cuenta de un elemento distintivo de la lógica *jurídica*: “el razonamiento jurídico está gobernado no solo por la lógica, sino por el propio derecho. En el sentido de que es posible que el derecho excluya la admisibilidad de algunas inferencias que son lógicamente válidas” y el derecho admite algunas inferencias que son lógicamente inválidas<sup>20</sup>. Guastini también afirma que, si uno puede derivar lógicamente una cierta norma (c) a partir de las normas expresas (a) y (b), pero la norma (c) entra en conflicto con la norma expresa (d), promulgada después de (a) y (b), entonces (c) no es la conclusión de una inferencia jurídicamente admisible (pese a que es aceptable desde un punto de vista deductivo)<sup>21</sup>. Hasta la promulgación de (d), el sistema jurídico incluía las normas (a), (b) y (c). A partir de la promulgación de (d) y en adelante, el sistema incluirá las normas (a), (b) y (d).

A esta tesis, ORS replican sosteniendo que la tesis de Guastini es sustancialmente correcta, pero que es preciso enfatizar las diversas consecuencias que se siguen de cada una de estas dos reconstrucciones. De acuerdo con la de ORS, “es menester aceptar que la promulgación de una norma puede provocar la derogación de otra que no es directamente incompatible con la nueva norma promulgada”. En cambio, si se acepta la postura de Guastini, “ello no ocurre, pero es necesario admitir que la promulgación de una norma pueda tener repercusión sobre las reglas de inferencia admisibles en el sistema considerado” (ORS2, 149). Además de esto, la tesis sostenida por Guastini conlleva que si formas de razonamiento lógicamente inválidas (como, por ejemplo, la analogía) son admitidas en ciertos sistemas jurídicos como forma de inferencia (jurídicamente) válida, entonces es necesario “aceptar que en tales sistemas jurídicos podrían

<sup>20</sup> Guastini, R., “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, *op. cit.*, págs. 62-63.

<sup>21</sup> Guastini, R., “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, *op. cit.*, pág. 63.

derivarse consecuencias contradictorias incluso para los casos consistentemente normados” (ORS2, 148).

ORS sostienen que el hecho de que las autoridades normativas admitan formas inválidas de razonamiento en algunos casos (por ejemplo, la analogía en el caso de lagunas normativas), esto no quiere decir que admitan inferencias inválidas como medio para derivar las consecuencias lógicas de las normas. Dicho de otro modo, “puede admitirse la analogía en el derecho sin aceptar que ella constituya una forma de inferencia que permita derivar consecuencias a partir de las normas promulgadas” (ORS 2, 148).

Pese a que esto a ORS les parezca lógicamente descabellado, hay varios sistemas jurídicos donde la analogía es utilizada, de hecho, como un instrumento para derivar (al menos algunas de las) consecuencias lógicas de las normas. Es verdad que muchos de los sistemas jurídicos prevén que la analogía y otros razonamientos “productores” de normas funcionan primariamente como instrumentos para llenar lagunas. Sin embargo, es interesante observar que dichos razonamientos son a menudo usados por los juristas fuera del ámbito previsto por las normas de derecho positivo (i.e. integración de lagunas normativas), originando así inconsistencias<sup>22</sup>. Efectivamente, si se aplica la analogía a un caso regulado por una solución jurídica, lo que se crea es o bien una redundancia (si se usa una determinada *ratio* para iterar la solución que ya existe) o bien una antinomia (si se usa la *ratio* para derivar una norma que contradice la que ya existe).

Afirma, por ejemplo, un insigne jurista italiano que

una interpretación constitucionalmente orientada de la materia de la propiedad debe, antes de nada, permitir una aplicación analógica de aquellas normas, las cuales, aunque contradigan el libre desarrollo de las facultades del propietario, constituyen un elemento estructural relativo a la forma de ser de ese tipo de propiedad privada<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Véase Ross, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, pág. 150.

<sup>23</sup> Gambaro, A., *Il diritto di proprietà*, Milano, Giuffrè, 1995, pág. 47.

Lo que equivale a decir que la aplicación analógica de algunas normas que limitan los derechos de propiedad debe ser realizada a la luz del dictado constitucional, aunque esto produzca contradicciones en el seno del sistema de la propiedad, ya que dichas situaciones de conflicto pueden ser solucionadas otorgándole primacía a la “función social” de la institución propietaria<sup>24</sup>.

En resumidas cuentas, ORS parecen pasar por alto que según los criterios de identificación usados normalmente por los juristas no siempre las normas derivadas se limitan a aquellas que se desprenden de la aplicación de los criterios de la lógica deductiva. Al contrario, es una cuestión dogmática —que cambia en los diversos órdenes jurídicos— establecer cuáles son los criterios para determinar la pertenencia (y/o la aplicabilidad) de las normas derivadas a (en) un cierto sistema de normas<sup>25</sup>. La confusión entre lo que debería pasar en un sistema normativo ideal con lo que ocurre en los sistemas jurídicos reales es algo frecuente en la literatura positivista de índole no realista, pero es sorprendente que en esta confusión incurran pensadores tan agudos como ORS. En particular, el argumento según el cual si un cierto sistema jurídico admite como jurídicamente válidas formas de razonamiento lógicamente inválidas, entonces se sigue que en tales sistemas jurídicos podrían derivarse consecuencias contradictorias, y por esto no se puede afirmar razonablemente que tales razonamientos “ampliativos” sean instrumentos para derivar las consecuencias lógicas de las normas, constituye una clara petición de principio, en la medida en que sostiene que algo no puede ocurrir bajo la asunción de que un sistema normativo tiene que tener la propiedad de ser racional (en la medida en que admitir razonamientos ampliativos entre las

<sup>24</sup> Al respecto, Rescigno, P., “La proprietà (dir. priv.)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, pág. 275, habla de «estensibilità analogica delle norme di carattere eccezionale destinate a realizzare la funzione sociale».

<sup>25</sup> Esta pluralidad de modelos es reflejada por las diferentes reconstrucciones teóricas correspondientes. Véase Ferrer Beltrán, J. y Ratti, G. B., “Validity and Defeasibility in the Legal Domain”, *Law and Philosophy*, 29, 2010, págs. 610-614.

reglas de inferencias podría conllevar consecuencias lógicamente insatisfactorias). Claramente, esta es una postura anti-realista en el ámbito de la teoría del derecho, ya que rehúsa describir lo que de hecho ocurre en los sistemas jurídicos, sobre la base reconstrucciones conceptuales construidas artificialmente<sup>26</sup>.

## VII. Derogación e invalidez constitucional

En la parte final de su artículo, ORS proponen un profundizado y sugerente análisis de las posibles relaciones entre derogación y declaración de inconstitucionalidad. Comparto, en buena medida, sus resultados, de forma que no los discutiré aquí.

Sin embargo, me parece que ORS omiten subrayar un punto importante relativo a dichas relaciones<sup>27</sup>. En los sistemas jurídicos con control de constitucionalidad centralizado y con efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias, la derogación implícita por aplicación del principio *lex posterior* y la declaración de inconstitucionalidad por aplicación del principio *lex superior* pueden converger en el caso en que una norma sea, a la vez, superior y posterior respecto de otra norma. Es este un caso donde la dicotomía entre orden depurado y orden no depurado parece encontrar algún problema, ya que la norma que es criterio de “pureza” entra a formar parte de la secuencia de sistemas en un momento sucesivo a la norma cuya consistencia con ella debería establecerse. Lo que es importante subrayar aquí, no obstante, es que el modelo del orden depurado parece decantarse por la aplicación del criterio *lex posterior* —con expulsión inmediata de la norma más antigua y consecuente inexistencia *ab origine* de cualquier conflicto

<sup>26</sup> Sin embargo, distinguen cuidadosamente entre cuestiones, por así decirlo, de “sociología del razonamiento jurídico” y cuestiones lógicas Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L., “Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas respuestas a los críticos”, *cit.*, págs. 118-119, aunque no extraigan de ello todas las repercusiones conceptuales que, en mi opinión, cabe derivar.

<sup>27</sup> Véanse, no obstante, las agudas reflexiones que, respecto de este punto, se encuentran, más recientemente, en Orunesu, C., *Positivismos jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 135 ss.

normativo— mientras que el modelo del orden no depurado parecería sugerir la aplicación del criterio jerárquico, con eventual expulsión de la norma inferior sobre la base de una sentencia del órgano del control de constitucionalidad. En términos de reconstrucción de lo que normalmente pasa en los sistemas de control centralizado, no cabe duda de que el segundo modelo parece ser más adecuado que el primero. Efectivamente, como afirma correctamente Guastini,

cuando está en discusión una antinomia entre constitución y ley anterior a la constitución, doctrina y jurisprudencia parecen preferir decididamente [la aplicación del criterio jerárquico], de manera que una norma legislativa en conflicto con la constitución, pero anterior a esta, debe considerarse no simplemente derogada, sino inválida, por inconstitucionalidad sobreviniente. Con la relevante consecuencia que la antinomia entre constitución y ley anterior no la pueden resolver los jueces comunes (por otra parte con efectos circunscritos al caso en cuestión), sino solo el Tribunal Constitucional (cuyas sentencias estimatorias tienen efectos *erga omnes*)<sup>28</sup>.

## VIII. Conclusiones

En las páginas precedentes, he criticado algunas de las tesis propuestas por ORS hace algunos años en unas importantes contribuciones publicadas en esta revista. Es de sobra decir que dichas contribuciones contienen muchas tesis que merecen ser compartidas, pero sobre ellas nada he dicho, ni diré, en esta sede.

Quiero concluir diciendo que allí donde nuestras ideas divergen, me parece que lo hacen porque mis amigos ORS no mantienen una sana actitud realista acerca de lo que ocurre en el mundo jurídico, sino que hacen prevalecer sus estipulaciones conceptuales (y sus preferencias ideológicas) sobre los hechos empíricos, de forma que sus propuestas sobre estos puntos, implícitamente, se tornan dogmáticas,

---

<sup>28</sup> Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014, pág. 129.

más que teórico-generales. Es decir, versan sobre cómo debe ser el derecho y no sobre cómo es.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. “Sobre el concepto de orden jurídico” (1976), en Alchourrón C. E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991.
- Bulygin, E., “Cognition and Interpretation of Law”, en L. Gianformaggio y S. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995.
- Ferrer Beltrán, J. Ratti, G. B., “Validity and Defeasibility in the Legal Domain”, *Law and Philosophy*, 29, 2010.
- Ferrer Beltrán, J., Rodríguez, J. L., *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Ferrer Beltrán, J., Rodríguez, J. L., “Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas réplicas a los críticos”, *Analisi e diritto*, 2013.
- Gambaro, A., *Il diritto di proprietà*, Milano, Giuffrè, 1995.
- Guastini, R., “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, *Discusiones*, 2, 2001.
- Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, II ed., 1994.
- Kelsen, H., *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, New Brunswick (NJ), Transaction, [1945] 2006.
- Orunesu, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Orunesu, C., Rodríguez, J. L. y Sucar, G., “Inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, 2, 2001.
- Orunesu, C., Rodríguez, J. L. y Sucar, G., “Reflexiones ulteriores sobre inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, 2, 2001.
- Perot, P., “Inconstitucionalidad, legalidad y orden jurídico”, *Discusiones*, 2, 2001.

- Ratti, G. B., “Tres disyuntivas teóricas en la reconstrucción de los órdenes jurídicos”, *Analisi e diritto*, 2013.
- Rescigno, P., “La proprietà (dir. priv.)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1998.
- Ross, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958.
- Schmill, U., “Observaciones a *Inconstitucionalidad y derogación*”, *Discusiones*, 2, 2001.
- Troper, M., “Une théorie réaliste de la validité”, *Analisi e diritto*, 2014.
- Tur, R., “The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?”, en L. Duarte D’Almeida, J. Gardner, L. Green (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart, 2013.

# Instrucciones para los autores



*Discusiones* publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* estará reservada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

## **Envío y evaluación**

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción (hernanbouvier@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com).

*Discusiones: sección principal.* Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada, corresponderá al editor propuesto la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del autor principal.

*Discusiones: Cortes.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato ciego por pares externos.

*Discusiones: Libros.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato ciego por pares externos.

*Discusiones: Balance.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato ciego por pares externos.

## Instrucciones generales de escritura y citado

- Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente *Times New Roman 12*, en páginas tamaño carta.
- Inmediatamente bajo el título o subtítulo de cada trabajo, los autores pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, la institución a la que pertenecen y la dirección de contacto (ciudad, país y e-mail).
- Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.
- En las notas se indicará la fuente de la siguiente manera:
- Si se trata de un libro: Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1979
- Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, pág. 129-152.
- Si se trata de un artículo en revista: Garzón Valdés, E. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 3, 1986, pág. 17-33.
- Tratándose de referencias a obras ya citadas, si la referencia es exactamente la misma contenida en una nota anterior, debe utilizarse la expresión “Ídem”. Si es el del mismo autor y obra, pero se cita una parte diversa, deberá usarse la expresión “Íbid” o “Ibídem” seguida de la página distinta que se está refiriendo. En el caso de referencias no contiguas, en que se cita al mismo autor, se indicará solo el apellido y nombre del autor seguido de la expresión “op. cit.”. Y cuando se han citado dos o más trabajos de un mismo autor, se agregará, luego del apellido y nombre, el título de la obra o parte de él para poder identificar el trabajo que se ha citado, seguido de la expresión “op. cit.”.

#### Discusiones XIV

- Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente según el apellido del autor y elaborada siguiendo las normas indicadas para las notas.
- Todo trabajo debe ser precedido de un resumen, en castellano e inglés, de 150 palabras y la indicación, en la lengua correspondiente, de al menos tres palabras clave.

Se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2015  
en B4 Gráfica, Bahía Blanca, Argentina.  
Se imprimieron 100 ejemplares

