

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 17 | 2019 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



IDEAS & DERECHO

Nº 17 | 2019 | Buenos Aires



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ideas & Derecho es una revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho que comenzó a publicarse como anuario en el año 2001. Abarca todas las escuelas de pensamiento referidas a la Teoría Jurídica, a la Filosofía del Derecho, a la Filosofía Política y a la Filosofía Social. Procura, asimismo, que las investigaciones científicas que se publican en sus páginas respondan a las necesidades de la comunidad jurídica y política nacional y extranjera. Por ello, la revista está abierta tanto a las contribuciones que aborden un análisis iusfilosófico general (desde el enfoque teórico de su preferencia), como a los estudios de áreas más específicas del campo jurídico, político y social, en la medida en que adopten una perspectiva iusfilosófica. Las contribuciones podrán pertenecer a las siguientes categorías: a) Estudios; b) Diálogos y ensayos, y c) Reseñas.

La revista Ideas & Derecho tiene como objetivos primordiales:

- a) Difundir los resultados de los avances logrados en el marco de la Teoría Jurídica, la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política y la Filosofía Social.
- b) Contribuir al debate acerca de las diferentes escuelas de pensamiento sostenidas a lo largo de la historia y las de la actualidad.
- c) Promover la construcción de pensamiento crítico en torno al mundo jurídico y a las disciplinas afines.
- d) Incentivar el desarrollo de la investigación y la docencia en estas materias.

Ideas & Derecho es una revista arbitrada que utiliza el sistema de doble ciego y recurre a evaluadores externos a la AAFD para la selección de los artículos a publicar.

Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial de la AAFD.

Ideas & Derecho. ISSN 2314-0321

Periodicidad semestral - N° 17, junio 2019

© ASOCIACIÓN ARGENTINA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (AAFD)

San Martín 569, piso 5º, of. "12" - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4011-1312 - info@aafder.org - URL: <http://www.aafder.org/ideasderecho/>

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en Prosa-Amerian, en la segunda quincena de junio de 2019.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

PRESIDENTE

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

VICEPRESIDENTE

Diego Duquelsky Gómez

SECRETARIA

Debora Ranieri

TESORERO

Juan Pablo Alonso

VOCALES TITULARES

Jorge Eduardo Douglas Price

Paula Gaido

Marina Goralí

Ricardo Guibourg

Daniel Alejandro Herrera

Claudina Orunesu

Julio Raffo

María Gabriela Scataglini

Eduardo Sodero

María Claudia Torrens

Rodolfo Vigo

VOCALES SUPLENTE

Luciana Álvarez

Eugenio Bulygin

María Isolina Dabove

Eduardo Quintana

REVISORAS DE CUENTAS

Mercedes Ales (titular)

Alicia Enriqueta Carmen Ruiz (suplente)

REVISTA IDEAS & DERECHO

DIRECTORES GENERALES

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA) - Juan Pablo Alonso (UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Diego Luna (UBA)

María Florencia Vazzano (Unicen)

COMITÉ EDITORIAL

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Juan Bautista Etcheverry (Conicet-U. Austral)

Claudina Orunesu (UNMdP)

María Gabriela Scataglini (UBA)

Débora Ranieri (UCA)

María Claudia Torrens (UNR)

CONSEJO ACADÉMICO

Robert Alexy (Alemania)

Javier Ansuátegui Roig (España)

Manuel Atienza (España)

Andrés Botero Bernal (Colombia)

Eugenio Bulygin (Argentina)

Juan Ramón Capella (España)

Carlos Cárcova (Argentina)

Mario Chaumet (Argentina)

Miguel Ciuro Caldani (Argentina)

Paolo Comanducci (Italia)

Raffaele De Giorgi (Italia)

Alberto Filipi (Italia)

Juan Antonio García Amado (España)

Ricardo Guibourg (Argentina)

Carla Huerta (México)

Santiago Legarre (Argentina)

Raúl Madrid Ramírez (Chile)

José Juan Moreso (España)

Pablo Navarro (Argentina)

Julio Raffo (Argentina)

Cristina Redondo (Argentina)

Eligio Resta (Italia)

Oscar Sarlo (Uruguay)

Julián Sauquillo (España)

Lenio Luiz Streck (Brasil)

Damaso J. Vicente Blanco (España)

Rodolfo Vigo (Argentina)

Francesco Viola (Italia)

TABLA DE CONTENIDO

ESTUDIOS

Juan Cruz Ara Aimar

Análisis crítico de la reforma constitucional de 1994 a partir de los tribunales internacionales de opinión	3
---	---

Boris Wilson Arias López

Reflexiones sobre discrecionalidad y prevaricato	25
--	----

Erika Nawojczyk

Género e interpersonalidad en la reforma constitucional: un enfoque desde la teoría trialista del mundo jurídico	49
--	----

Katia Troncoso Muñoz

Reformas constitucionales y judiciales del período posdictatorial: una lectura en clave de la gubernamentalidad neoliberal	65
--	----

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Lawrence B. Solum

Originalismo sorprendente: la Conferencia Regula	87
--	----

RESEÑAS

Alfredo Fernando Ronchetti

Libro: CHAUMET, MARIO EUGENIO, <i>Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo</i> , Buenos Aires, Astrea, 2017	147
--	-----

Normas de publicación para los autores	151
--	-----

Declaración de originalidad	159
-----------------------------------	-----

ESTUDIOS

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 A PARTIR DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE OPINIÓN

JUAN CRUZ ARA AIMAR*

Resumen. Este trabajo tiene por propósito responder, a partir de un breve recorrido por los tribunales internacionales de opinión, si los instrumentos internacionales incorporados en el art. 75, inc. 22, de la Const. nacional, por la reforma del año 1994, son suficientes para la protección de los derechos humanos y la humanidad, o si en realidad esconden ciertas asimetrías de poder y, por ende, se trata de algo perfectible.

Palabras claves: reforma constitucional, tribunales internacionales de opinión, derechos humanos, derecho internacional penal, derecho alternativo.

CONSTITUTIONAL REFORM OF 1994 CRITICAL ANALYSIS FROM INTERNATIONAL COURTS OF OPINION

Abstract. The purpose of this paper is to respond after a brief tour of the international courts of opinion, if the international instruments incorporated in art. 75, inc. 22, of the CN

* Profesor adscripto de Filosofía del Derecho, Cátedra "A". Profesor adscripto de Sociología General y del Derecho. Doctorando en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Correo electrónico: juancruzaraaimar@gmail.com. Este trabajo es una adaptación escrita de la conferencia dictada en las XXXIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Santa Fe, 2 a 4 oct. 2019.

from the reform of the year 1994 are sufficient for the protection of human rights and humanity, or if they actually hide certain asymmetries of power and, therefore, they are something perfectible.

Keywords: constitutional reform, international courts of opinion, human rights, international criminal law, alternative law.

ANÁLISE CRÍTICA DA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 DESDE OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE OPINIÃO

Resumo. O objetivo deste artigo é responder após uma breve visita ao tribunal internacional de opinião, se os instrumentos internacionais incorporados no art. 75, inc. 22, da CN da reforma do ano de 1994 são suficientes para a proteção dos direitos humanos e da humanidade, ou se eles realmente ocultam certas assimetrias de poder e, portanto, são algo perfeito.

Palavras chaves: reforma constitucional, tribunais internacionais de opinião, direitos humanos, direito penal internacional, direito alternativo.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

Luce prudente principiar este artículo explicando brevemente el título escogido, ya que la relación entre la reforma de la Constitución argentina del año 1994 y los tribunales internacionales de opinión parece a simple vista algo extraña o forzada. En este sentido, es indiscutible que toda reforma de un texto constitucional supone un hito histórico trascendental en la vida política y social de una comunidad o sociedad. En lo que refiere a nuestro país, pese a ser parcial, en el año 1994 se incorporaron formalmente tópicos interesantísimos tanto a nivel formal como sustancial. En este caso, nos ocuparemos tan solo de uno de los incisos del texto final producto de aquella reforma que, allende su aparente insignificancia, supone uno de los aspectos más fructíferos tanto a nivel jurídico como político, social y humano: el inc. 22 del art. 75 de la Const. nacional que introdujo les brindó jerarquía constitucional en el territorio nacional –y por ende superior a las leyes– a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos

humanos y posibilitó la introducción de otros nuevos a través del mecanismo allí descripto.

En definitiva, a partir del art. 75, inc. 22, se concretó en estas latitudes lo que HABERMAS da en llamar “constelación posnacional”¹; esto es que, dentro del proceso de legitimidad democrática, la Constitución es nacional, pero las fuentes de poder se construyen cada vez más en la esfera supranacional; esto en el caso de nuestro país supuso un sinnúmero de herramientas jurídicas para avanzar positivamente en diversas situaciones, para generar procesos de emancipación –el mayor grado de protección de minorías o sujetos vulnerables como adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, mujeres y personas con discapacidad constituyen ejemplos típicos–.

Sentado lo expuesto, la pregunta que se plantea a lo largo de estas humildes páginas es si ese producto de la política para la protección de los derechos humanos y la humanidad –tan loable, por cierto– es suficiente o si en realidad esconde ciertas asimetrías de poder y, por ende, se trata de algo perfectible. Para responder a este interrogante, se propone un acercamiento a partir de los tribunales internacionales de opinión², que pueden caracterizarse, *prima facie*, simultáneamente como espacios de la sociedad civil a la manera de HABERMAS y como expresiones del derecho alternativo por cuanto revisten una actitud crítica y utópica con relación al derecho oficial o hegemónico³. Respecto a esto último, señala ALBERTO FILIPPI, con especial referencia al Tribunal Russell II del cual participó activamente, que en las décadas de 1960 y 1970 “se afirman ‘nuevos sujetos’ y nuevas formas de lucha y de oposición a las dictaduras, validando y produciendo recursos jurídicos, denuncias y amparos en el contexto local, nacional y –algo totalmente innovador–, el en con-

¹ HABERMAS, *La constelación posnacional*, p. 84 y siguientes.

² En este trabajo se seleccionaron los tribunales internacionales de opinión siguiendo estos tres criterios: importancia histórica, referencia local y actualidad, sin perjuicio del indudable gusto del autor. Lo cierto es que referir a todos los tribunales de esta índole excedería con creces este trabajo.

³ DUQUELSKY, *Entre la ley y el derecho*, p. 66. Siguiendo al autor, puede aventurarse también que los tribunales internacionales de opinión pueden, de acuerdo al caso, constituir tres manifestaciones del derecho alternativo: el uso alternativo del derecho –dado el carácter de interpretación que hacen de los instrumentos internacionales–, el positivismo de combate –al demandar y aplicar los instrumentos vigentes a situaciones que usualmente escapan a los organismos oficiales– y el derecho alternativo en sentido estricto –por cuanto dan preeminencia al pluralismo jurídico– (p. 72).

texto del derecho internacional y de la incipiente opinión pública mundial”⁴.

No obstante, antes de ingresar en el desarrollo de estos tribunales, resulta necesario especificar, someramente, una cuestión eminentemente iusfilosófica sin la cual la relación aquí expuesta no tendría sentido –o bien no se consideraría una cuestión jurídica–, así como también detallar el contexto social en el que esta se produce. Respecto a lo primero, alcanza con señalar que se entenderá la relación derecho-poder en el sentido de que el primero es el vehículo del segundo; es decir, que el derecho sirve para imponer y significar las conductas humanas. De allí que la sentencia como acto por antonomasia del derecho⁵ revista una importancia insoslayable porque es en última medida la que dice lo que es y lo que debe ser en el caso concreto, convirtiéndose en un antecedente para supuestos análogos.

§ 2. *CONTEXTO*

En relación con el contexto, basta recordar que nos encontramos en una sociedad posmoderna⁶, consumista, individualista, mediatizada, globalizada y multicultural. De todo ello, interesa rescatar especialmente que la globalización no solo es de índole económica, sino también política, informativa, ecológica, laboral, jurídica y cultural, que son impuestas y constituyen procesos asimétricos entre los denominados países centrales y los periféricos.

En esta inteligencia, cabe destacar también que a estos procesos de globalización los Estados han respondido con diversas estrategias: *a)* cediendo parte de su soberanía para constituir uniones regionales, tales como la Unión Europea (UE), el Mercosur, el Nafta o la Unión Africana; *b)* creando instituciones globales, ya sea de carácter general como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), o bien especializadas como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial y la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y *c)* retornando al

⁴ FILIPPI, “Derechos vs. dictaduras. El Tribunal Bertrand Russell II”, en FILIPPI - NIÑO, *De las dictaduras a las democracias*, p. 23.

⁵ COSSIO, *La teoría egológica del derecho*, p. 49.

⁶ Si bien el término posmodernidad es ampliamente discutido por los autores, entendemos por él su concepción general, esto es, la crisis de los metarelatos o metanarraciones, la idea de que no existe un fundamento último de verdad y un *telos* u objetivo hacia el cual camina la sociedad.

regionalismo, esto es, devolviendo poder a los gobiernos locales para detener la crisis de legitimidad⁷. Asimismo, dentro de este plano político mundial, es importante la irrupción de organismos internacionales no estatales como Greenpeace, Amnistía Internacional, Cruz Roja, BRAC, así como también enormes empresas privadas o conglomerados de empresas y bancos privados que, en ciertas ocasiones, pueden llegar a tener un patrimonio mucho mayor que el PBI de los países en que operan (Apple, Microsoft, Johnson & Johnson, General Electrics, Samsung, etcétera).

Por su parte, más allá de las consideraciones propias, se comparte la idea de que existe una cultura global que puede observarse en tres niveles: a) la conciencia respecto a un destino común del planeta (medio ambiente, derechos humanos, interdependencia económica y seguridad geopolítica), todo lo cual hace al principio de *cosmopolitismo*; b) una cultura global multicultural que se caracteriza por la hibridación y mezcla de culturas de distintos orígenes, y c) la cultura del consumismo, directamente relacionada con la formación de un mercado capitalista global⁸.

Finalmente, interesa puntualizar el papel de la globalización informática; esto es, el cúmulo de información que supera las fronteras y hace a la construcción de un mundo global que consideramos *nuestro* mundo; esto se interrelaciona indudablemente con la llamada sociedad mediatizada, en la que la comunicación se da en gran medida a través de medios tecnológicos cuya puesta en marcha no es ajena al poder social. En efecto, el mentado consumo instantáneo de la información global no es material ni idealmente simétrico, porque el poder sobre los medios de comunicación –su plataforma– no lo es. En la sociedad globalizada, la información es monopolizada por grandes agencias privadas o públicas de los países centrales, tales como Reuters, Associated Press, AFP o Xinhua, que generan los reportes, documentos, fotografías y videos que son utilizados por las diversas empresas de medios asociadas.

Al mismo tiempo, existen enormes conglomerados de medios de comunicación a partir de los cuales se transmiten estas informaciones y los más diversos productos mediáticos. A este respecto, los autores suelen coincidir en que desde la mitad del siglo xx se ha dado un proceso constante de concentración, diversificación y perso-

⁷ CASTELLS, *Comunicación y poder*, p. 69 y siguientes.

⁸ CASTELLS, *Comunicación y poder*, p. 167.

nalización⁹. Es decir, que no solo Time Warner, Disney, News Corp, CBS, NBC –y a partir de la irrupción de internet, Google, Microsoft y Apple– compran y absorben cada vez más empresas nacionales, sino que también son dueñas de cada vez más variadas formas de comunicación y otros rubros, y se insertan en más países¹⁰. La situación así descrita, entendemos, contribuye al fenómeno de la opacidad del derecho a nivel global¹¹, al brindar una visión hegemónica que contribuye al desconocimiento o ignorancia de los verdaderos alcances de los instrumentos internacionales; por ejemplo, guiados por la agenda mediática mundial y los procesos oficiales con condenas efectivas por delitos contra la humanidad, pareciera que solo puede cometer graves violaciones a los derechos humanos un hombre negro ataviado con boina roja, uniforme de combate y gafas oscuras que blande un machete en una mano y una AK-47 en la otra, pero jamás un blanco de traje que dirige una empresa multinacional de alimentos.

§ 3. **LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE OPINIÓN**

La herramienta jurídica más reconocida para la protección de la humanidad como sujeto de derecho es el derecho internacional penal. Habitualmente, un fugaz repaso por su historia –reciente, por cierto– comienza con los juicios de Núremberg y Tokio a mediados del siglo pasado, inmediatamente después de que las tropas aliadas vencieran a las del Eje y se hicieran públicas las atrocidades cometidas en Europa y Asia¹². Luego, existe un salto prácticamente sin escalas has-

⁹ CASTELLS, *Comunicación y poder*, p. 112; THOMPSON, *Los media y la modernidad*, p. 212.

¹⁰ Tomando como ejemplo News Corp, esta no solo es dueña de canales de noticias y la Fox, sino también de diversas editoriales, incontables periódicos y revistas a lo largo y ancho del globo, un club de béisbol, la liga de rugby de Australia, empresas proveedoras de televisión satelital, por cable e internet. A todo ello se agrega Hulu, el competidor del conocido Netflix, y ahora parte de la televisión del fútbol de nuestro país.

¹¹ CÁRCOVA, *La opacidad del derecho*, p. 36 y siguientes.

¹² Como antecedente mediato más cercano suele citarse el frustrado intento de juzgar al káiser Guillermo II de Alemania una vez culminada la Primera Guerra Mundial. En efecto, la séptima parte del Tratado de Versalles de 1919, que puso fin a la Primera Guerra Mundial, preveía expresamente su juzgamiento por lo que hoy podríamos clasificar como crímenes de guerra. No obstante, los Países Bajos le dieron asilo al líder del vencido Segundo Reich y se negaron a extraditarlo.

ta los crímenes juzgados por las Cortes *ad hoc* para la desaparecida Yugoslavia y para Ruanda en la década de 1990, que rematan con el Estatuto de Roma (ER) y la Corte Penal Internacional (CPI). Este vacío aparente de más de cuatro decenios puede conllevar equívocos. ¿Acaso no hubo durante ese tiempo graves violaciones a los derechos humanos? Si los hubo, ¿qué hizo la comunidad internacional al respecto?

Las respuestas a estas preguntas distan de ser felices. La historia demuestra que no solo hubo sendos crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad e incluso genocidios durante esa época, sino que aquel primer paso que los Estados habían dado luego de la Segunda Guerra Mundial y la constitución de la ONU para el juzgamiento y condena de tamaños actos fue abruptamente detenido y relegado. Sin mor de justificación, debemos conceder que la constitución y afianzamiento del derecho internacional se trató de un largo proceso sujeto a imbricadas relaciones de poder y política, y que la Guerra Fría, junto a otras variables, frustraron numerosos intentos de llevar a la praxis lo que se dejaba escrito en tratados y convenciones. Pese a ello, ante esta inactividad de los poderes centrales estaduales, la sociedad civil se propuso avanzar en el mismo sendero que los juicios de Núremberg y Tokio al analizar y condenar –al menos simbólicamente– los crímenes de guerra cometidos en Vietnam y, tiempo más tarde, las violaciones a los derechos humanos perpetradas en América Latina, en lo que se dieron en llamar los tribunales Russell I y II.

Posteriormente, cuando la comunidad internacional consiguió finalmente los acuerdos necesarios para consagrarse a partir de los ya mentados tribunales *ad hoc* para la desaparecida Yugoslavia y para Ruanda, la firma del ER y la puesta en funcionamiento de la CPI, la sociedad civil no cesó en su empresa y continuó llevando a cabo numerosos tribunales de opinión para dar voz y llamar a la conciencia respecto a aquellos crímenes que, por deficiencias técnicas propias de la asimétrica distribución del poder mundial, el derecho internacional público o el derecho internacional de los derechos humanos no podían investigar y condenar. Nuevamente, estas cortes populares se propusieron dar a conocer los delitos cometidos por los Estados que no signaron o ratificaron el Estatuto de Roma –tal el caso de Estados Unidos e Israel–, así como también ampliaron el espectro jurídico analizando la responsabilidad de determinadas empresas privadas globales en la comisión de graves delitos contra la humanidad.

§ 4. **TRIBUNAL RUSSELL I**

Cualquier obra contemporánea ubica a BERTRAND RUSSELL en las antípodas del pensamiento filosófico de JEAN PAUL SARTRE, ambos referentes de mediados del siglo xx. El primero de ellos fue el representante máximo del positivismo. El segundo, uno de los más reconocidos forjadores del incipiente existencialismo. Incluso podríamos anotar otras diferencias que, en el imaginario popular, los colocan en polos opuestos: RUSSELL era inglés y miembro del partido laborista¹³; SARTRE francés y abiertamente socialista. No obstante, lo que nos convoca en estas páginas no son los contrastes habidos entre estos ilustres pensadores, sino una concordancia histórica para los derechos humanos. Hacia el año 1966, tanto RUSSELL como SARTRE eran figuras reconocidas a nivel mundial¹⁴ y fueron partícipes –el primero como promotor y el segundo como jurado– del tribunal internacional que juzgó los crímenes cometidos por los Estados Unidos en Vietnam. No mentía SARTRE cuando afirmaba que su existencialismo era un humanismo, y RUSSELL demostraba, con hechos, que la frialdad que sus detractores le achacaban a su filosofía no iba en detrimento de la humanidad ni mucho menos.

La guerra de Vietnam se desarrolló entre 1955 y 1975 y enfrentó a la República de Vietnam (Vietnam del Sur), con el apoyo explícito y directo de los Estados Unidos¹⁵, y el Frente Nacional de Liberación de Vietnam (Viet Cong) y la República Democrática de Vietnam (Vietnam del Norte), respaldados por China y la Unión Soviética.

¹³ Una aproximación a las ideas políticas de RUSSELL puede rastrearse en su obra *Caminos de libertad: socialismo, anarquismo y comunismo*. Por otra parte, huelga destacar que, luego de que el gobierno del Partido Laborista apoyara el accionar de Estados Unidos en Vietnam, decidió renunciar a él luego de cincuenta y un años de afiliación (RUSSELL, *Crímenes de guerra en Vietnam*, p. 117).

¹⁴ Por caso, tanto RUSSELL como SARTRE habían sido galardonados con los Premio Nobel de Literatura de 1950 y 1964, respectivamente.

¹⁵ Antes de la intervención directa de las fuerzas armadas estadounidenses, el país del norte ya había enviado funcionarios políticos, fuerzas militares y, especialmente, de inteligencia. Asimismo, cabe advertir que la hasta entonces colonia francesa estuvo prácticamente en constante conflicto durante la Segunda Guerra Mundial, pasando por la Operación Masterdom y la guerra de Independencia de Indochina. La bibliografía al respecto es extensa y, la mayor de las veces, subjetiva. Una aproximación sugerente avalada por la crítica es APPY, *La guerra de Vietnam. Una historia oral*.

Los más optimistas calculan que murieron un millón de personas; los menos, cerca de seis. Oficialmente, Estados Unidos contabilizó 58.159 bajas y alrededor de 1.700 desaparecidos, mientras que Vietnam del Sur unas 250.000 personas. El resto de los impasibles números corresponde a soldados y civiles norvietnamitas.

Pese a la utilización común del vocablo “guerra” para referir a estos sucesos históricos, la maquinaria militar y la CIA no fue lo único que la por entonces flamante potencia mundial puso en funcionamiento en Vietnam. La propaganda mediática que, a partir de la Primera Guerra Mundial, se había convertido prácticamente en una política de Estado estadounidense para la construcción de un yo nacional y granjearse el apoyo de su pueblo, constituyó una vez más uno de los elementos esenciales del conflicto¹⁶. En su libro *Crímenes de guerra en Vietnam*, RUSSELL refiere que las publicaciones críticas de la conducta de los Estados Unidos se encontraban en las páginas interiores y que cada vez eran más limitadas, mientras que la prensa se preocupaba de justificar o desacreditar los informes adversos¹⁷; por ejemplo, diciendo que la utilización de napalm era propia del gobierno de Vietnam del Sur y no de las fuerzas armadas estadounidenses.

Movido por el estupor de las voces que solapadamente se dejaban oír respecto a los crueles actos que los soldados estadounidenses prodigaban en el país asiático, RUSSELL comprendió que la denuncia

¹⁶ Un ejemplo notable es el *best seller Deliver Us From Evil* de THOMAS A. DOOLEY, quien tiempo después de haber relatado las horribles atrocidades del Viet Minh, se descubrió que era agente de la CIA y que gran parte de sus relatos eran fabricados. Por su parte, el aparato mediático estadounidense nunca ha cesado. Incluso en una de las primeras películas críticas, *Casualties of war (Pecados de Guerra)*, de 1989), de BRIAN DE PALMA, basada en el artículo periodístico de DANIEL LANG, “Una muchacha para matar”, un joven Sean Penn da vida al líder de una patrulla que decide secuestrar a una joven vietnamita, violarla y asesinarla. Del otro lado, un consagrado Michael Fox encarna el bien y denuncia estos hechos. La película tiene un final feliz, una corte marcial condena a los culpables, aunque no relata que realmente las condenas fueron reducidas considerablemente en un juicio posterior. Pese a ser una obra de denuncia, el sentimiento que deja es que se trató de un caso aislado y que el sistema funciona, aunque requiera correcciones. Otras películas de denuncia son *Full metal jacket* y *Platoon*, en las que se denuncia la construcción de soldados amorales, a partir de jóvenes comunes y corrientes, y el abuso de drogas, entre otras cosas.

¹⁷ RUSSELL, *Crímenes de guerra en Vietnam*, p. 36 y 37. En las páginas siguientes relata un intercambio epistolar con el director del “New York Times”, a partir de que una nota suya fuera acompañada por una editorial injustificadamente demoledora y una posterior publicación suya recortada.

pública a través de periódicos o libros no alcanzaba, que era necesario un estudio pormenorizado de la situación y un encuadramiento jurídico a partir del incipiente derecho internacional. Así, a partir de su iniciativa, en noviembre de 1966 –mientras aún se desarrollaba el conflicto– se constituyó en Londres el Tribunal Internacional contra los Crímenes de Guerra en Vietnam –que luego sería conocido simplemente como Tribunal Russell–.

No se trató de un tribunal oficial, entendiendo por tal aquel que impone una sanción jurídica obligatoria que tiene la potestad o potencialidad de ser ejecutada. Tampoco existió designación oficial de sus miembros. No obstante, como estos lo destacaron, esas limitaciones no fueron sino una virtud: “somos impotentes: tal es la garantía de nuestra independencia”¹⁸, afirmaron JEAN PAUL SARTRE, VLADIMIR DEDJER, SIMONE DE BEAUVOIR, GÜNTHER ANDERS y PETER WEISS, entre otras personalidades que constituyeron el eminente jurado. Asimismo, el procedimiento celebrado no se trató de un proceso adversarial, sino que se asemejó a lo que luego serían las opiniones consultivas¹⁹.

Conforme al derecho aplicable entonces y las probanzas colectadas –entre ellas, informes, testimonios, documentación e inspecciones oculares–, el tribunal concluyó, entre otras cosas, que el gobierno de los Estados Unidos cometió actos de agresión contra Vietnam, que violó la soberanía y neutralidad de Camboya, que bombardeó deliberada y sistemáticamente objetivos civiles, que utilizó o experimentó con armas prohibidas por las leyes de guerra, que sus fuerzas armadas sometieron a los prisioneros y poblaciones civiles a tratos inhumanos y prohibidos por las leyes de guerra y que cometió el crimen de genocidio²⁰.

§ 5. **TRIBUNAL RUSSELL II**

Mientras el Tribunal Russell se organizaba en 1966, hacía ya dos años que al otro lado del globo los militares brasileños habían derrocado a João Goulart e instaurado una dictadura, continuando así una práctica consuetudinaria de violación de derechos humanos que ya

¹⁸ DEDJER (dir.), *Tribunal Russell*, p. 21.

¹⁹ Como bien afirma el tribunal, “somos únicamente jurados, no tenemos poder ni para condenar ni para absolver a nadie. Por tanto, no hay ministerio público. Tampoco habrá acta de acusación propiamente dicha” [DEDJER (dir.), *Tribunal Russell*, p. 23].

²⁰ DEDJER (dir.), *Tribunal Russell*, p. 173, 398 y 399.

existía en Paraguay y se replicaría en la mayoría de los países de América Latina. Gracias al éxito en materia de reconocimiento público del Tribunal Russell, diversos representantes de grupos indígenas del vecino Brasil se reunieron con LELIO BASSO²¹, quien fue jurado y relator de este tribunal de opinión. La primera reunión tuvo lugar en Chile, en julio de 1973, meses antes de la muerte de Salvador Allende y de que Pinochet instituyera una nueva y sangrienta dictadura en la región.

Conmovidó por estos hechos, BASSO se comunicó con la Bertrand Russell Peace Foundation y tomó contacto con diversas personalidades del mundo para constituir el denominado Tribunal Russell II para América Latina –en honor al filósofo y promotor que había fallecido el 2 de febrero de 1970–, para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos en Brasil y Chile, aunque poco a poco la investigación se extendió a toda Latinoamérica²².

El Tribunal Russell II, que tuvo entre los miembros del comité de honor y el jurado a SARTRE, CHOMSKY, PABLO NERUDA, GARCÍA MÁRQUEZ y CORTÁZAR, declaró a Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Uruguay, entre otros países, culpables de violaciones graves, sistemáticas y repetidas a los derechos del hombre y de los pueblos y condenó por crímenes contra la humanidad a varios de ellos por hechos que muchos años después serían confirmados por juzgados nacionales e internacionales. Asimismo, condenó a Brasil por el crimen de genocidio perpetrado contra determinadas tribus indígenas²³.

A reparo de lo expuesto, una nota digna de mención es que, en la segunda sesión llevada a cabo en Bruselas, el tribunal se propuso

²¹ Para una aproximación al papel de LELIO BASSO como jurista y promotor de los derechos del hombre y de los pueblos, puede consultarse el citado artículo de FILIPPI, “Derechos vs. dictaduras. El Tribunal Bertrand Russell II”, en FILIPPI - NIÑO, *De las dictaduras a las democracias*, p. 23.

²² El trabajo del Tribunal Russell II fue recopilado en *Documentos del Tribunal Russell II. La violación de los derechos humanos en Latinoamérica*.

²³ Además de la condena por violaciones a los derechos del hombre, nuestro país fue encontrado culpable por el jurado de violar el derecho de asilo y cooperar en la persecución de los refugiados latinoamericanos. Entre estos casos, se cuenta el de los uruguayos Zelmario Michelini, Héctor Gutiérrez Ruiz, Rosario Barredo y William Whitelaw. El primero de ellos, de conocida trayectoria política y humanista, pronunció su último discurso público, precisamente, en el Tribunal Russell II, al denunciar la participación activa de militares y civiles en el golpe de Estado en el vecino país oriental. Al respecto, puede consultarse, MICHELINI, “El discurso de Zelmario Michelini ante el Tribunal Bertrand Russell II”, en FILIPPI - NIÑO, *De las dictaduras a las democracias*, p. 49 y siguientes.

apreciar el papel del gobierno de los Estados Unidos y las empresas multinacionales en el establecimiento y mantenimiento de estos regímenes dictatoriales. En efecto, a diferencia del CPI, que como cualquier tribunal penal se aboca pura y exclusivamente al juzgamiento de una conducta delictiva, el Russell II se propuso investigar no solo las violaciones de los derechos humanos, sino de manera más general el sistema político, jurídico, social y económico que permitió esos abusos. De esta manera, gracias a la multidisciplinariedad de su jurado, arribó a conclusiones que, con el tiempo, serían demostradas por historiadores, sociólogos y politólogos; por ejemplo, la existencia del Plan Cóndor y la activa participación de la CIA en los golpes cívico-militares, y el apoyo insoslayable de muchos empresarios.

Como corolario, huelga señalar que los crímenes cometidos por la última dictadura de nuestro país no formaron parte directamente de la investigación del Tribunal Russell II por una cuestión meramente cronológica. No obstante, el jurado tenía pleno conocimiento de las sombras que se ceñían sobre el gobierno constitucional, así como también la ayuda brindada a las dictaduras vecinas y las oscuras conductas que desde el propio gobierno comenzaban a adoptarse de manera sistemática a través de la Triple A. En este sentido, el reconocido jurista y político LEANDRO DESPOUY fue una de las tantas personas que brindó su testimonio frente al Russell II, para narrar la dramática situación de los refugiados y perseguidos políticos latinoamericanos en la Argentina. Como él mismo relata, cuando concluyó su declaración, tomó el micrófono JULIO CORTÁZAR, quien, conmovido por las atrocidades que se cometían en nuestro país, comentó: “quiero decirles que hago más las palabras de este compatriota sobre la situación en la Argentina”²⁴. Esa misma tarde, ambos dieron juntos una conferencia de prensa.

§ 6. **TRIBUNAL PERMANENTE DE LOS PUEBLOS**

Luego de la experiencia de los tribunales Russell I y II, LELIO BASSO propuso y dirigió la transformación de estas Cortes populares en una institución permanente que sirve al mismo tiempo como una tribuna de denuncia de la violación de derechos y un laboratorio de interpretación y aplicación del derecho internacional, denominada Tribunal Permanente de los Pueblos. Al igual que las instituciones que sirvieron de precedente, se compone de jueces reconocidos por

²⁴ Disponible en https://www.clarin.com/sociedad/entrevista-leandro-despouy-singular-politica_0_BJ0bfNOoPXx.html.

su independencia y multidisciplinariedad. Ha tenido 43 sesiones y sentencias y actualmente analiza los crímenes cometidos en Birmania contra los rohingyas y los kachines.

En este caso en particular, nos ocuparemos de una las sentencias del Tribunal Permanente de los Pueblos más reciente que versa sobre nuestra región: el caso de la Unión Europea y las empresas transnacionales en América Latina, de mayo de 2010²⁵. Las sesiones de este tribunal se dieron en Viena y Lima entre 2006 y 2010, y se contó con la contribución de expertos en calidad de *amicus curiae*, entre ellos ALEJANDRO TEITELBAUM de nuestro país. Por su parte, entre los miembros del jurado se contó a Nora Cortiñas, de la Asociación Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora.

En la referida sentencia fueron analizados 49 casos que, de conformidad con lo expuesto por el propio tribunal, “deben ser considerados no aisladamente en su significación individual, sino como expresión de un muy amplio espectro de violaciones y responsabilidades, que, por el carácter sistemático de las prácticas correspondientes, configuran toda una situación, que ilustra con total claridad sobre el verdadero papel tanto de las empresas transnacionales europeas, como de la UE (y sus Estados miembros), y de los Estados de América Latina”. De todos ellos, correspondieron a Argentina: Benetton, Botnia-Ence, Repsol YPF, Skanska y Suez.

En este orden, se constataron daños a la vida tanto contra la integridad física –uso de fuerzas militares, policiales, paramilitares y empresas de seguridad privada, asesinatos de líderes sociales y comunitarios y desapariciones forzadas de personas– como afectando la salud pública –obstaculización del acceso a fármacos genéricos o privatización del agua–. Luego se verificaron también violaciones del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y a expresar su consentimiento libre, previo e informado²⁶, y de derechos labo-

²⁵ El texto completo puede verse en http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2006/05/TNCs_AL_III_TPP_Es.pdf.

²⁶ Un caso de similares características es el resuelto por la sentencia de la Corte IDH, 27/6/2012, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”. El gobierno encabezado entonces por Rafael Correa, reconoció su responsabilidad en el hecho y la Corte encontró a Ecuador responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal, por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en perjuicio del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku (cfr. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf).

rales –al trabajo y la libertad sindical–, y la destrucción del ambiente y de recursos vitales. Finalmente, incluyeron una nueva categoría de vulneración de derechos relativos a la naturaleza y en perjuicio de las generaciones futuras: la deuda ecológica y la justicia climática.

En franca consonancia con la pregunta que guía este trabajo, vale decir que la sentencia en análisis demuestra una vez más la carencia del derecho positivo contemporáneo, que no solo es incapaz de evitar o castigar estas vulneraciones de los derechos humanos, sino que es la herramienta a partir de la cual se desarrolla. Como bien refiere el tribunal, “los derechos de las empresas transnacionales se ven tutelados por un ordenamiento jurídico global basado en reglas de comercio y de inversiones de carácter imperativo, coercitivas y ejecutivas, mientras que sus obligaciones se remiten a ordenamientos nacionales sometidos a la lógica neoliberal, a un derecho internacional de los derechos humanos manifiestamente frágil, y a una responsabilidad social corporativa voluntaria, unilateral y no exigible jurídicamente”. Como puede apreciarse, el quid de la cuestión radica en significar jurídicamente una serie de conductas, en esclarecer que no se trata de facultades de los poderes centrales –públicos o privados–, sino en verdaderas transgresiones contra los derechos más fundamentales.

§ 7. **TRIBUNAL RUSSELL SOBRE PALESTINA**

El Tribunal Permanente de los Pueblos no es el único caso de tribunales de opinión que existen. Recientemente, el Tribunal Russell fue continuado en nombre y legado con la conformación de un jurado para analizar la situación de Palestina, que sirvió para dar cuenta de las injusticias y las violaciones del derecho internacional que no son tratadas por las jurisdicciones internacionales existentes, o bien son reconocidas, pero continúan con absoluta impunidad por la falta de voluntad política de la comunidad internacional. En este caso en particular, se propuso examinar las violaciones de que eran víctimas los palestinos y las conductas que evitaban que se constituyeran como un Estado soberano, aunque esta nueva conformación reafirmó enfáticamente la supremacía del derecho internacional como la base para la solución del conflicto israelí-palestino.

Entre los miembros del jurado se encontraban MAIREAD CORRIGAN MAGUIRE, JOHN DUGARD, JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN, MIGUEL ÁNGEL ESTRELLA,

ALICE WALKER y ROGER WATERS, entre otros²⁷. Además, contó con el apoyo público de diversas figuras artísticas como JOSÉ SARAMAGO, EDUARDO GALEANO y MANU CHAO, académicos de la talla de NOAM CHOMSKY, otros premios Nobel de la Paz como DESMOND TUTU y ADOLFO PÉREZ ESQUIVEL²⁸ y, claro está, la Bertrand Russell Peace Foundation y diversas fundaciones y ONG²⁹. Por otra parte, aun cuando entre sus jurados no contó con ningún ciudadano israelí, sí contó con el apoyo de, por ejemplo, NURIT PELED-ELHANAN, JEFF HALPER e ILAN PAPPÉ.

Bajo el mismo prisma y con idéntico procedimiento que sus predecesores, el Tribunal Russell para Palestina tuvo por comprobadas la violación del derecho a la libre determinación del pueblo de Palestina, a su libertad ambulatoria, a sus recursos naturales y al acceso a más del 10 % de sus reservas de agua potable, a la libertad de culto, al trabajo, a la salud y a la educación. Luego, sostuvo también que en la Palestina ocupada se cometía el crimen de *apartheid* e introdujo la noción de un nuevo delito: *sociocide* (sociocidio).

Respecto a esto último, si bien los jurados reconocieron que no está tipificado y que es, por el momento, un concepto académico, destacaron también que lo mismo sucedía con el genocidio hasta su adopción por el derecho internacional penal. En la sentencia, el sociocidio es definido como la sistemática destrucción de la esencia de un grupo social, es decir, de los elementos que hacen a un grupo más que la suma de sus miembros y que inevitablemente resultará en la destrucción del grupo mismo aun cuando sus miembros permanezcan, en mayor parte, físicamente indemnes³⁰.

Conforme a ello, refiere el tribunal que, al violar la libre determinación del pueblo palestino, Israel impide que se forme un grupo nacional, dejando nada más que un grupo de personas sin conexión cultural, y que lo mismo hace con los beduinos, un reconocido grupo

²⁷ El listado completo se encuentra en <http://www.russelltribunalonpalestine.com/en/about-rtop/jury>.

²⁸ La lista de quienes apoyaron esta iniciativa está en <http://www.russelltribunalonpalestine.com/en/about-rtop/patrons>.

²⁹ Cfr. <http://russel.association-belgo-palestinienne.be/en/about-rtop/endorsers.html>.

³⁰ El texto original en inglés expresa que se considera sociocidio “the systematic destruction of the essence of a social group, i.e. of all the elements that make a group more than the sum of its members, will inevitably result in the destruction of the group itself even though its members are, for the most part, still physically unscathed”.

nómade que fue obligado a relocalizarse y que es objeto de violentas redadas, en franca violación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Finalmente, notaron con preocupación determinadas conductas dentro de Israel que incluyen inyecciones anticonceptivas forzadas sobre mujeres judías de origen etíope (*falashas*)³¹.

En la sentencia, el jurado hizo especial hincapié en la construcción del muro o barrera de Israel, un proyecto del Estado israelí consistente en rodear físicamente el país para controlar el ingreso y egreso de las personas –alrededor de 721 km–. Este muro se adentra en territorio ocupado de Cisjordania, algunos tramos son de hormigón o de alambrada y otros consisten en rutas de patrulla del ejército. Muchas de las violaciones a los derechos antes aludidas se deben a la ocupación del territorio palestino y a la existencia de esta barrera que impide la llegada a los lugares de trabajo, escuelas y hospitales.

El tribunal destacó que la ilegalidad de este muro fue declarada mediante la opinión consultiva de la CIJ sobre las “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, del 9 de julio de 2004³², que además instó a su desmantelamiento. No obstante ello, al día de hoy el muro se continúa construyendo.

§ 8. **TRIBUNAL MONSANTO**

Como corolario, en los años 2016 y 2017 tomó cierta notoriedad el llamado Tribunal Monsanto³³, que buscó analizar y juzgar las con-

³¹ Al respecto, cfr. GARRALDA, *Mujeres etíopes denuncian anticoncepción forzada en Israel*, “El País”, 5/5/2013. Asimismo, la BBC da cuenta de manifestaciones públicas de estos grupos contra la discriminación racial (“¿Quiénes son los judíos etíopes que protestan contra el racismo en Israel?”, “BBC News Mundo”, 5/10/2015, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150504_israel_etiopes_judios_men).

³² Cfr. el texto completo en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Asimismo, diversos actores internacionales han reaccionado al respecto. Tal el caso de la Cruz Roja (cfr. ABI-SAAB, *Algunas reflexiones preliminares sobre la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6bvk18.htm>) y Amnistía Internacional (“El muro y los asentamientos de Cisjordania, una afrenta para los derechos de los palestinos”, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/el-muro-y-los-asentamientos-de-cisjordania-una-afrenta-para-los-derechos-de-los-palestinos/>).

³³ El texto completo está en <https://es.monsantotribunal.org/>.

ductas de la empresa productora, entre otros agrotóxicos, del Round-up, un herbicida cuyo principal ingrediente es el glifosato³⁴, y que ha patentado semillas modificadas genéticamente con tolerancia a este químico. El jurado estuvo constituido por cinco miembros, entre ellos ELEONORA LAMM de nuestro país. Durante sus sesiones se escucharon veintiocho testimonios de diversos países y se analizó copiosa documentación. Entre los testigos estuvieron cuatro argentinos, un agricultor, dos víctimas y DAMIÁN VERZENASSI, médico y profesor de la UNR. Allende las importantes conclusiones a las que arribó el Tribunal Monsanto, la nota característica estuvo dada por haber encontrado culpable a esta empresa internacional del crimen de ecocidio³⁵, que gran parte de la doctrina hace tiempo brega por incorporar dentro de la nómina de delitos del Estatuto de Roma.

El tribunal trabajó de manera particular esta última cuestión. Antes de todo, reconoció que este delito no se encuentra contemplado y que fue empleado por primera vez en 1970 por ARTHUR GALSTON, biólogo especializado en plantas y jefe del Departamento de Botánica de Yale, cuya investigación condujo a la invención del agente naranja³⁶. Por el neologismo ecocidio, el Tribunal Monsanto entendió aquel delito que “daña gravemente o destruye el medio ambiente, hasta el punto de alterar en forma significativa y duradera el patrimonio mundial o los servicios de los ecosistemas de los que dependen determinados grupos humanos”. En cuanto a los caracteres del tipo, expresó que

³⁴ En palabras del tribunal, “el glifosato es una sustancia química producida por Monsanto que mata cualquier planta que no haya sido modificada genéticamente para resistirlo”. Por su parte, en la sentencia se aclara que el Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer de la Organización Mundial de la Salud concluyó que el glifosato es carcinógeno. No obstante, Monsanto ha seguido produciendo y comercializando el Roundup.

³⁵ Pese a su utilización, el *Diccionario de la lengua española* no ha adoptado aún una definición de ecocidio. El *Oxford dictionary* lo define como “*destruction of the natural environment, especially when deliberate*”.

³⁶ El tribunal sostiene que el término fue utilizado también por el primer ministro sueco en la apertura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972, quien se refirió a la guerra de Vietnam como ecocidio, y que la fiscal de la CPI anunció que “prestaría particular atención al enjuiciamiento de los delitos contemplados en el Estatuto de Roma que se cometan y tengan como medio o resultado, *inter alia*, la destrucción del medio ambiente, la explotación ilegal de recursos naturales o la explotación ilegal de tierras”. Finalmente, suele coincidir en que se estudió y discutió incluirlo dentro del listado de delitos del Estatuto de Roma, a partir de lo cual hay quienes refieren que es el quinto delito.

no requiere que el autor tenga el propósito concreto de destruir el medio ambiente, sino que se basa en la culpabilidad establecida por el art. 30 del Estatuto de Roma³⁷.

Asimismo, resulta interesante que el jurado tuvo por acreditada la violación a la libertad indispensable para la investigación científica, ya que la empresa se encarga enfáticamente de desacreditar la investigación científica independiente, pagar sobornos para que se elaboren informes de investigación falsos, presionar e incluso sobornar a gobiernos y funcionarios públicos, distribuir productos nocivos carentes de la aprobación debida e intimidar, incluso amenazando con presentar una demanda, a las partes que simplemente tratan de informar a los consumidores de la presencia de productos Monsanto en los artículos y alimentos que compran y a menudo consumen.

§ 9. **CARACTERÍSTICAS**

Conforme el análisis de los tribunales de opinión esbozado en los títulos anteriores, nos proponemos ahora deducir ciertas características comunes:

a) *Son públicos, pero no estatales.* Se conforman como un jurado de personas de reconocida trayectoria pertenecientes a la sociedad civil, pero que no representan legalmente a ningún Estado. Estos jurados no son necesariamente juristas, y una de sus premisas es la multidisciplinariedad³⁸. No obstante ello, siempre incluyen al menos un especialista en derecho internacional³⁹.

b) *Son complementarios o subsidiarios del derecho internacional y del derecho internacional penal.* Se trata de una doble

³⁷ Se refiere especialmente al art. 30, inc. 2, b, cuando dispone que actúa intencionalmente quien “en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”.

³⁸ Podríamos analizar mucho a este respecto, pero excedería el objetivo propuesto. A guisa de ejemplo, vale preguntarse si el derecho, en tanto instrumento que significa las conductas humanas, es una prerrogativa exclusiva de los juristas y si temas tan complejos como los tratados por el derecho internacional no requieren acaso de un abordaje de diversas ciencias más allá de su contribución a manera de peritos.

³⁹ Cabe destacar que con excepción del primer Tribunal Russell, los argentinos, al igual que en materia de derecho internacional o derecho internacional penal oficial, han tenido una activa participación en los tribunales de opinión, como jurados, peritos o promotores.

complementariedad si tenemos en cuenta que la CPI solo trata un caso cuando el Estado que tenga jurisdicción sobre él no esté dispuesto a investigarlo o no pueda hacerlo (conf. párr. 10, Preámbulo, arts. 1° y 17, Estatuto de Roma). En nuestro caso, los tribunales de opinión solo actúan cuando los Estados o los tribunales internacionales (CPI, CIJ, Corte IDH, etc.) no pueden hacerlo; por ejemplo, los crímenes cometidos por ciudadanos o Estados no firmantes o delitos no contemplados en el Estatuto de Roma.

c) *Son universales.* Significamos con esto que aplican, antropológicamente, el principio de “jurisdicción universal”, dado que interesa únicamente la naturaleza del crimen, sin tomar en cuenta dónde fue cometido, la nacionalidad del acusado o cualquier otra conexión con el Estado que ejerza esa jurisdicción.

d) *Sus conclusiones son recomendaciones, pero no sanciones.* Al no ser estatales, no pueden emitir directivas imperativas. En todo caso sus condenas son morales o simbólicas, y siempre instan a que se aplique el derecho internacional o el derecho internacional penal.

e) *Aplican normas de derecho internacional y de derecho internacional penal.* Con esto referimos no solo a los tratados o instrumentos (normas cristalizadas), sino también al derecho internacional consuetudinario y al *ius cogens*. No obstante, su aplicación es difusa y no se distingue específicamente entre los derechos aludidos. Esto no podría ser de otra manera dado que estas clasificaciones son eminentemente científicas⁴⁰. Tampoco establecen una preeminencia del derecho aplicable como sí lo hace el art. 21 del Estatuto de Roma.

f) *Desarrollan un verdadero procedimiento y persiguen la objetividad.* Esto puede notarse en la amplitud probatoria y la citación de quiénes se está investigando, aunque no requieren de su presencia como sí lo hace la CPI (art. 63, Estatuto de Roma). No podemos arriesgar la palabra proceso desde la postura de esta especialidad jurídica⁴¹. Se tratan, en todo caso, de opiniones consultivas.

⁴⁰ Usualmente se expresa que mientras el derecho internacional penal se ocupa de la responsabilidad penal de los individuos, el derecho internacional de los derechos humanos se ocupa de la responsabilidad internacional de los Estados frente a los individuos y el derecho internacional humanitario (en tanto rama del derecho internacional penal) se refiere a crímenes cometidos en conflictos armados tanto internos como internacionales.

⁴¹ Como refiere CLARÍA OLMEDO, los “presupuestos procesales son las condiciones exigidas por la ley para que un proceso pueda desenvolverse válidamente con miras a

g) *Son críticos del derecho internacional y del derecho internacional penal, y tienen intención de su reforma positiva.* Por caso, en sus sentencias siempre intentan ampliar y reformar el catálogo de delitos para abarcar otras conductas igualmente repudiables y graves (v.gr., delitos económicos, ecocidio, sociocidio, deuda ecológica y justicia climática). Con esto demuestran que la tipificación penal no está exenta de poder. En efecto, piénsese que si el genocidio no se configura contra un grupo político es porque la entonces Unión Soviética se oponía. Por su parte, es dable aseverar que el ecocidio no sería aceptado por China o Estados Unidos, entre otros.

h) *Atribuyen responsabilidad a Estados y, modernamente, a personas jurídicas.* La responsabilidad penal de las personas jurídicas es ciertamente algo discutido en el derecho penal interno y en el derecho internacional penal. Respecto a este último, debemos reconocer que, dentro de los juicios realizados inmediatamente a los juicios de Núremberg, tres de ellos fueron efectuados contra los grupos empresarios Flick, IG Farben y Krupp. No obstante, en estos siempre se analizó la responsabilidad penal individual de sus directivos y no la de la persona jurídica. Por su parte, si bien el art. 1° del Estatuto de Roma refiere que la CPI ejerce su jurisdicción sobre personas, sin distinguir entre humanas y jurídicas como lo hace nuestro derecho interno (Libro Primero del Código Civil y Comercial), el art. 25 aclara que dicha competencia solo será respecto a las personas naturales, lo que veda todo tipo de condena a empresas⁴².

una resolución sobre el objeto procesal propuesto en forma válida, a saber: a) tribunal competente: órgano público con autoridad para producir *res iudicata* en el caso concreto; b) objeto procesal concreto en lo penal: *res iudicanda* legítima y transformable en *iudicata* por el tribunal penal; c) intervención del acusador: órgano público o particular exclusivo legítimamente constituido, y d) intervención del imputado: sujeto captado en la imputación que trae al proceso el objeto procesal” (*Derecho procesal penal*, t. I, p. 246). Por otra parte, no escapa que contemporáneamente se considera que el principio de debido proceso requiere irremediablemente la existencia de un sistema acusatorio, entendido como aquel en el que “acusador y acusado se encuentran situados en un pie de igualdad, enfrentados a través de un contradictorio en cuyo transcurso aportarán sus postulaciones, acreditaciones y alegaciones, de manera pública y actuada, frente a un tribunal que se sitúa como un tercero imparcial e impartivo y que expresará su decisión conforme al convencimiento alcanzado en las deliberaciones” (VÁSQUEZ ROSSI, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 189 y 190).

⁴² A este respecto, puede consultarse ZUPPI, *Autoría y participación en el Estatuto de Roma. Procesamiento de miembros del Poder Judicial que actuaron durante la dictadura*, LL, 2013-F-626, y LLonline, AR/DOC/3829/2013.

§ 10. **CONCLUSIONES**

Vivimos en un mundo globalizado, pero profundamente asimétrico, donde el derecho internacional y el derecho internacional penal se muestran como una herramienta tan loable y efectiva como imperfecta a la hora de juzgar y condenar todas las graves violaciones que se cometen diariamente contra la humanidad. Los crímenes perpetrados por los gobernantes de los países centrales o las empresas transnacionales no solo escapan a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, sino que las agencias de noticias y los grandes emporios de medios de comunicación intentan invisibilizarlos y, en el mejor de los casos, justificarlos o mitigarlos. Las víctimas de estas atrocidades, al no ser amparadas por los organismos internacionales oficiales, no solo son silenciadas, sino que lisa y llanamente son negadas en su calidad de víctimas. Legalmente, parecen quedar fuera de la humanidad.

Los tribunales de opinión han contribuido y continúan contribuyendo críticamente a la reforma y mejora del derecho internacional al disputar la significación de las conductas al derecho oficial o hegemónico y dando voz, al mismo tiempo, a aquellos que el sistema económico y político mundial intenta acallar. Aun cuando sus conclusiones no sean ejecutables y muchos de los crímenes que se demuestran tal vez nunca sean evaluados por un tribunal gubernamental, los documentos por ellos reunidos constituyen un reservorio insoslayable para la historia de la humanidad y, en su caso, para la construcción de un proceso jurídicamente válido. Sus sentencias disputan la significación de las conductas al derecho oficial o hegemónico. En cualquier caso, los tribunales internacionales de opinión hacen suya la máxima que su fundador, BERTRAND RUSSELL, expresó al final del discurso en la primera reunión del tribunal que llevó su nombre: “evitar que se cumpla el crimen del silencio”.

BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, ROSEMARY, *Algunas reflexiones preliminares sobre la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6bvkl8.htm>.
- APPY, CHRISTIAN G., *La guerra de Vietnam. Una historia oral*, trad. M. ALDALUR BALBAS, Barcelona, Crítica, 2008.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *La opacidad del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2019.
- CASTELLS, MANUEL, *Comunicación y poder*, trad. M. HERNÁNDEZ DÍAZ, Madrid, Alianza, 2009.

- CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., *Derecho procesal penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- DEDJER, VLADIMIR (dir.), *Tribunal Russell. Sesiones de Estocolmo y Roskilde*, trad. J. A. F., Madrid, Siglo Veintiuno, 1969.
- Documentos del Tribunal Russell II. La violación de los derechos humanos en Latinoamérica*, Barcelona, Euros, 1976.
- DUQUELSKY GÓMEZ, DIEGO J., *Entre la ley y el derecho, una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas*, Buenos Aires, Estudio, 2000.
- FILIPPI, ALBERTO, “Derechos vs. dictaduras. El Tribunal Bertrand Russell II (1974-1976) y las transiciones democráticas de Sudamérica”, en FILIPPI, ALBERTO - NIÑO, LUIS (dirs.), *De las dictaduras a las democracias. Experiencias institucionales comparadas: Brasil, Uruguay, Chile y Argentina (1964-2014)*, Buenos Aires, Infojus, 2014.
- FILIPPI, ALBERTO - NIÑO, LUIS (dirs.), *De las dictaduras a las democracias. Experiencias institucionales comparadas: Brasil, Uruguay, Chile y Argentina (1964-2014)*, Buenos Aires, Infojus, 2014.
- GARRALDA, ANA, *Mujeres etíopes denuncian anticoncepción forzada en Israel*, “El País”, 5/5/2013, https://elpais.com/sociedad/2013/02/05/actualidad/1360087233_473189.html.
- HABERMAS, JURGEN, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, trad. P. FABRA ABAT y D. GAMPER SACHSE, Barcelona, Paidós, 2000.
- MICHELINI, FELIPE, “El discurso de Zelmari Michelini ante el Tribunal Bertrand Russell II”, en FILIPPI, ALBERTO - NIÑO, LUIS (dirs.), *De las dictaduras a las democracias. Experiencias institucionales comparadas: Brasil, Uruguay, Chile y Argentina (1964-2014)*, Buenos Aires, Infojus, 2014.
- RUSSELL, BERTRAND, *Caminos de libertad: socialismo, anarquismo y comunismo*, trad. M. VÁZQUEZ GUISÁN, Madrid, Tecnos, 2010.
- *Crímenes de guerra en Vietnam*, trad. M. AGUILAR, Madrid, Aguilar, 1968.
- THOMPSON, JOHN B., *Los media y la modernidad. Una teoría de los medios de comunicación*, trad. J. C. COLOBRANS DELGADO, Barcelona, Paidós, 1998.
- VÁZQUEZ ROSSI, JORGE E., *Derecho procesal penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997.
- ZUPPI, ALBERTO L., *Autoría y participación en el Estatuto de Roma. Procesamiento de miembros del Poder Judicial que actuaron durante la dictadura*, LL, 2013-F-626, y LLonline, AR/DOC/3829/2013.

REFLEXIONES SOBRE DISCRECIONALIDAD Y PREVARICATO

BORIS WILSON ARIAS LÓPEZ*

Resumen. Este trabajo, luego de analizar aspectos inherentes a la textura abierta del lenguaje jurídico, sostiene la idea básica de que, en virtud del principio de legalidad y específicamente en lo referido al delito de prevaricato, resulta irrelevante el concepto de “respuesta correcta” defendido por RONALD DWORKIN.

Palabras clave: textura abierta, discrecionalidad, prevaricato.

REFLECTIONS ON DISCRETIONALITY AND PREVARICATE

Abstract. The present work, after analyzing aspects inherent to the open texture of legal language, supports the basic idea that, under the principle of legality and specifically in relation to the prevaricate, the concept of “correct response” defended by RONALD DWORKIN is irrelevant.

Keywords: open texture, discretionality, prevaricate.

REFLEXÕES SOBRE DISCRECIONALIDADE E PREVARICAÇÃO

Resumo. O presente trabalho, após analisar aspectos inerentes à textura aberta da linguagem jurídica, sustenta a ideia básica de que, sob o princípio da legalidade e especificamente em relação ao crime de prevaricação, o conceito de “resposta correta” defendido é irrelevante por RONALD DWORKIN.

Palavras chave: textura aberta, discrecionalidade, prevaricação.

* Docente investigador de la Universidad Mayor de San Andrés (La Paz, Bolivia).
Correo electrónico: borisito55@hotmail.com.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

Una de las mayores pretensiones del Estado de derecho es constituirse en el gobierno de las leyes y no de los hombres¹. En este sentido, la vigencia de la ley aparentemente está ligada a su interpretación literal, lo que preservaría la autoridad del legislador y la seguridad jurídica haciendo previsible la aplicación del derecho. Sin embargo, ¿es posible la resolución de todas las controversias jurídicas mediante la mera aplicación de la literalidad de la norma?². Una respuesta afirmativa a esta interrogante fue formulada por la llamada escuela de la exégesis.

La Revolución Francesa buscó romper con la organización feudal de una manera rápida, pero, al mismo tiempo, organizada³, y para ello se hizo absoluto en el razonamiento judicial el papel de la ley, que desplazó a la costumbre como fuente del derecho privilegiada.

En efecto, con la formulación de la teoría de la soberanía popular, ROUSSEAU dedujo que los ciudadanos eligen a sus representantes, quienes a su vez elaboran la ley como expresión de la voluntad general y que subordina la voluntad individual. Para el referido pensador francés, toda torpeza o injusticia en la ley le era imputable en defi-

¹ Manifiesta ARISTÓTELES que “así pues, quien recomienda el gobierno de la ley, parece recomendar el gobierno exclusivo de lo divino y lo racional, mientras que quien recomienda el gobierno de un hombre añade un elemento de impulso animal” (*La política*, p. 72).

² La importancia del texto en la regulación de las conductas se remonta a la interpretación de los documentos reveladores de la fe, donde únicamente un iluminado podía resguardar la voluntad divina traducida en un texto religioso –Biblia, Koran, Torah, etc.–; así, el Apocalipsis señala: “Yo atestiguo a todo aquel que escucha mis palabras de la profecía de este libro que, si alguno añade a estas cosas, Dios añadirá sobre él las plagas escritas en este libro; y si alguno quita de las palabras del libro de esta profecía, quitará Dios su parte del árbol de la vida y de la ciudad santa que están escritos en este libro” (Ap 22, 18-19). Posteriormente, y tras producirse la separación Iglesia-Estado, dicha concepción de la interpretación inspiró la aplicación e interpretación de la ley, y los jueces se convirtieron en oráculos y sacerdotes de la ley, que se encontraban por sobre el sentido común de esta y del ciudadano.

³ Piénsese que antes del Código Civil francés no podían hacerse negocios entre regiones, pero a la vez de generar comercio dicha norma permitió establecer un nuevo orden económico social en Francia y coadyuvó a la formación del Estado nacional francés.

nitiva al ciudadano, quien en su caso obviamente erró al elegir a sus representantes, y como resultado debía sufrir las consecuencias de su decisión, lo que a su vez llevó a la conclusión de que objetivamente no era posible considerar que la voluntad popular convertida en ley pudiese ser injusta; ello –se reitera– porque era el propio ciudadano quien establecía la ley a través de sus representantes. Parecía claro que no era admisible que alguien pudiese ser injusto consigo mismo, razonamiento que impidió el control judicial sobre la ley y la blindó de toda crítica⁴.

Un juez debía juzgar conforme a la ley, lo que aseguraba el respeto a la seguridad jurídica⁵ y al principio de igualdad⁶, pero no podía juzgar la ley⁷, pues ello implicaría juzgar las decisiones del pueblo soberano.

Por su parte, MONTESQUIEU sostuvo que la separación de poderes impelía a que el juez se reputara únicamente la boca muda de la ley⁸, y esa consideración impedía a los jueces interpretar la ley, que a su vez implicaba una prohibición de argumentar o fundamentar su decisión, pues lo contrario podría poner en duda la vigencia y autoridad del soberano⁹.

⁴ Piénsese que toda revolución potencia el papel de la ley, pues se buscan modificaciones conductuales rápidas.

⁵ El art. 3.8 de la ley del Tribunal Constitucional Plurinacional entiende por seguridad jurídica “la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que las personas conozcan sus derechos, garantías y obligaciones, y tengan certidumbre y previsibilidad de todos los actos de los órganos del Estado”, concepto vinculado a la escuela de la exégesis, pues parte de la idea de que existe una sola forma correcta de interpretar la ley.

⁶ La igualdad, conforme la SC 083/2000 de 24 de noviembre, “exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales”.

⁷ “Y tiranía es precisamente el delito del juez que impone, en contravía de la voluntad general, su propia opinión e interés” (LÓPEZ MEDINA, *La letra y el espíritu de la ley*, p. 28).

⁸ Según MONTESQUIEU, “los jueces de la Nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma” (*Del espíritu de las leyes*, p. 151).

⁹ Durante el período del Imperio Romano y a efectos de preservar la voluntad del emperador, se tiene que “la prohibición de toda interpretación privada se encuentra en el Digesto en forma clara y terminante: ‘Los libros, y sobre todo los comentarios sobre las leyes, están prohibidos. Cuando haya duda sobre el

Bajo esas premisas surge entonces la hoy llamada escuela de la exégesis, cuyo momento culminante se dio en 1804 con la publicación del Código Civil napoleónico¹⁰, que se consideró que sistematizaba todas las fuentes del derecho existentes en la materia –costumbres, leyes dispersas y contradictorias, etc.¹¹–, de forma que eliminaba toda contradicción entre ellas.

Como se observa, el culto al legislador considerado perfecto e infalible hacía del “código” un documento que eliminaba toda laguna jurídica¹² o antinomia, de forma que los jueces no solo no requerían

sentido de una ley, los jueces deben someterla a la decisión del emperador, que es el solo legislador y el solo intérprete legítimo’ [...] Todo el que estuviera en contacto con el derecho, profesor o juez, debía abdicar la libertad de su inteligencia y limitarse a operaciones puramente mecánicas” (URIBE RESTREPO, *La interpretación de la ley*, “Revista de Estudios de Derecho”, vol. 4, n° 12, 1942, p. 404 y 405), lo que se proyectó al derecho privado, de forma que la interpretación en general se caracterizó por ser formalista, centrándose por ello en el significado y tenor de las palabras; así, en un contrato, para precautelar la promesa de las partes, resultaba la prevalencia de las palabras por sobre la voluntad de las partes.

¹⁰ “LAURENT ha sido el patriarca de la interpretación literal. Sus opiniones sobre ella están contenidas en sus conocidas expresiones: ‘El texto y el espíritu no son dos cosas diferentes; son una sola y misma cosa: la voluntad del legislador; el texto es el verdadero espíritu de la ley, tal cual el legislador lo ha formulado’. El valor exacto para cada palabra: la sujeción estricta a los términos de lenguaje y la consideración de que toda omisión es intencionada, son los principios básicos del gramaticismo” (BREMAUNTZ, *La interpretación de la ley*, “Anales de Jurisprudencia”, t. 261, ene.-feb. 2003, p. 437).

¹¹ “Por una parte, la sanción de los códigos representaba una vasta operación de limpieza y descarte de fuentes, que dejaba a un solo *corpus iuris* dueño de un campo hasta hacía poco compartido por disposiciones de distinta autoridad y procedencia, muchas veces contradictorias entre sí. Por otra parte, la sanción de los códigos tras un largo proceso preparatorio en el cual se explica muchas veces la causa y el fin de las disposiciones y los motivos de la sanción, aclarando el sentido de las palabras y de las frases empleadas, representa la aparición de una nueva figura de legislador. Se trata de un legislador humano y viviente, que no baja del Sinaí, como Moisés, con preceptos que a él mismo le son dados, sino de un legislador que en la ley ha puesto lo que efectivamente pensaba y deseaba. Esas dos características se tradujeron en dos principios que constituyen los pilares de la escuela de la exégesis: 1) el monopolio otorgado a la ley como fuente de derecho; 2) la valoración de la voluntad del legislador como contenido de la ley” (LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, p. 69).

¹² “La cultura de la codificación elevó a la categoría de dogma dos criterios tendencialmente contrapuestos: obligación inexcusable de resolver todos los casos por parte del juez y la calificación del mismo como boca muda de la ley, excluyendo

interpretar la ley para resolver una problemática, sino que más bien les estaba vedado hacerlo, por lo que no había cabida alguna para la discrecionalidad en la decisión judicial¹³.

La exégesis redujo el derecho a la ley¹⁴, de manera que conociendo la ley se conocía el derecho¹⁵; de esta forma la actividad del juez debía ser fiel a la letra, y la enseñanza del derecho, de memoria¹⁶, y se consideró en general lo siguiente:

a) La aplicación de la ley era un acto de conocimiento y no un acto de voluntad.

b) Para resolver una causa, solo debía utilizarse el método de la subsunción.

c) Toda sentencia debía ser declarativa de la voluntad del legislador.

d) La interpretación debía ser neutral y científica; por tanto, literal.

e) Si se cambiaba al juez por otro juez, la interpretación y el resultado de una problemática tendrían que ser iguales, porque no era un tema de jueces, sino de la ley y su significado.

la posibilidad de ser creador de derecho. Para hacer compatibles ambos postulados era necesario establecer otros dos dogmas; la plenitud y la coherencia del sistema (ausencia de lagunas y de antinomias) (TALAVERA, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, p. 179).

¹³ Según LINARES QUINTANA, “se dice que cuando Napoleón supo de la publicación de los primeros comentarios al Código de 1804, exclamó: ¡Mi Código está perdido!” (*Tratado de interpretación constitucional*, p. 77).

¹⁴ “La Revolución Francesa supuso el paso desde el derecho común (sustancial y formalmente jurisprudencial) a un sistema basado exclusivamente en la ley. Como sabemos, la doctrina revolucionaria se asienta sobre la ley como única fuente del derecho, esto es, en la creencia de que la ley, entendida como la voluntad omnipotente del pueblo soberano, constituye el único factor de creación del derecho y lo abarca en su totalidad. Pero la reducción del derecho a la ley dio lugar a un segundo reduccionismo: la estructuración de la ley según el modelo del ‘código’. La ley ya no podía aparecer como un simple agregado o repertorio legislativo, sino que debía someterse también a los dictados de la razón universal convirtiéndose en un sistema coherente, completo y unívoco” (TALAVERA, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, p. 66).

¹⁵ Este aspecto llevó al profesor BUGNET a sostener: “yo no conozco el derecho civil” y “no enseño más que el Código de Napoleón” y a DEMOLOMBE a afirmar: “mi divisa, mi profesión, mi fe, es esta: los textos sobre todo”.

¹⁶ “Si el derecho se resume en la ley, conocer la ley es conocer el derecho” (LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, p. 79).

En general, esta visión del derecho se sustentaba en que las palabras de la ley contenían mandatos inequívocos¹⁷, pues solo ello permitiría diferenciar entre el papel creador del legislador y la aplicación del derecho que hace el juez; pero, si meditamos al respecto, cuando recibimos una carta en nuestra vida cotidiana, al suscribir un contrato, pagar el pasaje del tren, etc., realizamos interpretaciones literales debido a que si cada palabra o frase tuviese que interpretarse en sus diferentes sentidos, es decir, teleológico, sistemático, exegético, etc., no podría existir comunicación, porque tenemos la tendencia de dar el significado común a lo que escuchamos y nos dicen, no le damos un significado rebuscado a las palabras que se nos dirigen, lo que en realidad es lo que llamamos sentido “literal”, y pese a ello no podríamos tampoco sostener que en dichas relaciones dos personas no puedan llegar a conclusiones diferentes alegando que están utilizando una interpretación estrictamente literal¹⁸. Entonces, para basar la aplicación del derecho en la interpretación literal como sostenía la exégesis, paradójicamente el primer escollo que se tendría que superar es el de determinar qué se entiende por interpretación literal; ello, claro está, si se considera que los propios jueces tienen concepciones antagónicas sobre su significación¹⁹, e incluso habitualmente pasan de una interpretación literal a una no literal sin siquiera darse cuenta.

Por ejemplo, pensemos en el término “desacato”, que tiene una significación diferente en el lenguaje especializado como lo es el del

¹⁷ “La idea de la exégesis era, pues, doble: por un lado los textos legales eran claros y transparentes, más aún cuando representaban el sentido democrático de las instituciones con indudable legitimidad. Y en segundo lugar, el juez era un servidor fidelísimo de la ley y debía aplicarla sin dudas ni murmuraciones, pues además cumplía un papel de custodio de la legalidad y no de la constitucionalidad” (GARCÍA BELAÚNDE, *Notas acerca de la interpretación constitucional en América Latina*, “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol”, vol. 1, n° 58-59, 2007, p. 187 a 205).

¹⁸ Es algo parecido a lo que sucede con los chistes en los cuales por lo general se juega con el doble sentido de las palabras.

¹⁹ Advierte MAZZARESE que “no está claro qué pretenden los juristas cuando prescriben y/o, en función de los casos, afirman y/o recomiendan que la interpretación se funde en el significado literal o significado propio de las palabras. No solo no está claro, como es obvio, por el propio carácter problemático de la noción de significado literal, sino también por dos razones adicionales: a) el uso no unívoco que los juristas hacen del término “literal” y/o de otros términos asumidos como sinónimos de “literal”, y b) la pluralidad de concepciones antagónicas que tienen los juristas del proceso interpretativo” (*Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente*, “Doxa”, n° 23, 2000, p. 597 a 634).

derecho, en el que puede significar injuriar, calumniar o difamar a funcionarios públicos²⁰, y otro significado en el lenguaje ordinario, en el que llanamente puede entenderse como incumplir una orden; el abogado en general puede estar tan habituado a escuchar dicha palabra en el contexto judicial que su sentido literal lo remitirá a la primera significación; sin embargo, ello podría generar inseguridad jurídica, pues, si la ley va dirigida fundamentalmente al ciudadano y no a los abogados, se tiene que, dado que los términos utilizados en los tribunales –en su interpretación literal– se remiten a su significado especializado y no al significado ordinario utilizado por el ciudadano²¹, este no podrá entender lo sostenido por la ley si no es con previa traducción de su abogado, lo que sin embargo parece algo inevitable.

En este trabajo, a partir del debate HART-DWORKIN en el cual la interpretación literal juega un papel distinto, puesto que para HART esta interpretación da lugar a la discrecionalidad en atención a la textura abierta de las palabras de la norma, y para DWORKIN da lugar a la aplicación de principios con contenido valorativo, pretendo demostrar que la idea de una “respuesta correcta”, al menos para juzgar penalmente una decisión judicial, debería resultar irrelevante respecto al delito de prevaricato.

§ 2. **LA TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE: ¿VIRTUD O DEFECTO?**

Una palabra en nuestro lenguaje, o más específicamente en la norma, puede usarse para identificar diferentes objetos o situaciones y por tanto puede tener varios significados²²; así, si ante la pregun-

²⁰ El tipo penal de desacato está previsto en el Código Penal boliviano, en su art. 162: “El que por cualquier medio calumniare, injuriare o difamare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas, será sancionado con privación de libertad de un mes a dos años”.

²¹ La noción de bien inmueble tiene un significado especializado, es decir, varía de acuerdo a las diferentes áreas del derecho; por ejemplo, la puerta de una casa para el derecho penal se considera bien mueble a efectos de la configuración del delito de hurto pero un bien inmueble por destinación para el derecho civil.

²² Respecto a la ambigüedad, se da cuando una palabra tiene más de un significado: “Hay otros casos en los que la detección de la ambigüedad es más difícil, puesto que los diversos significados tienen alguna relación entre sí, como en el caso de la ambigüedad llamada de “proceso-producto” (ejemplificada con palabras como ‘construcción’ o ‘pintura’) en que la misma expresión hace referencia tanto a una actividad como al resultado de esa actividad. También se producen ambigüedades que provocan confusión con el empleo metafórico de expresiones que hacen que a veces pueda haber dudas entre ese uso y el literal (p.ej., se dice que Pedro es una

ta de qué se entiende por una norma se producen varias interpretaciones sinceras, entonces estaremos ante un texto ambiguo y el juez tendría varias respuestas.

Ahora bien, sobre los tipos de ambigüedad podemos destacar los siguientes:

a) *Ambigüedad semántica*, la que recae en el significado de las palabras, de forma que si digo llanamente “árbol” la persona con la que hablo no podría saber con certeza si me estoy refiriendo a una planta o a un “árbol” genealógico. Puede producirse este tipo de ambigüedad por usar términos del lenguaje común en una norma especializada o por usar términos del lenguaje común o científico que adquieren significado distinto en el contexto jurídico²³.

b) *Ambigüedad sintáctica*²⁴, referida a la estructura lógica de enunciados, es decir, a cómo se relacionan las palabras²⁵.

persona de una gran riqueza, podemos vacilar sobre si la referencia es al patrimonio de Pedro o a sus dotes humanas y espirituales)” (NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 91).

²³ “Y otro ejemplo, esta vez de la ley orgánica 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. El art. 6.1 de la ley establece que los extranjeros residentes en España podrán participar en las elecciones municipales atendiendo a criterios de reciprocidad, ‘en los términos que por ley o tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquellos’. Ahora bien, la expresión ‘país de origen’ puede generar una duda interpretativa. Por un lado, y puesto que la nacionalidad puede ser *de origen* y *derivativa*, podría interpretarse que la expresión ‘país de origen’ hace referencia al país del cual sea nacional el extranjero. Pero, mediante una interpretación literal (e igualmente plausible) de la expresión ‘país de origen’, podría entenderse que esta hace referencia al país de procedencia real del extranjero (con independencia de su nacionalidad). Si el legislador quiso hacer referencia a la primera posibilidad interpretativa hubiera sido más correcto emplear la expresión ‘países de la nacionalidad de aquellos’, con lo que no se plantearía la duda” (GASCÓN ABELLÁN - GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho*).

²⁴ Hay indeterminaciones sintácticas: “Los casos más claros de indeterminaciones sintácticas están dados por ambigüedades no ya de palabras sino de oraciones, las que pueden expresar más de una proposición no solo cuando alguna de sus palabras es ambigua sino también cuando las conexiones sintácticas permiten varias interpretaciones. Ello puede ocurrir con adjetivos o adverbios que se emplean después de una serie de sustantivos o verbos y resulta indeterminado si califican solo al último de ellos o a toda la serie; o con frases relativas que generan la duda de si se refieren a todos los términos de una conjunción o disyunción precedente; o con el empleo de la disyunción ‘o’ que puede tener un sentido incluyente o excluyente, etcétera” (NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 93).

²⁵ “Por ejemplo, ante una disposición que estableciera que ‘se castigará la incitación a la violencia cuando la misma se realice en otro país’, la expresión ‘la mis-

c) *Ambigüedad pragmática*, refiere a diferentes significados de acuerdo al contexto o fin que busca la norma²⁶.

Por su parte, la vaguedad está referida a la imprecisión del propio lenguaje; por ejemplo, pensemos en el siguiente interrogante efectuado por WITTGENSTEIN: “Supongamos que digo: ‘Mi escoba está en el rincón’. ¿Se trata realmente de un enunciado sobre un palo de escoba y un penacho? Es cierto que la escoba consta de dos partes, ¿pero alguien dice: a) ‘La escoba está en el rincón’, realmente quiere decir, b) ‘El palo de la escoba está en el rincón, ¿el penacho está en el rincón y el palo de la escoba está unido al penacho’?”²⁷.

Cuando un término es vago existe imprecisión e indeterminación en su significado²⁸; de ahí que si no podemos conocer exactamente cuántos árboles hacen un bosque o cuanta arena se requiere para considerar que estamos ante un montón de arena²⁹, entonces cuando digo “bosque” o digo que estoy frente a un “montón de arena” puede ser que otra persona no concuerde conmigo en el uso de esas palabras al igual que cuando digo “rico”, “hermoso”, “bueno”, etc., depende de lo que cada uno entiende por rico, bueno, etcétera.

Mientras que la ambigüedad afecta a los términos, cuando dos cosas tan diferentes como árboles genealógicos y plantas puedan entrar en el mismo concepto de “árbol”, la imprecisión en ese caso puede resolverse generalmente identificando el contexto en el que se usa la palabra; sin embargo, no sucede lo mismo cuando en el bosque encuentro una planta que por su tamaño no esté seguro si me

ma’ podría entenderse referida a la ‘incitación’ o a la ‘violencia’. O la disposición que establece que ‘los jueces no serán separados de sus cargos sino mediante juicio, ni serán trasladados en contra de su voluntad, excepto en aquellos casos en que tenga lugar una reorganización de los tribunales’, puede generar la duda de si la excepción (reorganización de los tribunales) juega solo para el ‘traslado’ del juez o también para la ‘separación de su cargo’” (GASCÓN ABELLÁN - GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el derecho*).

²⁶ GUASTINI pone como ejemplo sostener “llegaré a las 8”, lo que puede ser una promesa, un comentario, una amenaza, etcétera.

²⁷ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, p. 31.

²⁸ Es el célebre ejemplo de HART respecto a que “se prohíbe la circulación de vehículos en el parque”, en el que es muy difícil saber si el concepto de vehículo incluye o no patines o bicicletas.

²⁹ Se presenta vaguedad cuando la aplicabilidad de una palabra es dudosa; por ejemplo, el término “libro” genera la duda respecto a ¿cuántas hojas se necesitan para serlo?, ¿debe tratarse de un texto impreso o puede estar escrito a mano?, ¿las hojas deben estar encuadernadas?, etcétera.

encuentro ante un “árbol” propiamente dicho, es decir que cuando digo “árbol” estoy ante ambigüedad, pero al mismo tiempo el concepto incluso en un determinado contexto tiene vaguedad y puedo dudar frente a esa imaginaria planta sobre si estoy o no usando la palabra de forma correcta³⁰.

Decimos que existe vaguedad en la posibilidad de error en la representación de un objeto, puesto que según el principio lógico de tercero excluido no existe la posibilidad de algo intermedio entre el ser y el no ser; así, o estamos ante un “árbol”, un acto “bondadoso”, etc., o no lo estamos; entonces, la vaguedad parece surgir en la relación que el sujeto establece con un objeto y más precisamente en el conocimiento del objeto concreto.

Pero la vaguedad no es propiedad de los objetos³¹, sino del pensamiento mismo. Pongamos el ejemplo dado por GUASTINI cuando dice que “madre” no es un término especialmente vago, pero que por los adelantos científicos puede serlo cuando no sabemos si “madre” es la que gestó o la que dio el óvulo; en dicho caso es posible que el juez que debe resolver la controversia conozca el mundo de manera completa y por tanto al detalle el procedimiento y alcances de la fertilización *in vitro*, pero de todas formas sería incapaz de resolver la problemática con ese solo conocimiento, sino que tendrá que hacerlo a partir de la clasificación humana de madres y no madres, y, por tanto, de valoraciones culturales propias de los seres humanos y no de los datos desde el conocimiento científico.

Una palabra es vaga en la medida en que hay casos en que su aplicabilidad en una sentencia es dudosa³²; de ahí que uno pueda

³⁰ Mientras la ambigüedad está dada por un exceso de significado, la vaguedad resulta de la falta o insuficiencia en la determinación del significado.

³¹ Para PETER UNGER no está claro dónde está el límite de una nube respecto a otras nubes.

³² “El problema teórico con la vaguedad es cómo caracterizar la falta de claridad en un caso marginal. El punto de vista más simple es que podríamos caracterizarla como ‘indeterminación’ y decir que, en un caso marginal, el significado de la palabra no determina si esta se aplica o no. Un punto de vista alternativo es que la falta de claridad no es una cuestión de significado, sino de ignorancia, que el significado de una palabra puede determinar las condiciones de aplicación sin conocimiento de los individuos, y que en la aplicación de palabras vagas a casos marginales, los individuos simplemente no saben si la palabra se aplica. Desde este punto de vista epistémico de la vaguedad, habrá una única respuesta correcta aún en los casos en que es incierta la aplicación del lenguaje vago de la formulación de la norma [...] El problema en casos marginales no es que no existan límites, sino que no sabemos en

pensar que el problema emerge porque no se conoce bien el objeto sobre el cual tenemos dudas, en este caso sobre el término “madre”, pero como seres racionales que somos buscamos explicar la realidad con teorías que clasifican y por tanto dividen a las mujeres entre “madres” y “no madres”.

Es decir, cuando hacemos una teoría generamos creencias y luego empezamos a actuar conforme a ellas, por lo que el debate de cómo debo resolver los problemas de la vaguedad sin duda alguna pasa por los problemas de la teoría del derecho. De tal manera, el problema de la vaguedad en definitiva es un problema de conceptos, de lo que entendemos en derecho como “plazo razonable”, “debido” proceso, etc.; ello provoca que si partimos de teorías jurídicas diferentes llegaremos a diferentes resultados, pero además lo que hay que tomar en cuenta es que será el interés que tengamos de acuerdo al lugar que ocupemos en la relación jurídica o en la política³³ lo que a su vez determine la teoría jurídica que vamos a defender.

Ahora bien, por la vaguedad y ambigüedad, el lenguaje es ágil, de forma que pedimos un “plato paceño” sin precisar como debió prepararse y qué elementos debe contener, o cuando pedimos se nos alcance un objeto no resulta necesario que se describan todos sus elementos y propiedades; de lo contrario no podríamos comunicarnos y no podríamos decir “te amo” por no poder ser totalmente objetivos³⁴, pero, como ya se dijo, al mismo tiempo la flexibilidad del lenguaje también puede generar malentendidos y, por tanto, originar procesos judiciales por discrepancias semánticas en la ley o en los contratos,

dónde están” (ENDICOTT, *Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad*, “Doxa”, n° 9, 1996).

³³ Dicha postura variará según se trate del abogado defensor o de la parte acusadora.

³⁴ “La vaguedad del lenguaje no siempre es un defecto sino que muchas veces es un instrumento indispensable de comunicación (advuértase lo difícil que sería comunicarse si no contáramos con palabras como ‘rojo’, ‘gordo’, ‘largo’, ‘calvo’, y las reemplazáramos por expresiones que no pudieran ser usadas sin medir la frecuencias de onda, el peso de la persona, la longitud del objeto o la cantidad de cabellos que exhibe el aludido). Por otra parte, las constituciones son generalmente el resultado de compromisos entre ideologías e intereses contradictorios que se reflejan en tensiones entre distintas disposiciones [...] Por lo tanto, las indeterminaciones que ahora mencionaré, no siempre son el resultado de defectos de redacción, sino que en muchos casos son recursos intencionales y funcionales para hacer un compromiso entre diferentes exigencias y permitir la adaptación de la Constitución a circunstancias diversas” (NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 89 y 90).

pero que afectan significativos intereses de las partes en un proceso, y como resultado se vio la textura abierta por algunos profesores como un defecto para ser suprimido³⁵.

Al respecto, es posible sostener la idea de que hay palabras más vagas que otras, por tanto la vaguedad refiere a algo que puede graduarse de más a menos y no del todo a nada³⁶, y ello puede provocar que cuando queremos precisión pediremos cuidado en la redacción de la ley o el contrato, pero a veces la vaguedad puede ser intencional, como cuando el legislador utiliza “textura abierta” en sus normas³⁷ para que ella pueda adaptarse a los cambios y circunstancias históricos que no puede prever, como puede suceder por ejemplo con la llamada ampliación progresiva de los derechos fundamentales.

En efecto, una demanda civil puede ser observada por vaguedad o ambigüedad, sea porque ello provoque que se carezca de pretensión objetiva o porque le quite el “sentido” y haga oscuro el escrito impidiendo a la parte contraria conocer la pretensión y por tanto generarle indefensión, o cuando por ejemplo se elaboran preguntas capciosas en un juicio y en consecuencia provoca que puedan ser observadas por la parte afectada; en esos y otros casos se reduce la vaguedad de los términos mejorando y precisando los términos utilizados.

En este punto podemos señalar que en el área penal queremos menos vaguedad de forma, que se permita que el juez se apegue estrictamente

³⁵ “KELSEN, por ejemplo, recomendaba no incluir en el texto conceptos como el de justicia, libertad o igualdad” (IGLESIAS VILA, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, “Doxa”, n° 23, 2000, p. 77 a 104).

³⁶ “El más común es el de la *vaguedad por gradiente*, como en el caso de todos los ejemplos mencionados antes, que ocurren cuando una palabra ‘rojo’ o ‘gordo’, por ejemplo, hace referencia a objetos o fenómenos que se dan en la realidad como parte de un continuo, sin indicar claramente en qué punto de ese continuo es apropiado emplear la palabra y desde qué punto deja de serlo. Otro tipo de vaguedad es la *combinatoria*, que se da cuando la palabra no se define por una serie de propiedades necesarias y suficientes, sino que hay un conjunto de propiedades relevantes que, dado un número indefinido de ellas, permiten emplear la palabra, pero cualquiera de ellas puede faltar y la palabra emplearse lo mismo con propiedad si hay un número suficiente de las restantes; los ejemplos más comunes de este tipo de vaguedad que se suelen mencionar son los de las palabras ‘casa’, ‘oro’, ‘juego’” (NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 90).

³⁷ Es algo similar a lo que hacen los poetas que voluntariamente utilizan lenguaje figurado en sus poemas.

tamente al tenor literal de la norma y por tanto exigimos mayor cuidado en la redacción de la norma, es decir, no solo legalidad, sino estricta taxatividad; en cambio, respecto a la norma constitucional estamos dispuestos a aceptar una mayor incertidumbre, siempre y cuando posibilite de mejor manera el debate democrático sobre lo que consideramos como bueno o como malo; en esos casos se tiene que mientras más abierto sea el lenguaje utilizado por el legislador se tendrá una mayor exigencia de justificación racional, de forma que a mayor vaguedad y ambigüedad el no justificar significa arbitrariedad y vulneración del debido proceso, pero no necesariamente prevaricato.

§ 3. **UNA REFLEXIÓN SOBRE EL PREVARICATO Y LA INTERPRETACIÓN LITERAL**

Imaginemos que la ley tributaria estableciera que se debe reducir impuestos a las personas “calvas”; inevitablemente se generaría el interrogante de cuántos cabellos se necesitan para no ser “calvo”.

Como ya se dijo en este trabajo, una palabra puede perder –o al menos reducir– su ambigüedad por el contexto; por ejemplo, la palabra “rico” como sabemos puede significar una persona con mucho dinero o en un segundo sentido puede referir a que un alimento es apreciado por nuestro paladar, pero seguramente habrá consenso mayoritario sobre que si digo “Alfredo es inmensamente rico” me refiero a “rico” en su primer sentido³⁸; de ahí que la ambigüedad normativa puede deberse a la falta de un contexto conocido y puede por tanto superarse ubicando la disposición en el marco de una relación jurídica específica.

También el sentido de una palabra en una norma puede determinarse por otra norma, como cuando una ley hace una definición vaga, pero otra norma aclara su alcance, o la vaguedad puede reducirse de acuerdo a si existe mayor o menor teoría jurídica uniforme que haga referencia a una determinada figura jurídica; así, como sabemos, el delito de “hurto” se consuma cuando existe apoderamiento de un bien

³⁸ Esto se denota de forma muy clara en los chistes: “Persona 1: ‘Oye, te noto mal ¿tomaste algo?’. Respuesta de persona 2: ‘Sí, malas decisiones’”; creo que en este chiste se entiende que se juega con el significado de la palabra “tomar”. Ross pone como ejemplo la palabra “*nail*”, porque tiene ambigüedad, pues en inglés puede significar uña o clavo, entonces si digo “*my nail hurts*” solo puede ser uña, y de ahí la importancia del contexto.

mueble ajeno, pero entonces emergen diferentes teorías respecto a si el apoderamiento se concreta desde que se toma el objeto con la finalidad de apoderarse de él, desde que se lo mueve o cuando el autor del hecho llega a su domicilio, y es posible que no exista un acuerdo uniforme entre profesores y jueces respecto a cuándo existe un delito consumado y cuándo es solamente tentativa³⁹, en cuyo caso la vaguedad será mayor o menor de acuerdo a si existe una práctica judicial consolidada sobre la temática que el intérprete debe tratar.

Parece ser que en general los problemas de vaguedad no se presentan en abstracto, sino en casos concretos; de ahí que el concepto de “calvo” no presenta problemas si pienso en una persona que no tiene un solo cabello, pero surge cuando estoy frente a alguien con muy pocos cabellos, aspecto que pudo no haber sido pensado o siquiera imaginado por el legislador, pero si el caso llega a tribunales dicho interrogante necesariamente debe definirse por los jueces, en virtud de la imposibilidad por parte de estos de poder alegar insuficiencia de la norma⁴⁰, y dirán entonces los jueces que la interpretación implica la superación de la indeterminación⁴¹.

Otras veces puede ocurrir que el administrador de justicia al tiempo de juzgar intente apartarse de la norma manipulando su contenido y encuentre una vaguedad donde no existe, pues a fin de cuentas la determinación de si se encuentra frente a ambigüedad o vaguedad resulta de su interpretación, lo que quiere decir que si una norma es vaga o ambigua no puede determinarse antes de la decisión judicial, sino que es resultado de esta. Sin embargo, el juez que pretenda ir contra la práctica judicial existente tiene que realizar el correspondiente esfuerzo argumentativo de manera proporcional al consenso existente entre otros jueces y abogados, y si no los convence y no logra cambiar la práctica judicial se asoma sobre dicho juez la sombra del prevaricato.

³⁹ Es muy difícil para un ojo humano determinar cuándo se pasa del rojo a otro color; de ahí que “tal vez, la única justificación reside en que nosotros somos, como WITTGENSTEIN sugiere tantas veces, participantes en una práctica y solo en el interior de esa práctica, que presupone una determinada forma de vida” (MORESO, *De nuevo sobre la vigilia. A modo de réplica a mis críticos*, “Analisi e Diritto”, 1999, p. 302).

⁴⁰ Hoy día la norma prohíbe a los jueces alegar insuficiencia, contradicción u obscuridad de la ley para dejar de resolver una problemática sometida a su competencia.

⁴¹ Eliminar vaguedad del lenguaje es eliminar algunos de sus usos.

Ahora bien, el prevaricato⁴² es una figura penal con la que se buscaba controlar la actividad de los jueces; por ejemplo, en la SC 033/2006-R correspondiente a un amparo constitucional, se alegaba el rechazo indebido a una solicitud de extinción de la acción penal por máxima duración del proceso, y el Tribunal Constitucional boliviano denegó la tutela, debido a que la parte accionante en el proceso penal no estableció “concretamente en qué fojas del expediente se encontraban los actuados procesales que demuestran la demora procesal, se coartó la posibilidad para que el Tribunal superior revise dicha prueba”, decisión vinculante conforme establece la Constitución⁴³.

Ahora, imaginemos un caso posterior que debe resolver un juez penal y que refiere a una solicitud de extinción de la acción penal, donde, si bien no se señalaron las fojas en las cuales se encuentra la demora como establece expresamente la SC 033/2006-R, sin embargo, se adjuntaron por la parte interesada copias debidamente legalizadas donde se encuentran los actuados dilatorios.

El juez en ese caso puede pensar que en realidad partiendo de la idea de que quien quiere determinada consecuencia jurídica debe demostrar que concurren los supuestos que habilitan la aplicación de la norma que invoca, y que la ya citada SC 033/2006-R reconoció en su *ratio decidendi* que en solicitudes de extinción de la acción penal por máxima duración del proceso la carga procesal de la existencia de mora procesal corresponde a los solicitantes, quienes deben identificar los actuados dilatorios que no les sean imputables, entendiendo entonces que la cita de las fojas es irrelevante si por otros medios, como son las fotocopias legalizadas, se demuestra lo referido.

En efecto, la Constitución y los tratados de derechos humanos reconocen el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, mientras que el Código de Procedimiento Penal eliminó la figura del expediente instaurando el cuaderno procesal; así, su art. 280 establece: “Durante la etapa preparatoria *no se formará un expediente judicial*” y que “*las actuaciones del fiscal* y los documentos obtenidos se acumula-

⁴² La tipificación del art. 173 del Cód. Penal boliviano establece: “La jueza o el juez que en el ejercicio de sus funciones dictare resoluciones manifiestamente contrarias a la ley, será sancionado con privación de libertad de cinco a diez años” (párr. 1º; texto según decr. ley 10.426).

⁴³ El art. 203 de la Const. boliviana establece: “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”.

rán en un cuaderno de investigación, siguiendo criterios de orden y utilidad solamente”, lo que impide que sea un legajo foliado, además de establecer como requisito para el planteamiento de incidentes procesales como el analizado el de ofrecer “prueba y acompañando la documentación correspondiente” cuando corresponda, contexto que impelía a interpretar la SC 033/2006-R en sentido de que la carga procesal de la parte imputada cuando se solicita la extinción de la acción penal por máxima duración del proceso únicamente alcanzaba a individualizar la prueba de la demora que no le sea imputable, por ejemplo, mediante fotocopias legalizadas del cuaderno de investigación ya que la mención de las fojas en la referida sentencia era meramente ejemplificativa, entendimiento que además se aviene al propósito que buscaba la referida sentencia.

Muchas veces la ambigüedad puede desaparecer cuando una norma se contrapone a otras, pues como ya se dijo el contexto aclara la norma, pero a veces puede suceder justamente lo contrario, que aparezca la ambigüedad o vaguedad cuando una norma se relaciona con otras normas, lo que sucede cuando se repite la norma, existen antinomias, etc., o cuando su sentido literal contradice la finalidad que busca la norma.

Un caso claro para el juez puede volverse difícil, ya que este puede decidir aplicar la ley e ignorar la jurisprudencia constitucional, sin embargo, la parte perdidosa puede proceder a acusar a nuestro juez imaginario de prevaricato, pues como ya se dijo que la finalidad de dicho delito no es que el juez evite la injusticia, sino que se someta al derecho.

Para plantear mi postura tomaré la posición de dos profesores: H. L. A. HART, quien parte de la idea de que los conceptos tienen un núcleo de certeza en el cual la comunidad jurídica comparte un mismo criterio de cómo resolver un caso y una zona de penumbra donde existe duda respecto a la aplicación de la norma; en este último caso el juez puede decidir libremente resolver la problemática de acuerdo a las posibilidades interpretativas de la norma⁴⁴; en cambio, DWORKIN admite que el texto de las normas puede tener vaguedad, pero para aplicarlas apela a los principios cuyo contenido moral permite eliminar la textura abierta del lenguaje.

⁴⁴ Existe textura cerrada cuando hay certeza respecto a cómo resolver una problemática; en cambio, en la textura abierta la decisión depende del arbitrio del juez; sin embargo, la textura abierta puede cerrarse con los hechos y contexto de un caso concreto.

En el caso de HART, diferencia los denominados “casos fáciles”, en los cuales existe un consenso uniforme entre autoridades judiciales sobre cómo resolver determinadas problemáticas judiciales⁴⁵, y los llamados “casos difíciles”, en los que existe una controversia razonable sobre la solución y en los cuales el juez competente ejerce discrecionalidad, es decir, se encuentra habilitado a resolver según su mejor criterio, pero siempre en el marco de las posibilidades que ofrece la norma. Todo lenguaje, incluido el lenguaje de la ley⁴⁶, tiene supuestos en los cuales existe certeza sobre los supuestos ordenados, prohibidos o permitidos, y supuestos en los que es debatible el mandato jurídico.

Para HART el legislador es consciente de lo imposible de prever todas las circunstancias que pueden presentarse a efectos de darle a cada una de ellas una solución legislativa⁴⁷, de ahí que este autor observa que, cuando el legislador prohíbe actos reñidos con el “orden público” o prohíbe la duración de procesos más allá de un plazo “razonable”, en los hechos está efectuando una delegación legislativa al órgano judicial para que determine su significado⁴⁸. Las palabras, incluso de la ley penal, como “ultrajes” a los símbolos patrios⁴⁹, “corrupción” de

⁴⁵ Por ejemplo, en Bolivia es criterio uniforme de los jueces el rechazar solicitudes de ampliación al término de apelación establecido en la ley.

⁴⁶ Para HART, “los cánones de ‘interpretación’ no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres” (*Concepto de derecho*, p. 158).

⁴⁷ “Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de propósitos” (HART, *Concepto de derecho*, p. 160); a criterio de FUERTES-PLANAS, para HART “los legisladores humanos no pueden conocer toda la posibilidad de combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar, lo que conlleva una relativa indeterminación de propósitos” (*Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart*, “Anuario de Derechos Humanos”, n° 8, 2007, p. 131 a 136).

⁴⁸ “Sería posible admitir también, como sostuvo DICEY, que el Parlamento podría autodestruirse totalmente, mediante una ley que declarara que sus potestades han terminado y derogara las normas que proveen a la elección de Parlamentos futuros. En tal caso, el Parlamento podría válidamente complementar este suicidio legislativo con una ley que transfiera todas sus potestades a algún otro cuerpo, digamos la Manchester Corporation. Si puede hacer esto ¿no puede realmente hacer algo menor? ¿No puede poner fin a sus potestades para legislar en ciertas materias y transferirlas a una nueva entidad integrada por el propio Parlamento y algún otro cuerpo?” (HART, *Concepto de derecho*, p. 188).

⁴⁹ El Código Penal boliviano en su art. 129 tipifica el delito de ultraje a los símbolos nacionales, con el siguiente tenor: “El que ultrajare públicamente la bandera, el escudo o el himno de la Nación, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años”.

menores⁵⁰, pueden significar muchas cosas o no significarlas, entonces se espera que el juez les dé el significado, de forma que en ese tipo de casos la textura abierta⁵¹ implicaría la delegación del legislador al juez para que decida de acuerdo a las circunstancias del caso concreto⁵².

Cuando un caso es considerado “fácil”, el juez no tiene facultades para resolverlo, es decir, si la Constitución establece que el mandato del presidente es de cinco años, no puede interpretar que el cómputo debe realizarse conforme los años del planeta Neptuno, y de hacerlo incurriría en arbitrariedad, y por tanto en delito de prevaricato; en cambio, frente a un caso difícil que ofrece determinadas posibilidades interpretativas en ejercicio de la discrecionalidad delegada por el legislador, es competente para elegir entre esas posibles interpretaciones⁵³.

En ese sentido, la vaguedad que da lugar a la discrecionalidad puede ser aprovechada por el juez para resolver según lo que a su criterio es “justo”⁵⁴, pero no le permite ir más allá del texto, pues en ese

⁵⁰ El Código Penal boliviano en su art. 318 establece: “El que mediante actos libidinosos o por cualquier otro medio, corrompiera o contribuya a corromper a una persona menor de dieciocho años, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a ocho años” (texto según decr. ley 10.426).

⁵¹ “La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso” (HART, *Concepto de derecho*, p. 168).

⁵² “La indeterminación del derecho, sin embargo, no debe ser vista como un defecto, ya que constituye una forma de mantener en equilibrio la relación entre su carácter dinámico y su fuerza normativa. La fuerza normativa de una norma jurídica radica tanto en su permanencia como en su capacidad de adecuación a nuevas situaciones. La dinámica del derecho permite que las normas se adapten a nuevas circunstancias, ya sea por reforma o por interpretación. La interpretación, es por lo tanto, un medio para la integración material del sistema jurídico, que produce su modificación” (HUERTA, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, p. 232).

⁵³ “El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que ‘expresa’ un precedente” (HART, *Concepto de derecho*, p. 15).

⁵⁴ La discrecionalidad judicial refiere “a la libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio derecho le deja al juez márgenes para que este elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso” (GARCÍA AMADO, *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, “Isegoría”, n° 35, 2006).

caso incurriría en arbitrariedad, entendida como la actividad ilícita de tergiversar malintencionadamente el lenguaje para alcanzar y justificar un determinado resultado en una decisión judicial⁵⁵.

Por su parte, DWORKIN considera que una visión positivista como la de HART está equivocada, pues no trata en “serio” los derechos⁵⁶, y los dos aspectos básicos que él critica son: a) la separación del derecho y la moral, es decir, la creencia de que el juez debe aplicar el derecho sobre la justicia, y b) la existencia de zonas donde el juez puede ejercer discrecionalidad, es decir, resolver conforme su sana crítica.

El caso que hará famoso por su análisis es “Riggs v. Palmer”, referido a un nieto que mata a su abuelo para heredar cuando el Código Civil del Estado de Nueva York no establecía dicho homicidio como causal de desheredación; pese a ello, observa que el Tribunal Supremo de Justicia de dicho Estado negó la solicitud de herencia aplicando el principio general del derecho que establece que nadie puede beneficiarse o alegar en su favor su propia mala fe.

Para DWORKIN, el positivismo de H. L. A. HART no puede explicar ese tipo de casos, porque la explicación del derecho se basa exclusivamente en reglas o convenciones jurídicas y descuida la existencia de principios⁵⁷, es decir, de criterios morales que determinan la decisión judicial y que en su opinión demuestra que la separación entre

⁵⁵ Para GARCÍA AMADO habrá arbitrariedad cuando: a) se vulneran las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija para el caso, es decir, convierte a la fuerza un caso fácil en uno difícil; b) se demuestra que lo que guía su decisión son móviles incompatibles con el sistema jurídico, como la notoriedad, el miedo, la ideología, la presión externa, etc., y c) cuando no se motiva el fallo o el argumento sea absurdo o contradictorio (*¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, “Isegoría”, n° 35, 2006).

⁵⁶ Por ello mismo su libro se llama *Los derechos en serio*, pues parte de la idea de que los positivistas no toman en serio los derechos, debido a que ellos en virtud de la discrecionalidad no existen antes de la decisión judicial, sino de forma posterior.

⁵⁷ DWORKIN critica a HART sosteniendo que la regla de reconocimiento solo atiende al origen de las reglas –pedigrí– y no a su contenido; en este sentido reivindica la existencia de principios que no se reconocen por la regla de reconocimiento: “DWORKIN es de la idea que, todas las normas que son susceptibles de ser reconocidas en la praxis jurídica como derecho, no siempre pueden cumplir los requisitos que para pertenecer al sistema jurídico prescriben las reglas de reconocimiento [...] Desde el punto de vista positivista algunos de los principios de DWORKIN no serían parte del sistema jurídico. Esto debido a que no cuentan con un origen oficial” (ROJAS AMANDI, *El concepto de derecho de Ronald Dworkin*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, vol. 56, n° 246, 2006).

derecho y moral no tenga sentido, pero además la idea de que el derecho no solo se compone de reglas, sino de principios hace que concluya en la completitud del derecho⁵⁸.

En efecto, el profesor estadounidense hace hincapié en que la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América estableció diferentes estándares morales, a los que utiliza como parámetros para medir la constitucionalidad de las leyes y las conductas, y desde ese punto niega la existencia de casos difíciles y por tanto la discrecionalidad judicial. El aceptar la tesis de la discrecionalidad que otorga libertad al juez para resolver una problemática, en su criterio deja los derechos a merced del libre albedrío de los jueces, quienes incluso al definir su contenido pueden negarlos.

La “lectura moral de la Constitución” propuesta por DWORKIN haría posible resolver los casos difíciles de manera cierta, puesto que ante la falta de reglas el juez debe aplicar principios o incluso como en el caso “*Riggs v. Palmer*” establecer excepciones a las reglas⁵⁹, es decir, que el derecho en su opinión no es un juego de azar donde las partes procesales en un juicio no saben cómo resolverá el juez⁶⁰, pues este debe esforzarse por encontrar la “respuesta correcta” al caso sometido a su competencia y que es anterior a la decisión judicial⁶¹.

⁵⁸ Respecto a la relación entre derecho y moral, para DWORKIN la justificación de los jueces no puede satisfacerse solo apelando a convenciones, sino que se necesita de los principios morales: “la teoría del derecho como integridad también señala que no se opera desde el vacío institucional, que la búsqueda y la administración de la justicia está condicionada por la existencia de otras normas así como de instituciones y procedimientos normativos –integridad, recordemos, significa coherencia en la concepción de justicia y equidad que subyace a las normas vigentes–” (SANTOS PÉREZ, *Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin*, “Doxa”, n° 26, 2003).

⁵⁹ Cuando el legislador hace una norma no puede prever todas sus excepciones, por ello las excepciones están implícitas en la norma, y de ahí que los principios permiten resolver casos no previstos.

⁶⁰ Respecto a que se crea derechos retroactivamente, “DWORKIN menciona lo perjudicial que sería considerar la creación del derecho por el judicial, ya que estaría legislando y aplicando el derecho a la vez, algo que la idea liberal tradicional niega exigiendo que el derecho y los deberes se conozcan de antemano, objetivo valioso y propio de nuestro Estado de derecho” [VEGA GÓMEZ, “Seguridad jurídica e interpretación constitucional”, en DEL REAL ALCALÁ (ed.), *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*, p. 135 a 152].

⁶¹ “Supongamos que el lector se ha leído un largo libro de geología y yo le pido que me diga qué información contiene: me dará su respuesta en una serie de proposiciones de hecho. Pero supongamos ahora que le pregunto, primero, cuán-

De lo expuesto, el famoso debate HART-DWORKIN se origina en la concepción que cada uno de ellos tiene del derecho, pues para H. L. A. HART la relación entre derecho y moral no es necesaria sino eventual (p.ej., cuando existe la posibilidad de aplicar discrecionalidad); en cambio, DWORKIN sostiene que toda regla del derecho está sustentada en un principio y niega la existencia de lagunas jurídicas; sin embargo, el problema observado a esta última postura es cuándo podemos saber que estamos frente a una respuesta correcta⁶².

Por todo lo expuesto, en mi criterio y si consideramos que en derecho sancionatorio queremos la estricta aplicación de la ley por parte del juez penal, entonces tenemos que cuando el otro juez imaginario se aparta de la SC 33/2006-R no puede ser considerado como prevaricador en atención a que solamente se incurre en el referido delito cuando se dicta una resolución judicial “manifiestamente contraria a la ley”, y en el caso referido se pide se observe una interpretación contenida en una sentencia constitucional que, si bien colma la idea de respuesta correcta para el órgano de control de constitucionalidad, no es admisible para sancionar penalmente a un juez que se aparta de dicha decisión al ser contraria a la ley; ello por constituirse en una interpretación inadmisibles desde la literalidad de la norma.

Si entendemos el delito de prevaricato como una sentencia que “manifiestamente” va contra la ley, podemos entender lo sostenido por H. L. A. HART en el sentido de que comete dicho delito el juez

tas proposiciones de hecho contiene el libro, y además qué teoría usó para contarlas. El lector me consideraría loco, y no simplemente porque la cuestión es absurdamente difícil, como si le hubiera preguntado cuántos granos de arena había en la playa determinada, o porque le exige una distinción conceptual difícil, como si le preguntase cuántos seres humanos hay en un grupo que incluye a una mujer embarazada de pocas semanas. Pensaría que estoy loco porque le habría hecho una pregunta completamente inadecuada en relación con el material de que se trata. El libro contiene muchísima información; las proposiciones son las maneras de presentar dicha información, pero el número de proposiciones usadas dependerá de consideraciones que no tienen nada que ver con el contenido de la información, como puede ser, por ejemplo, si se usa el término general ‘rocas’ o los nombres de determinadas clases de rocas. De la misma manera, los juristas se valen de normas y principios para transmitir información jurídica” (DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 139). Para DWORKIN los principios no pueden enumerarse y por tanto no pueden identificarse por la regla de reconocimiento, debido a que esta no puede darles validez porque ya son válidos desde el punto de vista moral.

⁶² Para HART, “entonces la crítica de DWORKIN tiene que ser reducida a una más modesta afirmación de que hay muchos principios jurídicos que no pueden ser capturados así, porque son muy numerosos, muy efímeros o muy susceptibles al cambio o modificación” (HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, p. 45).

que excede el límite de posibilidades interpretativas que la ley deja a su arbitrio; pero si como DWORKIN sostenemos que en materia penal están en juego principios concluiremos que existe una “respuesta correcta”, y el problema es que en ese caso no importa como resuelva el juez porque el sentido de justicia de la parte perdidosa, cualquiera que sea esta, la llevará a pensar que en su caso se ha cometido el delito de prevaricato.

En definitiva, juzgar la decisión judicial por la idea de justicia en los hechos puede producir que se juzgue la sentencia según sus resultados, lo que sería similar a juzgar a un sacerdote que en una tribu dispone sacrificar a una virgen a sus dioses para que se produzca la lluvia y podría dar lugar a que se interprete en el sentido de que solo tendrá responsabilidad frente al colectivo si no llueve.

Si bien, como dice DWORKIN, la búsqueda de la solución a un caso difícil en el cual estén comprometidos principios debe orientarse por la existencia de una “respuesta correcta”, a la vez no se puede tener certeza sobre cuál es esta, entonces la búsqueda de la solución de un caso difícil solo puede encontrarse en teorías razonables, pero no infalibles, de ahí que el carácter subjetivo de la moral hace que el delito de prevaricato solo pueda ser una decisión contra la ley, pero de ninguna manera el incurrir en “injusticia”⁶³ o ir en contra de otro concepto genérico como es el de bloque de constitucionalidad⁶⁴ o el de equidad, entre otros.

⁶³ Esta postura es defendida ampliamente en Bolivia, como por ejemplo si pensamos en este tipo de textos: “Ahora bien, el problema radica en que el tipo penal genérico que es resoluciones contrarias a la Constitución, incluye en su regla prohibitiva a la propia Constitución Política del Estado, lo que adhiere, principios de la administración de justicia, valores, una moral racional y otros a ser observados por todos los funcionarios públicos; es decir que es objeto de sanción, *toda decisión injusta* en la medida en que transgrede las reglas morales del vivir bien, de la piedad a diferencia de la tolerancia y otros que emula nuestro Estado; no obstante pareciera que el delito de prevaricato, solo sanciona el fallo judicial *que se aparte de la ley*, sin posibilidad alguna de evaluar si el fallo es justo o no; es decir que no sería punible una resolución judicial que cumpliendo la ley, se muestre contraria a una moral racional, a un principio de justicia y a un test de racionalidad” (CHURA FLORES, *Manual del prevaricador*, p. 32).

⁶⁴ El Código del Sistema Penal de Bolivia establecía en su art. 117 sobre el delito de prevaricato: “La jueza o juez que, en el ejercicio de sus funciones, dicte resolución manifiestamente contraria a la Constitución Política del Estado, al bloque de constitucionalidad o a la ley aplicable al caso, haciendo lo que estas prohíben o dejando de hacer lo que mandan, en la sustanciación de una causa, será sancionado con prisión de cinco a diez años, multa sancionadora de doscientos cincuenta y un a cuatrocientos días e inhabilitación”.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *La política*, Bogotá, Panamericana, 1992.
- BREMAUNTZ, ALBERTO, *La interpretación de la ley*, “Anales de Jurisprudencia”, t. 261, ene.-feb. 2003, p. 431 a 455.
- CHURA FLORES, LUIS G., *Manual del prevaricador*, La Paz, Original San José, 2018.
- DEL REAL ALCALÁ, J. ALBERTO (ed.), *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Unam - Flores, 2016.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 2010.
- ENDICOTT, TIMOTHY, *Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad*, “Doxa”, n° 9, 1996.
- FUERTES-PLANAS ALEIX, CRISTINA, *Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart*, “Anuario de Derechos Humanos”, vol. 8, 2007, p. 131 a 186.
- GARCÍA AMADO, JUAN A., *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, “Isegoría”, n° 35, 2006, p. 151 a 172.
- GARCÍA BELAÜNDE, DOMINGO, *Notas acerca de la interpretación constitucional en América Latina*, “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerriol”, vol. 1, n° 58-59, 2007, p. 187 a 205.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA - GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *La argumentación en el derecho*, Lima, Palestra, 2003.
- HART, HERBERT L. A., *El concepto de derecho*, trad. G. CARRIÓ, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011.
- *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, Unam, 2000.
- HUERTA, CARLA, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, Unam, 2008.
- IGLESIAS VILA, MARÍA, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, “Doxa”, n° 23, 2000, p. 77 a 104.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO E., *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Temis, 2008.
- MAZZARESE, TECLA, *Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente*, “Doxa”, n° 23, 2000, p. 597 a 634.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. N. ESTÉVANEZ, México, Porrúa, 2003.
- MORESO, JOSÉ J., *De nuevo sobre la vigilia. A modo de réplica a mis críticos*, “Análisi e Diritto”, 1999, p. 295 a 341.
- NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- ROJAS AMANDI, VÍCTOR M., *El concepto de derecho de Ronald Dworkin*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, vol. 56, n° 246, 2006, p. 355 a 412.
- SANTOS PÉREZ, LOURDES, *Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin*, “Doxa”, n° 26, 2003, p. 347 a 385.
- TALAVERA, PEDRO, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, Santa Cruz de la Sierra, El País, 2008.

- URIBE RESTREPO, JORGE, *La interpretación de la ley*, “Estudios de Derecho”, vol. 4, n° 12, 1942, p. 399 a 421.
- VEGA GÓMEZ, JUAN, “Seguridad jurídica e interpretación constitucional”, en DEL REAL ALCALÁ, J. ALBERTO (ed.), *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Unam - Flores, 2016.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Investigaciones filosóficas*, trad. A. GARCÍA SUÁREZ y U. MOULINES, Barcelona, Altaya, 1999.

GÉNERO E INTERPERSONALIDAD EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL: UN ENFOQUE DESDE LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO

ERIKA NAWOJCZYK*

“Es tener conciencia de género, eso que a veces parece una condena porque te obliga a estar en una batalla continua pero consigue que entiendas por qué ocurren las cosas y te da fuerza para vivir cada día”

(NURIA VARELA)

Resumen. Protagonistas de un tiempo de mayor relevancia de las diversidades personales, este trabajo busca analizar el desenvolvimiento de la noción y la perspectiva de género a partir del desarrollo de las categorías que ofrece la metodología jurídica trialista, con especial referencia al paradigma del Estado constitucional de derecho imperante en nuestro país desde la reforma de la Constitución nacional en 1994.

Palabras claves: trialismo, interpersonalidad, género, reforma constitucional.

GENDER AND INTERPERSONALITY IN THE CONSTITUTIONAL REFORM: AN APPROACH FROM THE TRIALIST THEORY OF THE LEGAL WORLD

Abstract. Protagonists of a time of greater relevance of personal diversities, this paper seeks to analyze the development of the

* Abogada (UNR). Profesora superior en Abogacía (UCA). Especialista en Bioética (FLACSO). Docente adjunta de Ética Profesional y de la Abogacía y Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Docente JTP de Filosofía del Derecho, Cátedra D, y Derecho de la Salud y Bioderecho en la Facultad de Derecho de la UNR. Secretaria de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la UNR. Correo electrónico: erikanawojczyk@yahoo.com.ar.

notion and gender perspective from the development of the categories offered by the trialist legal methodology, with special reference to the constitutional State paradigm of right prevailing in our country since the reform of the national Constitution in 1994.

Keywords: trialist, interpersonalidad, gender, constitutional reform.

GÊNERO E INTERPERSONALIDADE NA REFORMA CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM DA TEORIA TRIALISTA DO MUNDO JURÍDICO

Resumo. Protagonistas de um momento de maior relevância das diversidades pessoais, este trabalho busca analisar o desenvolvimento da noção e da perspectiva de gênero a partir do desenvolvimento das categorias oferecidas pela metodologia jurídica do julgamento, com especial referência ao paradigma do Estado constitucional da direito que prevalece em nosso país desde a reforma da Constituição nacional em 1994.

Palavras chave: trialista, interpersonalidade, gênero, reforma constitucional.

§ 1. MARCO TEÓRICO. LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO

La teoría trialista del mundo jurídico, elaborada por WERNER GOLDSCHMIDT y actualizada por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI¹, entiende que el derecho se comprende como un conjunto de adjudicaciones (repartos y distribuciones) de potencia e impotencia (es decir, aquello que favorece o perjudica el ser y la vida). Los repartos están descriptos e integrados por normas, y ambos son valorados por la justicia. Con relación a la noción de justicia, vale aclarar que la consideramos un valor que se construye, en función del acuerdo sostenido entre quienes comparten ciertos puntos de partida con relación a ella. El respeto por los derechos humanos constituye, a nuestro parecer, un punto de partida irrenunciable.

¹ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica del derecho*; CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica; Lecciones de historia de la filosofía del derecho; Panorama trialista de la filosofía en la posmodernidad*, "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 19, p. 9 a 96.

Así, se pone de relieve el carácter sistémico y complejo del derecho todo, producto de la integración de sus tres dimensiones: sociológica, normativa y dikelógica. Esta complejidad pura desmadeja la trastienda de lo puramente normológico para evitar las injusticias propias de las concepciones infradimensionalistas, que por privilegiar un aspecto descuidan otro.

En concreto, la dimensión jurídica-sociológica considera la conducción repartidora y la espontaneidad distribuidora a través de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar; la toma de decisiones repartidoras; los elementos de los repartos (repartidores, beneficiarios, objetos, forma y razones –móviles, razones alegadas y razones sociales–); la autonomía o autoridad de los repartos; la planificación y la ejemplaridad en la constitución del orden de repartos; las vicisitudes de este y los límites².

Por su parte, la dimensión jurídica-normológica considera las normas y los principios; las diversas clases de fuentes y su jerarquía; el funcionamiento de las normas; los conceptos y las materializaciones, y el ordenamiento jurídico.

A su vez, en lo jurídico-axiológico la teoría trialista del mundo jurídico estudia las relaciones entre los valores; las clases de justicia; la pantonomía y el fraccionamiento de la justicia; el debate acerca de lo que se entenderá como “principio supremo de justicia”; la justicia de los repartos aislados y del régimen, atendiendo en este caso a la protección de la persona contra todas las amenazas que puedan afectarla, sean de los demás, de sí mismo o de “lo demás”³.

Por otro lado, la teoría trialista ha desarrollado la teoría de las respuestas jurídicas⁴, que propicia el estudio de las especificidades materiales, especiales, temporales y personales⁵.

Estas especificidades jurídicas significan de manera individual y se resignifican en relación, variando su importancia o predominio en función de las circunstancias. Es decir, suponen una ruptura con los modelos abstractos⁶ para atender a los contextos, a las situaciones.

² FERNÁNDEZ OLIVA, “Investigar en derecho”.

³ FERNÁNDEZ OLIVA, “Investigar en derecho”.

⁴ CIURO CALDANI, *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, “Investigación y Docencia”, n° 37, p. 85 a 140.

⁵ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 143.

⁶ FERNÁNDEZ OLIVA, “Derecho y política ante contextos de vulnerabilidad: una trama de complejidades”, presentada en XXXII Jornadas Nacionales de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

§ 2. **NOCIONES DE GÉNERO Y FEMINISMO EN CLAVE TRIALISTA**

Explicitado nuestro marco teórico y en función de él, el género constituye una categoría de análisis para ser abordada desde la especificidad personal, en el marco de una particular exigencia de justicia.

Como categoría de análisis, el término género empezó a desarrollarse en la década de 1970 del siglo xx por corrientes feministas.

Siguiendo a ANALÍA AUCÍA, afirmamos que el género es también (además de una categoría de análisis) un proceso social. Así, el concepto de género ha permitido pensar que, sobre ciertos rasgos biológicos, en especial, los órganos sexuales, se ha construido una diferenciación del género humano en femenino y masculino, atribuyéndose a cada género rasgos, características, capacidades diferenciales, pero siempre interrelacionadas. Es decir, los géneros son construcciones sociales, culturales que están en perpetua relación, pero no en plano de igualdad, sino que, *más bien y hasta dónde se ha podido estudiar y comprender, las relaciones entre los géneros han sido siempre relaciones de dominación*⁷.

En la construcción de estas relaciones de dominación y subordinación, el lenguaje y su uso dan fundamento y legitiman la discriminación. Palabras tales como androcentrismo y patriarcado remiten a un hombre, pero no cualquier hombre, sino al hombre de una determinada edad (adulto), de un determinado estatus (marido) y de unas determinadas cualidades viriles (honor, valentía, etcétera). Es decir, la etimología del término “andro” no hace referencia a cualquier ser humano de género masculino, sino del que ha asimilado un conjunto de valores que se involucran en el sentido latino de la virilidad⁸.

Por su parte, FEMENÍAS siguiendo a SIMONE DE BEAUVOIR explica la falacia nominal según la cual el término “anthropos”, equivalente a ser humano, se usa como hombre, y este último término, como sinónimo de ser humano. Así, el hombre es lo universal, es el todo y la parte, invisibilizando a la mujer al punto de no ser considerada ser humano, dando lugar a la falacia *pars par toto*, la parte por el todo.

⁷ AUCÍA, *¿Adónde están las mujeres?*, “Zona Franca”, año XII, n° 13, mar. 2004, p. 36 a 41.

⁸ AUCÍA, *¿Adónde están las mujeres?*, “Zona Franca”, año XII, n° 13, mar. 2004, p. 36 a 41.

De esta manera, un colectivo histórico masculino, con las características mencionadas y en el ejercicio de ciertas formas de poder, establece un modelo determinado de la masculinidad como central, como paradigma de lo “humano”, relegando como no significativo, insignificante o negado, o lo “otro”, *aquello que considera no pertinente o inconveniente para mantener en un lugar de superioridad la perspectiva obtenida*⁹.

En nuestra investigación nos interesa abocarnos al estudio de la mujer y de los feminismos, su lugar en la historia, sus luchas, sus logros, sus anhelos en la búsqueda de su sociedad más justa.

En concordancia con el concepto de género al que adscribimos, consideramos que el término mujer importa mucho más que el hecho biológico; se refiere a una condición social, cultural e histórica, y tales determinaciones son vividas, asumidas, interiorizadas, de modo tal que no solo se padecen, sino que se pueden transformar¹⁰.

Un recorrido por la historia de las mujeres da cuenta de las diferencias que se han dado, obstaculizando nuestra libertad, así como también las discriminaciones que impiden la realización de la autonomía, en un vasto registro de inequidades, injusticias, exclusión y opresión. Dice SERRET: “A lo largo de la historia, en todas las sociedades conocidas, las mujeres han enfrentado, como colectivo, la discriminación social y sus consecuencias [...] con independencia de sus formas específicas, en toda cultura [...] encontramos que lo femenino, y por asociación las mujeres y sus actividades, carecen de prestigio, de poder y de derechos¹¹.”

Desde una perspectiva jurídica-sociológica, las mujeres hemos sido recipiendarias gravadas de repartos de impotencia, a menudo de carácter autoritario¹². Se reducen las posibilidades de audiencia, lo que se manifiesta en la relación de dominación y subordinación civil, conforme lo expresa CAROLE PATEMAN¹³. Los análisis que se pueden hacer de dicha relación dan cuenta de que, a lo largo de la historia, las mujeres son las más pobres entre los pobres; quienes cargan con el cuidado, postergando su cuidado y su salud; las que sufren las conse-

⁹ AUCÍA, *¿Adónde están las mujeres?*, “Zona Franca”, año XII, n° 13, mar. 2004, p. 36 a 41.

¹⁰ RINCÓN GALLARDO, “Presentación”, en SERRET, *Discriminación de género*, p. 5.

¹¹ SERRET, *Discriminación de género*, p. 7.

¹² CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 196.

¹³ PATEMAN, *El contrato sexual*, p. 44.

cuencias del analfabetismo y la falta de acceso a la educación; las víctimas de violencia física, sexual, económica, simbólica, dentro y fuera del hogar.

Como vemos, a nivel conceptual, las diferencias entre los sexos no implican desigualdad legal, política, corporal, emocional o de cualquier otra clase. Es posible concebir a mujeres y hombres como iguales en su diferencia mutua. Sin embargo, ese no ha sido el caso, al menos no en los últimos seis o cinco mil años en muchas partes del planeta¹⁴.

La diferencia sexual ha significado desigualdad y discriminación. Así, siguiendo a JANET SALTZMAN podemos encontrar los siguientes rasgos comunes que dan lugar a la discriminación en las distintas épocas históricas y culturas:

a) Una ideología, y su expresión en el lenguaje, que explícitamente devalúa a las mujeres, dándoles a ellas, a sus roles, sus labores, sus productos y su entorno social, menor prestigio o poder en relación con los varones.

b) Significados negativos atribuidos a las mujeres y sus actividades a través de hechos simbólicos o mitos (que no siempre se expresan de forma explícita).

c) Estructuras que las excluyen de los espacios de poder económicos, políticos y culturales¹⁵.

Agrega ALDA FACIO:

d) El pensamiento dicotómico, jerarquizado y sexualizado, que divide todo en cosas o hechos de la naturaleza o de la cultura, y que al situar al hombre y lo masculino bajo la segunda categoría, y a la mujer y lo femenino bajo la primera, erige al hombre en parámetro, modelo o paradigma de lo humano, al tiempo que justifica la subordinación de las mujeres en función de sus pretendidos “roles naturales”¹⁶.

Las demandas y las luchas de las mujeres han dado lugar a movimientos sociales y de producción de conocimiento, dando lugar al desarrollo del feminismo. El feminismo surgió en Francia como consecuencia de las transformaciones políticas, económicas y sociales producto de la Revolución Francesa y del proceso de industrialización. No quiere decir que antes de la Revolución Francesa no hubiera mujeres que denunciaban las discriminaciones y su situación

¹⁴ FACIO - FRIES, *Feminismo, género y patriarcado*, “Academia”, año 3, n° 6, jul.-dic. 2005, p. 259.

¹⁵ SALTZMAN, *Equidad y género*.

¹⁶ FACIO, “Discriminación de género”, en Seminario “Discriminación y acceso a la justicia de las mujeres”.

de exclusión, pero será a partir de este momento en que comienzan los reclamos por las vindicaciones. En este sentido, CELIA AMORÓS lo define como un movimiento ilustrado en cuanto a sus raíces y pretensiones reivindicativas: la universalidad de la razón, la exigencia de igualdad, la liberación de los perjuicios, el horizonte de la emancipación¹⁷.

Ahora bien, estos reclamos no encontraron realización enseguida, sino muy paulatinamente, y recién luego de siglos de luchas y reivindicaciones de los movimientos feministas vamos encontrando impacto en los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos¹⁸. En la actualidad, podemos asistir a un mayor desarrollo de la ejemplaridad en la equiparación jurídica de los géneros, lo que también se puede apreciar en la planificación gubernamental a fin de equilibrar las condiciones de las mujeres. Como ejemplo de lo dicho podemos referir los planes de acción que se aprueban a nivel nacional, provincial o municipal, y también en el ámbito universitario, tendientes a prevenir, asistir y erradicar la violencia contra las mujeres. Estos planes procuran superar obstáculos simbólicos y de recursos hacia la igualdad real de oportunidades y derechos.

Respecto de los límites, la noción de género tal como la entendemos desdibuja los límites de los caracteres físicos que se han utilizado para destacar las diferencias y discriminar a las mujeres. Pero aún quedan obstáculos y límites socioeconómicos y políticos que sortear, por lo que no debemos dejar de analizar el techo de cristal que pesa sobre las mujeres en el ámbito científico, académico y laboral, en general. Todavía queda camino por recorrer. No podemos creer las falacias viriles de que está todo conseguido y no hay nada más que reclamar, que lo hemos logrado todo, que vivimos en el mejor de los mundos posibles, con la reconciliación entre las exigencias de libertad y los encantos de la femineidad¹⁹. Si es así, es probable que individualmente hayamos conseguido una posición de poder y reconocimiento, pero descuidamos o no nos interesa ver que, a nuestro alrededor, muchas de nosotras todavía no gozan de derechos u oportunidades.

¹⁷ TARDUCCI, “Las mujeres como sujeto colectivo”, en curso virtual “Introducción a la historia del movimiento feminista”.

¹⁸ DE LAS HERAS AGUILERA, *Una aproximación a las teorías feministas*, “Universitas”, n° 9, ene. 2009, p. 45 a 82.

¹⁹ VARELA, *Feminismo para principiantes*.

Desde una postura jurídica-normológica, como vimos, los conceptos género, mujer, feminismo, responden a construcciones culturales, cuya atención merece consideración al momento de legislarse. Es importante, en este sentido, por ejemplo, considerar la pertinencia del lenguaje inclusivo.

Entre las distintas fuentes formales de ámbito interno e internacional que intentan mejorar la condición de las mujeres, queremos destacar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (por sus siglas en inglés, CEDAW), incorporada en nuestra Constitución nacional al art. 75, inc. 22, a partir de la reforma constitucional. Esta reforma marca un cambio de paradigma.

El paradigma del Estado constitucional de derecho imperante en Argentina desde 1994 se erige en garante de los derechos humanos fundamentales de toda la población. Una de las vías que utiliza este modelo jurídico político consiste en atender las diferencias propias de cada persona, mediante la generación de un proceso de especificación de los derechos fundamentales en función de las características del sujeto titular²⁰, importando normatividad propia del derecho interpersonal.

En el Preámbulo de la CEDAW, los Estados manifestaron su preocupación al comprobar que, a pesar de que todos los instrumentos internacionales prohibían la discriminación basada en el sexo, las mujeres seguían siendo objeto de este problema. Asimismo, acordaron la necesidad de definir claramente en qué consiste esa discriminación que tantos instrumentos anteriores habían prohibido, pero no definido. El art. 1° de la CEDAW define la discriminación de la siguiente manera: “*A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”.

Esta definición nos ayuda a entender la relación estrecha entre la igualdad y la no discriminación; implícitamente, establece que la primera no es el resultado de un trato idéntico a ambos sexos, sino

²⁰ BOBBIO, *El tiempo de los derechos*.

que es la condición que se logra cuando no hay discriminación contra la mujer en su derecho a gozar de los derechos humanos (recomendación general 28 del Comité de la CEDAW). Importa señalar que la definición de discriminación contra la mujer contenida en dicho art. 1º es una definición legal que pasa a ser parte de la normativa nacional cuando el Estado ratifica la Convención.

De acuerdo con esta definición, la discriminación como un acto violatorio del derecho a la igualdad y la mujer como sujeto jurídico equivalente al hombre en dignidad humana, se establece una concepción de igualdad no androcéntrica, sino basada en la protección de los derechos humanos de las mujeres.

Los Estados parte, a su vez, están obligados a eliminar la discriminación *de facto* y *de iure* que pueda sufrir cualquier mujer en cualquier esfera. Es decir, la Convención obliga al Estado que ha ratificado la CEDAW a eliminar las discriminaciones que sufren las mujeres tanto en la casa como en la calle, la escuela, la iglesia o cualquier otra institución, en el área rural o en la urbana, y en la esfera de la salud, las creencias, las prácticas culturales, las leyes, las políticas, etcétera.

En relación con esto, debemos mencionar la importancia de las medidas de acción afirmativa también previstas por la reforma constitucional, como instrumento mediante el cual se establecen políticas que buscan corregir, reducir o eliminar las prácticas discriminatorias que históricamente padecen determinados colectivos. Estas acciones pretenden corregir desigualdades.

No obstante esta y otras fuentes formales, las situaciones de vulnerabilidad en las que son puestas las mujeres en la sociedad muestran que aún hoy es difícil lograr la exactitud de las normatividades destinadas a protegerlas²¹.

En relación con las tareas del funcionamiento de la norma, destacamos la necesidad de que la aplicación del derecho sea un tarea creativa y valorativa, y no la mera aplicación objetiva de la ley, conforme lo afirma ALDA FACIO. Negar este aspecto de la tarea de interpretación por parte de los encargados del funcionamiento de las normas lleva muchas veces a resultados injustos y contrarios a derecho.

De esta manera, se deberá tender a una interpretación que tome en cuenta todos los elementos que confluyen en el acto interpretativo, es decir, sujeto, objeto, realidad social, tradición, etc., para tener una

²¹ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 197.

comprensión total de la norma jurídica. En este sentido, se ajusta más a una concepción integrativista del derecho, pues engloba dimensiones que otras formas de interpretación no contemplan. Conforme indica OBANDO, esta teoría abarca en un mismo análisis la materia objeto de la interpretación, las condiciones de quien interpreta y la realidad social que envuelve el acto interpretativo²². Este método más amplio e integrador tiene en cuenta varias dimensiones del derecho y por ende puede considerar la necesidad de visibilizar la desigualdad entre mujeres y hombres como una característica básica de la vida social.

Respecto de la dimensión jurídica-axiológica, consideramos que el valor justicia tiene un papel importante que cumplir a fin de equilibrar axiológicamente las referencias a las personas²³. Por ello, en cuanto a las clases de justicia, debemos atender al desarrollo de la justicia con consideración de personas, asimétrica, polilokal, espontánea y de participación.

Urge atender al complejo personal, para reforzar la idea de unicidad y propiciar el desarrollo de la autonomía de las mujeres, entendidas como sujetos, que se determinan a sí misma, que buscan su propia identidad en su historia y en la vida compartida con otros sujetos autónomos²⁴, como fines en sí mismos, dueñas de la construcción de nuestras personas. Este reconocimiento como sujetos importa reconocer su derecho a la autodeterminación –comprensiva de la toma de decisiones en libertad y con responsabilidad–, a la privacidad –como facultad del individuo de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede a relevar situaciones referentes a su propia vida– y al reconocimiento a la igualdad de oportunidades²⁵.

Adoptar estos despliegues nos permitirá modificar los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto, propiciando la igualdad entre las personas, dando cuenta del cambio hacia la interpersonalidad que pretendemos transitar en nuestra cultura, en palabras de CIURO CALDANI, como nuevo despliegue de la humanidad.

²² OBANDO, “Las interpretaciones del derecho”, en FACIO - FRIES (eds.), *Género y derecho*.

²³ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 198.

²⁴ GUARIGLIA, *Una ética para el siglo XXI*, p. 10.

²⁵ DE ORTÚZAR, “Toma de decisiones médicas: ‘testamentos vitales’”, en *Curso virtual Bioética Clínica*, p. 4.

§ 3. **INTERRELACIONES DE LAS ESPECIFICIDADES EN EL ENTRAMADO DE LAS RAMAS JURÍDICAS. CONCLUSIÓN**

Nuestro tiempo se caracteriza por destacables debilitamientos de las fronteras y por interrelaciones de las especificidades. La consideración de las distintas especificidades es una vía de la complejidad pura. Como vemos, la especificidad jurídica de la personalidad es un despliegue importante de la consideración integral de la personalidad. Ser persona exige un relevante desenvolvimiento de la juridicidad²⁶. En este desenvolvimiento de la juridicidad importa el estudio de las interrelaciones entre las especificidades materiales, espaciales, temporales y personales, ya que ninguna puede ser completamente comprendida sin tener en cuenta las demás.

Así, la especificidad material hace posible el reconocimiento de un complejo de ramas jurídicas a los que comprendemos como sectores jurídicos diferenciados desde perspectivas socio-normo-dikélogicas. Estos nuevos despliegues de la conciencia jurídica traen consigo especiales exigencias de justicia; son intermaterialidades que han venido a enriquecer el alcance de las ramas tradicionales, en primer término. Pero, al propio tiempo, el desarrollo de las nuevas ramas produce el fenómeno del entrecruzamiento de transversalidades²⁷. De esta manera, podemos hablar de que se ha de desenvolver, como rama jurídica nueva, llamada a enriquecer y fortalecer las tradicionales, el derecho de género. En tanto, en el estudio de las intermaterialidades, el derecho de género dialogará con las ramas tradicionales y con las nuevas ramas, tales como el derecho de la vejez²⁸, el derecho de la salud y el derecho de la educación. Este abordaje nos permitirá dar cuenta de las capas de vulnerabilidades en las que las mujeres podemos estar inmersas. A fin de desentrañar y superar esas capas, necesitamos que el derecho se reconstruya, se resignifique incorporando esta otra mirada. Por ejemplo, amerita un estudio especial la situación de la mujer anciana que pudo haberse visto privada de los alimentos y cuidados necesarios para su salud; así como también, las mujeres que aún hoy se ven privadas de proyectar su plan de vida y de disponer de sus derechos sexuales y reproductivos, son sometidas

²⁶ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 200.

²⁷ FERNÁNDEZ OLIVA, "Investigar en derecho".

²⁸ DABOVE, *La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho*, Microjuris, MJ-DOC-13832-AR.

a esterilizaciones forzadas²⁹, vulnerando su autonomía. En el caso del derecho a la educación y su relación con la perspectiva, ya lo decía ELVIRA LÓPEZ (1901) “no se puede [...] enseñar media historia, media filosofía, media psicología”. Agregamos, no se puede enseñar y seguir pensando el derecho para un solo sector de la población.

De esta manera, en lo que concierne a las materias en las cuales me desempeño, mi estrategia es visitar la historia de la filosofía del derecho, a la luz del estudio de la historia escondida y silenciada, y que, a partir del trabajo feminista de los últimos años, se ha recuperado³⁰, animándonos a deconstruir las nociones estatuidas por las teorías canónicas, como forma de luchar por la real concreción del derecho a la igualdad y la no discriminación por razones de género.

Consideramos que pensar el género como transversalidad nos permitirá releer, resignificar las ramas jurídicas en clave de género y en esto estriba la búsqueda de un derecho interpersonal que dé cuenta de las especiales exigencias de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- AUCÍA, ANALÍA, *¿Adónde están las mujeres? Los derechos humanos desde una perspectiva de género*, “Zona Franca”, año XII, n° 13, mar. 2004, p. 36 a 41.
- BOBBIO, NORBERTO, *El tiempo de los derechos*, trad. R. DE ASÍS ROIG, Madrid, Sistema, 1991.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, “Investigación y Docencia”, n° 37, 2004, p. 85 a 140.
- *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- *Lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991-1994.
- *Panorama trialista de la filosofía en la posmodernidad*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 19, 1995, p. 9 a 96.
- *Una teoría trialista del mundo jurídico*, Rosario, FDER Edita, 2019.
- DABOVE, MARÍA I., *Derecho de la vejez*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- *La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho*, *Microjuris*, MJ-DOC-13832-AR, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/03/07/la-condicion-de-la-mujer-anciana-desde-la-perspectiva-del-derecho/>.
- DE LAS HERAS AGUILERA, SAMARA, *Una aproximación a las teorías feministas*, “Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política”, n° 9, ene. 2009, p. 45 a 82.

²⁹ Corte IDH, 30/11/2016, caso “I. V. vs. Bolivia”, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf.

³⁰ VARELA, *Feminismo para principiantes*.

- DE ORTÚZAR, MARÍA G., “Toma de decisiones médicas: ‘testamentos vitales’”, en Curso virtual Bioética Clínica, FLACSO, 2007.
- FACIO, ALDA, “Discriminación de género”, en Seminario “Discriminación y acceso a la justicia de las mujeres”, PRIGEPP - FLACSO, 2019.
- FACIO, ALDA - FRIES, LORENA, *Feminismo, género y patriarcado*, “Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho”, año 3, n° 6, jul.-dic. 2005, p. 259 a 294.
- FACIO, ALDA - FRIES, LORENA (eds.), *Género y derecho*, Washington - Santiago de Chile, American University, Washington College of Law - LOM - La Morada, 1999.
- FERNÁNDEZ OLIVA, MARIANELA, “Derecho y política ante contextos de vulnerabilidad: una trama de complejidades”, ponencia presentada en XXXII Jornadas Nacionales de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho “Derecho, Política y Moral”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ago. 2018.
- “Investigar en derecho: peculiaridades y estrategias de la metodología jurídica en el derecho de la salud”, proyecto de investigación, Facultad de Derecho, UNR, 2018.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica del derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005.
- GUARIGLIA, OSVALDO, *Una ética para el siglo XXI. Ética y derechos humanos en un tiempo posmetafísico*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- OBANDO, ANA E., “Las interpretaciones del derecho”, en FACIO, ALDA - FRIES, LORENA (eds.), *Género y derecho*, Washington - Santiago de Chile, American University, Washington College of Law - LOM - La Morada, 1999.
- PATEMAN, CAROLE, *El contrato sexual*, trad. M. L. FEMENÍAS, Madrid, Ménades, 2019.
- RINCÓN GALLARDO, GILBERTO, “Presentación”, en SERRET, ESTELA, *Discriminación de género. Las inconsecuencias de la democracia*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008.
- SALTZMAN, JANET, *Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio*, trad. M. COY, Madrid, Cátedra, 1992.
- SERRET, ESTELA, *Discriminación de género. Las inconsecuencias de la democracia*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008.
- TARDUCCI, MÓNICA, “Las mujeres como sujeto colectivo”, en curso virtual “Introducción a la historia del movimiento feminista”, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 2019.
- VARELA, NURIA, *Feminismo para principiantes*, Barcelona, Ediciones B, 2008.

REFORMAS CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES DEL PERÍODO POSDICTATORIAL: UNA LECTURA EN CLAVE DE LA GUBERNAMENTABILIDAD NEOLIBERAL

KATIA TRONCOSO MUÑOZ*

Resumen. A través de este trabajo, presentado en las XXXIII Jornadas Nacionales de Filosofía Jurídica y Social, buscamos visibilizar los fenómenos a que responden las reformas constitucionales y judiciales realizadas en América Latina en los períodos posdictatoriales, especialmente en la década de 1990. De este modo, intentamos mostrar cómo estas reformas se vinculan y a su vez posibilitan la judicialización de la política y la lucha política en términos de derechos, como dispositivos de poder en la gubernamentabilidad neoliberal.

Palabras clave: judicialización de la política, reformas judiciales, reformas constitucionales, derechos humanos, gubernamentabilidad neoliberal.

CONSTITUTIONAL AND JUDICIAL REFORMS OF THE POST DICTATORY PERIOD: A KEY READING OF THE NEOLIBERAL GOVERNMENT

Abstract. Through this work presented in the XXXIII National Conference of Legal and Social Philosophy, we seek to make visible the phenomena that respond to constitutional and judicial reforms carried out in Latin America in the post-dictatorial periods, especially in the 90s. In this way, we try to show how these reforms are linked and enable the judicialization of

* Abogada por la Universidad Nacional de Cuyo. Máster en Ciudadanía y Derechos Humanos: Ética y Política por la Universidad de Barcelona. Máster en *Iniciació a la recerca in humanitats* por la Universidad de Girona. Doctoranda en Ciudadanía y Derechos Humanos en Universidad de Barcelona. Investigadora en Proyecto de Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Cuyo.

politics and political struggle in terms of rights as a power device in neoliberal governability.

Keywords: judicialization of politics, judicial reforms, constitutional reforms, human rights, neoliberal governability.

REFORMAS CONSTITUCIONAIS E JUDICIAIS DO PERÍODO PÓS-DICTATORIA: UMA LEITURA CHAVE DO GOVERNO NEOLIBERAL

Resumo. Por meio deste trabalho apresentado na XXXIII Jornadas Nacionais de Filosofia Jurídica e Social, buscamos tornar visíveis os fenômenos que respondem às reformas constitucionais e judiciais realizadas na América Latina nos períodos pós-ditatoriais, especialmente nos anos 90. Dessa forma, procuramos mostrar como essas reformas estão ligadas e possibilitam a judicialização da política e da luta política em termos de direitos como dispositivos de poder na governabilidade neoliberal.

Palavras chave: judicialização da política, reformas judiciais, reformas constitucionais, direitos humanos, governabilidade neoliberal.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

El tema de las jornadas se relaciona con la reforma constitucional de 1994, muy relevante para nuestro país por la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, el capítulo de nuevos derechos y garantías, el art. 75, inc. 19, sobre derechos indígenas, la defensa de la democracia y los remedios procesales que promueven el acceso a la justicia mediante mecanismos sumarísimos como el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data. Se creó la figura del defensor del pueblo y se modificaron algunas estructuras vinculadas a los sistemas de administración de justicia, nacional y federal. Por un lado, se estableció la autonomía del Ministerio Público Fiscal (MPF), y por otro, la modificación del nombramiento de jueces mediante la creación del Consejo de la Magistratura.

La reflexión sobre los veinticinco años de la reforma nos lleva a preguntarnos ¿por qué aquellas promesas de bienestar e inclusión social que venían acompañadas del discurso y práctica de los derechos humanos no fueron cumplidas? Todo lo contrario; en la actualidad, la exclusión y el hambre se profundizan con motivo de las aplicaciones de

políticas neoliberales. En la Ciudad de Buenos Aires viven cerca de 8.000 personas en situación de calle; entre ellas, 700 niños. A los pueblos indígenas no se les han entregado sus títulos de propiedad comunitaria y poco se respeta el derecho de participación y consulta en los asuntos que les incumben. Sin ir más lejos, en 2017, dos personas murieron en el marco de conflictos territoriales indígenas. El Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el relator especial de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) sobre los derechos de los pueblos indígenas y la relatora de la ONU para el derecho a la alimentación señalaron en cada evaluación e informe al país su preocupación por la no delimitación ni entrega de los títulos comunitarios, los efectos del modelo extractivista sobre los territorios indígenas, la constante criminalización de sus miembros y las dificultades de acceso a la justicia para reclamar sus derechos colectivos (p.ej., en los años 2011, 2016, 2018). La tortura y la muerte cometidas por agentes de las fuerzas de seguridad es una constante que no para de crecer y permanece, y que el Comité Contra la Tortura, el Subcomité de Prevención de la Tortura, y el relator especial de la ONU han observado y reiterado su preocupación en los distintos informes (2004, 2013, 2017, 2018), así como la impunidad que garantiza el Poder Judicial sobre estos hechos. El derecho a la alimentación tiene un gran déficit por diversas razones; entre ellas, las políticas sobre los alimentos, la no aplicación de políticas vinculadas a la agricultura familiar, el modelo productivo basado en el monocultivo de soja y el uso de agrotóxicos, así como el monopolio de la comercialización de las grandes cadenas, lo que provocó que se sancionara una ley de emergencia alimentaria.

En este sentido, observamos que la proliferación de declaraciones internacionales de derechos humanos, de litigios estratégicos demandando políticas públicas para su efectivo goce en cortes nacionales e internacionales, no modificaron la constante exclusión de amplios sectores de la población al acceso a los bienes necesarios para una vida digna. Sin embargo, todo ello tampoco modifica la aplicación del derecho en los niveles más concretos y pequeños. Porque, si bien los derechos pueden estar en un mismo plano de jerarquía constitucional, por ejemplo, la vivienda y la propiedad, la propiedad privada y la propiedad comunitaria indígena, lo que en definitiva determina la jerarquización de tales derechos o el hecho de que están jerarquizados en la realidad son las relaciones de poder que los sostienen¹.

¹ MELO, *Direito e ideologia*, p. 39.

Entonces, formularemos algunos disparadores que nos permitan discutir sobre la insuficiencia de las transformaciones constitucionales y la incorporación de los tratados de derechos humanos, en cuanto son condiciones de posibilidad para la judicialización de la política y la lucha política en términos de derechos, dispositivos de poder de la gubernamentalidad neoliberal.

Desde esta perspectiva, partimos de la hipótesis de que el desplazamiento de la lucha política hacia la lucha por el derecho es un campo al que la propia gubernamentalidad neoliberal desplazó de la lucha política. Mediante la judicialización de la política y la sanción de nuevas leyes o declaraciones de derechos humanos que reconocen nuevos derechos, no se transforman las relaciones de poder y se mantienen los modos actuales de apropiación y acumulación del capital.

La cuestión se centra entonces en saber cómo nacen y emergen, y cuáles son las relaciones de poder que hicieron posible el surgimiento de la judicialización de la política, de la lucha política en términos de derechos y el discurso de los derechos humanos, y cómo ello se articula con las reformas constitucionales y de los sistemas judiciales².

El objetivo –de este modo– es mostrar los procesos a los que responden las modificaciones de nuestras constituciones latinoamericanas, incluida la de Argentina, los cuales se vinculan a un nuevo diseño institucional del capitalismo surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Allí donde el discurso³ y la práctica de los derechos humanos junto con el derecho corporativo global se articulan para garantizar la libertad de la economía de mercado; lo que FOUCAULT ha llamado gubernamentalidad neoliberal y que desarrollaremos a continuación.

§ 2. **GUBERNAMENTABILIDAD NEOLIBERAL. EL NUEVO DISEÑO INSTITUCIONAL DEL CAPITALISMO**

Para garantizar la libertad de la economía de mercado, sin posibilidad de intervencionismo político de tipo keynesiano alguno, los ordoliberales alemanes comenzaron a esbozar, luego de la tragedia del

² HARCOURT, “Situación del curso”, en FOUCAULT, *La sociedad punitiva*, p. 340.

³ FOUCAULT define el discurso como un conjunto de enunciados siempre que dependan de la misma formación discursiva; está constituido por un número limitado de enunciados para los cuales puede definirse un conjunto de condiciones de existencia (*La arqueología del saber*, p. 153).

nazismo, un nuevo arte de gobernar, la gubernamentalidad neoliberal⁴. A partir del análisis que realiza MICHEL FOUCAULT en el curso del College de France de los años 1978-1979, publicado bajo el nombre de *Nacimiento de la biopolítica*, podemos realizar una arqueología de los discursos de los ordoliberales alemanes durante la Segunda Guerra Mundial y la posguerra. Allí encontramos los debates sobre el lugar que el derecho y los tribunales de justicia debían ocupar en un nuevo diseño institucional del capitalismo. Ellos sostenían que el capitalismo no es el producto de las leyes del mercado. Todo lo contrario, el capitalismo es un diseño institucional y por este motivo debía crearse una nueva institucionalidad definida por las reglas de la economía de mercado con el objetivo de desterrar las políticas económicas keynesianas.

El problema del neoliberalismo –dice FOUCAULT– pasa por saber cómo se puede ajustar el ejercicio del poder político global a los principios de la economía de mercado. Ya no se trata de dejar un lugar vacío para el libre mercado, sino remitir, referir, proyectar en un arte de gobernar⁵ los principios formales de una economía de mercado⁶.

Entre otros textos neoliberales, FOUCAULT analiza el Coloquio Walter Lippmann, realizado en Francia en el año 1939, al que asistieron un conjunto de neoliberales alemanes y austríacos, como RÖPKE, RÜSTOW, HAYEK, VON MISES, cuyas tesis fundamentales coincidían en que un gobierno liberal debe ser activo, vigilante, interventor, y que el problema no radica en la intervención misma, sino en la manera en que

⁴ En *Nacimiento de la biopolítica*, FOUCAULT busca en los textos de los neoliberales alemanes y estadounidenses la emergencia de un nuevo arte de gobernar, es decir, una nueva racionalización de la práctica gubernamental y no la práctica gubernamental concreta. Entonces, no debe entenderse como un análisis acabado del neoliberalismo en su práctica concreta. Es más, la ferocidad con que se desplegó en las últimas décadas, así como las formas que este adquirió con el desarrollo de la tecnología, las redes y telecomunicaciones, no fue un fenómeno que FOUCAULT alcanzó a ver. Sin embargo, nos sirve para comprender las emergencias de los dispositivos de poder y de veridicción del neoliberalismo, las racionalizaciones acerca del derecho y el Estado en los nuevos discursos, una nueva racionalización de la práctica gubernamental y no la práctica gubernamental concreta.

⁵ FOUCAULT llama arte de gobernar a la manera meditada de hacer el mejor gobierno y también, y al mismo tiempo, la reflexión sobre la mejor manera posible de gobernar. El estudio de la racionalización de la práctica gubernamental, no de la práctica gubernamental concreta. De este modo, el arte de gobernar se propone transformar en ser el deber ser del Estado, mediante la fijación de sus reglas y la racionalización de sus maneras de obrar. El deber hacer del gobierno tiene que identificarse con el deber ser del Estado (*Nacimiento de la biopolítica*, p. 17 a 19).

⁶ FOUCAULT, *Nacimiento de la biopolítica*, p. 157.

se actúa, en el modo en que se interviene, es decir, en el estilo gubernamental, como se señalaba precedentemente. La positividad del discurso de los ordoliberales se caracteriza por su unidad a través del tiempo y mucho más allá de obras individuales, de los libros y de los textos⁷.

A partir de la lectura de FOUCAULT observamos cómo los discursos de los economistas neoliberales alemanes, en el período de la guerra y posguerra, sostenían que un buen gobierno, es decir, una nueva gubernamentalidad liberal, debía construir una nueva institucionalidad por medio de la regulación jurídica; mediante las leyes del mercado, estas debían transformarse en la propia regulación, lo permitido o no permitido. De este modo, todos los conflictos sociales y políticos se presentan como problemas entre iguales, los sujetos empresas, regulados por las leyes y dirimidos por un tercero imparcial, ya sea el Poder Judicial o tribunales arbitrales. El Estado no puede intervenir salvo que las normas lo autoricen. Estos autores le otorgaban un rol central al derecho y la resolución de los conflictos sociales en los tribunales. El Poder Judicial se transformaría en un servicio público omnipresente.

Entonces, al desplazarse la intervención política de la economía por una intervención jurídica, los tribunales de justicia adquieren un gran protagonismo en la resolución de todos los conflictos originados en una sociedad económicamente regulada. Los conflictos sociales se transforman en conflictos jurídicos, y estos se dirimen en los tribunales, lo que se ha denominado la judicialización de la política. Por este motivo, y como analizaremos más adelante, uno de los ejes fundamentales de las políticas neoliberales fue la transformación de los sistemas judiciales de los países posguerra fría y posdictaduras.

Las teorizaciones que se daban en torno a Alemania y lo que fue llamado el modelo alemán, a partir de la década de 1960 se habrían comenzado a extender a escala global. Por ejemplo, en el año 1961 se creó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y en la década de 1970 varios países de la OCDE, especialmente europeos, abandonan los acuerdos de Bretton Woods que habían sido suscritos en 1944 con una fuerte influencia de la política keynesiana⁸.

⁷ FOUCAULT, *Nacimiento de la biopolítica*, p. 164.

⁸ FRASER, *Escalas de justicia*, p. 212.

Estas lecturas nos permiten reflexionar sobre el rol que empezaron a ocupar los tribunales de justicia en el período posdictatorial y en el fenómeno de la judicialización de la política en Latinoamérica como práctica social que había sido pensada y enunciada en aquellos discursos. Por otra parte, en Estados Unidos existía una larga tradición de litigación estratégica para el reconocimiento de derechos y libertades individuales en el marco de su sistema de derecho del *common law*. Entonces, muchas de estas prácticas se fueron trasplantando a nuestras culturas jurídicas y políticas por diversos mecanismos de poder y las reformas constitucionales y judiciales responden a ello.

Señala CHANTAL MOUFFE que en la actualidad se privilegia el campo jurídico para resolver los problemas políticos, esperando que el derecho proporcione las soluciones a los conflictos sociales, ya que el sistema legal es concebido como el responsable de organizar la coexistencia humana y regular las relaciones sociales⁹.

De este modo, el fenómeno se presenta en dos niveles; uno, en la lucha por los derechos y la proliferación de declaraciones y tratados de derechos humanos. El segundo, en la judicialización de la política, entendiéndola como el desplazamiento de los conflictos políticos a los tribunales de justicia, transformándolos en conflictos jurídicos e individuales, aun cuando sean colectivos (no como problema social subyacente), e involucra tanto la judicialización de arriba (promovida por las élites políticas, económicas, etc.) como desde abajo (organismos de derechos humanos y actores de la sociedad civil), así como el activismo judicial de los altos tribunales y jueces aislados.

El nuevo diseño institucional de posguerra a nivel internacional posguerra-guerra fría, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho corporativo global, mediante la institucionalización del derecho internacional público que Estados Unidos venía promoviendo desde principios del siglo xx a través de lo que llamamos el imperialismo informal, facilitó igualmente la emergencia de estos fenómenos; ello, como bien señala JUAN PABLO SCARFI en su libro *Imperio de la ley*, a nivel ONU y también Organización de los Estados Americanos (OEA).

La creación de las Naciones Unidas y sus preocupaciones, dado que por un lado promovía declaraciones de derechos humanos, pero también procuraba regular el mercado internacional de bienes a través de los acuerdos del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles

⁹ MOUFFE, *La paradoja democrática*, p. 127 y 128.

Aduaneros y Comercio)¹⁰, y la creación de los organismos multilaterales como el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), nos permite reflexionar contraponiendo estos dos aspectos del mismo proceso que fueron configurando a su vez la gubernamentalidad neoliberal. Es decir, derechos humanos y economía de mercado como dos caras de una misma moneda.

Los derechos humanos y el derecho corporativo global, entendido como el conjunto de normas prescritas en tratados de inversiones, de libre comercio y transoceánicos, que establecen los derechos de las empresas trasnacionales frente a los Estados extranjeros en los que invierten, se articulan para que la regulación a través de las reglas del mercado se concrete en instancias internacionales y, como señalaban los ordo liberales alemanes, los Estados no puedan intervenir en las actividades de las empresas trasnacionales, salvo que alguna norma de este nuevo diseño de institucionalidad los autorice.

Si analizamos la cantidad de declaraciones y tratados de derechos humanos que se han suscrito en el ámbito de la ONU¹¹ y de

¹⁰ El origen del GATT fue en Londres, en la reunión preparatoria de la conferencia internacional de comercio a finales de 1946. La segunda sesión se celebró en Ginebra en 1947 y en ella se elaboró un proyecto, la Carta de Comercio Internacional, que se completó en la Conferencia de La Habana, en noviembre de 1947. La primera versión del GATT, desarrollada en 1947 durante la Conferencia sobre Comercio y Trabajo de las Naciones Unidas, en La Habana, es referida como "GATT 1947". En noviembre de 1947, el acuerdo fue firmado inicialmente por 23 países: Australia, Bélgica, Birmania (ahora Myanmar), Brasil, Canadá, Ceilán (ahora Sri Lanka), Chile, China, Checoslovaquia, Cuba, Estados Unidos, Francia, India, Líbano, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Pakistán, Reino Unido, Rodesia del Sur (ahora Zimbabue), Siria y Sudáfrica. Su función consistía en ser un "código de buena conducta", basado en el principio de no discriminación, reducción de cupos, aranceles y prohibición de carteles y *dumping*. Aunque es cierto que no pudo cumplir a rajatabla sus funciones, ya que emergieron carteles (como el de la OPEP), determinados *dumpings* y ciertos cupos y aranceles.

¹¹ Entre las declaraciones, convenciones y pactos más relevantes sancionados en el sistema de Naciones Unidas desde su creación a la fecha podemos mencionar: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951); Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1968); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990); Convención Interna-

la OEA¹² desde su creación a esta parte, pareciera que el derecho internacional de los derechos humanos cambia, se incrementa, prolifera, para que nada cambie, puesto que las relaciones de poder a nivel global y local no se modifican; todo lo contrario, se consolidan y profundizan, especialmente por medio de los tratados de inversión y libre comercio. Esto genera que se adopten más declaraciones que enuncian más derechos que a la vez generaran nuevas condiciones, y así infinitamente, por ejemplo, el derecho al agua, a las semillas, etcétera.

Un dato relevante que muestra la insuficiencia o funcionalidad de cómo funcionan los dispositivos de poder es el que ofrece la propia Corte IDH. Así, de la información brindada en su sitio web surge que ha dictado 239 sentencias en casos contenciosos. De estas, solo 32 han sido archivadas por cumplimiento, 197 se encuentran en etapa de supervisión de ejecución de sentencia, y 10 fueron archivadas por su incumplimiento y notificadas a la Asamblea General de la OEA de acuerdo con el art. 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³.

cional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006); Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales (2018). Es importante agregar el Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional, suscripto por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, en el año 1998.

¹² A nivel regional, la Organización de los Estados Americanos adoptó, en 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En el año 1969, se suscribió el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este último instrumento de derecho internacional se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; se asignan sus funciones y se reglamenta su funcionamiento; son órganos encargados de cumplimentar e interpretar la Convención. Además de la Declaración y Convención, entre los principales instrumentos internacionales regionales podemos citar: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985); “Protocolo de San Salvador”: Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990); “Convención de Belém do Pará”: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (1994); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013); Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015), y Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016).

¹³ Información obtenida de la página oficial de la Corte IDH, www.corteidh.or.cr/.

Igualmente se parcializa el problema del poder y la política mediante la tajante división de lo que es un mismo fenómeno: derechos humanos y derecho corporativo global. Paralelamente a la proliferación del derecho internacional de los derechos humanos, como parte y contracara del mismo proceso de globalización, el capital trasnacional genera otra gran cantidad de derecho internacional empresarial, que tiene garantías de ejecución contra los Estados y resulta más contundente que los instrumentos de derechos humanos. Así, el FMI, el BM y la OCDE también crean y promueven tratados de inversión y de libre comercio¹⁴, que someten a los Estados al capital trasnacional mediante la eliminación de aranceles y las obligaciones asumidas en esos tratados; el caso más emblemático fue el GATT y luego la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹⁵.

“América Latina experimentó una ‘cascada de normas’ sobre derechos humanos en las décadas de 1980 y 1990 y, a diferencia de otras regiones del mundo en desarrollo, tiene una densidad relativamente alta de normas y estructuras regionales de derechos humanos [...] En contraste, las normas globales que están apareciendo pueden cerrar ciertas áreas de acción judicial doméstica, por ejemplo, alentando la creciente transferencia de contratos legales a Londres, Ginebra o Nueva York, ‘desnacionalizando’, así, ciertas aéreas del derecho. De hecho, en términos generales y a pesar de la introducción de

¹⁴ Por ejemplo, Comunidad Económica Africana (CEA); Área de Libre Comercio ANSA-China, del 1º/10/2010; ASEAN-India, del 1º/10/2010; Comercio de Asia y el Pacífico (APTA), del 17/6/1976; Acuerdo Centroeuropeo de Libre Cambio (CEFTA), del 5/1/2007; Comunidad de Estados Independientes (CISFTA), del 30/12/1994; Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA); Comunidad Económica de los Estados de África Central (CEMAC), del 24/6/1999; Espacio Económico Europeo (EEE), del 1º/1/1958; EC-Andorra, del 7/1/1991; EC-CARICOM, del 11/1/2008; EC-OCT, del 1º/1/1971; EC-Suiza y Liechtenstein, del 1º/1/1973; EC-Turquía, del 1º/1/1996; Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEEAO), del 24/7/1993; EFTA-SACU, del 5/1/2008; Gran Zona Árabe de Libre Comercio (GAFTA), del 1º/1/1998; Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), del 18/3/1981; Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA); Asociación Sudasiática para la Cooperación Regional (ASACR), del 12/7/1995; Acuerdo Regional de Cooperación Comercial y Económica en el Pacífico Sur (SPARTECA), del 1º/1/1981; Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (Acuerdo P4), del 28/5/2006.

¹⁵ Canadá prohibió la importación y exportación de un aditivo tóxico de la gasolina denominado MMT. La Ethyl demandó al Estado canadiense sobre la base de las cláusulas del NAFTA en cuanto eso constituía una expropiación de acuerdo con el TLCAN. Canadá fue condenada a pagar una indemnización de 13 millones de dólares y a emitir un comunicado que el MMT no era tóxico a pesar de que dicho componente está prohibido en Estados Unidos y en la mayoría de los países de Europa [ESTÉVEZ ARAUJO (ed.), *El libro de los deberes*, p. 38].

constituciones más expansivas en América Latina durante los años ochenta y noventa, el número de derechos sociales y económicos que es posible asegurar se ha tornado más limitado por la globalización económica de las últimas dos décadas¹⁶.

De este modo, entonces, el diseño institucional global de posguerra limita la intervención estatal y garantiza la libertad de mercado de las empresas transnacionales como sugerían los discursos neoliberales alemanes. Por un lado, mediante los tratados de inversión y sus mecanismos de ejecución. Y, por otro, desligándolas de toda responsabilidad en el plano internacional por los daños, la contaminación, las muertes y los conflictos provocados por su actividad económica extractivista a nivel mundial. Esta responsabilidad sería asumida, de manera muy flexible, por los Estados nacionales a través de las declaraciones, convenciones y pactos internacionales de derechos humanos¹⁷. Como bien señala ESTÉVEZ ARAUJO, una debilidad de la estrategia de los derechos es que se delega su protección al Estado, y la globalización neoliberal ha hecho más evidente esa debilidad¹⁸.

Por un lado, la libertad de mercado y el deslinde de responsabilidad de las empresas se concretan a través del desplazamiento de los conflictos sociales a litigios y problemas de derechos humanos. Aquí el único responsable es el Estado y se activan los eternos procesos judiciales nacionales e internacionales de difícil ejecución. Ello ocurre en casos aislados, dado que el litigio en derechos humanos es una práctica especializada y costosa. Como correlato de ello, mediante el derecho blando, mediante la heterorregulación o la autorregulación, no existen medios compulsivos para obligar a las empresas transnacionales a respetar los derechos humanos enunciados en los tratados, porque los únicos obligados internacionalmente son los Estados¹⁹.

¹⁶ SIEDER - SCHJOLDEN - ANGELL (coords.), *La judicialización de la política en América Latina*, p. 33.

¹⁷ Por ejemplo, los órganos de seguimiento de la ONU realizan recomendaciones, pero no sancionan a los Estados. Un caso en la CIDH puede demorar 10 o más años en obtener una condena, que después debe ejecutarse. Así el organismo realiza un seguimiento de la ejecución de la sentencia. También pueden existir acuerdos amistosos entre el Estado y los demandantes en el ámbito de la Comisión. Un caso paradigmático en estos tópicos son las cuestiones indígenas.

¹⁸ ESTÉVEZ ARAUJO (ed.), *El libro de los deberes*, p. 28.

¹⁹ Respecto de la heteroregulación podemos mencionar los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 2011, las Directrices de OCDE para empresas multinacionales, el Código Internacional de Conducta para la gestión de Plaguicidas de la FAO,

Esto se completa con la imposibilidad de los Estados de resolver medidas que limiten la actividad de las empresas en sus países, ya que estas pueden demandarlos sobre la base de sus obligaciones contraídas en los tratados de inversión, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), por la pérdida de rentabilidad frente a cualquier decisión de esta índole.

De este modo, el derecho internacional de los derechos humanos encubre las relaciones de poder que hacen imposible la producción, reproducción y aumento de la vida, como contenido de la política, de millones de personas en el mundo. Los conflictos políticos, sociales, estructurales, originados en el propio sistema de acumulación del capital trasnacional se transforman en litigios o denuncias individuales, cuya contraparte es un Estado nacional. Lo político, la política como acción, se transforma en una cuestión de derechos humanos, mientras los mecanismos e instrumentos del capital trasnacional para garantizar la explotación desmedida de la vida no son interpelados.

§ 3. ***EL DISCURSO Y PRÁCTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.*** ***SU EMERGENCIA***

Para profundizar nuestra crítica y el análisis de la emergencia del dispositivo de poder que expresa el derecho en esta nueva etapa del capitalismo, resulta preciso dar cuenta del surgimiento e invención de los derechos humanos (en su enunciación después de la Segunda Guerra Mundial) como nuevos universales declamados en declaraciones y pactos internacionales, y cómo este discurso fue estratégico en la confrontación de la Guerra Fría.

El discurso de los derechos humanos²⁰ se presenta como una renovación de las modalidades de enunciación, luego de la Segunda Guerra Mundial²¹, de las formaciones discursivas que fundaron la legitimidad de los Estados modernos, los derechos del hombre y el ciudadano, los derechos naturales y los derechos fundamentales. Estos

las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques de FAO, la Declaración tripartita de Principios sobre empresas multinacionales y la política social en el marco de la OIT.

²⁰ Ver lo dicho en la nota 3 de este trabajo.

²¹ FOUCAULT, *La arqueología del saber*, p. 73.

constituyen los elementos antecedentes respecto de los cuales se sitúa, los que lo preceden, pero que el discurso de los derechos humanos tiene el poder de reorganizar y de redistribuir según nuevas relaciones²².

Los derechos humanos se convirtieron en un campo de batalla entre el Oeste y el Este, y desde agencias como la CIA se financiaron algunas organizaciones creadas para dar la disputa de esos sentidos, de ese discurso, como por ejemplo la Comisión Internacional de Juristas (CIJ).

A partir del recorrido de las distintas fundaciones y organizaciones de derechos humanos, de sus presidentes e integrantes, DELAZAY y GARHT demuestran el proceso que transitaron desde la filantropía anticomunista de élite hacia las gerencias financieras y profesionales incorporadas al mercado y la política, en la lógica de la gubernamentalidad neoliberal²³. De esta manera, promovieron la creación de nuevas élites políticas en los países del tercer mundo y firmas de abogados de defensa de los intereses colectivos, pero igualmente de negocios, siempre bajo los paradigmas de la racionalidad empresarial, como ya advertía FOUCAULT en el *Nacimiento de la biopolítica*.

Las diversas organizaciones creadas en el marco de la guerra fría, además de la CIJ²⁴, Fondo Americano para los Juristas Libres (FAJL), Freedom House, la Fundación Ford, se encontraban atravesadas por un lado por objetivos políticos, la lucha contra el comunismo, y, por otro, por prácticas empresariales. En este sentido, el discurso de los derechos humanos que se presenta como neutral, universal y autónomo tuvo una finalidad de confrontación y contención en el marco de la Guerra Fría, primero en Europa del Este y luego de la Revolución cubana en América Latina. Amnesty International y Human Rights Watch procuraron destacar su neutralidad en el contexto de la Guerra Fría y que su constitución no fuera elitista para distanciarse de la CIJ y el FAJL.

²² FOUCAULT, *La arqueología del saber*, p. 163.

²³ DEZALAY - GARTH, *La internacionalización por las luchas del poder*, p. 212 a 250.

²⁴ DEZALAY - GARTH, *La internacionalización por las luchas del poder*, p. 103. La CIJ surgió por la preocupación que la élite política y de abogados tenía de que las organizaciones prosoviéticas tales como la Asociación Internacional de Juristas Democráticos (AIJD), creada en 1946 por abogados franceses de izquierda con nexos en la resistencia, se habrían “robado las grandes palabras –paz, libertad y justicia–”.

Siguiendo a JOAQUÍN HERRERA FLORES y lo que en su libro describía como la paradoja del doble rasero²⁵, podemos sostener que, en la lucha contra el comunismo, los derechos humanos como nuevos universales y todos sus dispositivos e instituciones fueron estratégicos para los Estados Unidos y el Oeste –como lo fue en otro plano la Alianza para el Progreso y la Escuela de la Américas–, que por una parte promovían los derechos humanos y financiaban esta política, estatalmente y a través del sector privado, y por otra, alentaban dictaduras sangrientas para combatir el comunismo y aplicar las políticas económicas neoliberales de la Escuela de Chicago. Los movimientos sociales y revolucionarios no se identificaron con la lucha por los derechos humanos en América Latina; sus luchas eran expresadas en términos políticos.

Luego, ese mismo discurso fue utilizado para denunciar las desapariciones forzadas, los secuestros, las torturas y ejecuciones de las dictaduras latinoamericanas, lo que provocó una contradicción y conflictividad hacia adentro de los Estados Unidos respecto de su política exterior.

Un ejemplo de cómo las relaciones de poder no son lineales ni unidimensionales lo encontramos en la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el año 1959, con motivo de la Revolución cubana y con el objeto de evitar la proliferación de procesos similares, y luego fue estratégica para denunciar las desapariciones forzadas y muertes de militantes políticos y revolucionarios que ejecutaba la dictadura cívico-militar argentina.

“Dentro del campo emergente de los derechos humanos –así como en otro tipo de dominios– la competencia hizo que este espacio de práctica evolucionara y se profesionalizara. En muchos aspectos, como es sugerido por diversas descripciones periodísticas, el desarrollo del campo de los derechos humanos en los años 80 y el giro de la administración Reagan con respecto a Chile se presentaron a causa de los debates ampliamente difundidos entre los funcionarios de la administración Reagan –especialmente Elliot Abrams– y promotores de los derechos humanos tales como Aryeh Neier y Michael Posner. La capacidad de estos adversarios en gestar un producto que ganó la atención substancial de los medios hizo que este campo finalmente prosperara. Así, con ello se aseguró que, según palabras del editor del New York Times, ‘el público estadounidense dejara perfectamente en claro que considera que los derechos humanos son un bien absoluto, una aspiración universal que debe ser perseguida por el propio beneficio que reporta’”²⁶.

²⁵ HERRERA FLORES, *Los derechos humanos como productos culturales*, p. 81 a 84.

²⁶ DEZALAY - GARTH, *La internacionalización por las luchas del poder*, p. 214.

Estos procesos internos de Estados Unidos provocaron un cambio de gobernabilidad, un nuevo paradigma que debía posibilitar la convivencia entre democracia-derechos humanos-economía de mercado. La forma de intervenir en los países latinoamericanos ya no sería mediante el combate al comunismo y el apoyo a dictaduras militares, sino a través de gobiernos que garantizaran este paradigma, promovieran la reforma del Estado, mantuvieran relaciones con el FMI y el BM y garantizaran la circulación del capital transnacional.

§ 4. ***LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES DEL PERÍODO POSDICTATORIAL***

Como señalábamos, a raíz de las graves denuncias por violaciones a los derechos humanos de las dictaduras militares, el nuevo paradigma articulaba la defensa del mercado, la democracia y los derechos humanos. Es decir, la intervención de Estados Unidos para aplicar y garantizar las políticas económicas neoliberales y mantener su hegemonía en el Oeste en el marco de la guerra fría ya no sería a través de dictaduras militares, sino mediante este nuevo paradigma. Con la caída del muro de Berlín esta estrategia predominó en América hasta la emergencia de los gobiernos populares de la primera década del siglo xxi.

Para ello, era preciso transformar nuestros débiles Estados en Estados fuertes institucionalmente, obtener un escenario favorable para el proceso de globalización del capital transnacional, y que las empresas contaran con seguridad jurídica para operar en territorios caracterizados por la inestabilidad política. El Poder Judicial se convirtió en un poder del Estado clave en el sentido que mencionaban los discursos de los ordoliberales, tanto para la seguridad jurídica de las empresas transnacionales, como para resolver los conflictos políticos transformados en problemas de derechos humanos.

Las reformas políticas promovidas por los tecnócratas para proteger la economía de mercado también eran atravesadas por las discusiones y tensiones hacia el interior de Estados Unidos. Los demócratas buscaban contrarrestar las políticas de la administración Reagan y, en particular, de Jeanne Kirkpatrick, quien apoyaba a diversos dictadores en nombre del anticomunismo. Estos tecnócratas demócratas ganaron credibilidad en su defensa de la democracia, por ejemplo, con la presencia de Peter Bell, una figura clave en la financiación de diferentes organizaciones de derechos humanos, con su

trabajo en la Fundación Ford y en la Fundación Interamericana como secretario general de la organización²⁷.

Como señala BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, la globalización neoliberal de alta intensidad, profundizada luego de la caída del muro de Berlín, impactó de modo significativo en los sistemas de administración de justicia de los distintos países tanto centrales como periféricos. El consenso neoliberal sobre el nuevo rol del Estado, en los procesos de desregulación, pero sin ausencia de este, implicaba la reforma judicial y un nuevo marco jurídico que propiciara el comercio, la financiación y la inversión²⁸.

Asimismo, los textos sobre judicialización de la política²⁹, al analizar el fenómeno, recurren ineludiblemente a la transformación de los diseños institucionales de los poderes judiciales en los diversos países. Las reformas constitucionales de la década de 1990, de México en 1994 y 1996, Colombia en 1991, Ecuador en 1998, Argentina en 1994, Bolivia en 1994, Paraguay en 1992, Perú en 1993 y Venezuela en 1999, fueron clave para incorporar las transformaciones en el ámbito del Poder Judicial como poder político del Estado.

En ellas, se crearon Cortes constitucionales, se promovió la independencia del Ministerio Público Fiscal, la creación de mecanismos diversos para la elección y designación de magistrados priorizando los saberes técnicos más que los vínculos familiares, se establecieron límites al tiempo en su designación (generalmente esos cargos eran vitalicios) y la creación del defensor del pueblo. Igualmente se destaca el aumento de presupuesto a la rama judicial y la promoción del acceso a la justicia mediante la creación de pequeños tribunales y foros no judiciales para resolver los conflictos³⁰. Del mismo modo, en estos procesos se incorporaron las acciones colectivas para demandar por la vulneración de los derechos humanos, por ejemplo, el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data, la acción de constitucionalidad, los amparos ambientales, la defensa del consumidor, entre otras.

²⁷ DEZALAY - GARTH, *La internacionalización por las luchas del poder*, p. 279.

²⁸ SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, p. 458.

²⁹ Por ejemplo, PALACIO - CANDIOTTI (coords.), *Justicia, política y derechos en América Latina*; SIEDER - SCHJOLDEN - ANGELL (coords.), *La judicialización de la política en América Latina*; RODRÍGUEZ GARAVITO - RODRÍGUEZ FRANCO, *Juicio a la exclusión*; EPP, *La revolución de los derechos*.

³⁰ SIEDER - SCHJOLDEN - ANGELL, *La judicialización de la política en América Latina*, p. 29.

Estados Unidos, el Banco Mundial, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Usaid), el Banco Interamericano de Desarrollo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, la Fundación Ford y la Unión Europea realizaron grandes inversiones para promover la modificación de estas estructuras claves incorporadas en las nuevas constituciones.

Hacia 1995, el Banco Mundial adelantaba proyectos de reformas judiciales en Bolivia, Argentina, Ecuador y Perú, así como en otros países fuera de Latinoamérica, y en la década de 1990 el giro de ayuda económica hacia el mundo de Estados Unidos en materia de democracia se centró en las reformas judiciales. Los gastos de la Usaid ascendieron, en 1999, a alrededor de 600 millones de dólares. Entre 1993 y 1998 Estados Unidos gastó en programas de asistencia jurídica a 184 países alrededor de 970 millones de dólares; los fondos fueron destinados principalmente a América Latina y el Caribe, y en menor medida a los países de Europa del Este³¹.

Señala SANTOS que el objetivo de la Usaid era promover la democracia aun frente a la resistencia del país huésped, y para ello buscaba coaliciones locales y estrategias de construcción de opinión pública favorable³². Una de sus principales preocupaciones era hacia dónde dirigían sus programas de transformaciones “las percepciones erradas de la democracia y del capitalismo del libre mercado” en los países en que centraban sus trabajos³³. La Usaid invirtió fondos en asistencia jurídica en Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá por más de 160 millones de dólares en la década de 1990³⁴.

Tanto en los procesos de fortalecimiento de las recientes democracias como en los países en procesos de paz, el discurso legitimante de las transformaciones judiciales incorporado en las reformas constitucionales se vinculaba al respeto de los derechos humanos, el acceso a la justicia de los más vulnerables de la población, el afianzamiento de la independencia del Poder Judicial, la mejora de la eficiencia y eficacia del sistema de administración de justicia, y también el refuerzo de la lucha contra la corrupción y el narcotráfico, y el control del poder político estatal. Igualmente, en la cruzada de la lucha contra

³¹ SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, p. 467.

³² SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, p. 472.

³³ SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica*, p. 491.

³⁴ Información citada por SOUSA SANTOS extraída del informe de GAO (General Accounting Office) de agosto de 1999 (*Sociología jurídica crítica*).

el terrorismo internacional, se han justificado trasformaciones de los sistemas de garantías constitucionales³⁵.

Las transformaciones se traducen en términos de eficiencia, de simplificación de procesos, de oralidad, de acceso a la justicia, de seguridad jurídica, como pilares fundamentales para fortalecer la democracia, destacando la neutralidad e independencia del Poder Judicial, y principalmente ocultando las relaciones de poder que atraviesan estas instituciones, las desigualdades estructurales de quienes habitan en un país y la exclusión de amplios sectores de la población que inciden igualmente en el trámite de causas judiciales.

Enmarcada en la gubernamentalidad neoliberal, sostenemos igualmente que la reforma judicial fue necesaria también para los procesos de ajuste económico, dado que al campo judicial se dirigirán también las demandas de políticas en derechos humanos contra el Estado.

La judicialización de la política y su expresión reciente de *lawfare* da cuenta de cómo estos dispositivos han permeado nuestros países, y las disputas políticas que antaño se daban en el campo de la política o de la violencia política ahora se gestionan mediante causas judiciales.

Un claro ejemplo de cómo funciona ello lo encontramos en un artículo periodístico en el que EMIR SADER hace referencia al seminario “Proyecto Puentes: construyendo puentes para la aplicación en Brasil”, realizado en Río de Janeiro, en octubre de 2009³⁶. A través de las políticas estadounidenses antilavado, antidrogas y de persecución del terrorismo, sus conceptos, técnicas, y visiones ingresan en los países, forman cuadros técnicos con un sentido altamente represivo y traspasando los límites de las garantías propias del estado liberal, como el debido proceso. Señala SADER que la contribución de Moro fue utilizar los métodos que aprendieron con los estadounidenses –que incluyen el uso de las delaciones, entre otros–, para destruir la democracia, reconstruida después del agotamiento de las dictaduras militares instaladas por la generación anterior. Esa reunión de 2009 es indicativa

³⁵ Por ejemplo, en el marco de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI), para la lucha contra el lavado de dinero como fuente del terrorismo internacional, se requirió a los países modificar sus legislaciones internas sancionando leyes antiterroristas; así pues, en Argentina, en el año 2007, se sancionó la ley 26.734, ampliamente cuestionada por las organizaciones sociales y de derechos humanos.

³⁶ SADER, *Estados Unidos entrena a golpistas*, “Página 12”, 4/1/2017.

de los nuevos métodos de desestabilización política generados por Estados Unidos, con intervención escandalosa en los asuntos internos de los países.

En nuestro país, la reforma constitucional se realizó en pleno gobierno neoliberal, de políticas de ajuste, desregulación de la economía y del Estado, y en este sentido fue clave para incorporar los dispositivos de poder de la gubernamentalidad neoliberal. Los discursos y prácticas de gobierno incorporados promovieron las condiciones de posibilidad para que la judicialización de la política proliferara en nuestras formas de gestionar los conflictos sociales y políticos.

§ 5. **CONCLUSIONES**

Hemos querido traer aquí algunos elementos para reflexionar acerca de los procesos que atravesaron la reforma constitucional y judicial en nuestro país.

Estas reformas se inscriben en un nuevo diseño institucional del capitalismo surgido luego de la Segunda Guerra Mundial en Alemania, y en una nueva forma de gestionar los conflictos sociales y políticos que emergen con la gubernamentalidad neoliberal: la judicialización de las relaciones sociales y de la política.

En la gubernamentalidad neoliberal el derecho ocupa un lugar central; constituye un dispositivo de poder que garantiza la libre circulación del capital transnacional y, más en general, la subordinación de la regulación general y especialmente estatal a las leyes del mercado.

Observar cómo se articula el derecho internacional de los derechos humanos con el derecho corporativo global nos permite discutir, entonces, sobre la potencialidad o insuficiencia de las luchas políticas en el lenguaje de los derechos humanos, y también acerca de los reales efectos que tienen las declaraciones y tratados de derechos humanos, y las sentencias de tribunales internacionales y nacionales fundadas en ellos, para transformar las condiciones de exclusión y desigualdad de nuestras sociedades.

El análisis propuesto nos permite poner de manifiesto cómo las reformas judiciales y las transformaciones –incluidas en ellas– de los sistemas judiciales en América Latina responden a las necesidades de la gubernamentalidad neoliberal, ello expresado en el paradigma derechos humanos-democracia-economía de mercado. En estas transformaciones se otorga un lugar preponderante al Poder Judicial,

tanto para la seguridad jurídica de las empresas transnacionales como para el campo donde desplazar los conflictos políticos transformados en problemas de derechos humanos, pero también para eliminar al adversario político, como hemos visto en los últimos años.

Estos poderes, como señalaban los neoliberales de Alemania, se transformaron en un servicio público omnipresente encargado no solo de resolver los problemas individuales, sino de gestionar igualmente la política pública. Por ejemplo, como se advierte en el reciente fallo del Juzgado Federal de San Nicolás respecto del uso de agrotóxicos.

La utilización del litigio estratégico como táctica de defensa de los derechos humanos en las Cortes nacionales, regionales e internacionales logra en ocasiones que se dicten sentencias condenatorias contra los Estados. Sin embargo, este instrumento no llega a transformar las condiciones materiales o de exclusión de los sectores afectados a los que se refieren los procesos.

Por este motivo, entonces, es urgente retornar al campo de la política lo que es propio de ella, en cuanto la apelación a los derechos humanos en la gubernamentalidad neoliberal tiene consecuencias ambivalentes para las luchas sociales y en determinados casos puede ser un instrumento eficaz para alcanzar objetivos concretos, pero también una forma de desactivar las luchas políticas. Luego, las sentencias judiciales ocultan estos conflictos enunciándolos como problemas concernientes a los derechos humanos y al estar dirigidas exclusivamente a los Estados no modifican las relaciones materiales de poder que están en la base de las disputas.

Por ello, es preciso fortalecer la crítica respecto de las diversas formas en que se ejerce el poder, para el ejercicio del poder como resistencia; citando a TARSO DE MELO:

E neste momento, em que os movimentos sociais exigem fortemente as mudanças legitimadas pelo direito, mas que, a um só tempo, relativizam as garantias jurídicas mais absolutas e estratégicas para a manutenção do sistema, que o direito enfrenta o desafio de tentar impedir que se rasgue seu manto de neutralidade ideológica que tantos e tantos juristas se empenharam em produzir. Significa, também, que a teoria jurídica não é mais capaz de encobrir o abismo que separa o direito da realidade e, ainda mais, a demonstração de que é o próprio direito que amplia esse abismo³⁷.

³⁷ DE MELO, *Direito e ideologia*, p. 32. “En este momento, en que los movimientos sociales exigen fuertemente los cambios legitimados por el derecho, pero que, a un mismo tiempo, relativizan las garantías jurídicas más absolutas y estratégicas para la manutención del sistema, el derecho enfrenta el desafío de intentar impedir que se rasgue su manto de neutralidad ideológica que tantos y tantos ju-

BIBLIOGRAFÍA

- BENAVENTE, MAURO (coord.), *Michel Foucault. Derecho y poder. Lecturas sobre biopoder, gubernamentalidad y derecho*, Buenos Aires, Didot, 2015.
- BOURDIEU, PIERRE, *Poder, derecho y clases sociales*, trad. M. J. BERNUZ BENEITEZ y otros, Bilbao, Descleé de Brouwer, 2000.
- DEZALAY, YVES - GARTH, BRYANT, *La internacionalización por las luchas del poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los países latinoamericanos*, trad. A. BARRETO, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, 2005.
- EPP, CHARLES R., *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013.
- ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ A., “La privatización de los derechos”, en ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ A. (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.
- ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ A. (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.
- FOUCAULT, MICHEL, *La arqueología del saber*, trad. A. GARZÓN DEL CAMINO, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011.
- *La sociedad punitiva*, trad. H. PONS, Buenos Aires, Fondo de la Cultura Económica, 2016.
- *La verdad y las formas jurídicas*, trad. E. LYNCH, Barcelona, Gedisa, 1998.
- *Nacimiento de la biopolítica*, trad. H. PONS, Buenos Aires, Fondo de la Cultura Económica, 2012.
- FRASER, NANCY, *Escalas de justicia*, trad. A. MARTÍNEZ RIU, Barcelona, Herder, 2008.
- HARCOURT, BERNARD E., “Situación del curso”, en FOUCAULT, MICHEL, *La sociedad punitiva*, trad. H. PONS, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- HERRERA FLORES, JOAQUÍN, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Catarata, 2005.
- MADRID, ANTONIO, “Los deberes de las corporaciones transnacionales”, en ESTÉVEZ ARAUJO, JOSÉ A. (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.
- MELO, TARSO DE, *Direito e ideologia. Um estudo a partir da função social da propriedade rural*, São Paulo, Expressão Popular - Dobra, 2013.
- MOUFFE, CHANTAL, *La paradoja democrática*, trad. T. FERNÁNDEZ AÚZ - B. EGUIBAR, Barcelona, Gedisa, 2016.
- PALACIO, JUAN M. - CANDIOTI, MAGDALENA (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR - RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, trad. C. MORALES DE SETIÉN RAVINA, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2015.

ristas se empeñaron en producir. Significa, también, que la teoría jurídica no es más capaz de encubrir el abismo que separa el derecho de la realidad y, aún más la demostración de que el propio derecho amplía ese abismo”.

- SADER, EMIR, *Estados Unidos entrena a golpistas*, “Página 12”, 4/1/2017, www.pagina12.com.ar/%2012285-ee-uu-entrena-a-golpistas.
- SCARFI, JUAN P., *El imperio de la ley*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- SIEDER, RACHEL - SCHJOLDEN, LINE - ANGELL, ALAN (coords.), *La judicialización de la política en América Latina*, México, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- SOSA SANTOS, BOAVENTURA DE, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta - Ilsa, 2009.
- UPRIMNY YEPES, RODRIGO, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en PALACIO, JUAN M. - CANDIOTI, MAGDALENA (comps.), *Justicia, política y derechos en América Latina*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

ORIGINALISMO SORPRENDENTE: LA CONFERENCIA REGULA*

LAWRENCE B. SOLUM**

§ 1. *INTRODUCCIÓN: PREJUICIOS SOBRE EL ORIGINALISMO*

Nuestra impresión es que la mayoría de los estadounidenses cree que ya saben todo lo que deben saber sobre el originalismo constitucional. El originalismo se basa en dos ideas: el significado del texto de la Constitución queda fijado en el momento en que cada una de sus cláusulas fue redactada y ratificada, y ese significado fijo es vinculante para jueces y funcionarios¹. Estas ideas son simples, pero

* Traducción del inglés al español de JUAN PABLO ALONSO y PEDRO A. CAMINOS, con la colaboración de CAMILA FIORITO, DÉBORA GONZÁLEZ ÁREA y MILAGROS GRAINO, de *Surprising originalism: the Regula Lecture*, *ConLawNOW*, vol. 9, n° 1, 2017, p. 235 a 277.

Copyright 2018 del autor. Se otorga permiso para realizar copias de este artículo (incluidas copias en formato electrónico) con fines académicos y educativos. Este artículo está basado en la Conferencia Regula 2018, brindada en la Universidad de Akron el 8/4/2018. El video de la conferencia puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=tIcRvIjuk38&feature=youtu.be>.

** Carmack Waterhouse Professor of Law, Centro de Derecho, Universidad de Georgetown. Agradezco a los participantes de la Conferencia Regula por sus preguntas y comentarios y a RANDY BARNETT y MICHAEL DORF por sus comentarios sobre los borradores anteriores.

¹ Este artículo es parte de un proyecto más extenso que se encuentra en proceso. El tratamiento aquí es informal y breve. El proyecto extendido es más amplio, formal y teórico. Ver SOLUM, *Originalist theory and precedent: a public meaning approach*, "Constitutional Commentary", vol. 33, n° 3, 2018, p. 451; *Triangulating public meaning: corpus linguistics, immersion, and the constitutional record*, "Brigham Young University Law Review", vol. 2017, n° 6, p. 1621; *Originalist methodology*, "The University of Chicago Law Review", vol. 84, n° 1, 2017, p. 269; *The fixation thesis: the original meaning of the constitutional text*, "Notre Dame Law Review", vol. 91, n° 1, 2015, p. 1; *Intellectual history as constitutional theory*, "Virginia Law Review", vol. 101, n° 4, 2015, p. 1111; *Originalism*

muchos estadounidenses se sorprenderían al conocer lo que los originalistas realmente piensan hoy sobre muchos tópicos, incluyendo la naturaleza del significado original, las implicaciones del originalismo para una variedad de cuestiones y las justificaciones en favor del originalismo. Incluso juristas sofisticados se sorprenderían por el contenido del originalismo contemporáneo. El “originalismo de significados públicos” de hoy no es la “doctrina de la intención original” de ayer.

Muchos estadounidenses reverencian la Constitución², pero tienen desacuerdos respecto del originalismo³. Tanto conservadores como libertarios tienen la seguridad de que es un correctivo necesario a los excesos progresistas de la Corte Warren⁴. Los progresis-

and constitutional construction, “Fordham Law Review”, vol. 82, n° 2, 2013, p. 453; *Communicative content and legal content*, “Notre Dame Law Review”, vol. 89, n° 2, 2013, p. 479; *Construction and constraint*, “Jerusalem Review of Legal Studies”, vol. 7, n° 1, 2013, p. 17 a 22; *The interpretation-construction distinction*, “Constitutional Commentary”, vol. 27, n° 3, 2011, p. 95; “Whats originalism?”, en HUSCROFT - MILLER (eds.), *The challenge of originalism: theories of constitutional interpretation; Incorporation and originalist theory*, “Journal of Contemporary Legal Issues”, vol. 18, 2009, p. 409 a 440; *District of Columbia v. Heller and originalism*, “Northwestern University Law Review”, vol. 103, n° 2, 2009, p. 923 a 981. Además de los artículos publicados y por publicar, el trabajo en proceso incluye: SOLUM, *The public meaning thesis* (trabajo no publicado, 20/8/2015); *The constraint principle: original meaning and constitutional practice* (manuscrito no publicado, 24/3/2017), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215. La primera versión de este proyecto fue desarrollada en un trabajo que aún se encuentra en curso, *Semantic originalism*, 22/11/2008, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244.

² HUTSON, en TUSHNET - GRABER - LEVINSON (eds.), *The Oxford handbook of the U.S. Constitution* (“Los estadounidenses veneran la Constitución como texto sagrado justificando su creencia continua en una fe constitucional”).

³ Ver, en general, DEVINS - MANSKER, *Public opinion and State Supreme Courts*, “University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law”, vol. 13, n° 2, 2010, p. 455 a 457; WALTERS, *Fragmenting the judiciary: shifting implementation of Supreme Court doctrine from Federal Courts to State Courts*, “Capital University Law Review”, vol. 42, n° 4, 2014, p. 951 y 952.

⁴ SMITH, *Originalism and level of generality*, “Georgia Law Review”, vol. 51, 2017, p. 485 a 556 (“El antiguo originalismo fue principalmente una respuesta a los excesos percibidos de la Corte de Warren”); O’NEILL, *Originalism in american law and politics: a constitutional history*, p. 92 a 110; CALHOUN, *Measuring the fortress: explaining trends in Supreme Court and Circuit Court dictionary use*, “Yale Law Journal”, vol. 124, n° 6, 2014, p. 484 a 514 (“El textualismo y el originalismo se desarrollaron, en parte, en respuesta a la disconformidad con lo que se percibieron como excesos de la Corte de Warren”).

tas, a su vez, creen, de manera casi inmovible, que el originalismo es una ideología de derecha, que busca dar legitimidad a decisiones conservadoras invocando el prestigio de los padres fundadores⁵. Un distinguido jurista llegó incluso a sugerir que usar la palabra “originalismo” para describir una teoría que no conduzca inevitablemente a resultados conservadores es orwelliano⁶. Tanto en la izquierda como en la derecha, las posiciones ya están configuradas, pues la mayoría de nosotros está bastante segura de que no hay nada sorprendente para aprender sobre el originalismo.

Nuestro objetivo en la Conferencia Regula de este año es proponer algunas ideas para reflexionar. El originalismo contemporáneo tanto en la teoría como en la práctica constitucional se ha vuelto sorprendente. No sería exagerado afirmar que el originalismo es de hecho muy sorprendente. Salvo que usted haya seguido muy de cerca la doctrina constitucional, es muy probable que muchas de sus creencias sobre el originalismo sean inexactas, incompletas o, sencillamente, incorrectas.

Este artículo conduce al lector a una visita guiada al originalismo contemporáneo. A lo largo del camino, haremos algunas especulaciones sobre el significado original de varias cláusulas constitucionales. Permítasenos ser prístinamente claros: este artículo no llega a ninguna conclusión sobre el significado original de ninguna disposición constitucional en particular.

Alcanzar conclusiones firmes en tal sentido requiere investigación y análisis meticulosos, que no hemos realizado, y solo pueden ser presentadas de un modo extenso, es decir, mediante un extenso artículo para cada tópico. En lugar de ello, presentaremos nuestro punto de vista provisional, basado en una larga experiencia con el originalismo y en un profundo conocimiento del texto de la Constitución, pero no en una rigurosa aplicación de la mejor metodología origi-

⁵ TERBEEK, *Originalism's obituary*, *Utah onLaw*, vol. 2015, n° 1, p. 33 a 35; POST - SIEGEL, *Originalism as a political practice: the right's living Constitution*, “*Fordham Law Review*”, vol. 75, n° 2, 2006, p. 545 a 549 y 567; POLLACK, *Constitutional interpretation as political choice*, “*University of Pittsburgh Law Review*”, vol. 48, n° 4, 1987, p. 989 a 1003; FLEMING, *The new originalist manifesto*, “*Constitutional Commentary*”, vol. 28, 2012, p. 539 a 544; ver, también, WHITTINGTON, *Is originalism too conservative?*, “*Harvard Journal of Law and Public Policy*”, vol. 34, n° 1, 2011, p. 29 a 38.

⁶ REDISH - ARNOULD, *Judicial review, constitutional interpretation, and the democratic dilemma: proposing a “controlled activism” alternative*, “*Florida Law Review*”, vol. 64, n° 6, 2013, p. 1485 a 1509.

nalista⁷. Estamos preparados para sorprendernos cuando la investigación haya sido realizada. De hecho, ese es precisamente el punto: el originalismo tal como hoy es practicado no encaja con nuestros prejuicios. El originalismo puede sorprendernos, y de hecho lo hace, en el momento en que entendemos lo que realmente es.

Este artículo presenta tres formas en las que el originalismo es sorprendente: la teoría sorprendente es el tópico del § 2; las implicaciones sorprendentes son exploradas en el § 5, y las justificaciones sorprendentes son el tema del § 6. La conclusión reflexiona sobre las implicaciones del originalismo sorprendente.

§ 2. *UNA TEORÍA SORPRENDENTE*

La palabra “originalismo” apareció por primera vez en el vocabulario de la teoría constitucional estadounidense en 1981 en un artículo del profesor PAUL BREST⁸. Pero el núcleo de las ideas originalistas era anterior al neologismo acuñado por BREST⁹. Desde sus inicios, la doctrina constitucional estadounidense reconoce que el significado del texto constitucional no cambia; esto es, que las ideas¹⁰ comunicadas a través del texto quedan fijas en el momento en que cada cláusula de la Constitución es plasmada en el papel¹¹. Adicionalmente,

⁷ SOLUM, *Originalist methodology*, “The University of Chicago Law Review”, vol. 84, n° 1, 2017, p. 269.

⁸ BREST, *The misconceived quest for the original understanding*, “Boston University Law Review”, vol. 60, 1980, p. 204 a 209.

⁹ BREST escribió luego de que los críticos de la Corte de Warren y del “constitucionalismo viviente” comenzaran a desarrollar ideas que luego se convirtieron en la teoría constitucional originalista contemporánea. Esta etapa temprana de la teorización originalista ha sido llamado “protooriginalismo”. Podemos llamar a estas tempranas versiones de originalismo “protooriginalismo”. Ver SOLUM, *Originalism and constitutional construction*, “Fordham Law Review”, vol. 82, n° 2, 2013, p. 462 y 463.

¹⁰ La palabra “ideas” tiene connotaciones filosóficas que no tengo la intención de transmitir aquí. La palabra “contenido” sería más precisa, pero podría sonar extraña para lectores que no estén familiarizados con la filosofía contemporánea del lenguaje o la lingüística teórica. El contenido de un texto o una comunicación oral es el conjunto de conceptos y proposiciones transmitidas. Por lo tanto, el “contenido comunicativo” público del texto constitucional es el conjunto de proposiciones transmitidas al público por el texto al momento que cada disposición fue formulada y ratificada.

¹¹ Esta idea es la tesis de la fijación. Ver SOLUM, *The fixation thesis: the original meaning of the constitutional text*, “Notre Dame Law Review”, vol. 91, n° 1, 2015, p. 1. MICHAEL DORF sostiene que la fidelidad a la Constitución no requiere la adhesión al significado fijo original del texto constitucional, pero podría en cambio

el significado fijo del texto constitucional no es un mero consejo: ¡es obligatorio! Los jueces no tienen el poder de promulgar “enmiendas furtivas” de la Constitución bajo el disfraz de una “interpretación”¹². La Constitución debe restringir a los jueces. No es un cheque en blanco. Nada en estas ideas debería resultar sorprendente: creemos que es muy probable que la mayor parte de los abogados y de los jueces estaría de acuerdo con el núcleo de ideas originalistas sobre la fijación y la restricción, aunque las cosas pueden ser diferentes en la atmósfera enrarecida de la torre de marfil y en los gabinetes augustos de las Cortes Supremas.

§ 3. **LA PREGUNTA EQUIVOCADA: ¿QUÉ HARÍA JAMES MADISON?**

Muchos estadounidenses, que están de acuerdo con las ideas centrales del originalismo, la fijación y la restricción judicial, están en desacuerdo con el “originalismo” según entienden esa palabra. En algún punto del camino, la percepción que del originalismo tienen los abogados, los jueces, el público en general e, incluso, la mayoría de los profesores de derecho está distorsionada. En parte, ello se debe a que los primeros críticos de la Corte Warren pusieron énfasis en lo que denominaron “las intenciones originales de los redactores de la Constitución”¹³. La reacción inicial al originalismo en el ámbito académico fue veloz: la idea de una “intención original” carece de sentido¹⁴, pero, incluso si tuviera sentido, no nos gustaría basar nuestra jurisprudencia constitucional en los pensamientos de hombres blancos propietarios que vivieron en un mundo muy diferente al nuestro¹⁵.

ser fidelidad al significado contemporáneo del texto (*The undead Constitution*, “Harvard Law Review”, vol. 125, n° 8, 2012, p. 2040 a 2044). Este argumento no niega la tesis de la fijación, pero sí desafía el principio de restricción. Ver nota 12.

¹² Esta idea es el principio de restricción. Ver SOLUM, *The constraint principle: original meaning and constitutional practice* (manuscrito no publicado, 24/3/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).

¹³ Estas tempranas formas de originalismo podrían ser llamadas “protooriginalismo” (SOLUM, *Originalism and constitutional construction*, “Fordham Law Review”, vol. 82, n° 2, 2013, p. 462).

¹⁴ Además de BREST, hubo muchos otros críticos prominentes del enfoque intencionalista. Ver, por ejemplo, POWELL, *The original understanding of original intent*, “Harvard Law Review”, vol. 98, n° 5, 1985, p. 885; DWORKIN, *The forum of principle*, “New York University Law Review”, vol. 56, 1981, p. 469 y 470.

¹⁵ WRIGHT, *Originalism and the problem of fundamental fairness*, “Marquette Law Review”, vol. 91, n° 3, 2008, p. 687 a 693; KISSAM, *Explaining constitution-*

En efecto, la noción de intención original de los redactores de la Constitución ha sido parodiada mediante la equiparación del originalismo con la pregunta: “¿Qué haría James Madison?”¹⁶. Sin embargo, el originalismo contemporáneo no plantea esa pregunta. Hace más de treinta años, la corriente dominante dentro de la teoría constitucional originalista se alejó del intencionalismo para acercarse al textualismo. Uno de los hechos más importantes en esa transformación fue una conferencia dictada por el juez SCALIA, en la que instó a los originalistas a “cambiar la denominación de la doctrina de la intención original a la doctrina del significado original”¹⁷.

De ese modo, casi todo el desarrollo concreto del originalismo después de la publicación de la crítica de BREST asumió que no deberíamos preguntarnos qué es lo que JAMES MADISON haría, o qué es lo que habría pensado sobre los problemas contemporáneos, o en qué creían los miembros de la Convención de Filadelfia respecto de los propósitos, fines o aplicaciones imaginables de la Constitución que propusieron para ser ratificada. Ya para los años 90 del siglo xx, estaba claro que existía un “nuevo originalismo”, preocupado por el significado público original del texto de la Constitución. Este nuevo originalismo fue elaborado, en primer lugar, por GARY LAWSON¹⁸, y seguido por muchos otros, incluyendo a los profesores GUIDO CALABRESI y SAIKRISHNA PRAKASH¹⁹.

¿De dónde provino la idea de que los originalistas desean saber qué haría JAMES MADISON? Una fuente de dicho pensamiento podría

al law publicly or, everyman's Constitution, “UMKC Law Review”, vol. 71, 2002, p. 77 a 89; LLOYD, “Original” means old, “original” means new: an “original” look at what “originalists” do, “National Lawyers Guild Review”, vol. 67, 2010, p. 135 a 149.

¹⁶ Ver, por ejemplo, STRANG, *How big data can increase originalism's methodological rigor: using corpus linguistics to reveal original language conventions*, “UC Davis Law Review”, vol. 50, n° 3, 2017, p. 1181 a 1190; WHITTINGTON, *Originalism: a critical introduction*, “Fordham Law Review”, vol. 82, n° 2, 2013, p. 375 a 382; KARLAN, *Constitutional law as trademark*, “UC Davis Law Review”, vol. 43, n° 2, 2009, p. 385, a 396; ROWAN, *Equality as a constitutional concept*, “Maryland Law Review”, vol. 47, n° 1, 1987, p. 10 a 12.

¹⁷ SCALIA, “Address before the attorney general's conference on economic liberties in Washington, D.C.” (14/6/1986), en *Original meaning jurisprudence: a sourcebook*, p. 101 a 106.

¹⁸ LAWSON, *Proving the law*, “Northwestern University Law Review”, vol. 86, 1992, p. 859 a 875.

¹⁹ CALABRESI - PRAKASH, *The president's power to execute the laws*, “Yale Law Journal”, vol. 104, n° 3, 1994, p. 541 a 553.

ser la temprana influencia de RAOUL BERGER, cuyo libro *Government by the judiciary* (*El gobierno de los jueces*) incluía un capítulo titulado “¿Por qué la intención original?”²⁰. BERGER fue caracterizado por PAUL BREST como “intencionalista estricto” y originalista en 1981, el mismo año en el que BREST acuñó el término “originalismo”²¹. El fiscal general EDWIN MEESE promovió la doctrina de la intención original en una serie de discursos prominentes²².

Es más, la idea de las “intenciones originales” nunca desapareció completamente. Siguiendo la crítica de BREST, el intencionalismo fue defendido por RICHARD KAY²³, y existe ahora un “nuevo intencionalismo” basado en algunos trabajos muy sofisticados de filosofía del lenguaje. El nuevo intencionalismo se funda en la idea de que el redactor de una cláusula de la Constitución posee una “intención comunicativa”, es decir, el significado que el redactor de cada cláusula constitucional tuvo la intención de transmitir a los lectores²⁴.

Esta nueva versión del intencionalismo evita muchos de los problemas de la versión antigua: no requiere que identifiquemos cuáles eran las preferencias políticas de los redactores de la Constitución.

²⁰ BERGER, *Government by judiciary*, cap. 21.

²¹ BREST, *The fundamental rights controversy: the essential contradictions of normative constitutional scholarship*, “Yale Law Journal”, vol. 90, n° 5, 1981, p. 1063 a 1089. La primera vez que se utilizó la palabra fue en BREST, *The misconceived quest for the original understanding*, “Boston University Law Review”, vol. 60, 1980, p. 204 a 209.

²² MEESE III, “Speech before the American Bar Association”, en CASSELL (ed.), *The great debate: interpreting our written Constitution*; ver, también, MEESE III, *The case for originalism*, 6/6/2005; CLEMETSON, *Meese’s influence looms in today’s judicial wars*, “New York Times”, 17/4/2005.

²³ KAY, *Adherence to the original intentions in constitutional adjudication: three objections and responses*, “Northwestern University Law Review”, vol. 82, n° 2, 1988, p. 226.

²⁴ Para ser más precisos, el nuevo intencionalismo es la idea de que el significado original del texto constitucional es el significado que los redactores intentaron transmitir a los lectores a los que se dirigían por medio del reconocimiento del lector de la intención comunicativa de los redactores. Esta idea está basada en el trabajo de GRICE, *Studies in the way of words*, p. 3 a 143. Para un acercamiento griceano al originalismo de las intenciones originales, ver ALEXANDER, “Simple-minded originalism”, en HUSCROFT - MILLER (eds.), *The challenge of originalism*, p. 87; ver también, MANNING, *What divides textualists from purposivists?*, “Columbia Law Review”, vol. 106, n° 1, 2006, p. 70 a 72; GOLDSWORTHY, *Legislative intentions, legislative supremacy, and legal positivism*, “San Diego Law Review”, vol. 42, n° 2, 2005, p. 493 a 510.

Una de las virtudes del nuevo intencionalismo es que casi siempre tiende a la convergencia con el originalismo de significados públicos²⁵. Los redactores escribían para el público. El texto constitucional fue redactado para ser leído por “Nosotros, el pueblo”. Esta idea fue elocuentemente expresada por el gran juez de la Corte Suprema, JOSEPH STORY, en sus *Commentaries of the Constitution of the United States* [Comentarios de la Constitución de los Estados Unidos]:

En primer lugar, entonces, cada palabra utilizada en la Constitución ha de ser presentada en su sentido claro, obvio y común, a menos que el contexto proporcione algún fundamento para restringirlo, matizarlo o ampliarlo. Las constituciones no están diseñadas para las sutilezas de la metafísica y de la lógica, para las delicadezas de la expresión, para el decoro fundamental, para las elaboradas penumbras del significado, ni para el ejercicio de la agudeza filosófica o la investigación judicial. Son instrumentos de carácter práctico, basados en la empresa común de la vida humana, adaptados a los deseos comunes, diseñados para uso común, y adecuados para entendimientos comunes. Los pueblos las hacen; los pueblos las adoptan; los pueblos deben ser quienes supuestamente las lean, con la ayuda del sentido común; y no debe presumirse que admitan ningún significado oculto, ni ninguna glosa extraordinaria²⁶.

Dado que los redactores del texto constitucional escribieron para el público, el significado que tuvieron la intención de transmitir fue el significado público: el significado público original del texto constitucional.

La ahora pasada de moda doctrina de la intención original jugó un papel importante en la historia temprana del originalismo. Es por ello que la creencia errónea de que el originalismo se refiere a la intención original de los redactores de la Constitución es comprensible, incluso si se trata de una creencia que está treinta años desactualizada.

²⁵ Debido a que la Constitución fue redactada para “Nosotros, el pueblo”, el significado que los autores del texto constitucional intentaron transmitir al público será el significado público en ausencia de algún tipo de error lingüístico. Por esta razón, el nuevo intencionalismo converge con el originalismo de significado público en casi todos los casos.

²⁶ STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, § 451, 1833; ver también, “State of Rhode Island v. Palmer”, 253 US 350, 398 (1920) (declarando, “en la interpretación de leyes y Constituciones, cada palabra ‘debe ser expuesta en su sentido claro, obvio y común, a menos que el contexto proporcione alguna base para controlarlo, calificarlo o ampliarlo’, y no puede serle impuesto a las palabras ‘ningún significado recóndito o ningún matiz extraordinario’”).

§ 4. **LA PREGUNTA CORRECTA: ¿CUÁL ES EL SIGNIFICADO PÚBLICO DEL TEXTO CONSTITUCIONAL?**

“¿Qué es lo que haría MADISON?” es la pregunta incorrecta. He aquí la pregunta correcta: “¿cuál era el significado público original del texto de la Constitución?”. Este es el originalismo del significado original.

En la pregunta “¿cuál era el significado público?”, el “era” es importante. El significado de las palabras cambia con el tiempo: se trata del conocido fenómeno de la deriva lingüística o cambio semántico²⁷. La palabra “satélite” significaba originalmente “guardaespaldas”, pero JOHANNES KEPLER usó “satélite” metafóricamente para describir las lunas de Júpiter, y JULIO VERNE tomó prestada la metáfora y la aplicó a un artefacto ficticio hecho por el hombre que orbitaba la Tierra. El uso de VERNE fue tomado prestado, a su vez, para aplicarlo al Sputnik²⁸. Y ahora, el significado principal de satélite es el de “un objeto o vehículo manufacturado con la intención de orbitar la tierra, la luna o cualquier otro cuerpo celeste”, mientras que su significado original como guardaespaldas ya no está en uso²⁹. El español es como un organismo vivo, que crece y cambia.

¿Qué tiene que ver la deriva lingüística con la Constitución? Pensemos en la expresión “violencia doméstica” que aparece en el art. IV de la Constitución³⁰. En la actualidad, la frase “violencia doméstica” se refiere a “abuso de pareja íntima”, “golpiza” o “violencia de género” y es entendido como “un abuso físico, sexual, psicológico y económico que tiene lugar en el contexto de una relación íntima, incluyendo al matrimonio”³¹.

²⁷ STEINMETZ, *Semantic antics. How and why words change meaning*, p. 49 y 50.

²⁸ STEINMETZ, *Semantic antics, How and why words change meaning*, p. 200.

²⁹ Ver <https://www.merriam-webster.com/dictionary/satellite> [perma.cc/S5PM-8GCH].

³⁰ Constitución de los Estados Unidos, art. IV, cláusula 4: “Los Estados Unidos garantizarán a todo Estado en esta Unión una forma republicana de gobierno y protegerán a cada uno en contra de invasiones; y a solicitud de la legislatura o del ejecutivo (en caso de que no fuese posible reunir a la legislatura), contra la violencia doméstica”.

³¹ Ver Human Rights Watch, “Glosario”, www.hrw.org/reports/2003/nepal0903/3.htm [https://perma.cc/G9BP-FKPW]; SACK, *The domestic relations exception*,

Pero este significado de “violencia doméstica” propio del siglo XXI era desconocido en la última parte del siglo XVIII cuando el art. IV fue redactado. Sería sencillamente un error lingüístico interpretar la violencia doméstica mencionada en el art. IV de la Constitución de 1789 como refiriéndose a la violencia con una esposa o un niño. La lectura anacrónica de “violencia doméstica” sería equivocada porque el significado o, más técnicamente, el contenido semántico queda fijado en el momento en que el texto fue escrito³². Cuando interpretamos el texto constitucional, buscamos el significado original y no algún nuevo significado que sea el producto de un accidente lingüístico.

En el caso de “violencia doméstica”, casi nadie está tentado de reemplazar el significado original por el contemporáneo, aunque un artículo completo en una revista jurídica fue escrito precisamente con ese fin³³. ¿Por qué no? Porque el contexto que rodea al art. IV junto con un poco de información sobre las circunstancias históricas en las que la Constitución fue redactada son suficientes para dirigirnos hacia el significado original. Podemos, por lo tanto, captar intuitivamente que el significado original es el significado correcto del texto constitucional. En caso de que un profesor de derecho intente decirnos que “violencia doméstica” puede significar “violencia intrafamiliar” ¡nos rebelamos! Sabemos que la frase “violencia doméstica”, utilizada en proximidad de la palabra “invasión”, en un documento del siglo XVIII referido a la estructura básica del gobierno y a las relaciones recíprocas entre los Estados y con el gobierno federal, se refiere a cosas tales como “tumultos” o “rebeliones” dentro de las fronteras de un Estado. Nuestra reacción intuitiva frente a argumentos ingeniosos que sostienen que el art. IV se refiere al abuso de pareja no es otra que la de considerar dicha gimnasia verbal como una forma de sofistería³⁴.

domestic violence, and equal access to Federal Courts, “Washington University Law Review”, vol. 84, 2006, p. 1441.

³² JACK BALKIN nos presentó este ejemplo: SOLUM, *Blogging from APSA: the new originalism*, “Legal Theory Blog”, 3/9/2007, el bloggeo en vivo de la reunión de la American Political Science Association, describiendo la presentación de BALKIN (BALKIN, *Living originalism*, p. 37).

³³ STEIN, *The domestic violence clause in “new originalist” theory*, “Hastings Constitutional Law Quarterly”, vol. 37, n° 1, 2009, p. 129.

³⁴ SELLERS, *Think of your latin when hurling accusations*, “The National Law Journal”, 9/2/1998 (“Los abogados se han ganado una mal nombre por el uso de sofismas y la manipulación del lenguaje para engañar a los incautos”).

A nadie le sorprende la noticia de que la “violencia doméstica” del art. IV no significa “abuso de pareja”, pero aquí hay un ejemplo que tal vez sí sorprenda al lector. La Séptima Enmienda de la Constitución usa la palabra “dólar”:

En juicios de *common law*, en los que el valor de la controversia exceda los veinte dólares, se mantendrá el derecho a un juicio por jurados, y ningún hecho juzgado por un jurado será revisado en forma alguna en ningún tribunal de los Estados Unidos, salvo en cumplimiento de las reglas del *common law*³⁵.

Los lectores contemporáneos asumirán, probablemente, que la palabra “dólar” se refiere a las notas de la Reserva Federal, que tienen esta apariencia:



Un estudiante de derecho escribió un artículo sobre la “cláusula de los veinte dólares” de la Séptima Enmienda, basado en la idea de que la palabra “dólar” tenía el mismo significado en 1791 que en la actualidad, lo cual crea un problema pues la inflación redujo el poder adquisitivo del dólar como papel moneda de curso legal³⁶.

Sin embargo, noten que el papel moneda de curso legal no existía a nivel nacional en los Estados Unidos en 1791³⁷: no había notas de la Reserva Federal³⁸. La palabra dólar se refería, casi con total

³⁵ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda VII.

³⁶ *The twenty dollars clause*, “Harvard Law Review”, vol. 118, n° 5, 2005, p. 1665 a 1672.

³⁷ El “lomo verde” fue creado por la Ley de Licitación Legal de 1862, 12 Stat. 345.

³⁸ Para un recuento muy breve de la historia, ver BRUNER, *The changing face of money*, “Review of Banking & Financial Law”, vol. 30, n° 1, 2010, p. 383 y 389 a

certeza, al dólar español de plata que pesaba 416 gramos y posiblemente también a otras monedas que también eran llamadas “dólares”, con un contenido de plata aproximadamente similar³⁹. Rastros de este significado de la palabra dólar persistieron hasta 1965, cuando el Congreso aprobó una ley que dejó sin efecto la posibilidad de canjear certificados de plata por lingotes del mineral⁴⁰.

Este es un ejemplo de un “dólar” tal como el término era entendido por el público en 1791:



Adviertan la fecha y la figura de perfil. Se trata de Carlos IV, rey de España. Esto es un dólar de plata español, también conocido como “peso de ocho”⁴¹.

394; ver, también, KHAN, *The evolution of money: a story of constitutional nullification*, “University of Cincinnati Law Review”, vol. 67, 1999, p. 393; VIEIRA (JR.), *The forgotten role of the Constitution in monetary law*, “Texas Review of Law and Politics”, vol. 2, n° 1, 1997, p. 77; PAI, *Congress and the Constitution: the Legal Tender Act of 1862*, “Oregon Law Review”, vol. 77, 1998, p. 535.

³⁹ En 1791, la palabra “dólar” solía referirse al dólar de plata español. Esto es así ya que las leyes del Congreso de 1786 y 1792 indicaban que el “dólar” era el dólar de plata español. Ver The Coinage Act (la Ley de la Moneda), 2/4/1792, 1 Stat 246 § 9 (1792) (permitiendo al Congreso acuñar “dólares o unidades” –cada una a poseer el valor de un dólar español–); H. R. Rep. n° 23-278 at 65 (1834) (cabe tener en cuenta que los artículos del Congreso de la Confederación usaron el estándar del dólar de plata español en 1786); ver también, SUMNER, *The spanish dollar and the colonial shilling*, “The American Historical Review”, vol. 3, n° 4, jul. 1898, p. 607.

⁴⁰ United States Department of the Treasury, “Silver certificates”, www.treasury.gov/about/history/collections/Pages/silver.aspx [https://perma.cc/E2LD-R4PJ]. Ver, en general, FRIEDBERG - FRIEDBERG, *Paper money of the United States*.

⁴¹ POND, *The spanish dollar: the world’s most famous silver coin*, “Bulletin of the Business Historical Society”, vol. 15, n° 1, 1941, p. 12 a 16.

El “lomo verde”, precursor de la moderna nota de la Reserva Federal, no fue creado sino hasta décadas más tarde, y fue objeto de una gran controversia, que culminó en el ir y venir de los casos sobre papel moneda⁴², en los que la Corte Suprema primero invalidó, pero luego respaldó la constitucionalidad del papel moneda de curso legal. Hay una historia larga y complicada que condujo al surgimiento del “dólar” contemporáneo, que hasta hace algunas décadas estuvo conectada con el valor de la plata⁴³.

Los lectores contemporáneos de la Séptima Enmienda pueden tener la fuerte intuición lingüística de que “dólar” significaba lo mismo que significa en la actualidad, pero dicha intuición es incorrecta. El “dólar” del siglo dieciocho era una moneda de metal cuyo valor dependía de su contenido de plata y no de una ley federal que requiere que trozos de papel sean aceptados como un medio de pago⁴⁴. La principal referencia del término “dólar” de la Séptima Enmienda es la del dólar de plata español o, más específicamente, la de cualquier moneda cuyo contenido de plata fuera aproximadamente equivalente al de ese “dólar”.

Los ejemplos de “violencia doméstica” y “dólar” ilustran la importancia de buscar el significado público original del texto constitucional. Algunas de las palabras y las frases del texto constitucional tienen hoy el mismo significado que cuando fueron escritas. Pero otras no. Y por esa razón, siempre debemos confrontar nuestras intuiciones lingüísticas con la evidencia histórica.

¿Qué es lo que haría JAMES MADISON? es la pregunta incorrecta. La pregunta correcta es “¿cuál era el significado público del texto constitucional?”. La palabra “público” es crucial. El originalismo del significado público original es una forma de textualismo: consiste en buscar el significado comunicado al público por el texto⁴⁵. El signi-

⁴² “Hepburn v. Griswold”, 75 US 603 (1869), revocado en parte por *Legal Tender Cases*, 79 US 457 (1870); “Knox v. Lee”, 79 US 457 (1870); “Juilliard v. Greenman”, 110 US 421 (1884).

⁴³ Para fuentes históricas, POND, *The spanish dollar: the world's most famous silver coin*, “Bulletin of the Business Historical Society”, vol. 15, n° 1, 1941, p. 12 a 16.

⁴⁴ SOLUM, *Originalist methodology*, “The University of Chicago Law Review”, vol. 84, n° 1, 2017, p. 281 y 282.

⁴⁵ Con mayor precisión, el originalismo de significado público tiene como propósito recuperar el contenido comunicativo del texto constitucional. Estas tempranas formas de originalismo podrían ser llamadas “protooriginalismo” (SOLUM, *Originalism and constitutional construction*, “Fordham Law Review”, vol. 82, n° 2, 2013, p. 462).

ficado público está en función tanto del significado semántico de las palabras como del contexto en el que ellas son utilizadas⁴⁶. El significado público del texto es el significado expresado al público en el momento en que cada disposición fue redactada y ratificada (no el significado literal –solo las palabras–, si no el significado completo, incluyendo el papel que juega el contexto para resolver las ambigüedades y enriquecer el texto).

Estamos seguros de que muchos lectores de este artículo no se sorprenden al enterarse de que el originalismo de la intención original ha dejado su lugar al originalismo del significado público. Después de todo, se ha discutido mucho sobre el “originalismo del significado público”, especialmente en los últimos años. La cuestión se planteó en las audiencias de confirmación de NEIL GORSUCH⁴⁷. Dado que el juez SCALIA era una figura muy conocida, incluso para el público en general, su defensa del originalismo del significado público bien pudo haber penetrado en la consciencia colectiva. El experto en derecho constitucional debe conocer sobre el significado público, e incluso muchos lo hacen, aunque, sorprendentemente, incluso escritores sofisticados todavía creen que el originalismo se refiere sobre todo a la intención original⁴⁸.

Incluso no estuvimos completamente conscientes de la transición desde la intención al significado público, que tuvo lugar en los años 80, sino hasta veinte años más tarde. Había aprendido sobre “originalismo” estudiando derecho, por ser secretario letrado y en los dos primeros años de la carrera como profesor. Sabía que el originalismo estaba muerto. No solo muerto, sino muerto muerto. ¡Muerto, muerto, muerto! BREST lo asesinó. DWORKIN atravesó una estaca de madera en su corazón. JOE BIDEN lo demolió en las audiencias de BORK. No se levantaría de nuevo.

¡Pero el originalismo ha vuelto! No un “originalismo zombie”, apoyado por un grupo variopinto de verdaderos creyentes neandertales.

⁴⁶ Para una explicación más detallada de “significado público”, ver SOLUM, *The public meaning thesis* (trabajo no publicado, 20/8/2015).

⁴⁷ SOLUM, *Statement presented at the hearings on the nomination of honorable Neil M. Gorsuch to be an associate justice of the Supreme Court of the United States*, DPCOnline, 3-2017, p. 575.

⁴⁸ Entre muchos ejemplos está el de GREENHOUSE, *Justice Scalia's fading legacy*, “New York Times”, 15/3/2018 (periodista de la Corte Suprema para el “New York Times” y profesora en la Facultad de Derecho de Yale, que indica que “el punto de vista del juez SCALIA era que la única base legítima para interpretar la Constitución es la intención original que tuvieron los constituyentes”).

El originalismo ha vuelto al escenario central de los debates sobre la Constitución, tanto en el ámbito público como en los tribunales y en la academia jurídica. Y la razón de la vuelta del originalismo es el giro hacia el significado público.

¿Qué es el “significado público” y cómo lo descubrimos? Llegó el momento de otra sorpresa. Los originalistas contemporáneos del significado público no creen que el significado público del texto constitucional pueda ser descubierto de modo confiable buscando las palabras en el diccionario de NOAH WEBSTER de 1828⁴⁹ o en el de SAMUEL JOHNSON de 1755⁵⁰. Ambos son los mejores diccionarios de la época, pero tienen serios problemas.

El primer problema es que ninguno de los diccionarios fue compilado en el momento adecuado. El diccionario de SAMUEL JOHNSON se compiló unas tres décadas antes de la Convención de Filadelfia y reporta el uso del inglés en Inglaterra y no en los Estados Unidos. El diccionario de NOAH WEBSTER se publicó unas cuatro décadas después de la Convención de Filadelfia y bien puede haber sido influenciado por los debates sobre la Constitución.

El segundo problema se refiere a la precisión y completitud de los diccionarios. Cualquiera de estos diccionarios puede haber reportado de una manera inadecuada los significados semánticos convencionales de su época. Cualquiera de estos diccionarios puede haber omitido un significado que era el significado público relevante de una cláusula constitucional una vez que se tiene en cuenta el contexto. Muchas palabras, incluyendo varias de las usadas en la Constitución, no figuran en los diccionarios. Ninguno de los dos diccionarios provee evidencia primaria de los criterios de uso que constituyen significado.

Por lo tanto, los originalistas comenzaron a buscar un mejor modo para investigar el significado de las palabras y frases de finales del siglo XVIII y de mediados del siglo XIX para las Enmiendas de la Reconstrucción. Resulta que expertos en lingüística habían estado trabajando en el mismo problema desde hacía un tiempo. De manera ideal, deseamos examinar evidencia sobre su uso. Pedimos disculpas por utilizar jerga especializada: estamos buscando los “significados semánticos convencionales” de las palabras y frases utilizadas en el texto constitucional. Hasta los años 90, esto implicaba

⁴⁹ KENDALL, *The forgotten founding father*.

⁵⁰ BATE, *Samuel Johnson*.

búsquedas laboriosas en textos antiguos y la transcripción de ejemplos: este es el método con el que se produjo el magnífico *Diccionario Oxford* de la lengua inglesa. Pero este enfoque tiene obvias limitaciones.

El sorprendente nuevo enfoque se llama “lingüística de corpus”. Es una semántica de *big data*. THOMAS LEE, vicepresidente de la Corte Suprema de Utah, fue un pionero en el uso de esta técnica⁵¹. La lexicografía de corpus fue utilizada por la Corte Suprema de Michigan en “People v. Harris”⁵². Y existe también un creciente cuerpo de literatura especializada que explora y usa la lingüística de corpus⁵³, incluyendo un importante artículo escrito por el juez

⁵¹ “State v. Rasabout”, 2015 UT 72, 39, 356 P.3d 1258, 1271 (LEE, A. C. J., concurriendo en parte en el fundamento y en la decisión); ver también, “State v. Rasabout”, *Harvard Law Review*, vol. 129, n° 5, 2016, p. 1468. A STEPHEN MOURITSEN, el asistente legal del juez LEE, se le debe reconocer la introducción del corpus lexicográfico a la teoría de la interpretación legal y constitucional (MOURITSEN, *Hard cases and hard data: assessing corpus linguistics as an empirical path to plain meaning*, “Columbia Science and Technology Law Review”, vol. 13, 2011, p. 156, y *The dictionary is not a fortress: definitional fallacies and a corpus-based approach to plain meaning*, “Brigham Young University Law Review”, vol. 2010, n° 5, p. 1915). Aproximadamente al mismo tiempo que la publicación del artículo de MOURITSEN, NEAL GOLDFARB escribió un informe innovador, *Brief for the Project on Government Oversight, the Brechner Center for Freedom of Information, and Tax Analysts as Amici Curiae in Support of Petitioners*.

⁵² “People v. Harris”, 499 Mich. 332, 347, 885 N.W.2d 832, 838-39 (2016): “Teniendo en cuenta que debemos interpretar la palabra ‘información’ como es usada en la DLEOA ‘de acuerdo al uso común y aprobado del lenguaje’, aplicamos una herramienta que puede ayudar en el descubrimiento de ‘cómo se utilizan realmente, en el inglés escrito u oral, ciertas palabras o frases’. El *Corpus of contemporary american english* (COCA) permite al usuario ‘analizar significados ordinarios a través de un método que es cuantificable y verificable’”.

Ver también, “Am. Bankers Ass’n v. National Credit Union Admin”, n° CV 16-2394 (DLF), 2018 WL 1542049, fn. 5 (D.D.C., 29/3/2018) (“La base de datos, llamada Corpus of Historical American English, es un gran depósito de textos que reúne más de 400 millones de palabras recopiladas de textos de ficción, de textos de no ficción, de revistas y de periódicos publicados desde 1810 hasta 2017. Una búsqueda del término ‘distrito rural’ muestra un declive drástico en su uso empezando desde, aproximadamente, 1950”).

⁵³ STRANG, *How big data can increase originalism’s methodological rigor: using corpus linguistics to reveal original language conventions*, “UC Davis Law Review”, vol. 50, n° 3, 2017, p. 1181; SOLAN, *Can corpus linguistics help make originalism scientific?*, “Yale Law Journal Forum”, vol. 126, 2016, p. 57; PHILLIPS - ORTNER - LEE, *Corpus linguistics & original public meaning: a new tool to make originalism more empirical*, “Yale Law Journal Forum”, vol. 126, 2016, p. 21; ORTNER,

LEE y STEPHEN MOURITSEN⁵⁴. El enfoque de corpus fue utilizado recientemente en un caso pendiente de decisión ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, “Lucia v. SEC”⁵⁵, que gira en torno al significado de la frase “funcionario de los Estados Unidos” en la Cláusula de las designaciones⁵⁶.

La lingüística de corpus provee un método riguroso y basado en datos a la semántica constitucional. Permite identificar el rango de los significados posibles de las varias palabras y frases que componen el texto constitucional. En algunos casos, con ello se termina la discusión. Algunas de las palabras y frases comprendidas en el texto constitucional pueden no ser ambiguas y tener uno y solo un significado posible. Pero esto no es habitual. Cuando uno busca una palabra en un diccionario, lo más probable es encontrar múltiples definiciones, que corresponden a múltiples significados. Por lo tanto, el siguiente paso en la determinación del significado público original es la desambiguación: ¿cuál de los significados posibles fue el realmente comunicado al público?

Esto nos lleva a tratar el papel del contexto. Aquí también aparecen algunas sorpresas. Incluso algunos académicos y jueces sofisticados pueden cometer el error de equiparar el originalismo “textualista” con el “literalismo”. Debido a esto, el originalismo podría ser criticado por ser “acontextual”⁵⁷, por ignorar el rol del contexto en la producción de significado. Pero nada está más lejos de la realidad.

The merciful corpus: the rule of lenity, ambiguity and corpus linguistics, “Boston University Public Interest Law Journal”, vol. 25, 2016, p. 101; NÚÑEZ, *War of the words: aliens, immigrants, citizens, and the language of exclusion*, “Brigham Young University Law Review”, vol. 2013, n° 6, p. 1517.

⁵⁴ LEE - MOURITSEN, *Judging ordinary meaning*, “Yale Law Journal”, vol. 127, n° 4, 2018, p. 788.

⁵⁵ “Raymond J. Lucia Companies, Inc. v. SEC. & Exch. Comm’n”, 832 F.3d 277, 283 (D.C., cir. 2016), reh’g en banc granted, judgment vacated (16/2/2017), on reh’g en banc, 868 F.3d 1021 (D.C., cir. 2017), cert. granted sub nom. “Lucia v. SEC”, 138 S. Ct. 736 (2018).

⁵⁶ MASCOTT, *Who are “officers of the United States”?*, “Stanford Law Review”, vol. 70, n° 2, 2018, p. 443 a 453; PHILLIPS - LEE - CRUMP, *Corpus linguistics and “officers of the United States”*, “Harvard Journal of Law and Public Policy”, vol. 42, 2019, p. 871 a 929.

⁵⁷ ORENSTEIN, *Sex, threats, and absent victims: the lessons of Regina v. Bedingfield for modern confrontation and domestic violence cases*, “Fordham Law Review”, vol. 79, n° 1, 2011, p. 115 a 159 (criticando “el originalismo acontextual y atomizado del juez SCALIA”).

El originalismo siempre estuvo preocupado por el contexto. El originalismo aplicado seriamente siempre estuvo involucrado en la investigación histórica exhaustiva que intenta recrear el contexto en el cual el texto constitucional fue redactado. La teoría constitucional reciente ha trabajado mucho para proveer los fundamentos teóricos que permitan conectar el contexto histórico con el significado público original.

Los abogados intuitivamente saben que el “significado” completo de escribir no se reduce al significado literal. Esta misma idea puede ser reformulada usando el vocabulario de la lingüística: el contenido comunicativo de un texto escrito es más rico que su significado semántico. ¿De dónde proviene ese significado “extra”?

Primero, una cosa obvia: el contexto permite resolver ambigüedades. El texto constitucional usa la palabra “Senado”; sin consideración del contexto la palabra podría referirse al Senado romano o al Senado del University College de Londres. Pero, en contexto, está claro que la palabra “Senado” se refiere a una de las dos cámaras del Congreso –el Senado de los Estados Unidos–. La desambiguación contextual es una de las claves para recuperar el significado público.

Segundo, una cosa sorprendente: el contexto enriquece el significado, agrega nuevo significado de modos sorprendentes. Existe un nombre elegante para esto: “enriquecimiento pragmático”. ¿Qué es eso? Comencemos con algunos ejemplos simples:

a) “Jack y Jill están casados”. Normalmente, cuando se dice esto, se comunica más de lo que literalmente se dijo. Jack y Jill están casados –uno con otro–. El “uno con otro” no está formulado, pero está implícito en lo que fue dicho. El nombre elegante para esto es “implicatura”⁵⁸.

b) “Bob ya no es más el decano”. Cuando se dice esto, también se comunica lo que se conoce como “presuposición”: Bob alguna vez fue el decano.

c) Una persona escribe una carta de recomendación para una antigua alumna que aspira a ser secretaria letrada de la Corte Suprema. La carta dice: “Ana era puntual e iba a clases regularmente. La recomiendo”. Y eso es todo lo que dice la carta. Por supuesto, esta carta comunica otro mensaje: ¡no contraten a Ana! El nombre técnico para esta clase de enriquecimiento es “implicatura”.

⁵⁸ Cabe aclarar que “implicatura” se escribe diferente al término similar “implicatura”.

La Constitución está repleta de implicaciones: como ocurre con muchas leyes, la Constitución frecuentemente omite cualquier referencia explícita a su alcance geográfico, pero la mayoría de sus cláusulas se aplican únicamente en los Estados Unidos –la frase omitida, “en los Estados Unidos”, es una implicación–. Uno de los ejemplos más famosos de presuposición es la Novena Enmienda. Estipula: “La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será entendido como la negación o rechazo de otros retenidos por el pueblo”⁵⁹. El texto no dispone explícitamente que hay “derechos [...] retenidos por el pueblo” pero, de todos modos, comunica la existencia de tales derechos.

Incluso sofisticados académicos constitucionalistas puede que no reconozcan el fenómeno lingüístico denominado “modulación”⁶⁰. Es realmente posible modificar el significado de una palabra usándola de un modo en el que el nuevo significado se vuelve claro. Por ejemplo, la Cláusula de las designaciones durante el receso del Senado de la Constitución de los Estados Unidos usa las frases “receso del Senado” y “sesiones del Senado”. Literalmente, el receso puede ser una interrupción de cualquier tipo. De hecho, el diccionario de NOAH WEBSTER proporciona la siguiente como sexta definición de “receso”: “Postergación o suspensión de una negociación o procedimiento; por ejemplo, la Cámara de Diputados tuvo un receso de media hora”⁶¹. Por lo tanto, el presidente podría hacer designaciones durante el receso mientras los senadores estuvieran almorzando. Pero, probablemente, este no es el significado de “receso del Senado”. La Constitución yuxtapone “receso” y “sesión”. Ese es el texto: “El presidente tendrá el poder de completar las vacantes que se produzcan durante el receso del Senado, mediante designaciones en comisión que expirarán al final de la próxima sesión”⁶². Receso y sesión se contraponen de un modo que comunica un nuevo y especial significado de “receso” que se limita a los períodos entre sesiones.

El lector podría estar sorprendido por el hecho de que académicos y jueces originalistas hayan realizado profundos y serios estudios

⁵⁹ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda IX.

⁶⁰ Para las excepciones, ver SOLUM, *Originalist methodology*, “The University of Chicago Law Review”, vol. 84, n° 1, 2017, p. 269 y 288 a 291; LEE - MOURITSEN, *Judging ordinary meaning*, “Yale Law Journal”, vol. 127, n° 4, 2018, p. 816.

⁶¹ Ver <http://webstersdictionary1828.com/Dictionary/recess> [<https://perma.cc/J25Z-AV2H>].

⁶² Constitución de los Estados Unidos, art. II, § II.

sobre lingüística y filosofía del lenguaje. Por cierto, los juristas han realizado trabajos interdisciplinarios durante muchos años: el movimiento del análisis económico del derecho constituye el ejemplo más prominente de ello. Por lo tanto, no debería sorprendernos que los originalistas del siglo XXI utilicen teorías y métodos empíricos de la lingüística para facilitar la investigación rigurosa y objetiva del significado original del texto constitucional.

§ 5. **ALGUNAS IMPLICANCIAS SORPRENDENTES**

¡Suficiente de la teoría! Volvamos al punto central. ¿Tiene el originalismo implicaciones sorprendentes para el modo en que se resolverán casos?

a) *EL MITO SORPRENDENTE: EL ORIGINALISMO COMO IDEOLOGÍA JUDICIAL INHERENTEMENTE CONSERVADORA*. Comencemos con el mito: el originalismo es una ideología judicial inherentemente conservadora⁶³. Este mito salió de algún lugar; no fue un invento que apareció de la nada. El surgimiento del originalismo está asociado a los críticos conservadores de la Corte Warren⁶⁴. Pero una cosa es identificar el conservadurismo como parte de la “historia sobre los orígenes” del originalismo, y otra bien distinta es afirmar que el originalismo como teoría constitucional es en sí mismo inherentemente conservador.

De hecho, sería bastante sorprendente que el originalismo incluyera una ideología conservadora contemporánea como parte de su ADN. Los críticos de la Corte Warren podrían haber seguido un ca-

⁶³ TERBEEK, *Originalism's obituary*, *Utah onLaw*, vol. 2015, n° 1, p. 33 a 35; POST - SIEGEL, *Originalism as a political practice: the right's living Constitution*, *Fordham Law Review*, vol. 75, n° 2, 2006, p. 545 a 549 y 567; POLLACK, *Constitutional interpretation as political choice*, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 48, n° 4, 1987, p. 989 a 1003; FLEMING, *The new originalist manifesto*, “Constitutional Commentary”, vol. 28, 2012, p. 539 a 544; ver, también, WHITTINGTON, *Is originalism too conservative?*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 34, n° 1, 2011, p. 29 a 38.

⁶⁴ SMITH, *Originalism and level of generality*, “Georgia Law Review”, vol. 51, 2017, p. 485 a 556 (“El antiguo originalismo fue principalmente una respuesta a los excesos percibidos de la Corte de WARREN”); O’NEILL, *Originalism in american law and politics: a constitutional history*, p. 92 a 110; CALHOUN, *Measuring the fortress: explaining trends in Supreme Court and Circuit Court dictionary use*, *Yale Law Journal*, vol. 124, n° 6, 2014, p. 484 a 514 (“El textualismo y el originalismo se desarrollaron, en parte, en respuesta a la disconformidad con lo que se percibieron como excesos de la Corte de WARREN”).

mino bastante distinto al del originalismo: podrían haber argumentado que la doctrina de la Constitución viviente era buena, pero que la Corte debería haber sido cooptada por conservadores extremos que trasladarían su agenda política al derecho constitucional. Ese giro habría sido sumamente contraproducente, pues carecería de todo atractivo para los moderados de ambos partidos. Sin embargo, la crítica se concentró en el Estado de derecho y en la legitimidad democrática. La Corte Suprema estaba actuando por fuera del derecho, porque había ignorado el significado original del texto constitucional. La Corte estaba actuando de manera antidemocrática, porque había declarado la inconstitucionalidad de normas adoptadas por legislaturas electas democráticamente en casos en los que el texto de la Constitución no imponía tal solución. En nuestra opinión, es muy probable que estas críticas fueran sinceras, pero también resultaron atractivas para los defensores del originalismo porque ellas eran más efectivas, tanto estratégica como retóricamente⁶⁵. Estratégicamente, invocar el Estado de derecho podía ser un argumento exitoso para atraer a los moderados. Retóricamente, los valores del Estado de derecho y de la democracia son más atractivos que una llamada a politizar abiertamente el Poder Judicial.

Esto no significa que a los críticos de la Corte Warren no les preocuparan los resultados. Obviamente, tenían una preocupación sobre ello. Pero es significativo que adhirieran a una teoría que, en su núcleo, era ideológicamente neutral. El originalismo nos compromete con la idea de que debemos seguir a la Constitución a donde sea que nos lleve, independientemente de si ese destino es conservador o libertario, liberal o progresista.

b) *LA REALIDAD SORPRENDENTE: ALGUNAS IMPLICACIONES PROGRESISTAS DE UNA CONSTITUCIÓN ANTIGUA.* En este punto, estimamos que a muchos lectores se les ocurrirá la siguiente objeción. Ciertamente, los conservadores propusieron una teoría neutral, destacando el Estado de derecho y la legitimidad democrática, pero lo hicieron únicamente porque creían que tenemos una Constitución muy antigua que favorecería su agenda política. Nunca sabremos si esta conjetura sobre sus motivos es completamente acertada dado que es muy difícil descubrir evidencia decisiva respecto de la motivación profunda. Sin embargo, sí consideramos que ella es parcialmente correcta respecto del apo-

⁶⁵ Para una discusión clarificadora de la retórica asociada con el originalismo, ver GREENE, *Selling originalism*, "Georgia Law Journal", vol. 97, 2009, p. 657.

yo que los políticos le brindan al originalismo; el originalismo obtuvo apoyo político porque se refería a un texto constitucional que parecía resultarles sensato a sus primeros defensores. ¿Pero es cierto que nuestra Constitución es conservadora de principio a fin, cláusula por cláusula?

Nuevamente, sería sorprendente que una Constitución surgida luego de una revolución y reformada para garantizar los derechos de esclavos recién manumitidos no tuviera cláusulas liberales o progresivas. Lo que es más, estamos bastante lejos del mundo ideológico de fines del siglo XVIII o de mediados del siglo XIX: sería sorprendente, en efecto, si sus ideas políticas tuvieran una semejanza muy cercana con las nuestras. Por supuesto, una evaluación apropiada de las implicaciones ideológicas del significado original del texto constitucional es un trabajo enorme, demasiado para un solo artículo. A pesar de ello, es posible identificar algunas implicaciones sorprendentes del enfoque originalista.

1) *Igualdad de género y la cláusula de los privilegios e inmunidades de la Decimocuarta Enmienda.* Por supuesto, la Constitución incluye una disposición expresa sobre igualdad de género, la Enmienda Decimonovena: “El derecho a votar de los ciudadanos de los Estados Unidos no será suprimido o restringido ni por los Estados Unidos ni por ningún Estado en base al sexo”⁶⁶. Dejando de lado el derecho a votar, la Constitución no crea derechos explícitamente referidos a la igualdad de género. Pero el texto constitucional sí utiliza las palabras “persona” y “ciudadano”. Las mujeres son personas. Las mujeres son ciudadanas. No había duda sobre esto cuando se redactó el texto constitucional en Filadelfia en 1787; o en 1791 cuando se propusieron doce enmiendas, diez de las cuales fueron ratificadas; o durante la Reconstrucción, cuando las Enmiendas Decimotercera, Decimocuarta y Decimoquinta pasaron a integrar la Constitución.

La Sección Primera de la Decimocuarta Enmienda estipula:

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción en lo sucesivo, son ciudadanas de los Estados Unidos y del Estado en el que residan. *Ningún Estado sancionará o aplicará una ley que limitare los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos*; ni ningún Estado privará a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin debido proceso de ley; ni le negará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes⁶⁷.

⁶⁶ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda 19.

⁶⁷ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda 14, § 1.

El pasaje en bastardilla es la cláusula de los privilegios e inmunidades. La mayoría de los estadounidenses educados conoce alguna cosa sobre “debido proceso” e “igual protección”, pero, incluso entre los abogados, el conocimiento sobre aquella cláusula es poco común. ¿Por qué? La respuesta es la doctrina de la Constitución viviente: la Corte Suprema adoptó una interpretación de la cláusula que tuvo el efecto de convertirla en letra muerta en dos casos famosos, el caso de los mataderos⁶⁸ y “Estados Unidos v. Cruikshank”⁶⁹. Los originalistas no tienen acuerdos entre ellos respecto de cuál es el significado de la algo misteriosa frase “privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”⁷⁰, pero una interpretación importante y plausible es que estos “privilegios o inmunidades” incluyen tanto los derechos específicos enumerados en la Declaración de Derechos como los derechos fundamentales del *common law* (o derechos naturales), entre los que están los derechos a gozar de propiedad, celebrar contratos y ejercer un trabajo o actividad lícita.

¿Cómo se relaciona todo esto con la igualdad de género? La respuesta originalista a esta pregunta comienza con la muy poco originalista decisión de la Corte Suprema en el caso “Bradwell v. Illinois”⁷¹. Myra Bradwell aprobó el examen que la habilitaba para ejercer la abogacía en Illinois, pero se le negó su derecho trabajar y ejercer una actividad lícita. ¿Qué otra profesión podría ser más “lícita” que la práctica de la abogacía? Una Corte Suprema inspirada en la doctrina de la Constitución viviente rechazó su demanda invocando precedentes, pero la decisión tuvo una disidencia del presidente de la Corte, el juez SALMON CHASE. Dado que estaba muy enfermo, no escribió su opinión, pero, si lo hubiera hecho, creemos que habría sido una disidencia originalista, fundada en que Myra Bradwell era una ciudadana y, por lo tanto, tenía derecho a ejercer la abogacía⁷².

Así es como un académico contemporáneo resume la posición originalista en el caso “Bradwell”:

⁶⁸ 83 US 36 (1873).

⁶⁹ 92 US 542 (1875).

⁷⁰ BARNETT, *Restoring the lost Constitution*; LASH, *The Fourteenth Amendment and the privileges and immunities of american citizenship*.

⁷¹ “Bradwell v. People of State of Illinois”, 83 US 130 (1872).

⁷² Para una descripción del caso, ver ROONEY, *The privileges or immunities clause of the Fourteenth Amendment and an originalist defense of gender nondiscrimination*, “Georgia Journal of Law & Public Policy”, vol. 15, 2017, p. 737.

Los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos incluyen un conjunto de derechos denominados derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales son un conjunto de derechos civiles básicos, que incluyen los derechos de las primeras ocho Enmiendas de la Constitución, los derechos de las Secciones 9 y 10 del art. I, así como el derecho a tener propiedad, celebrar contratos y ejercer profesión o actividad lícita: el goce de todos los derechos fundamentales (ya sea que se los conciba como derechos naturales o como derechos del *common law*) deben ser aplicado también a las mujeres dado el significado original de la Cláusula de privilegios o inmunidades.

Dado que estos derechos eran reconocidos a todos los ciudadanos, la discriminación basada en el género respecto de tales derechos es una violación inconstitucional de la Decimocuarta Enmienda salvo que sea verdad como cuestión de hecho que las mujeres no son capaces de ejercerlos. Este es el mismo principio que se utilizó en el caso *Bradwell* para negarles a las mujeres el derecho a ejercer la abogacía, con el fundamento de que eran incapaces de hacerlo como cuestión de hecho. Del mismo modo, los niños, que obviamente son ciudadanos pero que carecen de capacidad para celebrar contratos según su propia voluntad, también están jurídicamente protegidos por este reconocimiento de derechos. Aunque muchas personas en el siglo diecinueve hayan creído que las mujeres carecían de la capacidad intelectual para ejercerlos, se trata de una creencia indiscutiblemente falsa. Si las mujeres carecieran de la habilidad para ejercer uno de estos derechos fundamentales sustantivos, entonces impedir que lo hagan no sería inconstitucional. Del mismo modo, si la actividad no se refiriese a uno de esos derechos fundamentales sustantivos, impedirles a las mujeres su ejercicio tampoco sería inconstitucional⁷³.

En este punto, imaginamos que algunos lectores pensarán que estamos vendiendo gato por liebre. Muchos de quienes redactaron y ratificaron la Decimocuarta Enmienda habrían estado sorprendidos, e incluso disgustados, por el argumento de Myra Bradwell. ¿Acaso los originalistas no creen que las intenciones de aquellas personas deberían regirnos en la actualidad? Sorprendentemente, la respuesta es ¡no, no y no!

Aun si la Corte Suprema no hubiera vaciado de contenido la cláusula de los privilegios o inmunidades en el caso de los mataderos, de todos modos la Corte habría rechazado la demanda de Bradwell. Ello se debe a que los jueces (como probablemente la mayoría de los hombres estadounidenses de la época) creían que las mujeres carecían de la capacidad intelectual para ejercer la abogacía. Pero esa creencia se refiere a hechos, y no al significado original. Los originalistas creen que el significado original del texto constitucional queda fijado y que es obligatorio para nosotros, pero no creen que las creencias

⁷³ ROONEY, *The privileges or immunities clause of the Fourteenth Amendment and an originalist defense of gender nondiscrimination*, "Georgia Journal of Law & Public Policy", vol. 15, 2017, p. 32 y 33.

sobre hechos de los autores del texto resulten obligatorias; ello sería una tontería. El significado del texto es una cosa. Los hechos a los cuales el texto se aplica es algo bien distinto. El originalismo requiere que apliquemos el significado público original a los hechos tal como ocurren hoy, teniendo en cuenta la comprensión actual sobre ellos. Dicho de otro modo, el originalismo rechaza la idea de que nuestra visión sobre los hechos a los que se aplica la Constitución deba permanecer congelada en el tiempo por las creencias que tenían los autores del texto acerca de circunstancias que ya no existen más.

Una vez que combinamos el significado original de la cláusula de los privilegios e inmunidades con la verdad respecto de la capacidad intelectual de las mujeres, el caso “Bradwell v. Illinois” se vuelve fácil de resolver desde una perspectiva originalista. Lamentablemente, incluso si la Corte Suprema hubiera adoptado el significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades, ello no habría ayudado a Myra Bradwell pues con ella se cometió una injusticia epistémica⁷⁴: los jueces (con la excepción del presidente de la Corte Chase) no estaban preparados para escuchar a una mujer hablar sobre su propia capacidad intelectual. De todos modos, es destacable que, incluso en 1873, la afirmación de que el significado original de la cláusula de los privilegios o inmunidades protegía a mujeres como Myra Bradwell de una discriminación irracional no era completamente inaceptable.

Pero la sociedad reconoció eventualmente que la capacidad intelectual de las mujeres es igual a la de los hombres. Para la época en que se ratificó la Enmienda Decimonovena, en 1920, el cambio en las creencias se había cristalizado en el derecho constitucional. Si la Corte hubiera seguido el significado original de la cláusula de los privilegios o inmunidades, podríamos haber tenido una jurisprudencia sobre igualdad de género unos cincuenta años antes de que la que

⁷⁴ Existe una importante bibliografía que desarrolla el concepto de injusticia epistémica. Ver, por ejemplo, FRICKER, *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing* p. 27 y 28 (desarrollando una concepción de injusticia testimonial sistémica); MEDINA, *The epistemology of resistance: gender and racial oppression, epistemic injustice, and resistant imaginations* (desarrollando una teoría de la injusticia epistémica); BAILEY, *The unlevel knowing field: an engagement with Dotson's third-order epistemic oppression*, “Social Epistemology Review and Reply Collective”, vol. 3, n° 10, 2014, p. 62 (desarrollando una concepción de un campo de conocimiento inclinado); DOTSON, *Tracking epistemic violence, tracking practices of silencing*, “Hypatia”, vol. 26, n° 2, 2011, p. 236 (desarrollando la noción de “testimonio silencioso”).

elaboró la Corte Suprema inspirada por la doctrina de la Constitución viviente en los años 70.

2) *Los tecnicismos de demandar y la Séptima Enmienda.*

La próxima sorpresa solo les interesará a personas que sientan fascinación por el derecho. El significado original de la Séptima Enmienda requeriría que la Corte Suprema dejara sin efecto las famosas decisiones que tomó en los casos “Twombly”⁷⁵ e “Iqbal”⁷⁶, dos sentencias referidas a los tecnicismos de demandar que dividieron a la Corte según criterios ideológicos. Si el lector no es abogado, puede preguntarse “¿a quién le importan los tecnicismos para elaborar una demanda?”. Sin embargo, a todos los estadounidenses les debería importar el rol de los jurados en los casos civiles. Los casos “Twombly” e “Iqbal” establecieron un estándar que les da a los jueces el poder de rechazar casos incluso antes de que la parte actora tenga la oportunidad de solicitar medidas preliminares, con lo cual dichas demandas nunca llegarán ante un jurado. Esto tiene importantes implicaciones pues, como sabe cualquier abogado de un demandante, la posibilidad de acceder a un jurado resulta vital.

Los procesalistas han criticado este criterio en el marco de la interpretación de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, y, en nuestra opinión, tienen razón en hacerlo, con fundamento en argumentos que son esencialmente originalistas en su naturaleza. Pero hay un problema aún más fundamental que surge si nos tomamos seriamente el significado original de la Séptima Enmienda. Dicha disposición estipula:

En juicios de *common law*, en los que el valor de la controversia exceda los veinte dólares, se mantendrá el derecho a un juicio por jurados, y ningún hecho juzgado por un jurado será revisado en forma alguna en ningún tribunal de los Estados Unidos, salvo en cumplimiento de las reglas del *common law*⁷⁷.

En el *common law*, los demandantes tienen derecho a un juicio por jurados si no son derrotados por una excepción de previo y especial pronunciamiento. Pero, para resolver esa excepción, los jueces del *common law* tienen prohibido evaluar la plausibilidad de las cuestiones de hecho y prueba planteadas en la demanda. Desde una perspectiva originalista, la interpretación de la Regla 12 que realizó la Corte Suprema en “Twiqbal” (tal como se conoce a los dos casos

⁷⁵ “Bell Atlantic Corp. v. Twombly”, 550 US 544, 545 y 546 (2007).

⁷⁶ “Ashcroft v. Iqbal”, 556 US 662 (2009).

⁷⁷ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda 7.

conjuntamente) parece ser incompatible con el mandato de la Séptima Enmienda de asegurar el derecho a un juicio por jurados en demandas fundadas en el *common law*⁷⁸.

En términos de procedimiento civil, el significado original de la Séptima Enmienda probablemente tenga muchas implicancias que deberían ser bien recibidas por progresistas y liberales. Dos de ellas son especialmente importantes: el arbitraje obligatorio y el juicio sumario. Los liberales han sido sumamente críticos de decisiones de la Corte Suprema respecto a que la Ley Federal de Arbitraje impide la interposición de acciones de clase si los demandantes habían consentido someter la cuestión a arbitraje a través de una cláusula en un contrato predispuesto por la otra parte. La Séptima Enmienda podría ser el fundamento para invalidar estas cláusulas porque no está claro que ellas hubieran sido válidas según el *common law* de 1791⁷⁹. La Corte Suprema convalidó el uso de juicios sumarios previos para impedir que lleguen ante un jurado, pero algunos juristas argumentaron que la práctica contemporánea del juicio sumario es contraria al significado original de la Séptima Enmienda⁸⁰.

El lector podría pensar: “¡Oiga! Si la Séptima Enmienda es tan importante, ¿por qué los jueces SCALIA y THOMAS no lo dijeron?”. Es una pregunta justa. Yo no puedo responderla en representación de ellos, pero sí sé lo siguiente: los abogados en muchos casos recientes no se molestaron en elaborar argumentos originalistas. Tal vez ello se deba a que no conocen el significado original del derecho a un juicio por jurados en casos civiles. Podemos asegurar que muy pocos de ellos estudiaron el significado original de alguna cláusula de la Constitución en la Facultad de Derecho. O, quizá, la falla de presentar argumentos originalistas se deba a que la mayoría de los abogados

⁷⁸ KLEIN, *Ashcroft v. Iqbal crashes rule 8 pleading standards on to unconstitutional shores*, “Nebraska Law Review”, vol. 88, n° 2, 2009, p. 261 y 262 (“es inconstitucional otorgar a un juez el poder de considerar las alegaciones de hecho de una demanda al comienzo de un caso civil y desestimarla como insuficiente”).

⁷⁹ Para una investigación sobre estas cuestiones que no emplea recursos del originalismo, ver SMITH - MOYÉ, *Outsourcing american civil justice: mandatory arbitration clauses in consumer and employment contracts*, “Texas Tech Law Review”, vol. 44, n° 2, 2012, p. 281 y 282.

⁸⁰ La labor fundamental ha sido realizada por SUJA THOMAS, quien no emplea los recursos de las más sofisticadas formas de originalismo del significado público (*The missing american jury: restoring the fundamental constitutional role of the criminal, civil, and grand juries*; cfr., del mismo autor, *Why summary judgment is unconstitutional*, “Virginia Law Review”, vol. 93, n° 1, mar. 2007, p. 139).

liberales y progresistas sencillamente no ve la posibilidad de que el significado original pueda favorecer su posición.

3) *Encarcelaciones masivas y la Octava Enmienda*. ¿Cómo? ¿Encarcelaciones masivas? ¿Cómo es que el significado público original del texto constitucional puede colaborar con la solución del que es seguramente el más importante desafío de nuestro sistema de justicia criminal? La respuesta puede estar en el texto de la Octava Enmienda de la Constitución: “No se requerirá una fianza excesiva ni se impondrán multas excesivas, ni serán infligidos castigos crueles e inusuales”⁸¹. El mejor trabajo originalista sobre la Octava Enmienda pertenece a JOHN STINNEFORD⁸². Dicho autor descubrió algo bastante sorprendente sobre el significado de la palabra “inusual”. El significado contemporáneo de la palabra “inusual” se refiere a la frecuencia. Por ejemplo, el *Diccionario Merriam Webster* define “inusual” como “poco común” o “extraño”⁸³.

Pero ese no era su significado en 1791 cuando la enmienda fue redactada y ratificada. De acuerdo con STINNEFORD, el significado público original de “inusual” era el siguiente:

En conclusión, los tribunales estadounidenses de la primera mitad del siglo diecinueve compartían la comprensión de los autores de la Constitución según la cual la palabra “inusual” en la cláusula de los castigos crueles e inusuales significaba “contrario a una práctica extendida”. En general, respaldaban castigos que fueran consistentes con precedentes del *common law*, y estaban dispuestos a invalidar aquellos que no lo fueran, incluso si ellos no consistieran en infligir dolor físico o propinar un trato degradante. Lo que es más, los tribunales estadounidenses de ese período mostraron preocupación de que, incluso los castigos tradicionales del *common law* pudieran volverse inusuales si dejaban de ser practicados⁸⁴.

Para sustentar esta tesis, STINNEFORD presenta impresionantes pruebas y explica cómo el significado original de “inusual” encaja la forma de entender la naturaleza del *common law* en el siglo XVIII.

⁸¹ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda 8.

⁸² STINNEFORD, *The original meaning of “unusual”: the Eighth Amendment as a bar to cruel innovation*, “Northwestern University Law Review”, vol. 102, n° 4, 2008, p. 1739 a 1745, y *The original meaning of “cruel”*, Georgia Law Journal”, 2017, p. 441 a 506.

⁸³ Cfr. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/unusual> [https://perma.cc/PD63-S459].

⁸⁴ STINNEFORD, *The original meaning of “unusual”: the Eighth Amendment as a bar to cruel innovation*, “Northwestern University Law Review”, vol. 102, n° 4, 2008, p. 1814 y 1815.

¿Qué tiene que ver esto con la encarcelación masiva? Dado el significado original de “cruel”, no hay dudas de que condenas a prisión de varias décadas son “cruels” tal como la palabra era entendida por el público en el siglo XVIII: “El significado original de la palabra ‘cruel’ en la cláusula de los castigos crueles e inusuales es injustamente duro”⁸⁵. Evaluadas desde la perspectiva relevante, es decir, prácticas de castigo que habían estado largo tiempo vigentes y que eran aprobadas por el *common law* en 1791, las condenas de muchos años a prisión pueden ser objetadas como “cruels” e “inusuales”. Por supuesto, hay muchas razones por las cuales se produjo el fenómeno de las encarcelaciones masivas, pero la imposición de condenas extensas es claramente una de las principales.

¿Cómo podría elaborarse el argumento? Imaginamos que aproximadamente podría seguirse este camino:

La encarcelación masiva se basa en prácticas de condena que constituyen un castigo cruel e inusual, pero no por alguna nueva y elegante teoría, ni porque hayan cambiado los valores ni las circunstancias, ni porque nos hayamos dado cuenta de que la encarcelación masiva es una mala política. El estado de las cárceles es inconstitucional porque se basa en castigos (condenas a largo tiempo en prisión) que son duros e injustos, y que eran contrarios a las prácticas en uso en 1791. La encarcelación masiva no encuentra fundamento en el significado público original de la Octava Enmienda.

No estamos seguros de que este argumento funcione. No somos especialistas en la Octava Enmienda, y no realizamos un trabajo de lingüística de corpus ni un estudio cuidadoso de los registros de la Convención. Pero sí consideramos que la sorprendente teoría de STINNEFORD es plausible y, si estuviera en lo cierto, entonces el significado público original tendría sorprendentes implicaciones para nuestras prácticas de castigo.

Este artículo se titula “Originalismo sorprendente” y hemos señalado algunas de las implicaciones sorprendentes del originalismo. Pero que no se malentienda. El originalismo tiene implicaciones que no son sorprendentes y muchas de ellas serán bienvenidas por los conservadores y anatemizadas por los liberales. Por ejemplo, creemos que es probable que el significado público original del art. I sería inconsistente con la interpretación expansiva de la cláusula del comercio interestatal. Sospechamos que el significado público original del reconocimiento de “poder legislativo” al Congreso, de “poder

⁸⁵ STINNEFORD, *Original meaning of “cruel”*, “Georgetown Law Journal”, vol. 105, n° 2, 2017, p. 441.

judicial” a los tribunales del art. III y de “poder ejecutivo” al presidente es difícil de reconciliar con la existencia de agencias administrativas independientes que combinan los poderes legislativo y judicial con un poder ejecutivo que está casi enteramente libre de toda dirección presidencial. El valor político del originalismo del significado público es mixto: hay algo para todos, pero nadie se queda con todo.

4) *¿Y la segregación racial?* En este punto, imaginamos que muchos lectores querrán saber cuáles son las implicancias del originalismo para la segregación, es decir, los casos “Plessy v. Ferguson”⁸⁶ y “Brown v. Board of Education”⁸⁷. “Brown” es un ejemplo de lo que los juristas llaman un caso “canónico”, es decir, un caso que se considera un punto fijo, que está correctamente resuelto⁸⁸. “Plessy”, en cambio, es un caso “anticanónico”, pues también es un punto fijo, solo que ubicado del lado de los casos “incorrectamente decididos”⁸⁹. Dado este punto de partida, el originalismo debería ser rechazado si fuera inconsistente con “Brown” o si respaldara la solución de “Plessy”. Cuando los partidarios de la doctrina de la Constitución viviente discuten esta cuestión, el debate normalmente empieza y termina con la cláusula de la igual protección de la Decimocuarta Enmienda, mientras que la cláusula de los privilegios o inmunidades ni siquiera entra en la discusión.

¿Qué es lo que el originalismo tiene para decir sobre “Brown” y “Plessy”? El primer paso es identificar las secciones relevantes del texto constitucional. Y ahora, ¡otra sorpresa! La cláusula de la igual protección es el lugar equivocado para buscar. ¿Por qué? Aquí hay una pista: la comprensión contemporánea de esa cláusula casi siempre separa las últimas tres palabras “de las leyes”. ¿Qué significa “igual protección de las leyes”? La principal función de lo que deberíamos llamar cláusula de la protección de las leyes era asegurar que los esclavos manumitidos recibirían la misma protección de

⁸⁶ “Plessy v. Ferguson”, 163 US 537 (1896).

⁸⁷ “Brown v. Bd. of Ed. of Topeka”, Shawnee City, Kan, 347 US 483 (1954).

⁸⁸ Ver BALKIN, “*Wrong the day it was decided*”: *Lochner and constitutional historicism*, “Boston University Law Review”, vol. 85, n° 5, 2005, p. 677, 681 y 682 (algunos casos canónicos, como “Brown v. Board of Education”, son uniformemente entendidos como puntos fijos que cualquier teoría constitucional seria debe justificar y explicar); SNYDER, *How the conservatives canonized Brown v. Board of Education*, “Rutgers Law Review”, vol. 52, n° 2, 2000, p. 383.

⁸⁹ GREENE, *The anticanon*, “Harvard Law Review”, vol. 125, 2011, p. 379 a 412.

su seguridad personal y de su propiedad que las demás personas. La cláusula asegura esa finalidad exigiéndoles a los Estados que provean a cada persona la protección de las leyes sobre una base de igualdad: “igual protección de las leyes”. Otra sorpresa es que esa lectura les impone un deber positivo de protección a los gobiernos de los Estados: esta consecuencia socavaría el controvertido caso “DeShaney”⁹⁰. En ese caso, el presidente de la Corte Rehnquist concluyó que “las cláusulas del debido proceso no confieren de manera general un derecho positivo a la asistencia gubernamental, incluso si dicha asistencia pudiera ser necesaria para asegurar la vida, la libertad o la propiedad, las cuales no pueden ser privadas a un individuo por el gobierno”⁹¹. Pero, desde una perspectiva originalista, la Corte estaba buscando en la cláusula equivocada. El lugar correcto para buscar una obligación positiva del gobierno de proveer a las personas la protección de las leyes es el texto completo de la cláusula de la igual protección de las leyes, no meramente la cláusula de la igual protección dejando afuera “de las leyes”, sino aquella cláusula para requerir la “protección de las leyes”. Pero ello no fue tratado por el presidente de la Corte Rehnquist.

En síntesis, la cláusula de la igual protección es el lugar incorrecto para buscar. ¿Cuál es el correcto? Una buena manera de responder esta cuestión es examinar qué fue lo que realmente sucedió en “Plessy v. Ferguson”⁹².

A continuación, presentaremos nuestra versión sobre “Plessy v. Ferguson”, pero tengan en cuenta que no somos expertos y que no hicimos suficiente trabajo para asegurar que esta presentación es correcta. Cuando Homer Plessy impugnó la constitucionalidad de la ley de Luisiana que requería la segregación de los vagones del ferrocarril, su principal argumento se fundó en la cláusula de los privilegios o inmunidades⁹³. Esto puede parecer sorprendente para un estudiante

⁹⁰ Para un breve análisis del problema, ver GREEN, *Originalism and the sense-reference distinction*, “St. Louis University Law Journal”, vol. 50, 2006, p. 555.

⁹¹ “DeShaney v. Winnebago”, City Dep’t of Soc. Servs., 489 US 189, 196 (1989).

⁹² “Plessy v. Ferguson”, 163 US 537 (1896).

⁹³ LOFGREN, *The Plessy case: a legal-historical interpretation*, p. 152 a 162 y 164 a 168, citado por TOURGEE - WALKER, *Brief for plaintiff in error*, “Plessy v. Ferguson”, 163 US 537 (1896); por PHILLIPS - MCKENNY, *Brief for plaintiff in error*, “Plessy v. Ferguson”, 163 US 537 (1896). Ver, también, McDONALD, *A reluctant apology for Plessy: a response to Akhil Amar*, “Pepperdine Law Review”, vol. 39, n° 1, 2013, p. 91 a 99.

de Derecho al que le enseñaron en clase que “Plessy” se refiere fundamentalmente a la cláusula de la igual protección⁹⁴.

Planteado en términos contemporáneos, la esencia del argumento de “Plessy” era que el acceso a un transporte público, el ferrocarril, era uno de los privilegios o inmunidades, un derecho fundamental, cuyo ejercicio los Estados no podían impedir a ningún ciudadano⁹⁵. “Plessy v. Ferguson” rechazó de plano este planteo, con base en el caso de los mataderos. Si la Corte del caso “Plessy” hubiera seguido el significado original de la cláusula de los privilegios o inmunidades y si no hubiera tenido una creencia fáctica equivocada respecto de la mezcla entre razas, Plessy podría haber ganado, y la legislación segregacionista Jim Crow no se habría desarrollado⁹⁶.

En cualquier caso, una Corte Suprema inspirada en la doctrina de la Constitución viviente rechazó la demanda de Plessy: la doctrina de separados, pero iguales reflejaba la visión de la Corte de que la segregación era consistente con lo que hoy llamaríamos “circunstancias y valores contemporáneos”. No fue sino hasta “Brown v. Board” que la Corte revirtió el camino: las circunstancias y valores habían cambiado. La Corte de “Brown” no consideró ni siquiera la posibilidad de que la disposición constitucional relevante fuera la cláusula de los privilegios o inmunidades.

⁹⁴ KLARMAN, *The Plessy era*, “The Supreme Court Review”, vol. 1998. 1998, p. 303, ni siquiera menciona la cláusula de los privilegios e inmunidades.

⁹⁵ Como fue resaltado anteriormente en conexión con la igualdad de género, hay una seria disputa sobre el significado público original de la frase “privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos”.

⁹⁶ HARRISON, *Reconstructing the privileges or immunities clause*, “Yale Law Journal”, vol. 101, 1992, p. 1385, 1462 y 1463.

La Corte Suprema confirmó la ley de segregación en vagones de trenes en “Plessy v. Ferguson”. Aunque simétrica, la ley restringió el derecho a contratar al prohibir que un ciudadano blanco compre un *ticket* en un vagón que llevaba negros. También limita el aún más fundamental privilegio de la libertad natural porque el pasajero negro no tenía permitido pasar al vagón para blancos. La ley debería haber sido considerada inválida. Lo mismo se da con respecto a la segregación en la educación pública. Los colegios financiados por los impuestos generales son muy probablemente un privilegio de los ciudadanos. Si es así, darles a los individuos de diferentes razas diferentes versiones del privilegio podría constituir una limitación.

En nuestra opinión, se debe trabajar mucho todavía respecto del significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades, pero en oposición a KLARMAN, HARRISON sí tiene una teoría del significado de la cláusula y un argumento de que este significado es inconsistente con “Plessy” y consistente con “Brown”.

El mundo de 1954 era sustancialmente distinto al de 1868 cuando se adoptó la Decimocuarta Enmienda. El originalismo está comprometido con el significado público del texto constitucional, y el significado público queda fijado en el momento en que cada cláusula es redactada y ratificada. Pero el originalismo no se compromete con la propuesta ostensiblemente ridícula de que sean los hechos sobre el mundo los que quedan fijados, o la todavía aún más absurda afirmación de que la aplicación del significado público a los hechos actuales deba estar guiada por las creencias sobre hechos del público de la época en que las cláusulas constitucionales fueron redactadas y ratificadas. Mucho menos se compromete con la loca idea de que las falsas creencias de los autores de la Constitución, respecto de hechos, sean obligatorias para nosotros en la actualidad. Es por ello que el significado original de la cláusula de los privilegios o inmunidades puede dar apoyo a derechos sobre la igualdad de género, incluso si la mayoría de los hombres pensaba que la capacidad intelectual de las mujeres era como la de los niños, y que por lo tanto aquellas podían ser tratadas como estos por el derecho. El originalismo está comprometido con el texto de la Constitución, no con las creencias sobre hechos que tenían quienes lo redactaron. A esta altura, esperamos que los lectores ya no encuentren sorprendente esta conclusión.

Entonces, ¿qué hay respecto a “Brown v. Board of Education”? ¿Está esa decisión respaldada por el significado público original del texto constitucional teniendo en cuenta el modo en que los hechos eran entendidos en 1954? Esta es una cuestión compleja. El prestigioso constitucionalista MICHAEL MCCONNELL sostuvo, en una síntesis posterior a su famoso artículo, lo siguiente⁹⁷:

Como fue propuesta originalmente por el senador CHARLES SUMNER, la Ley de Derechos Civiles garantizaba la igualdad en el acceso a varias clases de sitios públicos, tales como ferrocarriles, posadas, teatros, barcos de vapor, cementerios y, de modo muy controvertido, escuelas públicas⁹⁸.

En varias votaciones que tuvieron lugar desde la presentación del proyecto de ley en 1870, hasta la sanción de una versión recortada del proyecto en 1875, las mayorías en ambas cámaras del Congreso apoyaron la posición de la desegregación. En la cresta de la ola, en junio y mayo de 1874, el proyecto fue aprobado por el Senado por una mayoría de 29 a 16, y obtuvo el respaldo

⁹⁷ MCCONNELL, *Originalism and the desegregation decisions*, “Virginia Law Review”, vol. 81, n° 4, 1995, p. 947.

⁹⁸ MCCONNELL, *The originalist case for Brown v. Board of Education*, “Harvard Journal of Law & Public Policy”, vol. 19, n° 4, 1995, p. 457 a 459.

de la Cámara de Representantes, en un voto de procedimiento, por un margen de 141 a 72, quedando cerca de los dos tercios. El margen de apoyo entre los defensores de la Decimocuarta Enmienda fue mucho más alto. Lo que es más, ambas cámaras rechazaron permanentemente versiones del proyecto que habrían permitido la existencia de espacios “separados pero iguales”. El proyecto fracasó solamente porque las reglas de procedimiento en la Cámara de Representantes, que permitían medidas obstruccionistas y mociones dilatorias, hacían necesaria la mayoría de dos tercios. Los defensores del proyecto estuvieron muy cerca, pero nunca pudieron superar esa barrera. En un día aciago de junio de 1874, el cambio de dos votos podría haber conseguido la sanción y la exigencia de segregación racial en las escuelas hubiera quedado redactada en la ley. ¿No habría sido vista la historia de un modo muy diferente si esos dos votos hubieran cambiado?

Pero el proyecto, en su versión más vigorosa, fracasó. Los demócratas fueron capaces de mantener a raya el proyecto en la Cámara de Representantes durante 1874. Luego, en las elecciones de noviembre de ese año, los demócratas obtuvieron una victoria aplastante. Cuando el Congreso, todavía antes de la asunción de sus miembros recién electos, se reunió a inicios de 1875, la mayoría republicana estaba desmoralizada. Incluso entonces, su último gran proyecto era la sanción del proyecto de ley de derechos civiles. Los demócratas estaban dispuestos a aceptar el proyecto si era modificado para permitir escuelas “separadas pero iguales”, aunque los republicanos denunciaron con enfado que ello introduciría una “discriminación odiosa en las leyes de este país”. Prefirieron directamente eliminar toda referencia a las escuelas del proyecto de ley, antes que incluir una disposición sobre “separados pero iguales” para las escuelas. Ello no significó que su interpretación de la Constitución hubiera cambiado, sino únicamente que su poder político para implementar esa interpretación había cambiado. Los defensores de la educación segregada todavía tenían esperanzas en los tribunales. JAMES MONROE, un republicano de Ohio, afirmó que los estadounidenses negros “piensan que sus chances para buenas escuelas serán mejores bajo la Constitución con la protección de los tribunales, que bajo una ley que contenga una cláusula de ese tipo”.

El rechazo de la cláusula de las escuelas fue fatídico legislativamente, pero viendo el curso de las deliberaciones como un ejercicio de interpretación constitucional ejecutado por personas bien ubicadas para conocer y entender el significado original de la Decimocuarta Enmienda, la evidencia sobre ese significado original va más allá de la derrota del proyecto de ley. Amplias mayorías de las dos cámaras del Congreso, e incluso mayorías más amplias entre los partidarios de la Decimocuarta Enmienda, concluyeron que ella prohibía jurídicamente la segregación en las escuelas públicas. Este hecho refuta la idea de que la Corte Suprema haya tenido que ignorar el significado original de la Enmienda para “hacer lo correcto” en “Brown”⁹⁹.

En este breve artículo, no podemos dar cuenta de todo el caso, pero esperamos que esta extensa cita proporcione una idea adecua-

⁹⁹ McCONNELL, *The originalist case for Brown v. Board of Education*, “Harvard Journal of Law and Public Policy”, vol. 19, n° 4, 1995, p. 463 y 464.

da del argumento de McCONNELL¹⁰⁰. Posteriores trabajos originalistas llegaron a una conclusión similar, basados en evidencia adicional y un énfasis explícito en el significado público¹⁰¹.

Si el lector pertenece “al grupo”, no se habrá sorprendido por nuestra apelación al argumento de McCONNELL, que es bien conocido para los constitucionalistas que debaten sobre los méritos del originalismo. Y es probable que ese mismo lector crea que MICHAEL KLARMAN demostró que McCONNELL estaba equivocado, en otro artículo igualmente famoso¹⁰². E incluso podría creer que el artículo de KLARMAN

¹⁰⁰ El argumento sería presentado de un modo diferente si fuera elaborado usando la versión más moderna del originalismo del significado original.

¹⁰¹ CALABRESI - PERL, *Originalism and Brown v. Board of Education*, “Michigan State Law Review”, 2014, n° 3, p. 429, 436 y 437: “Concluimos que, para 1868, cuando se adoptó la Decimocuarta Enmienda, los ciudadanos de treinta de los treinta y siete Estados tenían un derecho fundamental a la educación en una escuela pública que era un privilegio o inmunidad de la ciudadanía estatal. Como resultado, la Decimocuarta Enmienda prohibió la segregación racial en las escuelas públicas desde el momento en que fue adoptada. Por lo tanto, el significado público original del texto de la Decimocuarta Enmienda prohibió la segregación racial en las escuelas públicas”.

El único que se tomó en serio los argumentos de CALABRESI y PERL fue RONALD TURNER, en *The problematics of the Brown-is-originalist project*, “Journal of Law and Policy”, vol. 23, n° 2, 2015, p. 591 a 637. El argumento de TURNER no está completamente articulado, pero puede ser reconstruido como la afirmación que: 1) el derecho de ir al colegio público es un derecho “social” en contradicción con los derechos “políticos” y “civiles”; 2) los derechos sociales están excluidos de los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos, y por eso 3) “Brown” no se apoya en la cláusula de los privilegios e inmunidades. Estos problemas son complejos e incluso una discusión superficial está más allá del alcance de este artículo. Mi opinión es que no es claro que la frase “los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos” tenga el mismo contenido comunicativo que “derechos civiles” y que la categórica división entre derechos “civiles”, “políticos” y “sociales” era bastante incierta en esos momentos. Si los privilegios o inmunidades incluyen los derechos importantes o fundamentales de los ciudadanos que son legalmente exigibles y si en 1954 existía un derecho general a la educación pública que prevalecía y legalmente era fundamental o importante, entonces el significado público original del texto apoyaría la decisión de “Brown v. Board”. No estamos diciendo que esta visión sea correcta. Más bien nuestra afirmación es que no está bien respaldada la creencia ampliamente aceptada de que se ha demostrado que “Brown” es inconsistente con el significado público original de la cláusula de los privilegios e inmunidades.

¹⁰² KLARMAN, *Brown, originalism, and constitutional theory: a response to professor McConnell*, “Virginia Law Review”, vol. 81, n° 7, 1995, p. 1881 a 1883 (indicando que “las cuatro principales dificultades con la defensa originalista de McCONNELL’s en Brown basada en los debates de 1875 de la CRA” son “su enfoque en el principio legal en vez de la práctica real, la priorización del sentir del Congreso

identificó el significado público original del texto constitucional y demostró que respaldaba la segregación racial en las escuelas. Algunos incluso afirmarían que se trata de “sabiduría convencional”.

En este punto, los lectores sofisticados seguramente ya conocen la sorpresa que viene¹⁰³. KLARMAN escribió su artículo en 1995 y, como la mayoría de los constitucionalistas de esa época, parece no haber tenido en cuenta la existencia del originalismo de significado público. La frase “significado público” no aparece en su artículo ni siquiera una vez. El artículo sí menciona la cláusula de los privilegios o inmunidades una vez y solo una vez¹⁰⁴, pero no la cita textualmente ni tampoco la interpreta, ni mucho menos encara una investigación de su significado público. KLARMAN no ofrece ninguna evidencia sobre el significado público de la cláusula. Dudamos que, en los 90, KLARMAN tuviera incluso una vaga idea de que los originalistas buscaran el contenido comunicativo dirigido al público por el texto constitucional. No es una sorpresa, entonces, que no discutiera el significado público de la cláusula de los privilegios o inmunidades. El artículo de KLARMAN no es un fracaso como ejercicio de originalismo de significado público, pues ni siquiera intenta ser tal cosa¹⁰⁵. El principal argumento de KLARMAN es que el público se oponía a la integración en las escuelas, pero esta evidencia no alcanza ni siquiera para establecer que la aplicación esperada originalmente de la cláusula de los privilegios o inmunidades habría respaldado “Plessy” y sería opuesta a “Brown”.

El argumento de KLARMAN no tiene en cuenta la distinción entre el significado público original, que está fijo, y las creencias sobre hechos, que cambian con el tiempo. Incluso si KLARMAN hubiera demostrado que el público creía que la cláusula de los privilegios o inmu-

sobre la opinión popular, su incapacidad de considerar adecuadamente la posibilidad de que los valores cambien a lo largo del tiempo, y su ecuación de lenguaje de ‘disfrute pleno e igualitario’ con el integracionismo”).

¹⁰³ Un ejemplo de acercamiento sofisticado a “Brown” y el originalismo puede encontrarse en DORF, *The undead Constitution*, “Harvard Law Review”, vol. 125, n° 8, 2012, p. 2040 a 2044 (reconociendo que es el originalismo de las aplicaciones esperadas el que tal vez sea inconsistente con “Brown”).

¹⁰⁴ KLARMAN, *Brown, originalism, and constitutional theory: a response to professor McConnell*, “Virginia Law Review”, vol. 81, n° 7, 1995, p. 1889.

¹⁰⁵ El fracaso en dar cuenta de las implicaciones del originalismo del significado público en relación con la cláusula de los privilegios e inmunidades se ha repetido recientemente. Ver TURNER, *Justice Antonin Scalia's flawed originalist justification for Brown v. Board of Education*, “Washington University Jurisprudence Review”, vol. 9, n° 2, 2017, p. 179 a 193.

nidades era consistente con la segregación, su argumento no habría estado completo hasta que examinara las *razones* para esta creencia y demostrara que tales razones se basaban en el *significado* de la cláusula de los privilegios o inmunidades y no solo en creencias sobre hechos que ahora sabemos que son falsas. El artículo de KLARMAN apenas menciona la cláusula de los privilegios o inmunidades; ni siquiera sugiere una teoría sobre su significado.

La idea de que el originalismo es inconsistente con “Brown” se ha convertido en un dogma entre los juristas. RICHARD FALLON, uno de los constitucionalistas más minuciosos e imparciales, escribió en 2018 que “la mayoría de quienes examinaron la evidencia concluyeron que el significado contextual original permitía la existencia de las escuelas segregadas”¹⁰⁶. La frase de FALLON “significado contextual original” es su forma de expresar lo que la mayoría de los académicos denomina “significado público original”. Pero, de hecho, no hay trabajos académicos de los que tenga conocimiento (y no hay evidencia que sea citada por FALLON¹⁰⁷) que demuestren que el significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades sea consistente con la segregación, dados los hechos como son (opuestos a las

¹⁰⁶ FALLON, *Law and legitimacy in the Supreme Court*, p. 52.

¹⁰⁷ La única excepción prominente es McCONNELL, *Originalism and the desegregation decisions*, “Virginia Law Review”, vol. 81, n° 4, 1995, p. 1881 y 1885 a 1893; FALLON, *Law and legitimacy in the Supreme Court*, p. 186, n° 21. También, KLARMAN, *Brown, originalism, and constitutional theory: a response to professor McConnell*, “Virginia Law Review”, vol. 81, n° 7, 1995, p. 1889. FALLON no estaba solo aquí. Como WILLIAM ESKRIDGE observaba: “El consenso entre profesores de Derecho es que Brown es difícil de defender mediante fundamentos originalistas” [ESKRIDGE (JR.), *Original meaning and marriage equality*, “Houston Law Review”, vol. 52, n° 4, 2015, p. 1067 a 1088]. (Por otro lado, ESKRIDGE mismo no acompañaba el consenso). El punto aquí es que este consenso está basado en el trabajo de KLARMAN que no trataba el originalismo del significado público. Puede haber consenso en que “Brown” es inconsistente con el significado público original de la Decimocuarta Enmienda, pero en realidad la literatura sobre la cual se basa el consenso no hace alusión a la cláusula de los privilegios o inmunidades. Parece probable que FALLON no conociera el trabajo de JOHN HARRISON sobre la cláusula de los privilegios o inmunidades que precede el debate entre McCONNELL y KLARMAN. Ver HARRISON, *Reconstructing the privileges or immunities clause*, “Yale Law Journal”, vol. 101, 1992, p. 1385, 1462 y 1463. La discusión de FALLON está enmarcada en los términos de la cláusula de igual protección y ni siquiera menciona la cláusula de los privilegios e inmunidades. Ver FALLON, *Law and legitimacy in the Supreme Court*, p. 52. FALLON no discute otros trabajos, incluyendo a CALABRESI - PERL, *Originalism and Brown v. Board of Education*, “Michigan State Law Review”, 2014, n° 3, p. 429, 436 y 437, pero es posible que FALLON conociera este trabajo y no lo considerara “destacado”.

creencias falsas de 1868). Nos permitimos afirmarlo una vez más: el artículo de KLARMAN no provee ningún argumento que demuestre que “Brown” es inconsistente con el significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades. Ni uno. Nada. Cero¹⁰⁸.

Tal vez KLARMAN pueda ser disculpado por su fracaso al entender el estado de la teoría originalista en 1995. Esperamos que así sea, porque éramos igual de ignorantes. En nuestro caso, no estamos seguros de poder invocar una defensa por negligencia disculpable. Si nos hubiéramos molestado en leer los textos clave, habríamos tomado conocimiento del giro hacia el significado público. Dado que enseñábamos derecho constitucional, la negligencia es difícil de disculpar. Sea como sea, ya no hay excusa para la creencia de que el artículo de KLARMAN de 1995 demostró que “Brown v. Board” es inconsistente con el significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades. Una creencia tal solo podría ser el resultado de negligencia epistémica. Indudablemente, hay más para decir sobre el tema, pero todavía es una cuestión que deberá ser argumentada en el futuro que

¹⁰⁸ Esto no significa que la evidencia de KLARMAN no tiene soporte en el significado público original de la Decimocuarta Enmienda. La evidencia de que el público se oponía a la integración es una evidencia secundaria de que el público hubiera esperado que la aplicación de la cláusula de los privilegios e inmunidades invalidaría la segregación en colegios públicos. No es evidencia muy fuerte, porque parece poco probable que los miembros del público de hecho tuvieran expectativas determinadas en un sentido u otro con respecto a este asunto. Las expectativas son estados mentales, y no hay evidencia que yo conozca sobre la existencia de tales estados mentales con respecto a la aplicación de la cláusula de los privilegios e inmunidades a la segregación escolar. Parece mucho más probable que la mayoría de los miembros del público no tenían una posición con respecto a esta pregunta –simplemente porque no habían pensado sobre este asunto del todo–. Más aún, las creencias originales sobre la aplicación esperada no constituyen el significado público original; aquellas no son obligatorias. Las creencias originales sobre la aplicación esperada, no obstante, sí proveen evidencia que es relevante para el significado público original. Por ejemplo, si una disposición constitucional es ambigua y una interpretación es consistente con las expectativas de aplicación, la otra no lo es, entonces las expectativas son evidencias en favor de la interpretación con la que son consistentes. Pero, para que funcione el argumento, KLARMAN necesita proporcionar un abordaje del contenido comunicativo de la cláusula de los privilegios e inmunidades que incluya una ambigüedad, demostrar la existencia de las expectativas de aplicación y después demostrar que esta evidencia apoya la desambiguación que es inconsistente con la posición en “Brown”. La distinción entre expectativas originales y significado original fue articulada por primera vez en GREENBERG - LITMAN, *The meaning of original meaning*, “Georgia Law Journal”, vol. 86, 1998, p. 569, 573 y 574; ver también, SOLUM, *Incorporation and originalist theory*, “Journal of Contemporary Legal Issues”, vol. 18, 2009, p. 414.

“Brown v. Board” sea inconsistente con el significado público original de la cláusula de los privilegios o inmunidades.

Demos un paso atrás. Nuestra investigación sobre las posibles implicancias de la cláusula de los privilegios o inmunidades para la igualdad de género y la segregación reveló un hecho sorprendente: ¡las personas que redactaron y ratificaron dicha disposición podrían sorprenderse por sus aplicaciones! Pero ¿cómo es que las aplicaciones sorprendentes son posibles? Cualquiera que haya redactado una norma o una directiva conoce bien el fenómeno de las consecuencias no intencionales. La norma o directiva se redacta en un papel y uno piensa que conoce cuáles serán sus efectos; pero entonces uno se enfrenta con un caso que no había anticipado, y en ese momento advierte que la norma provoca algo que no había anticipado y que a uno no le gusta. Si pudiera hacerlo otra vez, escribiría la norma de otra forma.

El problema de las consecuencias no intencionales se alza imponente una vez que tomamos en cuenta los hechos. La regla se escribe para los hechos de hoy, pero los de mañana son diferentes. Se escribe la regla de acuerdo con las creencias sobre los hechos, pero resulta que el autor estaba equivocado, los hechos no son como él creía. Y, por ello, la misma regla que uno escribió tiene consecuencias no intencionales, es decir, consecuencias que uno no imaginó al escribirla. Esto es especialmente cierto en los casos en que se trata de una regla escrita en lenguaje muy general y abstracto. Consideremos otra vez el texto de la cláusula de los privilegios o inmunidades: “Ningún Estado sancionará o aplicará una ley que limitare los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos”¹⁰⁹. ¿Es de extrañar que una redacción tan poderosa pudiera producir consecuencias no intencionales, teniendo en cuenta las cambiantes circunstancias y creencias sobre los hechos a los que la cláusula será aplicada?

Pero ¿qué ocurriría si “Brown v. Board” no pudiera ser justificada con argumentos originalistas? La pregunta parece simple y, por ello, parece conducir a una respuesta simple: si “Brown v. Board” es inconsistente con el originalismo, entonces el originalismo está obviamente equivocado. Pero no tan rápido. La segregación racial era consistente con la comprensión de la Corte Suprema de las circunstancias y valores durante unos setenta años: si la doctrina de la Constitución viviente nos dio “Plessy”, entonces ¿qué? De nuevo, una pregunta

¹⁰⁹ Constitución de los Estados Unidos, art. IV, cláusula 2.

simple sugiere una respuesta simple: la doctrina de la Constitución viviente sería obviamente incorrecta. Los lectores perspicaces habrán advertido que estamos en una pendiente resbaladiza, pues toda teoría constitucional puede conducir a resultados inaceptables en algunas circunstancias. La doctrina de la Constitución viviente respalda los resultados producidos por las circunstancias y valores contemporáneos, tal como son entendidos por los jueces de la Corte Suprema en el momento en que un caso particular es decidido. Una Corte que adhiera a esa doctrina y que crea en la segregación correrá del medio la Decimocuarta Enmienda en nombre de las circunstancias y valores contemporáneos. De hecho, el argumento de KLARMAN sobre “Brown v. Board” provee una crítica devastadora a la doctrina de la Constitución viviente, aun cuando haya fracasado en utilizar el originalismo del significado público. Honestamente, esa sorpresa sí que no la vimos venir.

Estos puntos pueden sonar obvios ahora para algunos lectores, pero de todos modos parecerán sorprendentes para muchos críticos del originalismo que tienden a afirmar: “¿Originalismo? ‘Brown v. Board’. ¡Jaque mate!”. Sorprendentemente, sin embargo, la partida no ha terminado. Sería más apropiado decir que, en verdad, recién ha comenzado.

5) *¡Eso no es originalismo! ¿O sí lo es?* En este punto, algunos lectores pueden estar en estado de *shock*. Según parece, estamos sugiriendo que sus “preconcepciones” sobre el originalismo estaban equivocadas. No solo un poco, sino real, verdadera y profundamente equivocadas. Adicionalmente, el originalismo podría tener implicancias sorprendentes, algunas de las cuales podrían ser progresistas o liberales si se las juzgara desde el punto de vista actual. Una reacción posible frente a esta situación podría consistir en afirmar lo siguiente:

Bueno, la teoría de la que usted habla no está tan mal, pero eso no es lo que entiendo por “originalismo”. El “originalismo” responde a la pregunta “¿qué es lo que James Madison haría?”. El “originalismo” produce resultados a los que me opongo. El “originalismo” es una ideología conservadora. No me confunda estipulando una nueva definición de “originalismo”. Yo podría estar de acuerdo con la idea de que los jueces deben respetar el significado público del texto constitucional. ¿No podríamos darle otro nombre a esa concepción? Tal vez “constitucionalismo viviente moderado” o “nuevo textualismo” o “constitucionalismo de sentido común”. Todos mis amigos son antioriginalistas. No me gustaría quedar en el lugar de tener que explicar por qué simpatizo con el “originalismo”. Necesito ser capaz de decir: “El originalismo es una teoría loca”.

Si esa fuera la posición del lector, deberán creernos si decimos que la entendemos. La sugerencia del profesor MICHAEL DORF de que el originalismo necesita un nuevo nombre nos parece tentadora¹¹⁰. Pero, al final del día, consideramos que una movida tal sería simplemente deshonesta y no engañaría a nadie por demasiado tiempo. La corriente central del originalismo ha sido la del significado público por más de treinta años. Ya es demasiado tarde para actuar de otra manera.

§ 6. **JUSTIFICACIONES SORPRENDENTES**

Si todavía el lector continúa su lectura hasta este punto, podría verse asaltado por el siguiente pensamiento:

Entiendo que el originalismo no es tan malo, pero ¿por qué debería importarme? Asumamos, por mor de la argumentación, que el originalismo tiene sentido como teoría y que conduce a resultados que son buenos en algunos casos y malos en otros. A la doctrina de la Constitución viviente también le ocurre lo mismo. Y no veo cómo es que el originalismo produciría los resultados que prefiero en cuestiones que me importan mucho. ¿Qué hay de “Obergefell”¹¹¹ y el derecho al matrimonio? ¿Qué hay de “Roe v. Wade”¹¹² y el derecho a decidir? Los constitucionalistas vivientes apoyaron esas decisiones y los originalistas se opusieron a ellas. ¿Por qué no debería adherir a una teoría constitucional que le permite a la Corte Suprema alcanzar resultados progresistas (o liberales) sobre las cuestiones que me importan?

En efecto, muchos de nosotros podríamos ser “votantes con una única preferencia relevante” cuando se trata de teoría constitucional. Si tenemos un único tema que nos preocupa profundamente, la tentación es elegir la teoría constitucional que produce “el resultado correcto” sobre esa cuestión en particular. O, quizás, el lector podría unirse a una coalición de grupos cada uno de los cuales se preocupa especialmente por una única cuestión y entonces se articula con los otros persiguiendo la designación de jueces que promoverán la agenda de la coalición. ¿Por qué el derecho constitucional no podría ser el resultado de la acción de movimientos sociales que persiguen fines políticos?¹¹³. Esta pregunta sobre el originalismo plantea pun-

¹¹⁰ DORF, *Advice to conscientious originalists: rebrand*, “Dorf on Law”, 13/4/2017.

¹¹¹ “Obergefell v. Hodges”, 135 S. Ct. 2584 (2015).

¹¹² “Roe v. Wade”, 410 US 113 (1973).

¹¹³ Para ejemplos de discusiones académicas de la relación entre cambio constitucional y movimientos sociales, ver NEJAIME, *Constitutional change, Courts*,

tos importantes, pero, nuevamente, las respuestas pueden parecer sorprendivas.

a) *UN EXPERIMENTO MENTAL: “MALOS” CONSTITUCIONALISTAS VIVIENTES.* Comencemos con el siguiente experimento mental:

Imaginemos una Corte Suprema que adoptó abiertamente una forma de constitucionalismo viviente: todos los jueces creen que las cuestiones constitucionales deben ser resueltas sobre la base de “valores constitucionales”, esto es, sus creencias fundamentales sobre los principios de moralidad que deberían gobernar la sociedad. Imaginemos ahora que la Corte está integrada por jueces con cuya ideología el lector está en desacuerdo. Si el lector es demócrata, imagine una Corte compuesta por nueve jueces republicanos muy conservadores. Si el lector es republicano, imagine nueve jueces demócratas muy liberales. Ellos deciden según sus valores en los casos constitucionales y el lector no está de acuerdo con esos valores. Desde la perspectiva del lector, son “malos” constitucionalistas vivientes.

¿Este experimento pone nervioso al lector? El lector está a favor del derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, pero la Corte Suprema está compuesta por nueve jueces que piensan que el embrión tiene derecho a que su subsistencia no sea interrumpida. Sostienen, por lo tanto, que las leyes estatales que permiten el aborto violan la Constitución porque infringen el derecho constitucional a la vida de la persona por nacer. El lector está a favor de modificar las normas que regulan el financiamiento de las campañas electorales, pero la Corte Suprema decide que la Constitución reconoce un derecho absoluto a hacer donaciones anónimas y sin límite cuantitativo a los candidatos.

O, desde el otro lado del clivaje ideológico, el lector cree en el derecho a portar armas, pero la Corte Suprema decide que la legislación de los Estados que permite la tenencia particular de armas de fuego de cualquier clase viola la cláusula del debido proceso porque priva a las personas de su vida sin debido proceso de ley. El lector cree que la decisión de un sacerdote o rabino de celebrar una ceremonia de matrimonio puede razonablemente limitarse a aquellos supuestos que estén permitidos por la doctrina religiosa de la fe a la que pertenezca el oficiante. Pero la Corte Suprema decide que quienes offician un matrimonio, sean religiosos o seculares, deben

and social movements, “Michigan Law Review”, vol. 111, n° 6, 2013, p. 877; BALKIN - LEVINSON, *Understanding the constitutional revolution*, “Virginia Law Review”, vol. 87, n° 6, oct. 2001, p. 1045, y *Principles, practices, and social movements*, “University of Pennsylvania Law Review”, vol. 154, n° 4, 2006, p. 927.

realizar la ceremonia para todos los que la solicitan, con independencia de la fe, estado civil previo o preferencias sexuales de los contrayentes.

El experimento mental podría conducir a la siguiente reflexión:

No deseo que jueces con valores opuestos a los míos los conviertan en derecho constitucional. Solo estoy a favor de la doctrina de la Constitución viviente cuando los valores de los jueces coinciden con los míos. Estoy dispuesto a conceder que el originalismo no es una mala idea en ocasiones, pero solo cuando la Corte está controlada por jueces que no comparten mis valores, es decir, “malos” constitucionalistas vivientes.

¿Funcionaría esta propuesta? ¿Puede haber una jurisprudencia constitucional estable que descanse en un doble estándar, es decir, un conjunto de reglas para los amigos y otro para los enemigos?

b) *LOS RIESGOS DE LA POLITIZACIÓN*. Este doble estándar, “constitucionalismo viviente para nosotros, originalismo para los demás”, plantea el problema de que “los demás” no lo aceptarán por mucho tiempo. Sería irracional cumplir con el Estado de derecho mientras el partido del lector controla la Corte si el otro grupo no lo respetará una vez que tome el poder. Por supuesto, este es un ejemplo de lo que, en la teoría de los juegos, se llama “dilema del prisionero”¹¹⁴. La respuesta racional al dilema se denomina “tit por tat”, pero existe un problema con las represalias. Lo que una persona piensa que es una respuesta proporcionada, la otra lo verá probablemente como una escalada. Una vez que comienza la espiral de la politización, es muy difícil que termine.

Por supuesto, la doctrina de la Constitución viviente puede tratar de disfrazarse, escondiendo el rol de las creencias personales de los jueces sobre cuestiones valorativas detrás de una cortina de frases hechas, adagios y muletillas jurídicas. Pero, en algún momento, los senadores y los presidentes se darán cuenta y comenzarán a subir las apuestas. Cuando un partido controle tanto la presidencia como el Senado, designará a correligionarios de paladar negro que seguramente votarán de acuerdo con sus preferencias ideológicas. Cuando se esté en un supuesto de gobierno dividido, el Senado puede negarse a confirmar a los jueces propuestos por el presidente, simplemente congelando el proceso de confirmación hasta la próxima elección. En tal caso, la integración de la Corte podría caer de nueve a ocho, o incluso

¹¹⁴ SOLUM, *Legal theory lexicon 007: the prisoners’ dilemma*, “Legal Theory Lexicon”, 13/4/2017.

a siete o seis, el número mínimo con el que se forma el *quorum* en el tribunal¹¹⁵. ¿Qué pasaría si se redujera a cinco? Las cosas seguirían igual, con las Cámaras Federales de Apelación y los Superiores Tribunales de Justicia de los Estados funcionando como los tribunales que efectivamente tienen la última palabra para resolver cuestiones constitucionales.

En un mundo con una Corte Suprema sumamente politizada, sería tonto para un partido que controla la presidencia y el Congreso nominar candidatos que antepongan los precedentes o el texto constitucional a la ideología. En un contexto de polarización electoral y con una Corte Suprema politizada, la oportunidad de asegurarse una mayoría por décadas es demasiado tentadora para dejarla pasar. El candidato ideal para ser juez sería un ideólogo comprometido menor de cuarenta años.

Pero hay más fintas y contrafintas. Si un partido tuviera éxito en designar nueve ideólogos en la Corte que servirían por cuarenta años o más, el otro partido puede aumentar el tamaño de la Corte Suprema de nueve a diecinueve miembros, creando una mayoría de diez sobre nueve para sus propios partidarios. ¿Por qué detenerse allí? Una vez que el otro partido gana la mayoría, agregará tantos cargos como sean necesarios para recuperar el control del tribunal. No hay un punto que sirva para detener este juego: ¿por qué no una Corte con noventa y nueve miembros? Nos permitimos repetirlo: una vez que empieza, el descenso por la espiral de la politización es difícil de detener.

El lector podría decir que estamos describiendo una amenaza hipotética. ¿Pero no es obvio que ella ya se ha materializado? Los republicanos bloquearon a MERRICK GARLAND. Estamos seguros de que el lector conoce cómo los demócratas responderán si vuelven a controlar el Senado: ninguna propuesta de un presidente republicano será considerada. Y la propuesta de ampliar la composición de la Corte ya fue sugerida. He aquí un ejemplo:

Es imposible saber cuándo los demócratas podrían recuperar el control de todo el gobierno de los Estados Unidos. Pero asumiendo que la democracia sobreviva la estresante prueba que le impone la presidencia de Trump, los demócratas estarán en la misma posición de poder en la que están los republicanos hoy. Cuando lo estén, deberían estar preparados para sancionar una ley aumentando la integración de la Corte de nueve a once y para com-

¹¹⁵ Supreme Court, R. 4.

pletar luego esos dos cargos con los liberales más extremos del Poder Judicial federal¹¹⁶.

Otro ejemplo:

No sería sabio para los demócratas descartar algún curso de acción. Deberían ser cuidadosos para no destruir el poder de revisión judicial sin una buena causa. Pero, si republicanos desesperados intentaran establecer una retaguardia antidemócrata en la Corte Suprema antes de abandonar el gobierno, los demócratas deberían tener disponibles todas las opciones¹¹⁷.

Detengámonos un momento para pensar sobre esta propuesta. Se está considerando seriamente “destruir el poder de revisión judicial”. ¿Alguien cree que la ampliación de la composición de la Corte por los demócratas será el último paso? ¿No es completamente implausible pensar que los republicanos no responderán cuando tengan la oportunidad? El fondo del descenso por la espiral de la politización no es un lugar ameno. Dejamos al lector que imagine el “desfile de monstruos” que habrá allí. Estamos seguros de que podrá imaginar algo lo suficientemente horrible.

c) *LA PROMESA DEL ORIGINALISMO IMPERFECTO*. Una Corte Suprema que se ve a sí misma como limitada por el texto constitucional reduce lo que está en juego. Reemplazar a un juez moderado, que solía ser decisivo en la formación de mayorías, no provocará una batalla por el futuro constitucional de la República. El significado original del texto constitucional conducirá a resultados mixtos, conservadores, libertarios, liberales y progresistas. Como quedará claro que el cambio constitucional ya no podrá producirse a través de doctrinas constitucionales impuestas pretorianamente, que no son otra cosa que reformas constitucionales disfrazadas, los movimientos sociales y las propuestas de reforma constitucional deberían volver a poner su energía en el procedimiento formal de enmiendas. El originalismo puede no ser una primera opción, la cual podría ser una Corte Suprema de guardianes platónicos que están de acuerdo con la ideología del lector, pero sí puede ser la segunda mejor opción de todos.

Necesitamos ser realistas. Supongamos que la Corte está integrada mayormente por jueces originalistas que creen que están limitados por el significado original del texto constitucional y que tienen

¹¹⁶ FARIS, *How democrats can make republicans pay for justice Gorsuch*, “The Week”, 20/3/2017.

¹¹⁷ LEMIEUX, *Democrats: prepare to pack the Supreme Court*, “The New Republic”, 10/5/2018.

una obligación de trabajar duro para descubrirlo en los casos difíciles. Estos jueces intentan no caer en la tentación de un razonamiento motivado. Pero no son perfectos. El mundo de la neutralidad judicial perfecta es seguramente una “torta en el cielo”¹¹⁸. Algún desliz es probablemente inevitable. Indudablemente habrá casos en los que los valores de los jueces influirán sus conclusiones sobre el significado original. Pero cuando comparamos los enfoques imperfectos del originalismo y los de la doctrina de la Constitución viviente, el resultado de la comparación es obvio. El originalismo imperfecto es mejor que un descenso en la espiral de la politización que termina en la destrucción del Estado de derecho.

Una cosa más, nuestra sensación es que algunos críticos de la teoría constitucional originalista la equiparan con las decisiones de los jueces ANTONIN SCALIA y CLARENCE THOMAS, y en un futuro cercano con el juez GORSUCH. Esta identificación del originalismo con las decisiones de tres jueces es problemática en muchos niveles, comenzando por el hecho de que los jueces que integran un tribunal colegiado dominado por constitucionalistas vivientes (conservadores y liberales) no podrán, como cuestión práctica, escribir opiniones originalistas en todos los casos. En muchos casos constitucionales, ninguno de los escritos de las partes utiliza un análisis originalista. Al mismo tiempo, la academia todavía debe proveer información, en la forma de trabajos originalistas de alta calidad, sobre muchas cuestiones constitucionales, tanto teóricas como metodológicas. Cuando nos referimos a la promesa de un originalismo imperfecto, no deseamos sugerir que dicha promesa ya está cumplida o que ANTONIN SCALIA fue el arquetipo de virtud originalista.

d) *ESPEREN, HAY MÁS*. El riesgo de la politización es una justificación para el originalismo, pero hay otras también¹¹⁹. El originalismo es coherente con los valores del Estado de derecho: estabilidad, con-

¹¹⁸ La frase es de JOE HILL, *The preacher and the slave*:

“You will eat, bye and bye,
In that glorious land above the sky;
Work and pray, live on hay,
You’ll get pie in the sky when you die”.

[Vas a comer, adiós y adiós,/ en esa gloriosa tierra sobre el cielo,/ trabajar y rezar, vivir de heno,/ vas a recibir torta en el cielo cuando mueras].

¹¹⁹ El caso del originalismo se examina en SOLUM, *The constraint principle: original meaning and constitutional practice* (manuscrito no publicado, 24/3/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).

sistencia, certeza, publicidad y uniformidad del derecho. La doctrina de la Constitución viviente tiende a socavar esos valores especialmente en una Nación sumamente dividida por líneas ideológicas, en las que el control del Senado y la presidencia puede cambiar de manos en cada elección. Si la Corte Suprema estuviera dividida de manera pareja, con cuatro liberales y cuatro conservadores, entonces el reemplazo del noveno juez podría conducir a cambios impredecibles en el derecho constitucional. Cualquier cambio de criterio de ese noveno juez podría ser especialmente dañino para la estabilidad del derecho. Lo que es más, una Corte sumamente dividida es probable que produzca decisiones que sean el resultado de negociaciones, y que mostrarán un razonamiento incoherente, provocando incluso que abogados muy entrenados tengan dificultades serias para decir cuál es el derecho en un momento determinado.

Otra línea de argumentos en favor del originalismo se basa en la legitimidad. La legitimidad democrática es una cuestión de grado, no un blanco o negro. La decisión de cuestiones constitucionales sobre la base del significado original del texto no es perfecta: algunas partes de la Constitución son muy antiguas y fueron adoptadas por procedimientos que excluían a mujeres, esclavos y otros. Pero darle la autoridad de modificar la Constitución a una mayoría de cinco sobre un comité de nueve miembros que sirven en su cargo de por vida es mucho peor. Por cierto, los miembros de la Corte no son demasiado representativos de los Estados Unidos actuales. Por un lado, se trata de un grupo que solo incluye graduados de las facultades de Derecho de Harvard y Yale. Por otro, no incluye a miembros de muchos grupos importantes. Si el sufragio se limitara a ciudadanos semejantes a los jueces de la Corte Suprema, no tendríamos una democracia en ningún sentido aceptable del término.

Adicionalmente, darles a los jueces el poder de crear derecho es inconsistente con visiones ampliamente aceptadas respecto de cuál es la función legítima del Poder Judicial; es por ello que ningún nominado admitirá que cree tener la autoridad para dejar sin efecto el significado original del texto constitucional. Incluso un defensor del originalismo viviente dirá probablemente que “todos somos originalistas ahora”¹²⁰. Los juristas pueden escribir artículos en los que

¹²⁰ Ver INGRAM, *On day 2, Kagan tries to appease republicans*, “National Law Journal”, 30/6/2010 (“En algunas ocasiones se basan en reglas muy específicas. En algunas ocasiones se basan en principios amplios. De cualquier manera, nosotros aplicamos lo que ellos intentaron hacer. En ese sentido, todos somos originalistas”).

abiertamente argumenten que la Corte Suprema no está atada al texto de la Constitución¹²¹, pero esta posición es inconsistente con cualquier concepción ampliamente aceptada sobre la función legítima de los jueces. Esto conduce a otro problema para el constitucionalismo viviente. Dado que un juez que adhiera a la doctrina de la Constitución viviente desearía preservar su legitimidad, es probable que disfrace las verdaderas razones de sus decisiones. El originalismo conduce a la transparencia, pero el constitucionalismo viviente tiende a producir el resultado opuesto, una jurisprudencia de engaño y negación.

He aquí un último experimento mental:

En tiempos de crisis nacional, un presidente popular convence a la Nación de convocar a una Convención Constituyente. Elude el procedimiento del art. V y, en cambio, consigue que el Congreso sancione una ley ordinaria que lo autoriza a nominar a los miembros de la Convención, sujeto a confirmación del Senado. Esa ley fue aprobada rápidamente por el Senado y la Cámara de Representantes. Para asegurar una acción efectiva, la Convención tiene solo nueve representantes y sus enmiendas tienen vigencia inmediata, sin necesidad de ratificación de los Estados.

Nueve representantes a la Convención son nominados y confirmados. Cinco provienen del partido del presidente y cuatro de la oposición. Todos son graduados de las facultades de Derecho de Harvard y Yale. Hay cinco católicos romanos, tres judíos, un protestante, una latina y un afroamericano. Cuarenta y cinco Estados no están representados en la Convención. No hay asiáticos ni nativos americanos. No hay nadie del Sur o de Estados fronterizos. Nadie del Noroeste del Pacífico, Alaska ni Hawái. Ninguna de estas personas tuvo otro trabajo fuera del de abogado, juez o profesor de Derecho.

Se asume que la Convención dejará de sesionar luego de acordar las enmiendas, pero sus miembros no pueden ponerse de acuerdo con el texto. Parece que han asumido cargos de por vida. En lugar de enmiendas, a veces emiten decretos que resuelven asuntos particulares. En algunas ocasiones, esos decretos son muy específicos: deciden una elección presidencial disputada, pero no elaboran una regla para las elecciones futuras. Otras veces, sus decretos son amplios: emiten reglas para los interrogatorios de la policía que incluyen la fórmula que los policías deben pronunciar antes de comenzar. Parecen ser zigzagueantes. Un año crean un derecho al aborto, pero algunos años después decretan que las restricciones razonables al aborto son admisibles. Los Estados pueden criminalizar la quema de una bandera nacional un año, pero luego la Convención cambia de parecer. Algunas veces, no pueden ponerse de acuerdo con el texto del decreto, y entonces dos o tres grupos emiten decretos inconsistentes. Los críticos se quejan, pero el presidente instruye a todos los departamentos del gobierno nacional que cumplan con los decretos de la Convención Constituyente permanente.

¹²¹ STRAUSS, *The living Constitution*.

¿Satisface esta forma de decisión el Estado de derecho? ¿Puede una Convención Constituyente perpetua de nueve miembros poseer legitimidad democrática? ¿Diría el lector que esta Convención tiene la experiencia y el conocimiento para representar al pueblo de los Estados Unidos en su conjunto? Una pregunta final: ¿es muy diferente una Corte Suprema que adhiera a la doctrina del constitucionalismo viviente de esta perpetua Convención constitucional?

El originalismo es imperfecto. La doctrina de la Constitución viviente, también. Y estamos seguros de que muchos oponentes al originalismo dirán que nuestra presentación del constitucionalismo viviente es una caricatura. Los académicos afirmarán que no discutimos versiones sofisticadas de dicha doctrina elaboradas por varios profesores de Derecho. Estas últimas incluyen teorías denominadas “constitucionalismo del *common law*”¹²², “pluralismo constitucional”¹²³ y “lectura moral”¹²⁴. El truco que estas teorías intentan presentar es dar a la Corte Suprema el poder de dejar sin efecto el significado original de la Constitución sin por ello transgredir los límites del Estado de derecho y la legitimidad democrática. No es fácil alcanzar esta hazaña. Somos escépticos de la idea de que decirle a la Corte que realice una lectura moral del texto constitucional proveerá alguna restricción significativa¹²⁵. Dudamos respecto de la capacidad del

¹²² DAVID, *Strauss, the living Constitution*; STRAUSS, *Foreword: Does the Constitution mean what it says?*, “Harvard Law Review”, vol. 129, n° 1, 2015, p. 31 a 57.

¹²³ GRIFFIN, *Pluralism in constitutional interpretation*, “Texas Law Review”, vol. 72, 1994, p. 1753.

¹²⁴ FLEMING, *Fidelity to our imperfect Constitution. For moral readings and against originalisms*; DWORKIN, *Law’s empire*; ver también, DWORKIN, *Freedom’s law: the moral reading of the american Constitution*, y *A matter of principle*.

¹²⁵ DWORKIN claramente afirma que él considera que la lectura moral de la Constitución puede anular el texto constitucional: “[La declaración de LAURENCE TRIBES del rol constrictivo del texto constitucional] es una declaración más fuerte de fidelidad textual que la que yo [DWORKIN] apoyaría, porque, como dije, los precedentes y la práctica pueden con el tiempo, en principio, reemplazar incluso piezas básicas de datos interpretativos como el texto de la Constitución cuando no se puede encontrar una manera de reconciliarlos a todos en una interpretación constructiva global” (DWORKIN, *The arduous virtue of fidelity: originalism, scalia, tribe, and nerve*, “Fordham Law Review”, vol. 83, n° 5, 2015, p. 1259 y 1260). El enfoque de DWORKIN de lecturas morales permite a los jueces adoptar la “interpretación constructiva” del texto constitucional que hace del derecho constitucional “el mejor que puede ser” –y este método requiere que los jueces se basen en sus creencias morales–.

método del *common law* de ofrecer restricciones sustanciales a las visiones políticas de los jueces¹²⁶. Sospechamos que la afirmación de que los jueces que consideran el texto, la historia, la estructura, los precedentes, los valores constitucionales y los factores pragmáticos no terminarán por mezclar sus propias ideologías entre los métodos de interpretación¹²⁷. En síntesis, no estamos convencidos de que la doctrina de la Constitución viviente encuadre dentro del Estado de derecho y la legitimidad democrática, pero estamos preparados para estar sorprendidos¹²⁸.

El argumento completo de que el complejo y cambiante enfoque de DWORKIN no tiene restricciones no puede ser desarrollado en esta ocasión. Ver, en general, SOLUM, *The constraint principle, original meaning and constitutional practice* (manuscrito no publicado, 24/3/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).

¹²⁶ Los defensores del constitucionalismo del *common law* podrían argumentar que el precedente y la doctrina de *stare decisis* proveen suficientes restricciones, pero la explicación de STRAUSS sobre la fuerza del precedente deja en claro que estas restricciones son débiles: “Las disposiciones del texto de la Constitución son, en una primera aproximación, tratadas más o menos de la misma manera como los precedentes en un sistema de *common law*. Los efectos de las disposiciones constitucionales no quedan fijados al momento de su adopción –o, para lo que interesa–, en ningún otro momento. En cambio, como los precedentes, las disposiciones son expandidas, limitadas, calificadas, reconcebidas, relegadas o ignoradas, dependiendo de lo que viene después: subsecuentes decisiones y en las consideraciones sobre la dirección en la cual el derecho debe desarrollarse” (STRAUSS, *Foreword: Does the Constitution mean what it says?*, “Harvard Law Review”, vol. 129, n° 1, 2009, p. 1 a 57). STRAUSS no ofrece abordaje alguno sobre la fuerza de las restricciones del precedente en este artículo. Tampoco hace mención de la doctrina de *stare decisis*. Pero, como el pasaje citado demuestra, STRAUSS deja en claro que los precedentes pueden ser “expandidos, limitados, calificados, reconcebidos, relegados al fondo, o ignorados, dependiendo [...] de consideraciones sobre la dirección en la cual el derecho debe desarrollarse” (el destacado nos pertenece).

¹²⁷ El pluralismo constitucional permite a los jueces considerar varios factores, incluyendo texto, historia, estructura, trabajabilidad y valores constitucionales (la lista varía). Ya que el pluralismo niega que haya alguna jerarquía dentro de los factores, las decisiones usando este método pueden justificarse en tanto y en cuanto uno de esos factores apoye ese resultado. Si los valores constitucionales están en esta lista y dado que la identidad, fuerza y prioridad de los valores constitucionales inevitablemente van a ser influidos por la moral y los puntos de vista políticos de los jueces, este enfoque no provee restricciones de importancia.

¹²⁸ Para ampliar en las comparaciones entre el originalismo de significado público y varias formas de constitucionalismo viviente, ver SOLUM, *The constraint principle, original meaning and constitutional practice* (manuscrito no publicado, 24/3/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).

§ 7. **CONCLUSIÓN: UNA MENTE ABIERTA**

Los originalistas contemporáneos se concentran en el significado público del texto constitucional y no en las preferencias políticas de sus autores. Una jurisprudencia originalista conduciría a resultados mixtos, es decir, conservadores, liberales, progresistas y libertarios, si el significado original de la Constitución fuera completamente implementado. Las justificaciones para el originalismo pueden ser atractivas para un amplio campo en el espectro político; la mayoría de los estadounidenses creen que el Estado de derecho y la legitimidad democrática son importantes valores políticos. Pocos de ellos tolerarían una Corte Suprema completamente politizada.

¡Originalismo! Es una teoría sorprendente. Tiene implicancias sorprendentes. Y está fundado en justificaciones sorprendentes. Nuestro objetivo en este artículo y en la Conferencia Regula sobre el que está basado no es el de persuadir al lector de volverse originalista. Nuestra visión sobre el originalismo está fuertemente atrincherada y es difícil de modificar. Nuestra conversión desde el constitucionalismo viviente al originalismo comenzó en los años 90 y no terminó sino hasta unos diez años después. Las conversiones llevan tiempo. Eso sí, esperamos haberlos sorprendido. Y si lo están, entonces, tal vez, podrán acercarse al originalismo con curiosidad y con mente abierta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, LARRY, "Simple-minded originalism", en HUSCROFT, GRANT - MILLER, BRADLEY W. (eds.), *The challenge of originalism. Theories of constitutional interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- BAILEY, ALISON, *The unlevel knowing field: an engagement with Dotson's third-order epistemic oppression*, "Social Epistemology Review and Reply Collective", vol. 3, n° 10, 2014, p. 62 a 68, <http://wp.me/p1Bfg0-1Gs> [<https://perma.cc/5A9Q-RC2X>].
- BALKIN, JACK M., *Living originalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.
- "Wrong the day it was decided": *Lochner* and constitutional historicism, "Boston University Law Review", vol. 85, n° 5, 2005, p. 677 a 725.
- BALKIN, JACK M. - LEVINSON, SANFORD, *Understanding the constitutional revolution*, "Virginia Law Review", vol. 87, n° 6, oct. 2001, p. 1045 a 1104.
- BALKIN, JACK M. - SIEGEL, REVA B., *Principles, practices, and social movements*, "University of Pennsylvania Law Review", vol. 154, n° 4, 2006, p. 927 a 950.
- BARNETT, RANDY E., *Restoring the lost Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

- BATE, WALTER J., *Samuel Johnson*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1975.
- BERGER, RAOUL, *Government by judiciary*, Indianapolis, Liberty Fund, 1997.
- BREST, PAUL, *The fundamental rights controversy: the essential contradictions of normative constitutional scholarship*, "Yale Law Journal", vol. 90, n° 5, 1981, p. 1063 a 1109.
- *The misconceived quest for the original understanding*, "Boston University Law Review", vol. 60, 1980, p. 204 a 238.
- BRUNER, CHRISTOPHER M., *The changing face of money*, "Review of Banking & Financial Law", vol. 30, n° 1, 2010, p. 383 a 406.
- CALABRESI, STEVEN G. - PERL, MICHAEL W., *Originalism and Brown v. Board of Education*, "Michigan State Law Review", 2014, n° 3, p. 429 a 573.
- CALABRESI, STEVEN G. - PRAKASH, SAIKRISHNA B., *The president's power to execute the laws*, "Yale Law Journal", vol. 104, n° 3, 1994, p. 541 a 665.
- CALHOUN, JOHN, *Measuring the fortress: explaining trends in Supreme Court and Circuit Court dictionary use*, "Yale Law Journal", vol. 124, n° 6, 2014, p. 484 a 526.
- CASSELL, PAUL G. (ed.), *The great debate: interpreting our written Constitution*, Washington, The Federalist Society, 1986.
- CLEMETSON, LYNETTE, *Meese's influence looms in today's judicial wars*, "New York Times", 17/4/2005, www.nytimes.com/2005/08/17/politics/meeses-influence-looms-in-todays-judicial-wars.html [https://perma.cc/23M5-B2E9].
- DEVINS, NEAL - MANSKER, NICOLE, *Public opinion and State Supreme Courts*, "University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law", vol. 13, n° 2, 2010, p. 455 a 509.
- DORF, MICHAEL, *Advice to conscientious originalists: rebrand*, "Dorf on Law", 13/4/2017, www.dorfonlaw.org/2017/04/advice-to-conscientious-originalists.html#more [https://perma.cc/J63T-UGNY].
- *The undead Constitution*, "Harvard Law Review", vol. 125, n° 8, 2012, p. 2011 a 2055.
- DOTSON, KRISTIE, *Tracking epistemic violence, tracking practices of silencing*, "Hypatia", vol. 26, n° 2, 2011, p. 236 a 257.
- DWORKIN, RONALD, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- *Freedom's law: the moral reading of the american Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- *The arduous virtue of fidelity: originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, "Fordham Law Review", vol. 83, n° 5, 2015, p. 1249 a 1268.
- *The forum of principle*, "New York University Law Review", vol. 56, 1981, p. 469 a 518.
- ESKRIDGE, WILLIAM N. (JR.), *Original meaning and marriage equality*, "Houston Law Review", vol. 52, n° 4, 2015, p. 1067 a 1120.
- FALLON, RICHARD, *Law and legitimacy in the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 2018.
- FARIS, DAVID, *How democrats can make republicans pay for justice Gorsuch*, "The Week", 20/3/2017, <http://theweek.com/articles/681352/how-democrats-make-republicans-pay-justice-gorsuchrhc> [https://perma.cc/N4MA-VJ93].

- FLEMING, JAMES E., *Fidelity to our imperfect Constitution. For moral readings and against originalisms*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- *The new originalist manifesto*, “Constitutional Commentary”, vol. 28, 2012, p. 539 a 560.
- FRICKER, MIRANDA, *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- FRIEDBERG, ARTHUR L. - FRIEDBERG, IRA S., *Paper money of the United States*, Williston, Coin & Currency Institute, 2010.
- GOLDFARB, NEAL, *Brief for the Project on Government Oversight, the Brechner Center for Freedom of Information, and Tax Analysts as Amici Curiae in Support of Petitioners*, www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/preview/publiced_preview_briefs_pdfs_09_10_09_1279_PetitionerAmCuPOGO_BrechnerCtr_andTaxAnalystsnew.authcheckdam.pdf.
- GOLDSWORTHY, JEFFREY, *Legislative intentions, legislative supremacy, and legal positivism*, “San Diego Law Review”, vol. 42, n° 2, 2005, p. 493 a 518.
- GREEN, CHRISTOPHER R., *Originalism and the sense-reference distinction*, “St. Louis University Law Journal”, vol. 50, 2006, p. 555 a 627.
- GREENBERG, MARK - LITMAN, HARRY, *The meaning of original meaning*, “Georgia Law Journal”, vol. 86, 1998, p. 569 a 619.
- GREENE, JAMAL, *The anticanon*, “Harvard Law Review”, vol. 125, 2011, p. 379 a 475.
- *Selling originalism*, “Georgia Law Journal”, vol. 97, 2009, p. 657 a 721.
- GREENHOUSE, LINDA, *Justice Scalia’s fading legacy*, “New York Times”, 15/3/2018, www.nytimes.com/2018/03/15/opinion/justice-antonin-scalialeadership.html [http://perma.cc/GG9D-77AN].
- GRICE, PAUL H., *Studies in the way of words*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- GRIFFIN, STEPHEN M., *Pluralism in constitutional interpretation*, “Texas Law Review”, vol. 72, 1994, p. 1753.
- HARRISON, JOHN, *Reconstructing the privileges or immunities clause*, “Yale Law Journal”, vol. 101, 1992, p. 1385 a 1474.
- HUSCROFT, GRANT - MILLER, BRADLEY W. (eds.), *The challenge of originalism. Theories of constitutional interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- INGRAM, DAVID, *On day 2, Kagan tries to appease republicans*, “National Law Journal”, 30/6/2010, <https://www.law.com/nationallawjournal/almID/1202463159121/On-Day-2-Kagan-Tries-to-Appease-Republicans/> [https://perma.cc/4LND-BLQU].
- KARLAN, PAMELA S., *Constitutional law as trademark*, “UC Davis Law Review”, vol. 43, n° 2, 2009, p. 385 a 410.
- KAY, RICHARD S., *Adherence to the original intentions in constitutional adjudication: three objections and responses*, “Northwestern University Law Review”, vol. 82, n° 2, 1988, p. 226 a 292.
- KENDALL, JOSHUA, *The forgotten founding father. Noah Webster’s obsession and the creation of an american culture*, New York, Berkleys Books, 2012.
- KHAN, ALI, *The evolution of money: a story of constitutional nullification*, “University of Cincinnati Law Review”, vol. 67, 1999, p. 393.
- KISSAM, PHILIP C., *Explaining constitutional law publicly or, everyman’s Constitution*, “UMKC Law Review”, vol. 71, 2002, p. 77.

- KLARMAN, MICHAEL J., *Brown, originalism, and constitutional theory: a response to professor McConnell*, "Virginia Law Review", vol. 81, n° 7, 1995, p. 1881 a 1936.
- *The Plessy era*, "The Supreme Court Review", vol. 1998, 1998, p. 303.
- KLEIN, KENNETH S., *Ashcroft v. Iqbal crashes rule 8 pleading standards on to unconstitutional shores*, "Nebraska Law Review", vol. 88, n° 2, 2009, p. 261 a 287.
- LASH, KURT T., *The Fourteenth Amendment and the privileges and immunities of american citizenship*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- LAWSON, GARY, *Proving the law*, "Northwestern University Law Review", vol. 86, 1992, p. 859 a 904.
- LEE, THOMAS R. - MOURITSEN, STEPHEN C., *Judging ordinary meaning*, "Yale Law Journal", vol. 127, n° 4, 2018, p. 788 a 879.
- LEMIEUX, SCOTT, *Democrats: prepare to pack the Supreme Court*, "The New Republic", 10/5/2018, <https://newrepublic.com/article/148358/democrats-prepare-pack-supreme-court> [<https://perma.cc/F2NX-ZJ7E>].
- LOYD, HAROLD A., "Original" means old, "original" means new: an "original" look at what "originalists" do, "National Lawyers Guild Review", vol. 67, 2010, p. 135 a 155.
- LOFGREN, CHARLES A., *The Plessy case: a legal-historical interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1989.
- MANNING, JOHN F., *What divides textualists from purposivists?*, "Columbia Law Review", vol. 106, n° 1, 2006, p. 70 a 111.
- MASCOTT, JENNIFER L., *Who are "officers of the United States"?*, "Stanford Law Review", vol. 70, n° 2, 2018, p. 443 a 564.
- MCCONNELL, MICHAEL W., *Originalism and the desegregation decisions*, "Virginia Law Review", vol. 81, n° 4, 1995, p. 947 a 1140.
- *The originalist case for Brown v. Board of Education*, "Harvard Journal of Law and Public Policy", vol. 19, n° 4, 1995, p. 457 a 464.
- MCDONALD, BARRY P., *A reluctant apology for Plessy: a response to Akhil Amar*, "Pepperdine Law Review", vol. 39, n° 1, 2013, p. 91 a 99.
- MEESE III, EDWIN, "Speech before the American Bar Association", en CASSELL (ed.), *The great debate: interpreting our written Constitution*, Washington, The Federalist Society, 1986.
- *The case for originalism*, 6/6/2005, <https://www.heritage.org/commentary/the-case-originalism>.
- MEDINA, JOSÉ, *The epistemology of resistance: gender and racial oppression, epistemic injustice, and resistant imaginations*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- MOURITSEN, STEPHEN C., *Hard cases and hard data: assessing corpus linguistics as an empirical path to plain meaning*, "Columbia Science and Technology Law Review", vol. 13, 2011, p. 156.
- *The dictionary is not a fortress: definitional fallacies and a corpus-based approach to plain meaning*, "Brigham Young University Law Review", vol. 2010, n° 5, p. 1915 a 1979.
- NEJAIME, DOUGLAS, *Constitutional change, Courts, and social movements*, "Michigan Law Review", vol. 111, n° 6, 2013, p. 877 a 902.

- NÚÑEZ, D. CAROLINA, *War of the words: aliens, immigrants, citizens, and the language of exclusion*, "Brigham Young University Law Review", vol. 2013, nº 6, p. 1517 a 1562.
- O'NEILL, JONATHAN, *Originalism in american law and politics: a constitutional history*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2007.
- ORENSTEIN, AVIVA, *Sex, threats, and absent victims: the lessons of Regina v. Beddingfield for modern confrontation and domestic violence cases*, "Fordham Law Review", vol. 79, nº 1, 2011, p. 115 a 164.
- Original meaning jurisprudence: a sourcebook*, Washington, US Department of Justice, 1987.
- ORTNER, DANIEL M., *The merciful corpus: the rule of lenity, ambiguity and corpus linguistics*, "Boston University Public Interest Law Journal", vol. 25, 2016, p. 101.
- PAI, AJIT V., *Congress and the Constitution: the Legal Tender Act of 1862*, "Oregon Law Review", vol. 77, 1998, p. 535.
- PHILLIPS, JAMES C. - LEE, BENJAMIN - CRUMP, JACOB, *Corpus linguistics and "officers of the United States"*, "Harvard Journal of Law and Public Policy", vol. 42, 2019, p. 871 a 929.
- PHILLIPS, JAMES C. - ORTNER, DANIEL M. - LEE, THOMAS R., *Corpus linguistics & original public meaning: a new tool to make originalism more empirical*, "Yale Law Journal Forum", vol. 126, 2016, p. 21.
- POLLACK, SHELDON D., *Constitutional interpretation as political choice*, "University of Pittsburgh Law Review", vol. 48, nº 4, 1987, p. 989 a 1024.
- POND, SHEPARD, *The spanish dollar: the world's most famous silver coin*, "Bulletin of the Business Historical Society", vol. 15, nº 1, 1941, p. 12 a 16.
- POST, ROBERT - SIEGEL, SEVA, *Originalism as a political practice: the right's living Constitution*, "Fordham Law Review", vol. 75, nº 2, 2006, p. 545 a 574.
- POWELL, H. JEFFERSON, *The original understanding of original intent*, "Harvard Law Review", vol. 98, nº 5, 1985, p. 885 a 948.
- REDISH, MARTIN H. - ARNOULD, MATTHEW B., *Judicial review, constitutional interpretation, and the democratic dilemma: proposing a "controlled activism" alternative*, "Florida Law Review", vol. 64, nº 6, 2012, p. 1485 a 1537.
- ROONEY, M. FRANCES, *The privileges or immunities clause of the Fourteenth Amendment and an originalist defense of gender nondiscrimination*, "Georgia Journal of Law & Public Policy", vol. 15, 2017, p. 737.
- ROWAN, CARL T., *Equality as a constitutional concept*, "Maryland Law Review", vol. 47, nº 1, 1987, p. 10 a 21.
- SCALIA, ANTONIN, "Address before the attorney general's conference on economic liberties in Washington, D. C." (14/6/1986), en *Original meaning jurisprudence: a sourcebook*, Washington, US Department of Justice, 1987.
- SELLERS, MORTIMER, *Think of your latin when hurling accusations*, "The National Law Journal", 9/2/1998.
- SMITH, CRAIG - MOYÉ, ERIC V., *Outsourcing american civil justice: mandatory arbitration clauses in consumer and employment contracts*, "Texas Tech Law Review", vol. 44, nº 2, 2012, p. 281 a 301.
- SMITH, PETER J., *Originalism and level of generality*, "Georgia Law Review", vol. 51, 2017, p. 485 a 556.

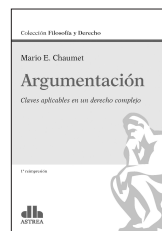
- SNYDER, BRAD, *How the conservatives canonized Brown v. Board of Education*, "Rutgers Law Review", vol. 52, n° 2, 2000, p. 383.
- SOLAN, LAWRENCE M., *Can corpus linguistics help make originalism scientific?*, "Yale Law Journal Forum", vol. 126, 2016, p. 57 a 64.
- SOLUM, LAWRENCE B., *Blogging from APSA: the new originalism*, "Legal Theory Blog", 3/9/2007, <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2007/09/blogging-from-a.html> [<https://perma.cc/6CHC-JPEF>] (bloggeo en vivo en la reunión de la American Political Science Association y describiendo la presentación de BALKIN).
- *Communicative content and legal content*, "Notre Dame Law Review", vol. 89, n° 2, 2013, p. 479 a 519.
- *Construction and constraint, Discussion of living originalism*, "Jerusalem Review of Legal Studies", vol. 7, n° 1, 2013, p. 17 a 34.
- *District of Columbia v. Heller and originalism*, "Northwestern University Law Review", vol. 103, n° 2, 2009, p. 923 a 981.
- *Incorporation and originalist theory*, "Journal of Contemporary Legal Issues", vol. 18, 2009, p. 409 a 446.
- *Intellectual history as constitutional theory*, "Virginia Law Review", vol. 101, n° 4, 2015, p. 1111 a 1164.
- *Legal Theory Lexicon 007: the prisoners' dilemma*, "Legal Theory Lexicon", 13/4/2017, http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/10/legal_theory_le.html [<https://perma.cc/S9TY-RSZF>].
- *Originalism and constitutional construction*, "Fordham Law Review", vol. 82, n° 2, 2013, p. 453 a 537.
- *Originalist methodology*, "The University of Chicago Law Review", vol. 84, n° 1, 2017, p. 269 a 295.
- *Originalist theory and precedent: a public meaning approach*, "Constitutional Commentary", vol. 33, n° 3, 2018, p. 451 a 470.
- *Statement presented at the hearings on the nomination of honorable Neil M. Gorsuch to be an associate justice of the Supreme Court of the United States*, DPCOnline, 3-2017, p. 575.
- *The fixation thesis: the original meaning of the constitutional text*, "Notre Dame Law Review", vol. 91, n° 1, 2015, p. 1 a 78.
- *The interpretation-construction distinction*, "Constitutional Commentary", vol. 27, n° 3, 2011, p. 95 a 118.
- *Triangulating public meaning: corpus linguistics, immersion, and the constitutional record*, "Brigham Young University Law Review", vol. 2017, n° 6, p. 1621 a 1682.
- "Whats originalism?", en HUSCROFT, GRANT - MILLER, BRADLEY W. (eds.), *The challenge of originalism. Theories of constitutional interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- STEIN, MARK S., *The domestic violence clause in "new originalist" theory*, "Hastings Constitutional Law Quarterly", vol. 37, n° 1, 2009, p. 129 a 140.
- STEINMETZ, SOL, *Semantic antics. How and why words change meaning*, New York - London, Random House Reference, 2008.
- STINNEFORD, JOHN J., *The original meaning of "cruel"*, "Georgetown Law Journal", vol. 105, n° 2, 2017, p. 441 a 506.
- *The original meaning of "unusual": the Eighth Amendment as a bar to cruel innovation*, "Northwestern University Law Review", vol. 102, n° 4, 2008, p. 1739 a 1825.

- STRANG, LEE J., *How big data can increase originalism's methodological rigor: using corpus linguistics to reveal original language conventions*, "UC Davis Law Review", vol. 50, nº 3, 2017, p. 1181 a 1241.
- STRAUSS, DAVID A., *Foreword: Does the Constitution mean what it says?*, "Harvard Law Review", vol. 129, nº 1, 2015, p. 1 a 61.
- *The living Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- STORY, JOSEPH L., *Commentaries on the Constitution of the United States*, Legacy Filiquarian, 1833.
- SUJA, THOMAS A., *The missing american jury: restoring the fundamental constitutional role of the criminal, civil, and grand juries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- *Why summary judgment is unconstitutional*, "Virginia Law Review", vol. 93, nº 1, mar. 2007, p. 139 a 180.
- SUMNER, WILLIAM G., *The spanish dollar and the colonial shilling*, "The American Historical Review", vol. 3, nº 4, jul. 1898, p. 607 a 619.
- TERBEEK, CALVIN J., *Originalism's obituary*, *Utah onLaw*, vol. 2015, nº 1, p. 29 a 47.
- The twenty dollars clause*, "Harvard Law Review", vol. 118, nº 5, 2005, p. 1665 a 1686.
- TURNER, RONALD, *Justice Antonin Scalia's flawed originalist justification for Brown v. Board of Education*, "Washington University Jurisprudence Review", vol. 9, nº 2, 2017, p. 179 a 218.
- *The problematics of the Brown-is-originalist project*, "Journal of Law and Policy", vol. 23, nº 2, 2015, p. 591 a 647.
- TUSHNET, MARK - GRABER, MARK A. - LEVINSON, SANFORD (eds.), *The Oxford handbook of the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- VIEIRA, EDWIN (JR.), *The forgotten role of the Constitution in monetary law*, "Texas Review of Law and Politics", vol. 2, nº 1, 1997, p. 77 a 124.
- WALTERS, RYANS D., *Fragmenting the judiciary: shifting implementation of Supreme Court doctrine from Federal Courts to State Courts*, "Capital University Law Review", vol. 42, nº 4, 2014, p. 951.
- WHITTINGTON, KEITH E., *Originalism: a critical introduction*, "Fordham Law Review", vol. 82, nº 2, 2013, p. 375 a 409.
- *Is originalism too conservative?*, "Harvard Journal of Law & Public Policy", vol. 34, nº 1, 2011, p. 29 a 41.
- WRIGHT, R. GEORGE, *Originalism and the problem of fundamental fairness*, "Marquette Law Review", vol. 91, nº 3, 2008, p. 687 a 721.

RESEÑAS

LIBRO:

CHAUMET, MARIO EUGENIO,
Argumentación. Claves aplicables
en un derecho complejo
(Buenos Aires, Astrea, 2017)



ALFREDO FERNANDO RONCHETTI*

Todavía subsiste una cierta despreocupación en la filosofía del derecho por despertar el interés en la dogmática y en los operadores jurídicos; son pocas las escuelas que reivindican para sí la tarea de echar algo de luz al proceso de adjudicación judicial y encuentran en la argumentación un territorio en el que se resuelve esa disputa.

La obra que motiva este comentario es un bien logrado intento de comprender el *argumento* del derecho, quién lo escribe, para quién, para qué y por qué.

Un breve repaso de la trayectoria del autor nos encamina por la senda que va trazando en su libro. Estamos ante una obra que es producto de una acendrada elaboración, que consigue reunir una formación profunda, con la exhaustiva actualidad de las teorías de la argumentación.

MARIO EUGENIO CHAUMET es doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Católica de Rosario. Se tituló de especialista en argumentación jurídica en la carrera que bajo la dirección del profesor MANUEL ATIENZA se dicta en la Universidad de Alicante. A más de profesor titular de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y profesor en la Maestría en Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ejerce docencia

* Profesor titular de Introducción al Derecho y de Teoría del Derecho y vicedirector del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

en argumentación jurídica en varias maestrías. Su praxis como juez de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, desde hace más de una década, y su experiencia como director del Centro de Capacitación Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe le otorgan el conocimiento de protagonista que le permite enriquecer sus reflexiones sobre la argumentación y la decisión en el mundo jurídico.

“Ello implica –agrega– asumir una noción compleja tanto de la noción de argumentación como de la materia sobre la que se argumenta”. No obstante, plantea postergar la discusión de los presupuestos ontológicos, asumiendo como actitud metodológica la construcción del significado de los términos básicos de este estudio: complejidad, argumentación, derecho.

El desarrollo comienza con la argumentación en general y las teorías de la argumentación. Evidenciando la necesidad de adoptar decisiones teóricas, de establecer prioridades, su opción es la de distinguir dimensiones analíticas, dialécticas (o procedimentales) y retóricas, complementándolas con “un sustrato lingüístico”.

Estas regiones de la argumentación se desenvuelven en 130 páginas de alto valor didáctico en las que se explican los principios lógicos fundamentales, la forma de los argumentos, los criterios de control de los argumentos; las dificultades para diferenciar dialéctica y retórica, las falacias dialécticas, la particularidad del conflicto de intereses y el proceso judicial; el pasado, el presente y la perspectiva de la retórica y las principales teorías de la argumentación: el modelo de TOULMIN, la nueva retórica de PERELMAN, la tópica de VIEHWEG y la pragma-dialéctica de VAN EEMEREN y GROOTENDORST.

El núcleo central de la obra, la tesis del autor, sólidamente fundamentada, es el entrecruzamiento de la complejidad y la argumentación jurídica. Después de sentar las bases en los capítulos anteriores, llega al quinto asumiendo la complejidad en las ciencias sociales, en la argumentación y en el derecho.

La complejidad de la argumentación consiste, simplificada, en entender que ella no solo depende del contenido semántico o de la estructura lógica de los enunciados, sino también de los contextos lingüísticos, de los contextos sociales.

Resulta muy aconsejable la prolija relectura de la retórica aristotélica, con los estudios filológicos de QUINTÍN RACIONERO que, a la vez que recupera la vigencia de esa obra, le permite justificar la complejidad en la argumentación de la adjudicación judicial.

“Es necesario asimilar un modelo de argumentación jurídica que permita incorporar los desacuerdos como un hecho constitutivo de la argumentación [...] la argumentación jurídica, especialmente la forense de nuestros días, requiere persuasión racional, que no puede ser radicalmente asimilada a los modelos de prueba deductiva o generalización inductiva”, sostiene CHAUMET, planteando la insuficiencia y la crisis de las respuestas deductivistas.

Recorre seguidamente algunas de las teorías estándar de la argumentación jurídica, con relación al razonamiento por principios y la ponderación, y finaliza el capítulo con un detenido desarrollo de los aportes trialistas a la complejidad de la argumentación jurídica, que constituye su respuesta elaborada a los desafíos contemporáneos del mundo del derecho.

Encuentra en la perspectiva del integrativismo trialista, bajo la orientación constructivista y el herramental metodológico de la nutrida obra del profesor CIURO CALDANI, la riqueza conceptual que le permite reconocer las dificultades y tragedias de los casos, para que “quienes estamos vinculados al derecho también asumamos la necesidad de contar con un modelo de argumentación que se haga cargo de la mayor cantidad de aspectos que implica la intersubjetividad”.

El libro culmina con un apéndice, en colaboración con ANDREA MEROI, sobre “Argumentación y constatación de hechos en la decisión judicial”, un tópico de gran relevancia, pero que solo hace unos años comenzó a ocupar el interés de la teoría jurídica. Los hechos, las teorías de la verdad y la verdad procesal y la motivación son algunos de los puntos de especial interés en este tema.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

A) SOBRE LAS SOLICITUDES DE PUBLICACIÓN

La revista “Ideas & Derecho” publica trabajos de investigación originales e inéditos, relacionados con las especialidades de Teoría Jurídica, Filosofía del Derecho, Filosofía Política y Filosofía Social. Abarca todas las escuelas de pensamiento y ciencias conexas. Los interesados en publicar en esta revista pueden enviar: a) *Estudios*: trabajos de investigación, artículos monográficos, de revisión, aportes teóricos o metodológicos y ponencias presentadas en eventos; b) *Diálogos y ensayos*: entrevistas a personalidades referidas a la especialidad y ensayos –reflexiones libres de los autores– que deberán demostrar claridad conceptual y coherencia argumentativa; c) *Reseñas*: Las reseñas podrán ser textos críticos o informativos referentes a libros, fallos o legislación.

B) ESTILO Y ESTRUCTURA DE LAS PUBLICACIONES

§ 1. PAUTAS EDITORIALES GENERALES, PARA TODO TIPO DE CONTRIBUCIÓN

- a) *Idioma*: se admitirán trabajos escritos en castellano, portugués e inglés.
- b) *Formato de envío*: los trabajos deberán realizarse en procesador de texto con la extensión .doc o similares y enviarse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.
- c) *Tipografía*: fuente Times New Roman, 12 pts.; notas al pie, 10 pts.
- d) *Márgenes*: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- e) *Interlineado*: cuerpo principal y notas al pie 1,5 líneas.
- f) *Alineación*: texto completo justificado.

§ 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El estilo de citación de la revista “Ideas & Derecho” tiene como base la norma internacional ISO 690:12ª ed. 1987, con las adaptaciones que se detallan a continuación. Para las referencias bibliográficas se utiliza el método de *notas secuenciales a pie de página con bibliografía completa, citada al final (Bibliografía)*. En este sistema, cada vez que el autor quiera complementar el texto del cuerpo principal del trabajo con un texto secundario o la referencia a una fuente, debe insertar un número superíndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (¹, ², ³,...). Todas las citas bibliográficas a pie de página (de la primera a la última) se describirán en forma abreviada y, en la bibliografía final, en forma completa. La bibliografía citada se registrará al final del texto, ordenada alfabéticamente por apellido de autor. Si dos o varias obras tienen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría

francesa al inicio de cada obra. Se usará el guion largo o raya cuando se repitan los mismos autores en la bibliografía final. Seguidamente, se indicará la forma de describir cada tipo de material de manera abreviada *En notas al pie* y de modo completo *En la bibliografía final* y se darán ejemplos.

a) Libros

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra), si hay más de un autor se separa con guiones; título (en cursiva o bastardilla)¹, sin subtítulos; tomo, volumen (si lo hubiere), páginas.

Ejemplos:

MIZRAHI, *Responsabilidad parental*, p. 98.

NAUCKE - HARZER, *Filosofía del derecho*, p. 154.

AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 21 a 78.

En la bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor, se separa con guiones; título y subtítulo (en cursiva o bastardilla). Agregar solo el subtítulo principal. *No describir el contenido de la obra, que muchas veces aparece debajo del título o del subtítulo propiamente dicho*; n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas en el Anexo 1; labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función², seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

MIZRAHI, MAURICIO L, *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

NAUCKE, WOLFGANG - HARZER, REGINA, *filosofía del derecho*, trad. L. BROND, Buenos Aires, Astrea, 2007.

AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

b) Parte de libro (capítulo, sección o párrafo completo de obra de más de un autor y donde se especifica quién escribió cada parte):

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s (del director/editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); tomo o volumen (si lo hubiere), y número de páginas.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, *Informática jurídica decisoria*, p. 191 a 211.

KLAMI, "Res ad ethicam venit", en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 17 a 36.

¹ Un título puede tener un subtítulo principal o destacado y otras informaciones sobre el título. El subtítulo propiamente dicho es una frase que suele acompañar y detallar o especificar el título; habitualmente figura en la portada en una tipografía más pequeña o diferenciada.

² Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en <http://www.aafder.org/>.

En la bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); si reviste alguna jerarquía especial, consignarla abreviada entre paréntesis (director, coordinador, editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función³, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, GLADYS S., "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, RICARDO A. (dir.), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

KLAMI, HANNU, "Res ad ethicam venit", en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

c) *Artículo de revista*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) y sin subtítulo. Si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol., y/o n° o, si no dispone de esa numeración, mes abreviado⁴ y año de publicación en arábigos; números de páginas.

Ejemplos:

ALEX, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, "Derechos y Libertades", año V, n° 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, n° 9, p. 944 a 947.

En la bibliografía final

Autor: apellido/s (en fuente versales), nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título del artículo: con subtítulo (en cursiva o bastardilla); título de la revista: con subtítulo (entre comillas). Si es conocida por su sigla o abreviatura ella va en cursiva, sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas.

Ejemplos:

ALEX, ROBERT, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el estado constitucional democrático*, "Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid", año V, n° 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, Año 20, n° 9, oct. 2013, p. 944 a 947.

d) *Libros y documentos publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); URL o DOI (Digital Object Identifier): Si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

³ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en <http://www.aafder.org/>.

⁴ Ver Anexo 4, Tabla de abreviaturas de meses del año en <http://www.aafder.org/>.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

En la bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función⁵, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona (si la hubiere); datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año; URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, Buenos Aires, Clacso, 2012, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

e) *Artículos de revistas publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) sin el subtítulo si lo tuviere. Si es conocida por su sigla o abreviatura, las iniciales van en cursiva o bastardilla: URL o DOI (Digital Object Identifier); si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, <http://estudiosdel-desarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, *Elder Law*, "Ageing International", DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

En la bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) con subtítulos; título de la revista (entre comillas) con subtítulos; si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas (si lo hubiere); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, ERAMIS, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, "Observatorio del Desarrollo", vol. 1, n° 4, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, M. ISOLINA, *Elder Law. A need that emerges in the course of life*, "Ageing International", sep. 2013, DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

f) *Congresos, conferencias, simposios, u otras reuniones o eventos académicos*

Las conferencias publicadas como libro o artículos de revistas deben registrarse según las reglas para esos tipos de fuentes. El resto de los materiales presentados en eventos académicos debe registrarse según la siguiente fórmula:

En notas al pie

Autor de la ponencia o "paper": apellido/s en fuente versales; título de la ponencia o "paper" (entre comillas); número y nombre del congreso o evento: antecedido por la frase

⁵ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en <http://www.aafder.org/>.

“presentado en” (en cursiva o bastardilla); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet, agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

En la bibliografía final

Autor de la ponencia, “paper”: apellido/s en fuente versales, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título de la ponencia, o “paper”, etc. (entre comillas); número y nombre del congreso o evento, etc., antecedido por la frase “presentado en”, lugar y fecha de realización del evento (ciudad del evento, día, mes abreviado según Anexo 4, y año en números arábigos); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre “Verdad, Justicia y Derecho”, Ushuaia, 1 a 3 oct. 2015, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

g) Jurisprudencia

Los fallos se citan solo en notas al pie, teniendo en cuenta la tabla de abreviaturas de títulos de revistas y bases de datos jurídicas y la tabla de abreviaturas de organismos del Poder Judicial (ver Anexos 5 y 6, respectivamente).

En notas al pie (para todo tipo de tribunal)

Tribunal (si no es nacional, indicar de dónde es el juez), lugar de la jurisdicción, sala o secretaria (si corresponde); fecha: dd/mm/aaaa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en caso de corresponder, título de revista impresa o sigla, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplo:

CCivCom Mercedes, Sala II, 12/09/15, “Agüero, Carlos c/González, Arturo s/incidente de verificación”, *LLonline*, 2015-A-98.

En notas al pie (para Fallos de la Corte Suprema argentina)

CSJN; fecha: dd/mm/aaaa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de sentencias publicadas en la revista *Fallos* de la CSJN colocar únicamente n° de tomo, : (dos puntos) y página. Si está publicado en alguna otra revista, colocar el *título de revista* impresa, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplos:

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *Fallos*, 312:986.

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *LL*, 1984-B-183.

h) Legislación

La cita de la legislación se registra en el cuerpo principal del texto entre paréntesis. Las leyes nacionales se citan por el número (v.gr., ley 11.723). Las leyes provinciales se citan indicando el número y la provincia (ley 10.000 de Santa Fe). Los decretos nacionales se citan por el número/año de vigencia (decr. 386/07). De tratarse de un decreto provincial, se citan por el número/año de vigencia y la aclaración de la provincia de que se trate (decr. 386/07 de Río Negro). En todos los casos, de ser un decreto anterior a 1920, se registran los

cuatro números del año. En los demás casos referidos a disposiciones normativas de menor jerarquía, se indica la clase de fuente legal, seguido de la sigla del organismo que la dictó y el número/año (res. IGJ 7/15; ord. munic. 6287/96 CD de Rosario). En el caso de la legislación extranjera, se utiliza el mismo mecanismo, pero se adiciona el nombre de la ley, decreto etc., desarrollado y con iniciales en mayúsculas.

§ 3. *INCLUSIÓN DE IMÁGENES Y TABLAS*

Dentro del texto principal del trabajo solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos en formato *.jpg.

§ 4. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA ESTUDIOS*

Los estudios no podrán exceder de los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Este tipo de contribuciones deberán incluir: título, subtítulo, si así lo requiere; resumen y palabras clave. El título deberá ir en mayúsculas, el resumen tendrá un máximo de mil (1000) caracteres con espacios, y se registrarán cinco (5) palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave deberán figurar en tres idiomas: español, portugués e inglés. Secciones, subsecciones y párrafos: en caso de corresponder, los títulos de las secciones del artículo deberán estar escritos en negrita y centrados al ancho de la página, listados en letras mayúsculas (A, B, C). No colocar una sección A si no hay al menos una sección B.

Los títulos de las subsecciones, que excepcionalmente correspondan, deberán estar escritos en letra negrita y centrados al ancho de la página, numerados por números arábigos (1, 2, 3). La numeración de las subsecciones comienza en 1 para cada sección. No colocar una subsección 1 si no hay al menos una subsección 2. Los párrafos son la unidad temática básica. Deberán estar en letra cursiva o bastardilla y negrita, listados en forma sucesiva a lo largo de todo el texto del artículo, independientemente de que pertenezcan a distintas secciones o subsecciones (§ 1, § 2, § 3).

§ 5. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA DIÁLOGOS Y ENSAYOS*

Los diálogos y ensayos no podrán exceder los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Los artículos de esta sección, en el caso de corresponder, deberán seguir las pautas de citación indicadas en el § 2. Referencias bibliográficas.

§ 6. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA RESEÑAS*

Las reseñas pueden referirse a publicaciones, jurisprudencia, legislación y eventos. Los textos no deberán superar los 10.000 caracteres (con espacio).

C) ENVÍO DE LAS CONTRIBUCIONES

§ 7. *MODO DE REMISIÓN*

Para garantizar el cumplimiento de las pautas de evaluación del sistema “doble ciego”, los trabajos deben ser enviados en un archivo electrónico en formato .doc o similares, nombrado con las tres (3) primeras palabras del título, y *sin la identificación del autor*. Su nombre y apellido, pertenencia institucional, cargos y datos de contacto deberán enviarse en otro archivo con extensión .doc y encabezado con el apellido del autor seguido de las tres (3) primeras palabras del título.

§ 8. *CORREO ELECTRÓNICO*

Las contribuciones, ajustadas a las pautas editoriales referidas, deben dirigirse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.

Ver pautas completas y anexos en el sitio web de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, <http://www.aafder.org/>

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Sres. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

At.: Revista Ideas & Derecho

Ref. Autor/a del artículo /Título del artículo

De mi mayor consideración:

Por medio de este documento, dejo constancia de que soy autor/a originario/a del trabajo que ofrezco para su posible publicación en la revista “Ideas & Derecho” de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están correctamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las citas bibliográficas al pie y en la bibliografía final.

Por lo antepuesto, asumiré cualquier reclamo relacionado con derechos de propiedad intelectual del material aquí ofrecido, eximiendo de responsabilidad a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Además, dejo constancia de que este artículo no ha sido presentado para su publicación en otra revista, obra monográfica, ni bajo ninguna otra forma.

En caso de que el artículo ofrecido sea aprobado para su publicación, como autor/a y propietario/a de los derechos de autor autorizo de manera ilimitada en el tiempo a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho para que incluya dicho texto en la revista “Ideas & Derecho”, para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, internet o cualquier otro conocido o por conocer, por sí o por un tercero autorizado por ella.

Como única contraprestación por la presente autorización, declaro mi conformidad de recibir dos (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

Se firma esta declaración a los ... días, del mes de ..., del año ..., en la Ciudad de ...

Nombre/s y apellido/s del autor/a, firma, número de documento de identidad, teléfonos, domicilio particular y correo electrónico.