

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 12 | 2016 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



IDEAS & DERECHO

Nº 12 | 2016 | 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 anual - N° 12, diciembre 2016

© 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 - (C1048AAF) 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 su taller, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la segunda quincena de diciembre de 2016.

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

Juan Pablo Alonso

VICEPRESIDENTE

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

SECRETARIA

María Gabriela Scataglini

TESORERA

María Claudia Torrens

VOCALES TITULARES

Eduardo Barbarosch

Martín F. Böhmer

Hernán G. Bouvier

Jorge Eduardo Douglas Price

Diego Duquelsky Gómez

Juan B. Etcheverry

Daniel Alejandro Herrera

Eduardo Méndez

Claudina Orunesu

Alicia Enriqueta Carmen Ruiz

Rodolfo Vigo

VOCALES SUPLENTES

Eugenio Bulygin

Carlos Cárcova

María Isolina Dabove

Eduardo Quintana

REVISORES DE CUENTAS

Eloy Emiliano Suárez (Titular)

Luciano Laise (Suplente)

REVISTA IDEAS & DERECHO

DIRECTORES GENERALES

Juan Pablo Alonso (UBA) - Jorge Douglas Price (UNComa)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Natalia V. Gutierrez (UBA)

Diego Luna (UBA)

COMITÉ EDITORIAL

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Claudina Orunesu (UNMdP)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

María Gabriela Scataglini (UBA)

Eduardo Sodero (UNL)

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)

Raffaele De Giorgi (Italia)

Juan Antonio García Amado (España)

José Calvo González (España)

Carlos Cárcova (Argentina)

Mario Chaumet (Argentina)

Miguel Ciuro Caldani (Argentina)

Paolo Comanducci (Italia)

Alberto Filipi (Italia)

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

Alejandro D. Calzetta

Competencia y producción normativa en Alchourrón y Bulygin 3

Yamil Carlos Jalil

El poder de nombrar 29

David E. Pérez González

La desmaterialización del sentido de los principios jurídicos en la sociedad global como estrategia solidaria..... 43

Gabriel Stilman

Del binomio derechos-deberes a la tríada derechos, deberes y responsabilidades: nociones iusfilosóficas para la mejor comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales 73

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Joseph Raz

Principios jurídicos y los límites del derecho, trad. JUAN PABLO ALONSO y ALEJANDRO CALZETTA. Título original: *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, Apr., 1972..... 107

RESEÑAS

Erika Nawojczyk

Libro: LACLAU, MARTÍN, *Soberanía y Estado de derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2014 147

Normas de publicación para los autores 153

Declaración de originalidad 159

ESTUDIOS

COMPETENCIA Y PRODUCCIÓN NORMATIVA EN ALCHOURRÓN Y BULYGIN

*ALEJANDRO DANIEL CALZETTA**

Resumen. Dar cuenta del concepto de competencia en la obra de ALCHOURRÓN y BULYGIN puede ser un tanto complejo ya que, en busca de mayor precisión, ellos han analizado, adoptado y posteriormente abandonado, todo el abanico de posiciones existentes acerca del problema.

Como veremos más adelante, hasta la adopción de la concepción de las normas de competencia como normas constitutivas hecha por ALCHOURRÓN y BULYGIN en *Definiciones y normas* (1983), luego ampliada por BULYGIN en *On norms of competence* (1992), la posición de ambos autores fue fluctuante.

Se intentará, por consiguiente, hacer una crítica a las diversas posturas de ALCHOURRÓN y BULYGIN sobre el tema y a su pretendido antirreduccionismo explicativo y, además, se presentará un bosquejo de esquema, que, si bien se considera superador del problema, está firmemente basado en las intuiciones que BULYGIN desarrolla en el artículo mencionado.

Palabras clave: Alchourrón, Bulygin, competencia, permisiones, reglas constitutivas.

LEGAL POWER AND NORMATIVE PRODUCTION IN ALCHOURRÓN AND BULYGIN

Abstract. To give an account of the concept of legal competence in ALCHOURRÓN and BULYGIN's work could be quite complex because, in search for more precision, they have analysed, adopted, and later abandoned, all the possible approaches to the problem.

* Profesor de Teoría del Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Doctor en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica de la Universidad de Génova (XXVII ciclo), Italia. Abogado, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: acalzetta@uahurtado.cl.

As we shall see, up to the before the point of adopting a conception of norms of competence as constitutive rules by ALCHOURRÓN and BULYGIN in *Definiciones y normas* (1983), further devoloped by BULYGIN in *On norms of competence* (1992), the position of ALCHOURRÓN y BULYGIN was in flux.

It shall be attempted, consequently, a critique of the various positions ALCHOURRÓN and BULYGIN had on the subject and to their pretended anti-reduccionist approach; and, as well as this, we will present a sketch of scheme which, while considered as capable of overcoming the problem, is firmly based on the intuitions that BULYGIN develops in the mentioned paper.

Keywords: Alchourrón, Bulygin, legal competence, permissions, constitutive rules.

COMPETÊNCIA E PRODUÇÃO NORMATIVA EM ALCHOURRÓN E BULYGIN

Resumo. Dar conta do conceito de competencia na obra de ALCHOURRÓN e BULYGIN pode ser um tanto complexo, já que, em sua busca por maior precisão, eles analisaram, adotaram e posteriormente abandonaram todo o leque de posições existentes acerca do problema.

Como veremos adiante, até a adoção da concepção de normas de competência como normas constitutivas, feita por ALCHOURRÓN e BULYGIN em *Definiciones y normas* (1983), e logo ampliada por BULYGIN em *On norms of competence* (1992), a posição de ambos autores foimovediça.

Intentar-se-á criticar as diversas posturas de ALCHOURRÓN e BULYGIN sobre o tema e seu pretendido antirreduccionismo explicativo. Ademais, apresentar-se-á um esboço de esquema que, embora se considere superador do problema, está firmemente baseado nas intuições que BULYGIN desenvolve no artigo mencionado.

Palavras-chave: Alchourrón, Bulygin, competencia, permissoes, regras constitutivas.

A) PRIMERA APROXIMACIÓN DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN AL PROBLEMA

§ 1. LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN “NORMATIVE SYSTEMS”

Las referencias específicas a las normas de competencia en la obra *Normative systems*¹ (“NS” de ahora en más) son esca-

¹ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, p. 288. En el cuerpo principal llamo al trabajo de ALCHOURRÓN y BULYGIN, a pesar de citar la actual edición castella-

sas², pero no por ello menos interesantes. En solo tres páginas ALCHOURRÓN y BULYGIN adoptan un concepto de normas de competencia (y por extensión de la competencia misma)³ que sostendrán por varios años. Pasemos a analizar su postura.

La primera mención que ALCHOURRÓN y BULYGIN hacen respecto a las normas de competencia se da en el marco de una discusión más amplia, a saber: qué son los criterios de identificación en el derecho⁴. Si bien uno podría considerar la mínima mención que hacen acerca de este tipo de normas como un mero *obiter dicta*, la verdad es bien distinta. La breve mención realizada al problema es de suma importancia, pues en esta delimitan la forma en que ellos manejarán tal concepto en la discusión posterior y durante varios años después. Es decir, dan una definición general de las normas de competencia.

Previo a ofrecer esta definición, ALCHOURRÓN y BULYGIN se encargan de distinguir entre criterios de identificación o validez (reglas conceptuales para ALCHOURRÓN y BULYGIN) y reglas de conducta (aquellas que obligan, prohíben o permiten⁵ conductas). Es en este marco donde, en una nota al pie, ALCHOURRÓN y BULYGIN le reprochan a KELSEN el intentar otorgar competencia al primer legislador con una mera definición de derecho válido (la *Grundnorm*) y a HART el no trazar una clara distinción entre reglas conceptuales y de conducta ya que ambos, para ALCHOURRÓN y BULYGIN, parecen mezclarse en la regla de reconocimiento⁶.

na, *Normative systems* o NS, dado que dicho nombre es el que suele utilizarse para hacer referencia a este, sin importar su edición.

² Si uno se fija en el índice analítico de NS solo encontrará referencias a las p. 113, 212 y 213 del volumen.

³ Tengo la impresión que esto es un error conceptual importante. Creo que es necesario distinguir, por un lado, entre el concepto (o los conceptos) mismos de competencia y, por el otro, entre las normas de competencia. El concepto es la explicación del fenómeno en cuestión, las normas de competencia son aquello que hace que el fenómeno *de hecho* se produzca. Una cosa es la creación de normas y otra como esta se lleva a cabo. El tema es muy complejo y excede este trabajo, pero, al menos, quiero dejar constancia de la existencia de tal inquietud. Lo mismo puede decirse de la existencia de más de un concepto de competencia.

⁴ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, p. 111 a 118.

⁵ Incluyo entre las normas permisivas a aquellas que no solo permiten una conducta, sino que la facultan, es decir que permiten su acción y su omisión.

⁶ La crítica a HART es, como bien recuerdan ALCHOURRÓN y BULYGIN, previa a NS y fue formulada originalmente por el mismo BULYGIN en su trabajo "Sobre la regla de reconocimiento", hoy recopilado en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y dere-*

Esto es importante porque, al menos durante esta etapa, las normas de competencia para ALCHOURRÓN y BULYGIN no son reglas conceptuales ni forman parte de los criterios de identificación del derecho, aunque a veces estos hagan referencia a las primeras: lo cual, para ALCHOURRÓN y BULYGIN, no autoriza a confundir ambas nociones⁷.

Para ALCHOURRÓN y BULYGIN “*las normas de competencia son (una clase especial de) normas permisivas; son normas de con-*

cho, p. 383 a 391. La misma crítica, aunque mucho más ampliada, a HART se encuentra en GUASTINI, “Rileggendo Hart” en *Distinguendo ancora*, p. 105 a 117.

⁷ Este es el núcleo duro de la crítica, tanto de BULYGIN como de GUASTINI (la dependencia conceptual de la regla de reconocimiento –RDR– con relación a las reglas de cambio y de adjudicación) a HART. Creo que la crítica es errada por lo siguiente. En HART, como yo lo veo al menos, la RDR es el resultado de una práctica compleja resultante de la interacción de las reglas de cambio y de adjudicación, reglas nuevas en una sociedad de reglas meramente de conducta, primarias. Es para HART la interacción entre las reglas de cambio y adjudicación lo que, con el paso del tiempo, hace al surgimiento de una regla social que oficia de criterio de identificación de un sistema de reglas que solo a partir de ese momento puede (de acuerdo a HART) ser llamado jurídico. Esta regla, la RDR, es necesariamente dependiente de las reglas de cambio y adjudicación porque es el funcionamiento de estas la que le da origen y hace que el derecho sea el derecho para este autor. La dependencia o “confusión” de ambos conceptos (reglas de conducta y reglas conceptuales) es deliberada. No es una confusión conceptual, es una explicación (al menos a nivel puramente conceptual) ya que no pretende ser una explicación histórica bajo ningún sentido de la palabra. Es, como dice GARDNER, una fábula estupenda del origen de una práctica social complejísima como el derecho (*Law as a leap of faith*, p. 221 a 237). Es por ello que HART (incluso antes de llamarla RDR) la considera una “*constitutional rule*” (AUSTIN, *The province of jurisprudence determined and the uses and study of jurisprudence*, introducción), que no es lo mismo que confundir a la RDR con la constitución, como parece creer GUASTINI. Es la regla que constituye, crea, la práctica social compleja que es el derecho. De ahí el adjetivo “constitutional”. La constitución es la primera regla del sistema, la originaria, pero solo podemos saber que esta pertenece a un sistema *X* y no a uno *Y* debido a la “*constitutional rule*” llamada RDR que establece los criterios de pertenencia de las normas al sistema *X*, incluyendo a la norma originaria que llamamos “constitución”. Dicha “*constitutional rule*”, como fija que está dentro o fuera del sistema no forma estrictamente parte del mismo y como toda definición estipulativa no es ni válida ni inválida. Simplemente se la usa (en este caso para reconocer el derecho válido, incluyendo la constitución) o no. Se puede argumentar que tal vez esta no sea la mejor explicación conceptual posible (aunque no es mi caso) pero no que haya una confusión de conceptos. HART es bastante explícito en cómo y porqué se genera la RDR sobre la base de las otras reglas secundarias y tiene bien en claro que es una regla conceptual, que es una regla de conducta y como ambas interactúan. De hecho, este enfoque es perfectamente compatible con el de BULYGIN, la RDR como regla conceptual que define la pertenencia al sistema y que también adopta GUASTINI.

ducta que permiten crear nuevas normas”⁸. A esta definición la acompaña una nota que reenvía directamente a *Norm and action*⁹ de VON WRIGHT, pero sin entrar en precisiones acerca de qué es lo que ellos toman de dicha referencia para construir su concepto de normas de competencia.

Esta definición es demasiado esquemática como para ser completamente satisfactoria. Se menciona que las normas de competencia no son solo normas permisivas, sino además una clase especial de permisiones. Directamente no se menciona en qué consiste esta clase especial ni qué la separa de las demás permisiones. Claro está que sería demasiado pedirle a la definición todas esas precisiones, es por ello que el concepto de (normas de) competencia de ALCHOURRÓN y BULGIN es propiamente elaborado al tratar el tema de lo que ellos llaman el sistema del juez durante el capítulo VIII de NS¹⁰.

Las normas de competencia, esta clase especial de normas permisivas, son en NS aquellas normas que le confieren la jurisdicción al juez, es decir que le otorgan la facultad de juzgar. Establecen que ciertas personas pueden “entender en ciertos casos y dictar ciertas clases de sentencias, siguiendo ciertas formalidades”¹¹.

Esto, “entender sobre ciertos casos, etc.”, es lo que en NS se entiende por “ser competente para” y “ser competente para” es “poder crear normas para”, en este caso solo sentencias judiciales¹².

Esta explicación de las normas de competencia que ofrecen ALCHOURRÓN y BULGIN en NS parece indicar, que para ellos durante este período, suceden dos cosas: 1) el problema de la competencia está circunscripto a la competencia de los jueces, ya que competencia es conferir jurisdicción para juzgar sobre ciertos temas según ciertos procedimientos, o 2) tal vez en pos de lograr una mejor explicación se centraron en la competencia de los entes públicos, en especial el juez, obviando a los particulares¹³. Se tomaría a los jueces (se pre-

⁸ ALCHOURRÓN - BULGIN, *Sistemas normativos*, p. 113.

⁹ VON WRIGHT, *Norm and action: A logical inquiry*, p. 198.

¹⁰ ALCHOURRÓN - BULGIN, *Sistemas normativos*, p. 211 a 215.

¹¹ ALCHOURRÓN - BULGIN, *Sistemas normativos*, p. 212.

¹² Si bien ALCHOURRÓN y BULGIN mencionan que estas normas dan competencia a los jueces para dictar ciertas clases de sentencias no aclaran cuáles son estas clases. Uno podría suponer que se refieren a todo tipo de sentencia emitida por un ente jurisdiccional, pero la formulación de la explicación no es clara.

¹³ Esto no es tan inusual. SPAAK, por ejemplo, admite que el caso arquetípico de competencia es la facultad que tienen los particulares para contratar y aun así li-

sume que en un sentido amplio de la palabra) como caso central y el resto se explicaría basado en esta situación. Cualquiera de las dos posibilidades es de por sí demasiado reduccionista, pero esta sección no es el lugar donde nos ocuparemos de tal problema.

Bajo esta definición, las normas de competencia terminan siendo reglas de conducta con sujetos de aplicación definidos: los jueces. Siempre y cuando, según ALCHOURRÓN y BULYGIN, estas sean entendidas como normas permisivas que establecen la permisión de realizar ciertos actos en ciertas circunstancias.

Hasta aquí esto parecería adecuarse a la definición de cierto tipo de normas permisivas en VON WRIGHT, las normas de orden superior¹⁴, pero, como vimos, para ALCHOURRÓN y BULYGIN las normas de competencia son una clase especial de normas permisivas (que van más allá de la norma de orden superior).

Esta especialidad radica en el hecho de que, además de establecer cuál es la conducta que debe seguir el juez, estas normas son al mismo tiempo “*constitutivas de la autoridad judicial; nadie es juez sino en virtud de una norma de competencia y en la medida y con el alcance que determine esa norma*”¹⁵.

El razonamiento es que, como el concepto de juez es habitualmente definido en virtud de las normas de competencia, estas, entonces, forman parte del significado del concepto de juez. Es una de sus propiedades esenciales.

En resumen: las normas de competencia son, a la vez, normas permisivas (de orden superior) y normas constitutivas. Definen el concepto de juez y determinan su modulación deóntica.

§ 2. **ALGUNOS PROBLEMAS Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS ACERCA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN “NORMATIVE SYSTEMS”**

Como vimos, para ALCHOURRÓN y BULYGIN el confundir una regla constitutiva con una regla de conducta¹⁶ es un error que invita a con-

mita su estudio a la competencia de los entes públicos o estatales (*The concept of legal competence*). Que no sea inusual no quita que sea un tanto paradójico el admitir que el arquetipo sea la competencia del particular y que se decida no analizarla.

¹⁴ VON WRIGHT, *Norm and action: A logical inquiry*, p. 198. Las referencias que ALCHOURRÓN y BULYGIN hacen a VON WRIGHT son siempre a este capítulo y a la p. 198.

¹⁵ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, p. 212.

¹⁶ Con confundir me refiero, claro está, a un tipo de enunciado que sea un híbrido de los dos tipos de reglas.

fusión. Una regla es constitutiva (o conceptual), es decir que establece el uso de un concepto¹⁷; o es una regla de conducta, es decir que establece una modulación deóntica cualquiera¹⁸ para una acción determinada. La idea de un enunciado que a la vez que *define* el uso de un concepto o término también *regule* alguna conducta sería, para ALCHOURRÓN y BULYGIN una imposibilidad, dado que para ellos las reglas constitutivas (o conceptuales) “no prohíben ni permiten nada”¹⁹. Este es el problema puntual que le señalan a la regla de reconocimiento de HART, el ser una regla que define el concepto de derecho válido a la vez que, de acuerdo a la interpretación mayoritaria²⁰, regula conductas, particularmente la conducta de los funcionarios, facultándolos a crear nuevas normas y obligándolos a aplicar las existentes.

Con la taxonomía rígida que ALCHOURRÓN y BULYGIN tienen de las reglas constitutivas por un lado y regulativas por el otro, reglas al estilo de la regla de reconocimiento hartiana o son imposibles o son producto de una grave confusión. O se es una regla constitutiva, o se es una regla regulativa. No hay posibilidad, para ALCHOURRÓN y BULYGIN, para que haya una suerte de matrimonio ontológico entre ambas nociones.

BULYGIN, como vimos, opta por la primera opción: la regla de reconocimiento como regla constitutiva, como definición del concepto de derecho válido²¹.

Ahora bien, teniendo en cuenta esto, es difícil explicar qué tipo de reglas serían las normas de competencia tal cual están definidas en NS por ALCHOURRÓN y BULYGIN. Como vimos, dichas normas son normas permisivas, es decir que regulan una conducta, que modulan deónticamente una acción determinada, pero, al mismo tiempo, dichas normas son “constitutivas de la autoridad judicial; nadie es juez sino en virtud de una norma de competencia y en la medida y con el alcance que determine esa norma”, es decir que definen el alcance de un concepto.

¹⁷ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, p. 113.

¹⁸ Por “modulación deóntica” me refiero a los operadores de la lógica deóntica estándar: Permitido (P), Obligatorio (O), Prohibido (V o Ph) y Facultativo (F).

¹⁹ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, p. 113.

²⁰ Contra esta interpretación ver nota 31.

²¹ Cfr. BULYGIN, “Sobre la regla de reconocimiento”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 383 a 391.

Esto presenta un problema que, en primer lugar, no creo que sea menor para esta concepción tan rígida acerca de las normas y, por otro lado, creo que es un problema que no parece que pueda salvarse simplemente afirmando que las normas de competencia son una clase especial de normas permisivas, emparentadas con las normas de orden superior de VON WRIGHT.

La norma de competencia, o bien establece (en el caso de NS al menos) cual es el concepto de juez o bien modula deónticamente la conducta del juez, pero, al ser así, ya no define lo que es el juez. Esta noción de la norma de competencia resulta incompatible con la dicotomía planteada por ALCHOURRÓN y BULYGIN e introduce una incoherencia que, creo yo, no puede subsanarse más que de una manera: o bien en definitiva se opta por las normas de competencia como normas constitutivas o conceptuales o bien se opta por la noción de normas de competencia como normas regulativas (no necesariamente permisivas, aunque esa sería la alternativa más común).

Esta parece ser la solución por la cual opta el propio BULYGIN en su trabajo entre el período 1988-1992 y que, creo, no sería de difícil atribución al canon de ideas compartidas por ALCHOURRÓN y BULYGIN²². Si bien BULYGIN no explica las razones por las cuales entre 1988-1992 se abandona la concepción original propuesta en NS, en sí no es difícil ver que lo más probable haya sido que ellos mismos hayan visto la confusión conceptual de ambos tipos de normas en su definición de las normas de competencia, que la consideraran inaceptable y que, en virtud de ello, BULYGIN haya buscado una solución al problema que planteaba dicha confusión y que haya llegado a la conclusión que, de mantener las premisas ofrecidas en NS, la única alternativa posible fuera elegir un tipo de norma por sobre el otro. En desarrollos posteriores se abandona este tipo especial de norma permisiva y se opta por sostener que las normas de competencia son (solamente) normas de tipo constitutivo. Analizaremos esta concepción en breve.

²² Cfr. BULYGIN, "Sobre las normas de competencia", en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 485 a 498. En cuanto a la idea de un "canon" bibliográfico de ALCHOURRÓN y BULYGIN puedo decir que considero que un texto (o una idea) pertenecen a ALCHOURRÓN y BULYGIN si y solo si cumple con los siguientes requisitos: 1) el texto fue escrito conjuntamente por ALCHOURRÓN y BULYGIN y publicado por ambos; 2) el texto fue escrito individualmente por ALCHOURRÓN o por BULYGIN pero luego fue publicado en una recopilación conjunta de artículos (como *Análisis lógico y derecho*, compuesta en su mayoría por textos del tipo 1).

B) SEGUNDA APROXIMACIÓN DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN AL PROBLEMA. LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMO REGLAS CONSTITUTIVAS

§ 3. “DEFINICIONES Y NORMAS” O EL PRIMER ESBOZO DE LA TEORÍA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMO REGLAS CONSTITUTIVAS DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN

A pesar de lo mencionado en la sección precedente, es realmente difícil dar cuenta de cuándo ALCHOURRÓN y BULYGIN decidieron abandonar la teoría de las normas de competencia esbozada en NS y sustituirla por un enfoque estricto de ellas como normas puramente constitutivas. También tiene su dificultad el dar con las razones de dicho cambio, las cuales nunca son expresamente enunciadas por ALCHOURRÓN y BULYGIN.

Es cierto, BULYGIN en su ya citado trabajo del período que va del año 1988 al año 1992 critica la teoría de las normas de competencia como normas permisivas, en particular la sostenida por VON WRIGHT en lo relativo a sus normas de orden superior, pero esto sin mencionar la teoría sostenida en NS ni una sola vez. Ante este silencio uno solo puede especular acerca de cuáles serían los motivos para abandonar dicho enfoque, como ya se hizo en la sección precedente, y poco más. Como ya se mencionó la razón más plausible es que ALCHOURRÓN y BULYGIN se hayan percatado que, al seguir demasiado de cerca a VON WRIGHT, hayan confundido conceptualmente normas constitutivas con normas regulativas al sostener que las normas de competencia son prescripciones que son a su vez constitutivas de la autoridad judicial.

La primera dificultad mencionada es tal vez un poco más compleja de lo que se supone. No parece ser un mero “cuándo”, sino que también habría que preguntarse quién fue el que (al menos) empezó a cambiar de posición ¿Solo BULYGIN, o tal vez ALCHOURRÓN y BULYGIN en su conjunto con refinamientos posteriores de BULYGIN? No sería descabellado argumentar²³ que el cambio comienza en 1983 con *Definiciones y normas*²⁴ de ALCHOURRÓN y BULYGIN y que luego el nuevo enfoque termina de ser desarrollado por BULYGIN.

²³ Como hace HERNÁNDEZ (“Autoridad y competencia”, en GARZÓN - LAPORTA, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11, p. 117 a 131).

²⁴ ALCHOURRÓN - BULYGIN, “Definiciones y normas”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 439 a 463.

Es más, creo que puede decirse que *Definiciones y normas* constituye un punto intermedio entre la concepción de NS y la concepción de BULYGIN 1988-1992 de las normas de competencia. En dicho trabajo claramente se abandona la tesis sostenida en NS y comienza a esbozarse, esquemáticamente, una concepción alternativa recién en sus páginas finales. Si bien no creo que llegue a consistir en sí misma una teoría de las normas de competencia²⁵ un somero análisis de esta no carece de interés.

La base de la nueva concepción parece ser la ya mencionada división de las reglas hecha en NS en constitutivas y regulativas con el agregado de la distinción entre sanción y nulidad realizada (y remarcada) por HART en *The concept of law*.

De hecho, en la medida en que se puede seguir especulando acerca del porqué del abandono de la tesis de NS, parece haber sido la distinción entre sanción y nulidad, y como esta última se aplica a los casos en que uno no cumple con lo estipulado por una regla constitutiva²⁶ (quedando la sanción reservada solo para los casos de incumplimiento de reglas regulativas), lo que dio el ímpetu inicial para considerar que es o fue un error asociar a las normas de competencia con las normas permisivas ya que estas últimas son reglas regulativas (obligan, prohíben y facultan conductas) y su incumplimiento conlleva sanción en vez de nulidad.

En cambio, el incumplimiento de lo estipulado por una norma de competencia (por ejemplo, una norma que establezca que un testamento requiere un mínimo de tres testigos) no implica sanción alguna: simplemente resulta en un acto nulo. Es decir que el acto realizado no consiste en un testamento. Un testamento nulo es un no-testamento, pero fuera de eso no hay consecuencias dañosas para

²⁵ Tal vez un buen ejemplo de esto sea el hecho que JORDI FERRER, cuando analiza la tesis de las normas de competencia como definiciones o reglas conceptuales en ACHOURRÓN y BULYGIN, toma lo expuesto en “Definiciones y normas” y en “Sobre las normas de competencia” conjuntamente. No hay una separación entre el bosquejo de teoría que uno encuentra en las páginas finales del primer artículo de la teoría ya desarrollada que expresa el segundo. FERRER parece tomar los aportes de “Definiciones y normas” como parte de la teoría ya desarrollada en “Sobre las normas de competencia” y no entretiene la posibilidad que “Definiciones y normas” sea un punto intermedio entre las teorías de NS y la de “Sobre las normas de competencia”. Cfr. FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 97 y 98, donde ambos artículos son citados como parte de un mismo todo.

²⁶ Reglas secundarias en HART, asimiladas a definiciones en *Definiciones y normas*. Cfr. ALCHOURRÓN - BULYGIN, “Definiciones y normas”, *Análisis lógico y derecho*, p. 461 a 463.

aquel que incumplió con la norma de competencia. Es libre de volver a realizar el acto y, en caso de cumplimiento con lo fijado por la norma, este será eficaz.

Esta distinción forzosamente refuerza la idea de que las reglas regulativas y las reglas constitutivas son dos fenómenos diferentes y que no pueden confundirse, ya que cada uno acarrea consecuencias diferentes. A su vez esto tuvo que poner de relieve la incoherencia ya mencionada de la tesis original de NS, a saber, que las normas de competencia son un tipo especial de normas permisivas (facultativas), normas permisivas que son a su vez constitutivas de la autoridad judicial (o de cualquier otra autoridad normativa).

En vista a que cada tipo de regla (constitutiva y regulativa) tiene su propio tipo de consecuencia ante el incumplimiento (nulidad y sanción respectivamente) se vuelve difícil (cuando no imposible) defender el tipo híbrido que se encuentra en NS ya que ¿cuál sería, para este híbrido, la consecuencia que debe seguirse en caso de incumplimiento? Ni la sanción (sola) ni la mera nulidad parecen ser respuestas aceptables a esta pregunta. La única alternativa posible sería la de considerar a la nulidad como un tipo especial de sanción, pero dicha alternativa es por demás dudosa.

La sanción, como se mencionó, implica consecuencias perjudiciales para su destinatario, ya sean una pérdida patrimonial, la imposibilidad de continuar desarrollando una actividad (inhabilitación), la restricción de la libertad personal (prisión en sus diversos tipos) y en algunos casos la muerte del individuo en cuestión.

La nulidad, por su parte, no implica una consecuencia dañosa. Se limita a relevar que un acto x no es un acto jurídicamente válido en virtud de una carencia en el acto mismo, ya sea en su realización (fallas en el procedimiento, este no fue llevado a cabo por quien debía hacerlo, etc.) o en su contenido (contradice lo establecido por normas jerárquicamente superiores, pertenece a un contenido formalmente vedado, etcétera).

En virtud de lo no dañoso de la nulidad considerarla como un tipo, aunque sea especial, de sanción resulta poco sensato. Sanción y nulidad no solo son conceptos distintos: son consecuencias distintas que responden o se siguen a situaciones distintas. Al menos esta parece ser la consecuencia que se sigue de la distinción señalada por HART entre ambas nociones²⁷.

²⁷ En su lectura de HART, ALCHOURRÓN y BULGIN llegan incluso a sostener que la nulidad es parte de la regla secundaria, i.e. de la definición del concepto jurídico

Vistas así las cosas las normas de competencia no serían regulativas de ninguna conducta: serían meramente definiciones de diversos conceptos tales como “ley”, “contrato”, “testamento”, “sentencia”, etcétera²⁸. Es decir que dichas normas meramente se limitan a definir cuáles son las propiedades que debe poseer un acto cualquiera para que pueda ser considerado como un *x* válido en un sistema jurídico en particular. No regulan ninguna conducta, simplemente definen actos válidos puntuales y la única consecuencia de no “cumplir” con lo que establece esta norma es la no existencia de dicho acto. La nulidad testimonia el fracaso a la hora de producir un acto jurídicamente válido, pero no se perjudica al “incumplidor” de ninguna manera que pueda ser considerada como jurídica²⁹.

a definir (recordemos que asimilan reglas secundarias a definiciones) y que a esto se debe la irreductibilidad de las reglas constitutivas a reglas regulativas o de conducta. Cfr. ALCHOURRÓN - BULYGIN, “Definiciones y normas”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 462.

²⁸ Con la aclaración que no son definiciones generales de dichos términos sino de, por ejemplo, “ley válida”. “Válida” en estos casos quiere decir válida siempre en relación a un sistema jurídico de referencia. Esta aclaración no se encuentra en el texto de ALCHOURRÓN y BULYGIN, sino que fue, hasta donde sé, formulada originalmente por FERRER (*Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 99, nota 175).

²⁹ Una observación que una vez fue hecha por GERARDO HABERKORN, un compañero de cátedra, hace algunos años (probablemente por el año 2008) contra la distinción entre nulidad y sanción era que la primera sí conlleva un perjuicio para el que la sufre ya que, de ese modo, se ven frustrados sus planes de vida. Por ejemplo: un contrato declarado nulo por culpa de un vicio formal frustra los planes de vida de (por lo menos) dos personas, debido a que la nulidad elimina el negocio jurídico en el cual se habían embarcado. Esta objeción yerra, creo, por dos motivos: 1) el hecho que los planes de vida de un sujeto resulten frustrados debido a no cumplir con las formalidades que establece la norma de competencia no parecería ser algo jurídicamente relevante. El derecho tiene muchas formas de frustrar los planes de vida de las personas, muchas veces incluso cuando nos obliga a cumplir con lo que este establece, como pagar impuestos por ejemplo y, si bien eso redunde en una pérdida patrimonial no parece ser algo que sea asimilable a la sanción. El derecho *a lo sumo* protege a los planes de vida de las personas contra frustraciones causadas por violaciones a lo que el derecho establece, no al revés; 2) la nulidad en cuestión no eliminaría el negocio jurídico en el cual estas personas se embarcaron ya que, desde el punto de vista del derecho, el negocio jurídico en cuestión nunca existió al no existir un contrato válido en el sistema de referencia. Lo que ellos creían que era un negocio jurídico estaba basado en un error. Estos dos sujetos del ejemplo confundieron un no-contrato con un contrato válido (es decir, acorde con la norma de competencia que lo define) y, por consiguiente, el negocio en cuestión no estaba basado jurídicamente en nada. Esto parece ser una *petitio principii*, pero no es

Es sobre la base de estas consideraciones que ALCHOURRÓN y BULYGIN llegan a la conclusión de que las normas de competencia están mejor representadas como definiciones de ciertos conceptos más que como (tipos especiales de) normas permisivas, abandonando completamente esta última posición.

Sin embargo, aún la tesis de la reducción de las normas de competencia en ALCHOURRÓN y BULYGIN a reglas constitutivas no está terminada. Para eso hace falta ver los aportes posteriores de BULYGIN durante el período 1988-1992.

§ 4. **“SOBRE LAS NORMAS DE COMPETENCIA” O EL SEGUNDO ESBOZO DE LA TEORÍA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMO REGLAS CONSTITUTIVAS DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN**

Bien mirada, la teoría esbozada en *Definiciones y normas* parecería ser no tanto una teoría de las normas de competencia independiente o meramente basada en la distinción de HART entre sanción y nulidad sino, más bien, dicha teoría sería el resultado de llevar hasta las últimas consecuencias lo que dicha distinción implica. No parece, como ya se argumentó, que uno pueda escapar a la conclusión que ambas nociones responden a dos tipos fundamentalmente distintos e irreductibles fenómenos normativos, y ciertamente esta es la opinión que parece seguirse del trabajo de ALCHOURRÓN y BULYGIN.

Dicho trabajo, implicó de por sí un gran paso, sobre todo porque permitió subsanar las deficiencias ya vistas en el enfoque original que ALCHOURRÓN y BULYGIN sostuvieron en NS. Sin embargo, la teoría de las normas de competencia como reglas constitutivas como tal no

tal. Es una consecuencia necesaria que se sigue del concepto de regla constitutiva y de cómo estas construyen la realidad social. Un contrato jurídicamente es y solo puede ser aquello que está definido como tal por una regla constitutiva (norma de competencia en este enfoque) que pertenezca al sistema. Si uno no “cumple” con lo establecido por dicha regla lo que obtendrá será un no-contrato (es decir, cualquier cosa posible *menos* un contrato jurídicamente válido para el sistema que incluya dicha regla constitutiva). Los contratos no son hechos naturales que uno puede encontrar en el mundo. Son hechos sociales, es decir que son construcciones sociales que pertenecen a algún juego de lenguaje (en este caso el sistema jurídico de referencia) y si uno no “cumple” con lo que dicho juego establece como “contrato válido” no hay forma de obtener dicho “contrato válido”. La nulidad releva este hecho: que la persona que quiso jugar al juego fracasó en su intento y que, en consecuencia, lo que obtuvo no puede ser considerado como un x definido como tal por las reglas de dicho juego.

parece haber sido, en *Definiciones y normas*, completamente desarrollada.

BULYGIN, en un trabajo posterior (*Sobre las normas de competencia*³⁰), buscó darle más precisión al enfoque sostenido por ALCHOURRÓN y BULYGIN de las normas de competencia como reglas constitutivas, pero, como espero poder detallar más adelante, tampoco en dicho trabajo la teoría alcanzó un estado definitivo. Sin embargo, antes de entrar en estos detalles, es pertinente exponer el enfoque mejorado por BULYGIN en el trabajo citado.

En línea con lo anteriormente sostenido por ALCHOURRÓN y BULYGIN, este último considera que las normas de competencia no regulan conducta alguna (es decir que no obligan, prohíben ni facultan la realización de ninguna acción) sino que, del mismo modo que las reglas de un juego, “*definen las formas en que se hacen los contratos, los testamentos o los matrimonios para que estos sean jurídicamente válidos*” es decir que “*ellas definen ciertos tipos de conductas*”³¹.

Hasta ahora no hay diferencia alguna con lo sostenido en *Definiciones y normas*. Las normas de competencia son definiciones de ciertos conceptos dentro del marco de un sistema jurídico de referencia. Dichas definiciones determinan cuándo algo puede ser considerado como un x válido con relación al sistema de referencia (y solo al sistema de referencia en cuestión) pues, como ya vimos, dichas normas no definen genéricamente al x , solo definen que puede ser considerado como un x (es decir, un x válido) en relación con un sistema de normas determinado.

Citando a BULYGIN, “*son reglas de competencia las que definen que ha de entenderse por un contrato, un testamento o una promesa y hacen posible llevar a cabo actividades tales como contratar, testar o prometer*”³².

BULYGIN obvia dejar en claro de manera explícita el requisito que dichas normas “*hacen posible llevar a cabo actividades tales como contratar, testar o prometer*” solo con relación a un sistema jurídico

³⁰ BULYGIN, “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 485 a 498.

³¹ ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 490. Además, FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 97 y 98.

³² BULYGIN, “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 497.

de referencia en particular, pero tal vez se pueda excusar dicho olvido alegando su posible obviedad.

Es un tanto obvio que dichas normas no hacen referencia al mundo “natural” de los hechos brutos sino a cierto tipo de construcción social, que algunos prefieren llamar “institucional”³³, dominado por un sistema normativo de referencia determinado³⁴. Bien podría lla-

³³ Particularmente JOHN SEARLE, que divide a los hechos en hechos brutos y hechos institucionales siendo respectivamente unos regulados por reglas regulativas y los otros creados por reglas constitutivas, y en aquellos que siguen su enfoque. A tal efecto, cfr. SEARLE, *Speech acts: An essay in the philosophy of language* y *The construction of social reality*. Es necesario aclarar que la distinción en sí puede ser ontológicamente dudosa y, como bien dice GUASTINI, la atmósfera que la rodea es casi mágico-metafísica. Según GUASTINI es posible interpretar que SEARLE (y sus seguidores) con esta distinción dupliquen el mundo, a saber: de acuerdo a esta posible lectura un mundo que en realidad está compuesto de entidades de un solo tipo (hecho meramente brutos, sin ningún otro calificativo) vendría a ser sustituido por un mundo compuesto por dos clases de entes, hechos brutos y hechos institucionales, ya que en SEARLE este último tipo de hechos no parecerían ser ontológicamente brutos ni su carácter institucional parecería depender de una cualificación, de un sentido, de un valor, etc., que les sea dado o atribuido por el lenguaje. Los hechos institucionales, para este enfoque, son a la vez el objeto y el producto de las reglas constitutivas y no sería el caso que un hecho institucional sea, en realidad, un hecho bruto (un pedazo de papel con varias marcas de tinta encima, por ejemplo) considerado, en virtud de una regla perteneciente a un sistema de normas de referencia, como un hecho institucional (un testamento) siempre dentro de un contexto de sentido determinado (el del sistema de referencia en cuestión). La división del mundo en hechos brutos e institucionales a la Searle parece conllevar una innecesaria duplicación del mundo carente de toda justificación, ya que en definitiva los hechos institucionales bajo este enfoque no serían hechos brutos sujetos a una determinada interpretación dentro de un contexto de sentido determinado. Esto es, como mínimo, una ontología un tanto dudosa y más bien desaconsejable. Cfr. GUASTINI, *Teorie delle regole costitutive*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, IV Serie, LX, 1983, p. 556 y 557.

³⁴ Contra la interpretación de la teoría de SEARLE dada en la nota precedente, ver, FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 99. Considera que la interpretación hecha por GUASTINI no es la única posible y considera que tanto SEARLE como BULGIN pueden escapar a la objeción afirmando que “*las acciones naturales o los hechos brutos pueden ser vistos, a través del prisma de determinadas reglas constitutivas (en el caso de SEARLE) o de determinadas definiciones (en la versión de BULGIN), como (con el valor de) hechos institucionales*”. Como puede apreciarse la solución que ofrece FERRER no es diferente de la recomendación que ofrece GUASTINI y que en el presente trabajo se prefiere como la mejor lectura del fenómeno de la constitutividad. Hay que recordar que GUASTINI dice que la lectura que hace de SEARLE es una lectura que es posible *gracias* a los textos de SEARLE, lo que indica que en dichos textos hay cier-

marse, en pos de la brevedad, a dichas construcciones sociales “juegos de lenguaje”, dado que dichas construcciones consisten en adscribir un valor o un sentido, ver cuando un algo cuenta como un x determinado en virtud de distintos usos del lenguaje. Esto es lo que en definitiva hacen las normas de competencia en el enfoque de ALCHOURRÓN y BULYGIN refinado por BULYGIN, hacer que un hecho bruto determinado cuente como un x válido en el marco de un sistema de normas de referencia, es decir de una manera particular de usar el lenguaje.

Sin embargo, a esta definición BULYGIN agrega luego que estas normas no solo definen conceptos válidos en sistemas jurídicos de referencia, sino que también son definitorias de la autoridad normativa. En sus palabras “*las normas que establecen la competencia del legislador (en su aspecto personal, material y procesal) definen el concepto de legislador y hacen posible la actividad de legislar*”³⁵, lo cual, a primera vista, no parece ser conciliable con la definición dada precedentemente, dado que ¿en qué sentido las normas de competencia, siendo estas definiciones de conceptos tales como “contrato válido en sistema x ”, establecen “*la competencia del legislador (en su aspecto personal, material y procesal)*”? En principio ambas aserciones parecen ser incompatibles. Sin embargo, FERRER cree haber dado con una interpretación que resolvería el problema de incompatibilidad entre ambas aserciones.

Según su criterio, “si se asume, como hace BULYGIN, que las normas de competencia definen qué ha de entenderse por contrato o por ley en un determinado sistema normativo, entonces está claro que es conceptualmente imposible realizar la actividad de contratar o de legislar de forma previa a la mencionada definición, puesto que esa definición crea (estipula) el propio concepto de contrato o de ley”³⁶.

tos problemas que conducen a interpretaciones equívocas. El problema parecen ser ciertas presuposiciones ontológicas de SEARLE y cómo estas llevan a conclusiones contraintuitivas. Ante eso no queda más alternativa que: 1) o depurar fuertemente el enfoque de SEARLE, aunque haya que ir contra el mismo SEARLE; 2) abandonar el enfoque en pos de uno alternativo y que no conduzca a equívocos. Creo que FERRER opta por 1 y GUASTINI –en cambio– opta por 2 y ambos llegan a resultados misteriosamente idénticos.

³⁵ BULYGIN, “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 497.

³⁶ FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 98 y 99.

Esta lectura dista de ser implausible. Sin las definiciones pertinentes sería imposible –dentro del juego de lenguaje en cuestión y solo dentro de él– realizar ninguna actividad que pueda ser considerada como “contrato”, “ley”, etcétera. En ese sentido y solo en ese sentido es la mera definición –la norma de competencia– la que no solo define el concepto de x -válido-en- y , sino que también habilita, confiere la competencia, de realizar actos que puedan ser considerados como actos válidos-en- y . En este sentido dichas definiciones son constitutivas de las diversas autoridades normativas, ya sea en sus competencias e incluso en sus incompetencias (ya que en principio no parecería que dichas autoridades puedan apartarse de aquellos actos que vienen definidos en las normas de competencia).

Lo que cabe preguntarse es si establecer “*la competencia del legislador (en su aspecto personal, material y procesal)*” no es algo que vaya un poco más allá de las reglas constitutivas.

§ 5. **ALGUNOS PROBLEMAS Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS ACERCA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA COMO REGLAS CONSTITUTIVAS EN ALCHOURRÓN Y BULYGIN**

Es muy difícil no compartir la noción que las normas de competencia, al menos en sentido estricto, son aquellas “*que definen que ha de entenderse por un contrato, un testamento o una promesa y hacen posible llevar a cabo actividades tales como contratar, testar o prometer*”³⁷, es decir que al ser las que “*definen las formas en que se hacen los contratos, los testamentos o los matrimonios para que estos sean jurídicamente válidos*”³⁸ son aquellas normas que básicamente determinan cuáles son las propiedades relevantes para que un algo cuente como un x válido en un sistema jurídico de referencia determinado.

Pero no se puede no tener en cuenta que esta definición a lo sumo, lo que hace es determinar/definir quién es el competente y cuáles son los diversos actos normativos (contratos, testamentos, leyes, decretos, etc.) que puede realizar, pero nada dice acerca de si dichos actos normativos a realizar son actos facultativos, obligatorios,

³⁷ BULYGIN, “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 497.

³⁸ BULYGIN, “Sobre las normas de competencia”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 497.

meramente permitidos o incluso (en algunos casos y para algunos sujetos) prohibidos. Tampoco dice nada acerca de cómo, es decir, mediante qué procedimiento o bajo qué formalidades (si alguno) deben llevarse a cabo dichos actos normativos. Estas son cosas que parecen escapar a las definiciones que establecen que es lo que cuenta como un *x-válido-en-y*.

Habíamos visto que FERRER buscó darle una solución a este problema, pero, si bien la interpretación que él hace del pasaje correspondiente del trabajo de BULYGIN no es para nada implausible, esta no responde al problema. Es cierto que sin las definiciones dadas por las normas de competencia es imposible cualquier tipo de acto normativo, pero la definición misma no dice ni qué carácter normativo regula la actividad del competente ni cuáles son los pasos a seguir para que el competente pueda realizar un acto que pueda ser considerado como un *x-válido-en-y*.

Todo esto parece no estar incluido en el concepto de normas de competencia de la teoría de ALCHOURRÓN y BULYGIN y es por ello que esta parece ser una teoría incompleta del fenómeno en cuestión. Deja en claro cómo, mediante reglas constitutivas, se atribuye la competencia y se determinan cuáles son los actos normativos relevantes, pero no parece no determinar cómo ella viene regulada ni cómo se regulan los procedimientos para emitir actos normativos válidos³⁹.

³⁹ BULYGIN está al tanto de este problema y reconoce que es una falencia de su enfoque. Tuve la oportunidad de discutir este problema con él y de plantearle estas mismas objeciones. Nada se dice del carácter deóntico de la competencia una vez atribuida ni tampoco se menciona el hecho del procedimiento ni cuál es su estatus (comunicación personal, 17/5/13). Sobre esta cuestión GIOVANNI BATTISTA RATTI me ha observado que esto que afirmo está lejos de ser (lógicamente) necesario. Que más bien parece ser un hecho contingente. No creo que sea así, ya que la definición –en sí misma– no regula más que el uso de un término o, mejor dicho, el criterio de identificación de ese término, a qué descripción responde el término en cuestión. Pongamos por caso el término “ley”. Podemos, y por lo general es así, entender “ley” como un acto emitido por el órgano “poder legislativo” en virtud de/siguiendo un procedimiento determinado. “Ley” = acto emitido por el poder legislativo en virtud/siguiendo el procedimiento *x*. La definición en cuestión solo nos indica a qué descripción responde el término “ley”, pero nada más. No determina si el acto emitido es el resultado de un deber o una facultad, ni a qué descripción responde el término “poder legislativo” ni en qué consiste el procedimiento *x* en cuestión. La definición en sí no alcanza para regular la competencia del agente. Es necesario (incluso lógicamente necesario) que haya reglas que determinen qué modalidad deóntica corresponde a dicha competencia, la definición del órgano

Una última cuestión que no queda clara en la teoría ALCHOURRÓN y BULGIN es la siguiente: es claro y resulta difícil argumentar contra la tesis que afirma que las normas de competencia (en sentido estricto) son reglas constitutivas, pero ¿qué tipo de reglas constitutivas son? Esto es algo que no está explicitado en la teoría.

CONTE y sus seguidores⁴⁰ son quienes más han trabajado en este tema y han postulado un abanico bastante amplio de subclases de reglas constitutivas, las cuales cubren todos (o casi todos) los aspectos posibles del fenómeno de la constitutividad.

Dichas reglas son:

- *Reglas anankastico-constitutivas*: fijan una condición necesaria de aquello que es su objeto.

- *Reglas eidético-constitutivas*: la existencia de la regla es una condición necesaria de aquello que es su objeto.

- *Reglas noético-constitutivas*: la existencia de la regla es una condición necesaria y suficiente de aquello que es su objeto.

- *Reglas nómico-constitutivas*: fijan una condición necesaria y suficiente de aquello que es su objeto.

- *Reglas metaético-constitutivas*: fijan una condición suficiente de aquello que es su objeto.

- *Reglas thético-constitutivas*: la existencia de la regla es condición suficiente de aquello que es su objeto.

Salvo FERRER⁴¹ ninguno de los autores que considera que las normas de competencia son reglas constitutivas prestó atención a esta serie de distinciones de un concepto central del tipo $C_{(x = y)}$ (*En el*

competente, y reglas que determinen los pasos a seguir para emitir el acto (procedimiento). Esto es algo que, me parece, necesariamente se da en todos los casos relativos a la competencia y que está lejos de ser contingente a este o aquel sistema jurídico.

⁴⁰ Cfr. CONTE, “Regola costituiva in Wittgenstein”, en *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. I, p. 235 a 254; CONTE, “Paradigmi d’analisi della regola in Wittgenstein”, en *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. 2, p. 265 a 312; CONTE, “Fenomeni di fenomeni”, en *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. II, p. 313 a 346; AZZONI, *Il cocetto di condizione nella tipologia delle regole*; ROVERSI, *Pragmatica delle regole costitutive*; ROVERSI, *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*. Solo por mencionar a los que considero más destacados de la “Scuola di Pavia”. Las subclases de reglas constitutivas de los paveses también son aceptadas por WOJCIECH ŻELANIEC (*Create to rule*, p. 75 a 93).

⁴¹ FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 153 y 154.

contexto C, X equivale/es idéntico a Y"). Lo cual es claramente desafortunado, dado que estas subclases de reglas constitutivas abren grandes oportunidades de análisis. En parte por como están basadas las distinciones realizadas por CONTE y su escuela. Se distingue a las reglas constitutivas en virtud de las condiciones necesarias, suficientes o necesarias y suficientes que ellas “establecen”. Pero, y he aquí lo realmente interesante, la forma en que estas condiciones pueden “establecerse” es múltiple. Hay básicamente dos tipos: la norma establece una condición (sea necesaria, suficiente, o necesaria y suficiente) o la norma misma *es* la condición (necesaria, suficiente, o necesaria y suficiente).

La distinción es sutil, pero no por ello innecesaria. Claramente no es lo mismo que una norma establezca una condición para un x que el hecho que la existencia misma de la norma sea la condición para ese x . En un caso es necesario que la norma “diga” algo para que x sea posible. En el otro lo necesario es la *existencia misma* de la norma, no tanto lo que esta pueda decir, lo que es necesario para que x sea posible.

Como yo lo veo, esto quiere decir que en el caso la norma fija una condición para un x que ya viene dado, en cambio en el caso de las normas cuya existencia es la condición lo que ocurre es que la norma es la condición de posibilidad de ese algo. El segundo tipo de reglas lo que hace es dar las condiciones de posibilidad de un concepto o de una dimensión de sentido. Por ejemplo, en el caso del ajedrez (entendido este como un conjunto de reglas y *no* como el juego *tout court*): las reglas que constituyen el juego son ellas mismas las condiciones de posibilidad del juego. En el caso puntual del ajedrez dichas reglas parecen ser no solo condiciones necesarias del mismo sino condiciones necesarias y suficientes. El ajedrez es el ajedrez dado que estas reglas lo crean. Nada más es necesario.

En cambio, el primer tipo de reglas parece que hace otra cosa. Al meramente fijar condiciones (y no ser la regla misma la condición) parece que más que constituir, “subconstituye”. Constituye nociones dentro de una dimensión de sentido, mas no es ella misma la causa de dicha dimensión. En el caso del ajedrez podríamos decir que crea variantes del juego, mas no al juego mismo.

Ahora queda por ver cuál de este tipo de reglas es la más adecuada para dar cuenta del fenómeno de la competencia.

Es claro que la competencia solo es posible en virtud de normas que la otorguen. Es decir que esas normas que otorgan competencia

son, en lo que la competencia respecta, su causa. No lo que las normas establecen sino las normas en sí.

Por ende, las candidatas posibles son las normas eidético-constitutivas, noético-constitutivas y thético-constitutivas, dado que estas tres normas son, por sí mismas, condición de aquello que es su objeto.

La pregunta es, en el caso de la competencia ¿qué tipo de condiciones establecen las normas que otorgan la competencia?

FERRER sostiene que dichas condiciones son necesarias y suficientes⁴². Esto es así porque, como ya vimos, él limita la competencia a su mera atribución. Esto más allá de que el resto de su teoría lo empuja hacia una concepción no unitaria. Él insiste en disminuir todo el fenómeno de la competencia que no sea considerado como atribución de poder y lo relega a lo que llama “condiciones de actualización de la competencia”. Ya vimos porqué esto es un error.

La competencia no es la mera atribución de poder. Es un continuo que va de la atribución de un poder a un sujeto u órgano hasta la producción de un acto válido en el sistema en cuestión. Relegar todo esto a mera “condición de actualización” no es más que un intento de mantener la idea de que hay solo una única clase de normas de competencia, sin traicionar lo relevante del ejercicio de la competencia a la hora de explicar el fenómeno. Este método termina traicionando los objetivos que FERRER se fija, dado que pone de relieve hasta qué punto el ejercicio de la competencia es relevante a la hora de dar cuenta de ella.

Entonces, si la competencia es más que la atribución de poder, si incluye otras cosas tales como su ejercicio (ya sea en los pasos a seguir para ejercerla *correctamente* como en establecer si dicho ejercicio es obligatorio o no) entonces las normas que atribuyen competencia no son ellas mismas las condiciones necesarias y suficientes de la competencia, no son reglas noético-constitutivas. Se sigue que, entonces, estas reglas tampoco fijan solo las condiciones suficientes de la competencia. A lo sumo podemos decir que las reglas que atribuyen competencia son condición suficiente que a un *x* se le haya atribuido competencia, lo cual está muy cerca de ser una tautología, pero de la competencia entendida como un todo. Las normas que atribuyen competencia no son ellas mismas sus condiciones suficien-

⁴² FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 153.

tes. Entonces estas normas que atribuyen competencia tampoco son reglas thético-constitutivas.

Quedan solo las reglas eidético-constitutivas, reglas que son ellas *solo* condición necesaria de aquello que es su objeto. En lo relativo a las normas que atribuyen competencia este parece ser el caso. Estas normas son ellas mismas condición necesaria de la competencia. No son ellas mismas todas las condiciones necesarias de este estado de cosas que va desde la atribución hasta la producción de un resultado institucionalmente válido, pero son las normas que, al fijar la primera de las condiciones necesarias, es decir atribuirle a un sujeto o un órgano cierta competencia, permiten que uno puede empezar a hablar de la competencia de dicho sujeto u órgano.

En la terminología de la Escuela de Pavía, permiten que uno pueda empezar a pensar en la competencia de dicho sujeto u órgano. Otra forma de decir lo mismo es afirmar que estas normas definen parcialmente la competencia y al competente ¿Qué puede decir esto, sino que estas reglas son solo condición necesaria de la competencia? El concepto termina de pensarse solo con la ayuda de otras reglas de otro tipo, termina de definirse solo mediante la ayuda de otras reglas de otro tipo.

Esto les da a las reglas atributivas de la competencia prioridad lógica por sobre otros tipos de normas de competencia. Es solo gracias a que hay normas que atribuyen competencia que puede haber normas que la modulen deónticamente; y fijen procedimientos para su ejercicio válido. De no existir estas reglas que atribuyen competencia los otros dos tipos no podrían existir. Serían un sinsentido, dado que no se saben qué estarían regulando, ya sea deóntica como técnicamente.

Creo que es por esto que muchos autores, como ROSS, BULJGIN y FERRER, hayan considerado que estas normas atributivas de competencia sean las *Normas de competencia* (en mayúsculas) en vez de solo una subclase, central pero solo una subclase, de *normas de competencia* (en minúsculas). El rol que juegan estas normas es tan central, tan básico, que es sencillo sobredimensionarlo.

Pero no, no es el caso. Estas normas son solo una de tres normas posibles de competencia. Juegan un rol central, dado que al atribuir competencia permiten que podamos regularla, definirla, circunscribirla, conceptualizarla, etc., pero no se bastan por sí solas a dar cuenta de todo el fenómeno de la competencia. Todo lo relacionado con su ejercicio escapa a la órbita de estas normas, y esto es así,

aunque dicho fenómeno solo sea posible porque hay normas (eidético-constitutivas) atributivas de la competencia.

Si bien las otras subclases de normas de competencia son subsidiarias a esta subclase atributiva, el rol que estas juegan no es nada menor. Son las que permiten que la competencia atribuida sea considerada como conferida o impuesta (es decir si la misma es vertical u horizontal) y que permiten saber qué es necesario realizar para que el ejercicio de dicha competencia sea considerado válido de acuerdo al sistema que la atribuyó⁴³.

Basándonos en el tipo de definiciones que, según ALCHOURRÓN y BULGIN, ofrecen estas normas, uno puede argumentar que estas serían reglas eidético-constitutivas⁴⁴, es decir aquellas reglas que son

⁴³ ROVERSI, en *Pragmatica delle regolecostitutive*, hace un estudio sin paralelo concerniente a las reglas eidético-constitutivas. Fue la lectura de este libro, más que la lectura de CONTE mismo, lo que me llevó a dudar un poco de la noción original de regla constitutiva en SEARLE y que me convenció, contra FERRER, que las normas de competencia son reglas eidético-constitutivas. En el libro, a diferencia de este trabajo, ROVERSI hace un análisis del juego del ajedrez considerado *tout court*. En ese sentido, las reglas que constituyen el ajedrez son reglas eidético-constitutivas, pues hay factores del fenómeno lúdico que no son privativos del ajedrez, como la noción de “victoria”, por ejemplo, que es externa al juego, pero común a todo fenómeno lúdico (debo esto a una discusión con ALESSANDRO FERRARI). Entendido de esta manera, *tout court*, las reglas del ajedrez solo dan algunas de las condiciones necesarias para la posibilidad del juego, es decir que parcialmente lo definen. El resto de la definición de “ajedrez” depende de factores subsidiarios. Si analizamos al ajedrez solo como conjunto de reglas la cosa cambia, como vimos. ROVERSI hace algunas, muy pocas, consideraciones sobre la competencia en la introducción de su trabajo (p. 6 y 7), dejando abierta la pregunta de si ellas son reglas eidético-constitutivas o no (nunca duda del hecho que sean reglas constitutivas, pero ¿de qué subclase?). Como vimos, bien considerada, la respuesta es si y no. Algunas son reglas eidético-constitutivas. Aquellas que confieren la competencia y comienzan a definir al concepto mismo (y al de competente). Hacen falta otros factores para completar el cuadro, como veremos a continuación. Hay algunas críticas que pueden hacerse a ROVERSI, pero creo que son menores al lado de la claridad que trae su libro: 1) en ningún momento, ni en *Pragmatica* ni en *Costituire*, ofrece una formalización de las reglas constitutivas, como tampoco lo hace SEARLE. Es debido a ello que se ofrece la formalización “ $C_{(x=y)}$ ” esperando que esta pueda ser de alguna utilidad; 2) se apegas demasiado a la terminología de CONTE, la cual puede ser un poco pesada y hasta confusa. Sin embargo, este no me parece el lugar para intentar una reformulación de los términos usados por CONTE y sus seguidores. Tal vez en otro momento pueda intentarse algo en ese estilo, pero no ahora.

⁴⁴ En el mismo sentido, cfr. FERRER, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, p. 99, nota 173. El concepto de regla eidético-constitutiva fue desarrollado por CONTE. A tal fin, cfr. CONTE, “Fenomeni di fe-

condición necesaria de aquello sobre lo que versan⁴⁵. Como ya hemos visto, en el caso de las normas de competencia (en sentido estricto) este es el caso.

Sin dichas reglas no tiene sentido hablar de competencia ni de producción normativa en el derecho, ya que ellas definen qué es ser competente y sin ese concepto sería lógicamente imposible producir norma alguna en un contexto jurídico.

Estas reglas⁴⁶ no son meramente condición necesaria de algo, sino que, además, abren toda una nueva dimensión de sentido desde que establecen el concepto que definen. De por sí dichas normas no son suficientes para disciplinar toda esta nueva dimensión de sentido que permiten al estipular un concepto.

Para eso hacen falta que entren otras normas en juego, que permitan desarrollar la dimensión o juego de lenguaje que permiten estas normas, de lo contrario solo nos quedamos con el concepto, pero sin saber cómo desarrollarlo. Es el mismo problema, por llamarlo de alguna manera, que ocurre con las normas de competencia que marca la teoría de ALCHOURRÓN y BULYGIN. Solo con la definición no es suficiente.

C) CONCLUSIONES

Las teorías analizadas con todas sus diferencias, son esencialmente idénticas en lo que a metodología respecta, a saber: el reduccionismo explicativo.

Ambas son un intento de reducir a las normas de competencia a un único tipo de regla, regulativa (con ciertas peculiaridades) en NS y constitutiva en ALCHOURRÓN y BULYGIN y las dos fracasan, básicamente por la misma razón: al tratar de implementar un reduccionismo tan fuerte del fenómeno de la competencia y de la producción normativa los dos enfoques dejan fuera muchas situaciones relevantes, que son

nomeni", en *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. 2, p. 315 a 346 y ROVERSI, *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*.

⁴⁵ CONTE, "Fenomeni di fenomeni", en *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. 2, p. 322.

⁴⁶ Las que siguen son consideraciones bastante generales en lo que respecta a las reglas constitutivas. Explayarse de más sobre la cuestión excedería los límites de este trabajo.

necesarias para dar cuenta de un fenómeno tan complejo y central para el derecho como la producción de normas.

La teoría de NS no solo tiene el problema de la confusión de reglas regulativas con reglas constitutivas. Esta confusión lleva a no dar cuenta del problema que las normas prescriptivas, contrariamente a lo sostenido en la teoría de NS, no pueden ser a su vez constitutivas del sujeto que están regulando, ya que su existencia viene presupuesta por la norma prescriptiva y no es constituido por esta. La norma constitutiva que define al sujeto normativo viene presupuesta como previa a la norma prescriptiva que regula su conducta. Lo contrario representa un absurdo. Esta teoría fracasa, principalmente, por no dar cuenta correctamente de la constitutividad del competente. La confusión entre reglas regulativas y constitutivas no puede ser solucionada sin terminar reduciendo a las normas de competencia a meras permisiones, lo cual no dice nada sobre la constitutividad o atribución de la competencia.

En cambio, la teoría de ALCHOURRÓN y BULYGIN comete el error inverso: da cuenta acabada de la constitutividad del competente, pero no dice nada acerca de cómo se modula deónticamente su conducta. Sin embargo, al dar cuenta de un modo tan claro de la constitutividad del competente no podemos decir que este último enfoque sea un fracaso del mismo nivel que la teoría esgrimida en NS. Por el contrario. En los años ochenta y principios de los noventa, ALCHOURRÓN y BULYGIN dieron con la teoría precisa de las normas de competencia en sentido estricto, es decir aquella que atribuyen (definen) al competente. Dicha teoría no puede refutarse, lo único que uno puede hacer es construir basado en ella y llenar los espacios vacíos que ella no trata. Solo así puede medirse su nivel de éxito.

La lección que deja el atribulado camino recorrido por ALCHOURRÓN y BULYGIN es que una explicación reduccionista del fenómeno de la competencia está destinada al fracaso, ya sea por intentar introducir elementos en la solución del problema que terminan llevando al absurdo o por centrarse demasiado en un punto clave dejando otros puntos importantes fuera del análisis. No se puede, si uno busca explicar este fenómeno, adoptar un camino reduccionista. Hay que partir de la base que más de un tipo de normas de competencia es necesario. Como mínimo dos tipos, que son las dos avenidas exploradas por ALCHOURRÓN y BULYGIN, normas que la atribuyan y normas que la modulen deónticamente. Queda abierta la posibilidad de un tercer tipo de norma: la que regule el procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, CARLOS - BULJGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2015.
- AUSTIN, JOHN, *The province of jurisprudence determined and the uses and study of jurisprudence*, London, Weindenfeld & Nicholson, 1954.
- AZZONI, GIANPAOLO, *Il cocetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, Cedam, 1988.
- CONTE, AMEDEO, *Filosofía del linguaggio normativo*, vol. I –Studi 1965– 1981, Torino, Giappichelli, 1995
- *Filosofía del linguaggio normativo*, vol. II –Studi 1982– 1994, Torino, Giappichelli, 1995.
- FERRER, JORDI, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales & Boletín Oficial del Estado, 2000.
- GARDNER, JOHN, *Law as a leap of faith*, 10th ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- GUASTINI, RICCARDO, *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- *Teorie delle regole costitutive*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, IV Serie, LX, 1983, p. 556 y 557.
- HERNÁNDEZ, RAFAEL, “Autoridad y competencia” en GARZÓN - LAPORTA (eds.), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 11, Madrid, Trotta, 1996.
- ROVERSI, CORRADO, *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012.
- SEARLE, JOHN, *Speech acts: An essay in the philosophy of language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.
- *The construction of social reality*, London, Penguin, 1995.
- SPAACK, TORBEN, *The concept of legal competence*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1994.
- VON WRIGHT, GEORG, *Norm and action: A logical inquiry*, London, Routledge & Kegan Paul, 1963.
- ŻELANIEC, WOJCIECH, *Create to rule. Studies on constitutive rules*, Milán, Università di Lettere Economia Diritto, 2013.

EL PODER DE NOMBRAR

*YAMIL CARLOS JALIL**

Resumen. En la ciencia del derecho podemos observar una lucha por el monopolio del poder de declarar qué es el derecho, es decir una lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en la capacidad socialmente reconocida de interpretar un cuerpo de textos mediante el cual intentan consagrar una visión legítima, recta, del mundo social.

A su vez encontramos diferentes categorías de intérpretes que tienden a distribuirse en dos polos opuestos. De un lado, la interpretación que mira hacia la elaboración puramente teórica de la doctrina. Por otro, la interpretación que mira hacia la valoración práctica de casos particulares, privilegio de los jueces que llevan a cabo a través de sus decisiones judiciales y que de algún modo contribuyen a la construcción jurídica.

La decisión judicial, representada como una confrontación de puntos de vistas singulares, inseparablemente cognitivos y valorativos, pone término o al menos fija un límite a la lucha, al intercambio o la negociación sobre las cualidades de las personas o de los grupos, sobre la pertenencia de las personas a grupos, a la justa distribución de títulos o nombres, etc., y en esta acción social específica se observa el tema de análisis, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación, que crea las cosas o situaciones nombradas, proclamando públicamente lo que ellas son realmente, al ser la palabra autorizada, la palabra pública oficial que se enuncia en nombre de todos y enfrente de todos.

Palabras clave: estructura, interpretación, decisión judicial, nomos, universalización.

* Abogado, Universidad Nacional de Córdoba. Ayudante de Primera en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue y en la Facultad de Lenguas de la Universidad Nacional del Comahue. Participó de Proyectos de Investigación en la Universidad Nacional del Comahue en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales: “Federalismo y Derechos Humanos” (2009/2012) y “Digesto Federal de Derechos Humanos” (2013/2016). Correo electrónico: carlosjalil23@yahoo.com.ar.

THE POWER OF NAMING

Abstract. In the science of law we can observe a struggle for the monopoly of power to declare what law is, that is to say a struggle in which agents are faced with an inseparable social and technical competence, consisting of the socially recognized capacity to interpret a body of texts by means of which they try to consecrate a legitimate, straightforward vision of the social world.

In turn we find different categories of interpreters that tend to be distributed in two opposite poles. On the one hand, the interpretation that looks towards the purely theoretical elaboration of the doctrine. On the other, the interpretation that looks towards the practical valuation of particular cases, privilege of the judges who carry out through their judicial decisions and that somehow contribute to the juridical construction.

Judicial decision, represented as a confrontation of singular, inseparably cognitive and evaluative points of view, ends or at least sets a limit to the struggle, exchange or negotiation on the qualities of individuals or groups, on belonging from people to groups, to the just distribution of titles or names, and so on, and in this specific social action we observe the issue of analysis, the form par excellence of the symbolic power of nomination, which creates the things or situations named, publicly proclaiming what they are really, being the authorized word, the official public word that is enunciated in the name of all and in front of all.

Keywords: structure, interpretation, judicial decision, nomos, universalization.

O PODER DE NOMEAR

Resumo. Na ciência do direito, podemos observar uma luta pelo poder de monopólio para declarar o que é certo, que é uma luta na qual investiu uma competência inseparavelmente social e técnica, ou seja, a capacidade de reconhecimento social para interpretar um agente do corpo enfrentam texto pelo qual eles tentam consagrar uma visão legítima do mundo reta social.

Por sua vez, encontramos diferentes categorias de intérpretes tendem a ser distribuídos em dois pólos opostos. Por um lado, a interpretação que parece elaboração puramente teórico da doutrina. Além disso, a interpretação parece avaliação prática de casos individuais, os juízes privilégio de realizar através

de suas decisões judiciais e que de alguma forma contribuir para a construção jurídica.

A decisão do tribunal, representado como um confronto de pontos singulares de pontos de vista inseparavelmente cognitivas e avaliativas, cesse ou pelo menos estabelece um limite para a luta, troca ou negociação sobre as qualidades de indivíduos ou grupos, sobre a adesão desses grupos, a distribuição justa dos títulos ou nomes, etc., e nesta ação social específica objecto de análise, a forma por excelência de poder simbólico da nomeação, o que cria coisas ou situações nomeados observou, anunciando publicamente o que são realmente, sendo a palavra de autoridade, a palavra oficial pública que é declarado em nome e na frente de todos.

Palavras-chaves: estrutura, interpretação, decisão judicial, nomos, universalização.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

La ciencia jurídica, tal y como la conciben algunos juristas y especialmente los historiadores del derecho que identifican la historia del derecho con la historia del desarrollo interno de sus conceptos y métodos, entiende el derecho como un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo puede ser comprendido únicamente a través de su dinámica interna. La reivindicación de la autonomía absoluta del pensamiento y de la acción jurídica se ve afirmada con la elaboración de una teoría, lo que es un modo de pensar específico, teoría que pretende liberar totalmente al derecho del peso de lo social, tarea que emprendió HANS KELSEN al elaborar una “teoría pura del derecho”.

Cuando se critica a esta clase de pensamiento se acude a una serie de corrientes o formulaciones críticas que han buscado su base epistemológica y su práctica ideológica en la teoría social marxista. El marxismo ejerció incisiva influencia en las orientaciones jurídicas anti-positivista y anti-formalista, direccionando al derecho hacia un mayor compromiso con la realidad concreta y con las prácticas sociales. Estas corrientes expresarán que el derecho y el Estado son fenómenos producidos por las contradicciones sociales, de modo que la evaluación neutra del derecho no hace más que reforzar la dominación del modo de producción capitalista. Se convierte en arbitraria y contradictoria, para la propia realidad social, presentar como natural las “clásicas” distinciones entre ciencia jurídica y ciencia política, entre derecho público y derecho privado, entre lo individual y colecti-

vo¹. Ahora bien, estos críticos no logran percibir al derecho dentro de su especificidad del universo social concreto, ya que no conciben a este espacio social que es el derecho, como un campo de confrontación de fuerzas con el fin de ostentar un poder concreto, que es el de interpretar un cuerpo de normas.

Además, podemos mencionar en este análisis de conexión del derecho con lo social, la noción de sistema tal como la desarrollara NIKLAS LUHMANN. Propone en su teoría de sistemas la autorreferencia de las estructuras legales, un concepto que confunde las estructuras propiamente simbólicas, como es el derecho, y las instituciones sociales que lo producen. Esta teoría de sistemas aporta un marco ideal para la representación formal y abstracta del sistema jurídico y bajo un nuevo nombre intenta demostrar que el sistema se transforma según sus propias leyes².

¹ Algunas aproximaciones de los enfoques marxistas aparecen en diferentes teóricos epistemológicos argentinos, ubicados en la Universidad de Buenos Aires (principalmente en las décadas del ochenta y noventa), como CARLOS M. CÁRCOVA, RICARDO ENTELMAN, ENRIQUE E. MARÍ, ALICIA RUIZ, entre otros. Especialmente se destaca el profesor CÁRCOVA por su interés, por las cuestiones multi y transdisciplinarias, como el marxismo y el derecho, el pluralismo jurídico, el derecho alternativo, los derechos humanos, la teoría crítica, el multiculturalismo y la posmodernidad, articulando ciertas categorías del discurso marxista y el papel del derecho en la vida social, teniendo presente que el carácter ideológico del derecho tiene un doble papel, por una parte reconduce las relaciones de poder pero, por la otra, al legitimar el reclamo posibilita la reformulación y la transformación progresiva de las relaciones de poder (CÁRCOVA, *Las teorías jurídicas post positivistas*, p. 153 y 154).

² La idea de sistema de que se sirve LUHMANN, para indagar intelectualmente sobre el orden social que nos rodea, se constituye en su diferencia con el entorno. Por lo tanto, la frontera, la utilización de la diferencia por el observador de un sistema y por el sistema, es constituyente de este, porque la identidad solo es posible mediante distinciones. El sistema introduce esa diferencia mediante comunicación, comunicación que establece continuamente el dentro/fuera, pertenece/no pertenece. Para LUHMANN, el científico no pretende describir una verdad objetiva única o esencias de distinta índole, sino objetivar y justificar las diferencias que establece su mirada teórica. Los sistemas sociales procesan su propia complejidad mediante la asignación de “sentido”, hecho que requiere a su vez generalización simbólica; esto es lenguaje. El sentido permite establecer diferencias, permite constituir comunicación, permite procesar conciencia y está pensado por LUHMANN en tres dimensiones: “material”, pertenece/no pertenece, interno/externo; “temporal”, pasado/futuro, reversible/irreversible y “social”, disenso/consenso. La “información” introduce novedades provenientes del entorno en la estructura siendo “la energía de lo social” (LUHMANN, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, p. 64 y 65); pero desde la perspectiva que sostengo, la energía de lo social es el poder equivalente a las posiciones que los actores ocupan en los campos según

Pero esta teoría de sistemas no logra captar que el derecho encuentra su principio de transformación en sí mismo, en las luchas ligadas por detentar el monopolio de acceso a los recursos jurídicos, esto es la capacidad de interpretar los cuerpos normativos.

§ 2. **LOS PUNTOS DE PARTIDA**

Uno de los aportes principales de lo que bien puede denominarse “estructuralismo”³, ha consistido en aplicar al mundo social un mundo de pensamiento relacional y que identifica lo real no con sustancias sino con relaciones. La realidad social, para esta perspectiva, es un conjunto de relaciones invisibles, las que constituyen un espacio de posiciones exteriores las unas a las otras, definidas las unas por relación a las otras.

Se puede, conforme a esta exposición, comparar al espacio social con un espacio geográfico en el interior del cual se secciona en regiones. Pero este espacio está constituido de tal manera que las personas, los grupos e instituciones que en él se encuentran posicionados, tienen tantas más propiedades en común cuanto más próximas estén en este espacio, tantas menos propiedades en común cuanto más alejados se encuentren. Las distancias espaciales coinciden con las distancias sociales.

De esta forma el espacio social se encuentra construido de tal manera que las personas ocupan en él posiciones establecidas en la competencia por la apropiación de bienes cuyo lugar está en el universo social. Estos bienes sociales fundamentales pueden ser el capital económico bajo sus diferentes formas, y el capital cultural y simbólico, formas que revisten las diferentes especies de capital cuando son reconocidas y percibidas como legítimas. Así las personas son distribuidas en el espacio social global según el volumen global del capital que poseen bajo diferentes especies y según el peso relativo de las

los distintos tipos de capitales que poseen, ya que la comunicación es siempre una expresión de poder, por lo que la dominación resulta ser un concepto clave para explicar el funcionamiento de la vida social.

³ El estructuralismo nace en las primeras décadas del siglo xx como una corriente cultural caracterizada por concebir cualquier objeto de estudio como un todo, cuyos miembros se relacionan entre sí y con el todo de tal manera que la modificación de uno de ellos modifica también los restantes y que trata de descubrir el sistema relacional latente (es decir, su estructura), valiéndose de un método que rechaza por igual el análisis (la descomposición) y la síntesis (recomposición).

diferentes especies de capital, económico y cultural, en el volumen total de su capital.

Además de su posicionamiento en el mundo social, las personas tienen una captación activa de este mundo, sin duda construyen su visión del mundo, pero esta construcción se opera bajo imposiciones estructurales. El sentido de una comunidad de hombres y el del hombre, que ya como hombre singular lleva consigo el sentido de miembro de una comunidad, entraña un ser recíprocamente los unos para los otros que implica una equiparación objetivadora de mi existencia y la de todos los otros; esto es: yo soy cualquier otro como un hombre entre otros hombres⁴, y el mundo social tiende a ser percibido como evidente y captado, ello porque las estructuras mentales a través de las cuales las personas aprehenden el mundo social son, en lo esencial, el producto de la interiorización de las estructuras del mundo social.

Por lo tanto, las representaciones de las personas varían según su posición, como sistema de esquemas de percepción y de apreciación, como estructuras cognitivas y evaluativas que se adquieren a través de la experiencia duradera de una posición en el mundo social.

Pero este mundo social no se presenta como totalmente estructurado y capaz de imponer a todo sujeto que percibe los principios de su propia construcción. El mundo social puede ser dicho y construido de diferentes modos, según diferentes principios de visión y división, por ejemplo, divisiones económicas o divisiones étnicas. Así, la percepción del mundo social es el producto de una doble estructuración: por el lado objetivo, está socialmente estructurada porque las propiedades distribuidas a las personas o instituciones se presentan en combinaciones que tienen probabilidades muy desiguales, dependiendo del volumen y el peso de las diferentes especies de capital que puedan poseer. Por el lado subjetivo, está estructurada porque los esquemas de apreciación y percepción, especialmente los que están inscritos en el lenguaje, expresan el estado de las relaciones de poder simbólico. Estos dos mecanismos compiten en producir un mundo común, un mundo de sentido común, o por lo menos, un consenso mínimo sobre el mundo social.

§ 3. **RIVALIDAD REGLADA**

Como el texto religioso, literario o filosófico, el texto jurídico es un entramado de luchas por el hecho de que la lectura es una forma

⁴ HUSSERL, *Meditaciones cartesianas*, p. 196.

de apropiarse de la fuerza simbólica que se encuentra encerrada allí en estado potencial.

Al momento de crearse un cuerpo de nomos y procedimientos se produce una rivalidad entre diferentes formas de competencias profesionales, a la vez antagónicas y complementarias, que funcionan a su vez como formas de producción de un capital específico⁵ y se encuentran también asociadas a posiciones diferentes dentro del ámbito estructural.

Debe mencionarse también que dentro de este antagonismo estructural se identifican dos categorías de intérpretes en posiciones bien extremas. Por un lado, la interpretación orientada a la producción puramente teórica de la doctrina; por otro lado, la interpretación que mira hacia la valoración práctica de los casos particulares, tarea que realizan los jueces a través de sus sentencias judiciales.

Asimismo, cabe destacar que, dentro de este antagonismo, existe también entre los detentadores de los diferentes tipos de capital jurídico, que usan intereses y visiones muy diferentes en su trabajo específico de interpretación, una función de complementariedad; de hecho sirve como base de una forma sutil para la conservación del monopolio del ejercicio legítimo de la interpretación jurídica, en el cual los adversarios, objetivamente cómplices, se ayudan mutuamente.

Es claro el antagonismo estructural y la existencia de dos categorías de intérpretes; por un lado, hallamos al magistrado, quien mediante una práctica que los enfrenta directamente a la gestión de conflictos y a una demanda social que se renueva sin cesar, tiende a asegurar la función de adaptación a lo real de un sistema que se arriesgaría en enfermar dentro de la inflexibilidad de un rigorismo racional, si fuera dejado en manos de los doctrinarios. Los magistrados por medio de la libertad más o menos amplia de apreciación que se les deja en la aplicación de las normas, tienen la posibilidad de introducir cambios e innovaciones indispensables para la supervivencia del sistema, que posteriormente los juristas incorporan a este⁶.

Por su parte, los doctrinarios o juristas, por medio del trabajo de racionalización y de formalización al que someten el cuerpo de nor-

⁵ Al hablar de capital específico me refiero a un capital simbólico, social, que viene referido a una forma de riqueza que no tiene que ver con los medios de producción, físicos o dinero, sino con la acumulación de conocimientos.

⁶ BOURDIEU, "Elementos para una sociología del campo jurídico", en *La fuerza del derecho*, p. 196.

mas, representan la función de asimilación adecuada, para asegurar a través del tiempo la coherencia y permanencia de un conjunto sistemático de principios y reglas, a veces irreducibles a la serie contradictoria de sentencias y que resulta imposible de conocer en detalle.

Dada la extraordinaria elasticidad de los textos, que llega incluso a la completa indeterminación o ambigüedad, la operación hermenéutica de declaración dispone de una considerable libertad. No es extraño que el derecho, instrumento dócil, adaptable, poliformo, sea en la práctica dirigido a contribuir a racionalizar decisiones judiciales en las que tal vez no haya tenido participación alguna para resolver un caso concreto.

La polisemia o anfibología de las fórmulas jurídicas son explotadas, en el sentido de permitir la interpretación restricta, proceso necesario para no aplicar una ley que, entendida literalmente debería ser aplicada, o la interpretación extensiva, procedimiento que permite aplicar una ley que, entendida literalmente, debería no serlo; o también se recurre a otras técnicas, como a la analogía, como la distinción entre la letra y espíritu de la ley, tendientes a extraer el partido máximo de elasticidad de la ley e incluso de sus contradicciones, sus ambigüedades y lagunas.

Por lo tanto, se puede aseverar que el contenido práctico de la ley, que se revela en la sentencia judicial, es la culminación de una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales; por ello, son desigualmente capaces de poner en marcha los recursos jurídicos disponibles mediante la exploración y explotación de reglas e igualmente desiguales a la hora de utilizar esos recursos eficazmente, es decir, como armas simbólicas para hacer triunfar su causa.

Cabe agregar también que mediante la creación de un espacio social-judicial en donde encontramos una lucha simbólica entre profesionales dotados de competencias técnicas y sociales desiguales, entraña consecuentemente la creación de una frontera entre aquellos detentadores de una competencia propiamente jurídica y quienes carecen de ese dominio técnico. Supone la separación entre la visión vulgar del que va a ser justiciable, y la visión sabia del experto, del juez, jurista, abogado, etcétera.

Ahora bien, los inexpertos, aquéllos que no detentan competencias técnicas, son terceros no involucrados directamente en la disputa, permanecen indiferentes a lo que directamente se encuentra en juego y están sujetos a las representaciones propias del derecho que describen los agentes especializados.

Por lo que la decisión judicial genera un espacio organizado en el qué y por el qué se opera la transmutación de un conflicto directo entre las partes a un debate jurídicamente reglado entre profesionales actuantes en representación de los justiciables. Estos profesionales tienen en común conocer y reconocer la regla del juego jurídico, es decir las reglas escritas y no escritas, aquellas reglas que es necesario conocer para hacer prevalecer sus intereses.

§ 4. **EL NOMOS**

La decisión judicial representa pues una puesta en escena paradigmática de la lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social, es un enfrentamiento de puntos de vistas singulares, que concluye mediante el dictado de una sentencia solemne, enunciada por una autoridad social representante de los intereses sociales.

En esta lucha, en la que se afrontan visiones del mundo diferentes, en ocasiones antagonistas, que pretenden imponer su reconocimiento en la medida de su autoridad y consecuentemente se haga realidad, está en juego el monopolio del poder para imponer el conocimiento del mundo social, el nomos como principio de visión y división, principio pues de distribución legítima⁷.

La toma de decisiones judiciales involucra la subjetividad entendida como un proceso de asignación de sentido en un espacio social. Este proceso es una construcción social en la medida en que los jueces y doctrinarios, como cualquier otro ser social, producen significados sociales y al hacerlo hacen uso del acervo de conocimientos que tienen a la mano, de sus experiencias, y también de elementos de su situación biográfica para dar sentido a sus acciones⁸.

A diferencia de un insulto proferido por un simple particular, que compromete únicamente a su autor, la sentencia, que da fin a los conflictos con relación a las cosas o de las personas, proclamando públicamente en última instancia los que ellas son verdaderamente, pertenece a la clase de actos de nominación o de instauración y representa la forma por excelencia de la palabra autorizada, de la palabra pública que se enuncia en nombre de todos y enfrente de todos.

⁷ BOURDIEU, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del derecho*, p. 196.

⁸ HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, p. 176 a 179.

Mediante la sentencia se asigna a los justiciables una identidad, un estado civil y sobre todo, un conjunto de competencias socialmente reconocidas, las cuales por medio de una distribución de derechos permite usar estas competencias y a su vez decide sobre todos los procesos ligados a la adquisición, al aumento, transferencia o a la retirada de esas competencias.

El acto simbólico de nominación que entraña la sentencia tiene toda su eficacia de enunciación creadora en la medida y solo en la medida en que proponen principios de visión y categorización objetivamente ajustados a las divisiones preexistentes de las que son producto. Dicho en otras palabras, el efecto propiamente simbólico de las representaciones engendradas es consagrar el orden establecido, según esquemas acordes a las estructuras del mundo en el que son producidas.

Por tanto, la interpretación de la ley, como cualquier otra actividad humana, se realiza en el mundo de la vida, en las estructuras de sentido creadas socialmente, dentro de las tipificaciones preexistentes. En este sentido recordemos a SCHÜTZ, quien señalaba que los sujetos cuando representan, definen, clasifican, explican y evalúan ciertos objetos o situaciones sociales, lo hacen operacionalizando el “sentido común”, entendido como las tipificaciones del mundo realizadas a partir del “acervo de conocimiento a mano”⁹. Hay que recalcar que este acervo de conocimiento a la mano o recetas para la acción está siempre en referencia a la experiencia de los sujetos.

Utilizando palabras de SCHÜTZ, se puede afirmar que la significación del mundo es un acto subjetivo, lo que no quiere decir que no sea

⁹ SCHÜTZ, en el desarrollo de sus textos, realizó diferentes conceptualizaciones de lo que entendía por “acervo de conocimiento a mano”; no es este el espacio pertinente para reconstruir sus argumentaciones. En ese sentido, haciendo primar la claridad expositiva, apelo a la definición sistematizada por NATANSON de este concepto: “acervo de conocimiento a mano (*stock knowledge at hand*) está integrado por tipificaciones del mundo del sentido común... Esta acumulación de tipificaciones es endémica en la vida del sentido común. Desde la infancia, el individuo continúa amasando una gran cantidad de ‘recetas’ que luego utiliza como técnicas para comprender, o al menos controlar, aspectos de su experiencia... El caudal de su experiencia típicamente aprehendida e interpretada sirve de base para la acción subsiguiente... Por último, las tipificaciones que abarcan el acervo de conocimiento surgen de una estructura social. Aquí, como en todas partes, el conocimiento tiene origen social, está socialmente distribuido e informado. No obstante, su expresión individualizada depende de la situación exclusiva que ocupa el individuo en el mundo social” (NATANSON, “Introducción”, en SCHÜTZ, *El problema de la realidad social*, p. 15 a 30).

social, en la medida en que se realiza a partir de un acervo de conocimientos que es producto de experiencias acumuladas y sedimentadas en cada individuo. La asignación de significado es por tanto un acto subjetivo de acuerdo a las experiencias de cada sujeto organizadas en configuraciones subjetivas. Entonces, un objeto o una situación son reales en la medida en que guardan una relación definida con nosotros y en la medida en que se encuentran en el contexto de sentido de un individuo¹⁰.

Es preciso señalar como ejemplo o hipótesis interpretativa y a los fines de explicar algunas características de este poder simbólico, cuando se intenta discernir o verificar la peligrosidad criminal de una persona en la justicia penal.

Se afirma que un tribunal de justicia, cuando se encuentre frente a ciertos elementos, puede pronunciar una sentencia del siguiente tipo: “se condena al imputado a una pena que cesará cuando este deje de ser peligroso para la sociedad”. Pero, ¿cuáles son estos elementos?

Un primer supuesto para determinar la peligrosidad criminal del sujeto es que se verifique la comisión de un delito grave, entendiendo por grave cualquier delito contra las personas cometido con uso de violencia. Respecto al juicio de peligrosidad, las leyes penales no adoptan un modelo de rígida predeterminación de los criterios de valoración, sino que se encargan de especificar algunas líneas-guías que deberían permitir un uso razonable de la discrecionalidad judicial.

El problema de cualquier juicio anticipado es el de su posible falseamiento, en pocas palabras, el de error de previsión. Se habla de falso positivo cuando se ha previsto un acontecimiento que en la realidad no se verifica. En cambio, falso negativo se define como el caso en que se ha excluido preventivamente un acontecimiento que luego ha tenido lugar. El problema se presenta en las falsas previsiones positivas, que pueden conducir a emitir un juicio y afectar consecuentemente los derechos individuales.

Esto comporta delegar en las decisiones judiciales la creación de una determinada categoría de sujetos, prescindiendo de factores concretos que hagan suponer ese riesgo, concentrándose en una valoración de conjunto, estos son a nivel de categorías enteras de sujetos que se puede tratar como peligrosos. Por lo tanto, la severidad de la

¹⁰ SCHÜTZ, *El problema de la realidad social*, p. 42.

sentencia condenatoria impuesta al imputado concreto no dependerá tanto de su peligrosidad individual, deducida sobre la base de presuntos indicios vinculados a la conducta, los antecedentes o modalidades del delito, sino más bien dependerá del nivel de peligrosidad del grupo en el que se inserta.

Un segundo supuesto es el método clínico, basado en el estudio del caso concreto, el análisis de las variables subjetivas y la adopción de estrategias de prevención y tratamiento de la peligrosidad criminal individualizada, este método ha sido durante mucho tiempo, el único adoptado por parte de los profesionales del tratamiento, en particular cuando debía decidirse la concesión o no de medidas alternativas a la cárcel, tales como la suspensión condicional de la pena.

Sin embargo, hoy en día, se apuesta por instrumentos de predicción, en juicios anticipados de peligrosidad basados en el recurso de tablas estadísticas, en el cálculo de probabilidades y en el análisis de agregados de sujetos más que a individuos concretos.

§ 5. **LOS EFECTOS DEL PODER DE NOMBRAR**

No describiría completamente este poder de nominación o de instauración sino llevase a cabo el análisis de los efectos de este poder.

El trabajo judicial inscripto en esta lógica, teniendo como uno de los mayores fundamentos el mantenimiento del orden simbólico a través de la sistematización y la racionalización que impone las decisiones judiciales y las reglas innovadas para fundarlas o justificarlas, manifiesta un rasgo de universalidad, factor por excelencia de la eficacia simbólica, que adopta un punto de vista del mundo social¹¹.

A partir de ahí conduce a una universalización de prácticas, es decir a la generalización de prácticas entendidas como un modo de acción y de expresión que hasta ese momento eran propios de un espacio social.

El efecto de universalización, que también podríamos llamar efecto de normalización, viene a redoblar el efecto de autoridad social que ejercen ya la cultura jurídica legítima y los poseedores del capital jurídico para dar toda su eficacia práctica a este poder de nominación.

Mediante la promoción ontológica que opera en el efecto de universalización, al transmutar la regularidad, es decir aquello que se

¹¹ BOURDIEU, "Elementos para una sociología del campo jurídico", *La fuerza del derecho*, p. 208 y 209.

hace regularmente, en regla, lo que es regla del hacer, la normalidad de hecho en normalidad de derecho, transforma el simple supuesto de peligrosidad criminal, que se asienta sobre todo en un trabajo de mantenimiento del orden social, en una universalización al imponer una representación de normalidad por la cual todas las prácticas sociales diferentes tienden a aparecer como peligrosas.

Se entiende por ello que, en una sociedad diferenciada, el efecto de universalización es uno de los mecanismos, y sin duda entre los más poderosos, a través de los cuales se ejerce un poder simbólico o, si se puede decir, de imposición de la legitimidad de un orden social.

Cuando se consagra, bajo la forma de un conjunto fuertemente coherente de reglas oficiales contenidas en sentencias y, por definición son sociales y universales, la norma jurídica tiende a ser sustituida por las prácticas de los agentes judiciales, más allá de las diferencias de condiciones que se pueden presentar en la regularización de situaciones de hecho por medio de la decisión judicial.

Entonces, existe sin duda un efecto propio en las decisiones judiciales, relativamente autónomo, que hace posible la existencia de un campo de producción especializado y que consagra, aprovechando especialmente situaciones críticas, el esfuerzo de un grupo de detentadores del capital jurídico por imponer una representación oficial del mundo social que sea conforme a una visión del mundo y favorable a ciertos intereses.

Resulta llamativo que en la reflexión entre lo normal y lo patológico social se conceda tan poco espacio al efecto propio del derecho: el derecho como instrumento de normalización por antonomasia, en cuanto discurso intrínsecamente poderoso y dotado de los medios físicos para hacerse respetar, encontrándose de pasar el tiempo, del estado de ortodoxia, creencia explícitamente enunciada del deber ser, al estado de doxa, de adhesión inmediata a lo que se presupone, a lo normal, provocando que las normas jurídicas terminen sujetas en cuanto a sus efectos al trabajo judicial, que consagra la construcción y asignación de representaciones o sentidos, añadiendo el efecto de universalización y normalización de prácticas que entraña la técnica jurídica, en otras palabras, es el intérprete quien define el contenido del derecho conforme a su discrecionalidad.

§ 6. **CONCLUSIÓN**

En la actividad de interpretación existe por tanto una constante tensión de conciencia provocada por este tránsito entre diversos ám-

bitos de sentido, particularmente entre el mundo de la vida cotidiana y el mundo jurídico. Como he sostenido, a cada ámbito de la realidad corresponde un sentido específico de experiencia que le es propio y que en cierto modo es compatible con los otros ámbitos al tener una función de complementariedad.

De este modo, los jueces y doctrinarios por su condición de ser humano y al formar parte de su mundo de vida, no pueden dejar al margen modelos de tipificación que se encuentran en su acervo de conocimiento y que el derecho como sistema lógico y cerrado supone, por ejemplo, que no están presentes en el proceso de construcción de una sentencia.

Es así que se produce una tensión constante e insuperable entre por lo menos dos ámbitos finitos de experiencia que teóricamente se contraponen y que en la práctica coexisten en una acción social específica como es la elaboración de una sentencia judicial.

Y esta acción social específica acarrea implícitamente la capacidad de enunciación creadora de las cosas o situaciones nombradas en una norma jurídica en la medida y solo en la medida en que proponen principios de visión y categorización objetivamente ajustados a las divisiones preexistentes de las que son producto. Por lo tanto, el efecto propiamente simbólico de las representaciones procreadas es consagrar el orden establecido, según diseños acordes a las estructuras del mundo social en el que son producidas.

BIBLIOGRAFÍA

- BOURDIEU, PIERRE, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2005.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II, Madrid, Taurus, 1999.
- HUSSERL, EDMUND, *Meditaciones cartesianas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- LUHMANN, NIKLAS, *Complejidad y modernidad, de la unidad a la diferencia*, trad. J. BERIAN y J. M. GARCÍA BLANCO, Madrid, Trotta, 1998.
- NATANSON, MAURICE, "Introducción", en SCHÜTZ, ALFRED, *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974.
- SCHÜTZ, ALFRED, *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1995.

LA DESMATERIALIZACIÓN DEL SENTIDO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA SOCIEDAD GLOBAL COMO ESTRATEGIA SOLIDARIA

D. DAVID E. PÉREZ GONZÁLEZ*

Resumen. Se defiende una configuración del fenómeno globalizador superadora de la perspectiva estrictamente económica. Esta postura viene avalada por la necesidad de analizar la situación mundial desde una perspectiva global. La cada vez mayor conexión interterritorial exige que el fenómeno sea abordado desde un enfoque que tome como referencia la realización de los derechos humanos. Focalizar la atención en una vertiente parcial del fenómeno supondría dar por buenas las marcadas diferencias de nivel de vida entre los países. El pensamiento jurídico debiera orientarse hacia una consideración de la complejidad del problema que incidiera en la función emancipadora, denunciando la manipulación semántica de los enunciados normativos que traducen exigencias de valor sistemáticamente vulneradas por los agentes del proceso globalizador.

Palabras clave: globalización, economía, sociedad, derechos humanos, solidaridad.

THE DEMATERIALIZATION OF THE LEGAL SENSE VALUES IN A GLOBAL SOCIETY AS A SOLIDARITY STRATEGY

Abstract. A configuration of the globalization phenomenon away from a strictly economic perspective is advocated. This position is supported by the need to analyze the world situation from a global perspective, which also demands a totalizing structure of the phenomenon. The growing inter-regional con-

* Doctor y profesor de la Universidad de La Laguna (actividad docente y de investigación), Tenerife, España. Correo electrónico: dpergon@ull.es.

nection demands that the phenomenon is approached from a different perspective, making possible the realization of human rights. Paying attention to a partial aspect of the phenomenon would lead, in a way, to justify the already significant differences among countries. Legal thinking should be directed towards a consideration of the complexity of the problem and decisively insist on an emancipatory aspect that would denounce the semantic manipulation of the normative statements that translate values requirements and are systematically violated in the globalization process.

Keywords: globalization, economy, society, human rights, solidarity.

DESMATERIALIZAÇÃO DO SENTIDO DOS VALORES LEGAIS NA SOCIEDADE GLOBAL COMO UMA ESTRATÉGIA DE SOLIDARIEDADE

Resumo. Uma configuração do fenômeno da globalização longe a a perspectiva estritamente económica é defendida. Esta posição é apoiada pela necessidade de analisar a situação do mundo de uma perspectiva global. A conexão crescente inter-regional exige que o fenômeno é abordado sob de uma abordagem que se refere à realização dos direitos humanos. Chamar a atenção para um aspecto parcial do fenômeno levaria para boas marcadas diferenças nos padrões de vida entre os países. Pensamento jurídico deve ser orientada para uma consideração da complexidade do problema que afeta a função emancipadora de referência, denunciando a manipulação semântica de declarações políticas traduzir os requisitos de valor sistematicamente violados por agentes do processo de globalização.

Palavras-chave: globalização, economia, sociedade, direitos humanos, solidariedade.

§ 1. *PLANTEAMIENTO*

La resolución de la Comisión de los Derechos Humanos celebrada el 20 de abril de 2001, acerca de *La mundialización y sus consecuencias sobre el pleno disfrute de todos los derechos humanos* establece “que si bien la globalización ofrece grandes oportunidades, sus beneficios están compartidos actualmente de forma muy desigual y los costos están distribuidos desigualmente, y que los países en desarrollo tropiezan con dificultades para responder a este importante

reto”. Aquí la Comisión resalta la marcada diferencia existente entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo. Puesto que este fenómeno va a operar con una especial incidencia en cada uno de ellos, “advirtiendo que la mundialización afecta a todos los países de manera diferente y los hace más susceptibles a los acontecimientos externos, positivos o negativos, incluso en la esfera de los derechos humanos... Observando con profunda preocupación la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir la diferencia cada vez mayor que hay entre los países desarrollados y los países en desarrollo, que tienen consecuencias negativas sobre el pleno disfrute de los derechos humanos, especialmente en los países en desarrollo”¹. Asimismo, manifiesta la Comisión de los Derechos Humanos en su resolución de fecha referida la necesidad de analizar y estudiar este proceso en profundidad, deteniéndose en todos y cada uno de los aspectos en los que repercute, teniendo especial incidencia en los países en desarrollo donde parece ser que produce más consecuencias negativas².

Llegados a este punto resulta inexcusable antes de continuar profundizando sobre el proceso en su conjunto mostrar una aclaración conceptual del fenómeno, que a pesar de ser un concepto ya tan común en la esfera mundial, concita una destacada dosis de disparidad en su definición. En este sentido, la globalización ha sido analizada por diferentes estudiosos de diversos campos, motivados por

¹ Véase MASPERO, *Mundialización, globalización y la patria grande latino-americana*, conferencia en la Universidad de los Trabajadores de América Latina en San Antonio de los Altos, 06/10/01, p. 1, declara que “la mundialización es la aldea planetaria provocada por el acercamiento de los hombres y de los lugares a causa de la abolición de las distancias y por la información generalizada. Es la fase superior de la internacionalización de la vida humana, económica, social, política, cultural y de la interdependencia entre los países y los continentes. La globalización que ahora rige el proceso de mundialización es un fenómeno de índole ideológica, que se inspira en determinadas ideas y políticas y se mueve por determinados actores e intereses geoeconómicos y geopolíticos que apuntan a imponer un nuevo orden al proceso de la mundialización”.

² Apostillando que “expresa su preocupación por el hecho de que, si bien la globalización ofrece promesas de prosperidad, va acompañada de serios desafíos para los países en desarrollo y porque la promesa de prosperidad no ha alcanzado a la mayoría de la población mundial, lo cual afecta al disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales... Destaca que es menester vigilar y gestionar la mundialización con miras a intensificar sus repercusiones positivas y mitigar las negativas sobre el disfrute de todos los derechos humanos, tanto en el plano nacional como en el internacional”.

las repercusiones que produce en todos ellos³. Sin embargo, no nos encontramos con una única definición que abarque todas sus facetas, sino que, al contrario, la pluralidad de proyecciones del asunto y la variada dogmática existente conlleva que sea analizada desde diferentes puntos de vista. De ahí que haya podido afirmarse que “no existe una única globalización sino múltiples globalizaciones”⁴.

Lo que conocemos como globalización no es un proceso totalmente nuevo, específico de nuestro tiempo, sino que es consecuencia del proceso histórico de apertura de las fronteras de los países y la conexión a nivel internacional de los mercados nacionales. Esto nos lo aclara CORIAT en su conferencia, *Globalización de la economía y dimensiones macroeconómicas de la competitividad*, al decir que “la idea clave de la caracterización de la globalización es que puede ser entendida como una nueva fase de la internacionalización de los mercados, que pone en dependencia recíproca a las empresas y a los países, en grados absolutamente originales e inimaginados en el pasado... definimos a la globalización como una fase nueva, podemos decir que es la tercera fase de la internacionalización de los mercados”⁵. Esta visión del mundo en fases nos lleva a entender a las relaciones internacionales como un proceso evolutivo, que se ha ido desarrollando a lo largo de la historia más reciente de las naciones y la nueva concepción del contexto mundial, que de manera similar a lo que ha ocurrido en otros procesos se superponen las etapas alcanzando en cada una de ellas unos fines y marcando, en gran medida, los objetivos de la siguiente. Al respecto, se enfatiza la tesis que defiende que “la globalización es un término que intenta definir una estructura de relaciones económicas que abarca todo el planeta, en la que las condiciones de vida de una localidad están influenciadas por las relaciones económicas que ésta mantiene con el resto del globo y por las relaciones económicas que se mantienen en el resto del planeta sin la consideración de esta localidad”⁶.

³ Véase al respecto el trabajo de BECK, “Nuestra propia vida en un mundo desbocado: individuación, globalización y política”, en GIDDENS - HUTTON (coords.), *En el límite: la vida en el capitalismo global*, p. 233 y siguientes.

⁴ MONTAGUD MAYOR, *Bases conceptuales de la globalización. Aproximación a un debate*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XVII, 2000, p. 114.

⁵ CORIAT, *Globalización de la economía y dimensiones macroeconómicas de la competitividad*, conferencia impartida en la Universidad de los Trabajadores de América Latina en San Antonio de los Altos, 06/10/01, p. 3.

⁶ ALGABA CALVO - AZEVEDO DA SILVA, *La aproximación de la geografía a la globalización: análisis bibliográfico de los estudios reseñados en Geographical Abstracts entre 1992 y 1996*, “Biblio 3W”, p. 1.

Sobre la dificultad de establecer una definición inequívoca acerca del fenómeno, en la *VIII Conferencia Iberoamericana de Educación* se reconoce que “no habiendo, por consiguiente, un concepto de globalización que merezca una aceptación general”⁷, se admite la posibilidad de proporcionar una definición al afirmar que “la globalización describe los procesos según los cuales los acontecimientos, decisiones y actividades ocurridos en un determinado lugar del planeta repercuten de forma importante sobre los individuos y colectividades ubicados lejos de ese lugar. La globalización surge de un conjunto de procesos que engloban a gran parte del planeta y se desarrollan a escala mundial y se asienta en la intensificación de los niveles de interacción, interconexión e interdependencia entre los Estados, las sociedades y demás agentes que operen a escala mundial”⁸.

En relación con esta idea, SERVITJE afirma que la globalización es un proceso que “realmente nadie controla. El tránsito de las mercancías y de la inversión a través de las fronteras revela que el capital creador de empleos fluye a donde puede ser más productivo y no a donde los gobiernos o los trabajadores quisieran que fuese”⁹. De ahí el hecho de que el movimiento económico se oriente hacia unos mercados determinados, lo que a su vez influye directamente sobre los movimientos de personas a nivel mundial. Y es que el movimiento económico conlleva irremediabilmente que los lugares donde haya riqueza y agilidad económica se conviertan en zonas de acogida de individuos que se trasladan a ellos con el objeto de mejorar sus condiciones de vida, produciéndose consecuentemente en las zonas de pobreza un descenso de la población. Por todo ello, se corre el peligro de que debido a las importantes diferencias que existen entre los países del mundo es posible que la globalización no implique una extensión homogénea y universal de un proceso de crecimiento económico¹⁰, ni tampoco la observancia generalizada de los derechos

⁷ PEDRÓ - ROLO, “Los sistemas educativos iberoamericanos en el contexto de la globalización, interrogantes y oportunidades”, *presentado en VIII Conferencia Iberoamericana de Educación*, www.oei.es/historico/viiiiciedoc.htm.

⁸ PEDRÓ - ROLO, “Los sistemas educativos iberoamericanos en el contexto de la globalización, interrogantes y oportunidades”, *presentado en VIII Conferencia Iberoamericana de Educación*, www.oei.es/historico/viiiiciedoc.htm.

⁹ SERVITJE, “La globalización y sus consecuencias en la sociedad”, conferencia dictada en el VII Congreso UNIAPAC Latinoamericano, Canela, Río Grande do Sul, Brasil, “Revista Entorno”, p. 29.

¹⁰ Sobre la ampliación de este fenómeno a esferas diferentes a las económicas, se ha manifestado RUBIO GONZÁLEZ, al afirmar que “el mercado libre de trabas, parece

humanos. Al contrario, este fenómeno no correctamente encauzado puede desencadenar importantes contradicciones¹¹ con lo que en su esencia conlleva su espíritu, puesto que, al contrario de lo que se pretende, la globalización acrecienta las diferencias entre los países del mundo¹².

Se hace en este sentido evidente el carácter no estrictamente económico de la globalización que debiera ser comprendida como una globalización totalizadora de los aspectos y cuestiones en los que repercute¹³. No siempre se le ha dado al término globalización esta connotación favorable desde el punto de vista humanitario. Más bien sus definiciones inciden en la descripción aséptica del fenómeno evitando cualquier prejuicio con respecto a este¹⁴. Así, frente a quienes han destacado la “ambigüedad conceptual y terminológica de

haber llegado a convertirse en la ortodoxia que aglutina el medio interpretativo de la realidad y el programa político de la globalización. Lo que partiera como un fenómeno eminentemente económico, ha llegado a la esfera de lo social y lo cultural, quizás con menor intensidad que en caso de los fenómenos de carácter económico, dada la persistencia de diversos rasgos de la identidad nacional, regional y local” (*Globalización y mercado de trabajo: retos y oportunidades para la promoción del empleo en el medio local*, “Scripta Nova”, nº 69, 2000, p. 2).

¹¹ Aunque en este sentido “la realidad es que prácticamente cualquier reflexión o teorización sobre los principios de la justicia internacional reconoce el alcance cosmopolita de algunos derechos y deberes básicos” (ARCOS RAMÍREZ, *Ética y pobreza mundial: fundamento y límites de una respuesta centrada en los deberes de humanidad*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXV, 2008-2009, p. 160).

¹² Desde un análisis referencialmente político en los países de nuestro entorno “el éxito de la socialdemocracia en Europa fue su compromiso con el establecimiento y desarrollo del Estado de bienestar” (RODRÍGUEZ PRIETO, *De la socialdemocracia al socialliberalismo. La socialdemocracia en la encrucijada: declive, renuncias y alternativas*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXVIII, 2012, p. 301).

¹³ Idea que sigue HOGEMANN al afirmar que “aparte de los propósitos que el referido proceso de globalización que está en curso tiene desde la visión económica, con finalidad de explotación económica y financiera, cada vez resulta más inevitable contemplar este nuevo escenario mundial en el que se incluyan reivindicaciones humanitarias, que pretendan aproximar a todos los continentes los derechos y la dignidad” (*Direitos humanos: sobre a universalidade rumo a um direito internacional dos direitos humanos*, www.monografias.com/trabajos7/diru/diru.shtml, p. 5).

¹⁴ Sobre las múltiples caras de la globalización pueden consultarse los trabajos de HELD, *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington*, p. 20 y ss., y también del mismo autor *Globalización, antiglobalización: sobre la reconstrucción del orden mundial*, p. 30 y siguientes.

la globalización”¹⁵, se subraya su significado como proceso de interconexión entre múltiples aspectos, que ha surgido en una situación de crisis económica que ha puesto en cuestión las posibilidades del Estado de bienestar, promoviendo una relativización de valores hasta entonces firmemente aceptados en la conciencia social¹⁶.

§ 2. **ENCUADRE DEL FENÓMENO GLOBALIZADOR EN LA ACTUALIDAD**

El fenómeno que conocemos como globalización requiere un análisis en su conjunto, de tal forma que se tomen en consideración todos los aspectos que en él confluyen¹⁷, entre los que destacamos aquí el social. Más allá de la globalización económica, se requiere un esfuerzo integrador en la preservación de los derechos humanos y una sociedad que controle la especulación económica, reorientando un mundo más inclinado hacia la justicia que a los objetivos económicos de las grandes empresas y multinacionales¹⁸. Adentrarnos en esta postura exige desestructurar los compartimentos estancos que separan los diferentes estamentos de la sociedad, puesto que todos

¹⁵ LIMA TORRADO, *Globalización y derechos humanos*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XVII, 2000, p. 45.

¹⁶ SERRANO, *La globalización*, “Documentación Social”, oct. - dic. 2001, p. 18, la define como un “proceso de interconexión financiera, económica, social, política y cultural acelerado últimamente en un contexto de crisis económica (1973, 1979...) de victoria política del capitalismo frente al socialismo (1989) y de relativización cultural de los grandes ideales (posmodernidad...)”. Sobre la conexión que se da entre diferentes lugares del mundo la globalización impulsa los movimientos migratorios, de ahí también que en este sentido, haya declarado Cook: “la inmigración legítima es el resultado necesario e inevitable del éxito económico que genera una demanda de mano de obra a mayor velocidad de la que puede afrontar la tasa de natalidad de un país civilizado moderno. Los países que alcancen mayor éxito van a ser los que puedan asegurar a los inmigrantes legales una oportunidad completa para contribuir con sus habilidades y talentos a los países que hayan elegido como hogar” (*Socialdemocracia en una era global*, “El País”, 15/03/01). A este respecto habla también GARCÍA CANCLINI, *La globalización imaginada*, p. 77 y ss., de “migraciones de antes y de ahora”.

¹⁷ GESSNER, “Regulación y soporte: el comercio internacional en una cultura jurídica global”, en DE JULIOS CAMPUZANO (ed.), *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, p. 190, señala expresivamente que “se habla tanto de la globalización que cada nueva contribución tiene que justificarse por la aportación de un aspecto nuevo a la discusión”.

¹⁸ Sobre las constantes referencias que la globalización hace hacia los aspectos económicos puede consultarse el trabajo de NAVARRO, *Globalización económica, poder político y Estado del bienestar*, p. 50 y siguientes.

sus elementos configuradores deber ser interconectados para obtener una composición global de los sistemas políticos actuales. En esta línea es en la que se “reclama de la política económica una mayor sensibilidad hacia la inversión social en educación y salud y además políticas sectoriales y regionales hacia aquellos sectores con mayor capacidad de generar empleos y equilibrio social”¹⁹.

Esta toma en consideración de los aspectos sociales se hace totalmente imprescindible para que la globalización vaya acorde con los enunciados normativos que defienden los derechos humanos. La implantación de sistemas sociales y humanitarios que ayuden a los más necesitados se convierte, mediante la globalización social, en un deber para todos los habitantes del planeta, siendo, en consecuencia, esencial para mitigar las consecuencias negativas que una globalización estrictamente económica acarrearía. Esta visión única y exclusiva desde una óptica económica conllevaría irremediablemente la consideración perversa que se tiene del fenómeno²⁰, especialmente en un momento como el actual en el que la crisis económica mundial ha asolado muchos países provocando situaciones de mayor vulnerabilidad en una buena parte de sus ciudadanos²¹. Los sistemas políticos actuales optan, como instrumento regulador de las sociedades, por una mayor participación en importantes aspectos que a lo largo de muchos años estaban excluidos de su control, porque “de este modo el intervencionismo estatal ha de desplegarse en el doble ámbito interdependiente de la política social y de la política económica”²². De todas maneras, esta postura intervencionista no es secundada ni mucho menos por todas las naciones, solamente por las que consideran que “el único límite posible que puede oponérsele al soberano es el fin de la institución misma del Estado: la seguridad del pueblo, cuya

¹⁹ RIVERA, “Hacia nuevas articulaciones en la relación Estado-sociedad en materia de políticas sociales”, *Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clasco), Políticas Sociales*, p. 3.

²⁰ BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, p. 59 y siguientes.

²¹ Véase MONEREO PÉREZ, *La constitución social del trabajo y su crisis*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XX, 2003, p. 19, asevera que “en un espacio económico global, los Estados y las fuerzas económicas dominantes han impuesto un modelo de globalización (globalización neoliberal) que limita intensamente el margen de maniobra de los Estados nacionales más débiles para definir su política económica abierta gobernada por los imperativos de la competitividad”.

²² MONEREO PÉREZ, *La constitución social del trabajo y su crisis*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XX, 2003, p. 16.

realización se cumple, asegurando mediante el derecho la vida y el bienestar de cada uno de los ciudadanos”²³.

Al margen de esta visión participativa de las instituciones dentro de su ámbito geográfico, también la mutua ayuda en el campo internacional y la solidaridad entre Estados se ha convertido en una relevante válvula de escape para muchas naciones que, prácticamente abocadas a una quiebra, han encontrado en determinadas organizaciones internacionales un considerable apoyo económico. De todas maneras, aún no se han disipado las dudas sobre las consecuencias que semejante circunstancia pueda acarrear. La principal incógnita que aquí se plantea es ¿qué va a implicar en el futuro para esos países ser ayudados?, ¿existirán condiciones para esta *solidaridad económica*?, ¿hasta cuándo estarán en deuda con esos *benefactores*? Todas estas cuestiones aún tardarán un tiempo en obtener respuesta.

§ 3. **HACIA UNA GLOBALIZACIÓN SOCIAL**

La idea que se pretende es una reorganización de los sistemas actuales hacia fines sociales. Pero esto conlleva una obligación que deben asumir no solo las naciones por medio de sus instituciones públicas, sino también los ciudadanos del mundo a través de una autoimplicación para dar respuesta a las cuestiones sociales generales que, aunque no les afecten directamente, sí reclaman de ellos un compromiso decidido como integrantes del cuerpo social. Concebir a todos los miembros de la sociedad como sujetos encaminados a conseguir el bien común parece ser la respuesta adecuada en una situación en la que el individualismo se aparte de encaminar los esfuerzos hacia un interés general que satisfaga las pretensiones de la mayoría²⁴, ya que ante este tipo de situaciones “la solidaridad realiza los derechos sociales y es fundamento de la adscripción y distribución de bienes y recursos según las necesidades”²⁵.

²³ MIRETE NAVARRO, *Kant y T. Hobbes: pacto social y posibilidad de resistencia al poder público*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXI, 2004, p. 70.

²⁴ Las sociedades actuales no pueden concebir su estructura sin el fenómeno globalizador que las nutre (BERGALLI, *Globalización y control social: Post-fordismo y control punitivo*, “Sistema. Revista de Ciencias Sociales”, nº 161, p. 107 y siguientes).

²⁵ MONEREO ATIENZA, *Herramientas para una teoría de los derechos sociales (Discusión doctrinal)*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXII, 2005, p. 272.

Este argumento desde luego no resulta novedoso, ya que bajo este prisma hace bastante tiempo se manifestó KANT al hablar del contrato social, afirmando que “el acto por el que el pueblo mismo se constituye como Estado –aunque, propiamente hablando, sólo la idea de este, que es la única por la que puede pensarse su legalidad– es el contrato originario, según el cual todos en el pueblo renuncian a su libertad exterior, para recobrarla enseguida como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado”²⁶.

Este sacrificio que realizamos en aras del bien común encuentra su recompensa en todas las contraprestaciones que ofrece el Estado y de las que somos directamente beneficiarios los ciudadanos. Esto implica que en los tiempos actuales, con la situación económica que se vive, los analistas del derecho debemos ofrecer alternativas al pensamiento jurídico²⁷, que aporten respuestas a la realidad vigente para cumplir con las exigencias que impone la máxima acomodación entre la sociedad y el derecho²⁸.

En este sentido, los ordenamientos jurídicos cumplen una función primordial en aras de lograr unas mejores condiciones de vida de los destinatarios de las normas, no solo a nivel nacional sino también internacional, ya que los legisladores respectivos son los que de-

²⁶ KANT, *La metafísica de las costumbres*, p. 145 y 146. Sobre el contrato social mucho se ha discutido, pero desde luego lo que sí ha quedado patente es que “las teorías del contrato social consideran justificados el poder político y el derecho al concebirlas como instrumentos necesarios para garantizar la libertad y la seguridad de los individuos” (PUIGPELAT MARTÍ, *Libertad y seguridad en un nuevo contrato social*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXII, 2005, p. 88).

²⁷ Para CALVO GARCÍA, la configuración de los sistemas legales como herramientas reguladoras de la realidad social implica necesariamente que en la actualidad sea utilizado el derecho como medio para la realización de políticas de intervención y promoción de fines, valores e intereses sociales (*Transformaciones jurídicas y teoría del derecho*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXVIII, 2012, p. 37).

²⁸ Un estudio más detallado sobre la acomodación de los ordenamientos jurídicos a los avatares de la realidad vigente, en GARRIDO LÓPEZ, *Las transformaciones del derecho en la sociedad global*, p. 35 y siguientes. En este sentido, de conformidad con la corriente iuspositivista el derecho es un “sistema normativo mixto” (ANSUÁTEGUI ROIG, “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, p. 601 y siguientes). Véase también la importancia que cobra la legislación de los Estados en los últimos tiempos que ha provocado una *vis atractiva* de muchas de las materias que en tiempos remotos eran excluidas de la juridificación (LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, p. 65 y siguientes).

ben velar porque las disposiciones jurídicas que se aprueben satisfagan en la mayor medida las necesidades de los ciudadanos. De ahí la rotunda afirmación de que “la función propia del legislador, por tanto, será la de asegurar el máximo bienestar social, proveer las condiciones en las que cada uno pueda perseguir sus propios intereses sin que se produzcan interferencias”²⁹. Sobre esta línea de pensamiento y a pesar de encontrarnos en un nuevo escenario mundial donde los cambios ideológicos y legislativos son una constante, muchas de las afirmaciones realizadas hace algún tiempo siguen plenamente vigentes. Prueba de ello la encontramos en el análisis que DÍAZ-POLANCO hace de la obra de KANT, donde afirma que “de este modo, la idea de contrato social es piedra angular que sostiene la concepción ilustrada de cómo se forma, mediante un pacto civil, la sociedad política. Y esta concepción marca la idea liberal sobre la naturaleza de la sociedad misma y sobre los principios (de justicia, por ejemplo) que deben sostener la cooperación social. En dicho contrato originario, sus firmantes instituyen la prioridad absoluta de la libertad individual, por encima de cualquier otra consideración exterior”³⁰.

Desde esta óptica, la globalización, con su particular configuración social, ofrece una oportunidad a los países menos ricos para mejorar sus condiciones de vida y acabar con las situaciones de precariedad que les distinguen. Ello exige necesariamente un control de los elementos de la ideología neoliberal que nutre a las grandes economías mundiales y dirigirlos hacia fines sociales y democráticos³¹, consagrando la instauración de una globalización en la que se dé satisfacción a los intereses superiores frente a los meramente económicos. Intereses que conllevan necesariamente la habilitación de los medios para que pueda producirse una participación real de los individuos en el proceso de decisión acerca de las condiciones relativas a la realización igualitaria de los derechos de titularidad universal, ya que “no se trata de garantizar que todos tengan, finalmente, las mismas oportunidades de éxito, sino que todos tengan razonables oportu-

²⁹ CRUZ, *La constitución social de la propiedad: Bentham frente a Locke*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXIII, 2006, p. 235.

³⁰ DÍAZ-POLANCO, *Kant y la diversidad*, “Glocal”, año 1, nº 6, p. 5.

³¹ En este sentido se encuentran los trabajos de HELD que defiende la tesis que configura una globalización alejada de los aspectos estrictamente económicos, orientándolos hacia un enfoque mucho más amplio en el que se dé cabida a los sistemas democráticos (*¿Hay que regular la globalización? La reinvencción de la política*, “Claves de Razón Práctica”, p. 4 y siguientes).

tunidades de éxito”³², puesto que garantizar la materialización efectiva de los deseos en la mayoría de las ocasiones no es posible, pero no por ello se deben dejar de poner a disposición de los ciudadanos todos los mecanismos idóneos y herramientas necesarias para conseguirlos. De ahí que se insista en la defensa de la igualdad. Igualdad que en materia de derechos, insiste FERRAJOLI, pasa por la defensa de los derechos fundamentales y su reconocimiento en las mismas condiciones, aunque permitiendo articular, eso sí, derechos específicos siempre y cuando se correspondan con una consideración básica de igual respeto a la identidad de todas y cada una de las personas³³, es decir se atajen dentro de los límites de la igualdad entre individuos. Pero este deseado desarrollo que se pretende alcanzar no resulta ser una tarea que se pueda conseguir de una manera rápida e inmediata, al contrario, ya que “es fácil hablar y hasta lograr consenso en torno a la deseabilidad de la participación ciudadana en los procesos de desarrollo. Es obvio, evidente, que las personas quieran participar en las decisiones que afectan su propia vida y tener más control sobre ellas. Pero el hecho es que todavía no tenemos modelos coherentes, consistentes y de probado éxito para esa sociedad participativa que sigue siendo una utopía”³⁴. Esta postura resulta bastante pesimista a la hora de ver con éxito la instauración de lo que podemos llamar una globalización integral. Esta concepción integradora³⁵ de los diferentes compartimentos de un fenómeno di-

³² CAMPOY CERVERA, *Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXI, 2004, p. 154.

³³ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 76 y siguientes.

³⁴ RIVERA, “Hacia nuevas articulaciones en la relación Estado-sociedad en materia de políticas sociales”, *Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clasco), Políticas Sociales*, p. 5, afirma con rotundidad esta autora: “Lo que se percibe es que, por el contrario, cada vez estamos más lejos de poder sentar las condiciones que propendan hacia ello, particularmente en lo que se refiere a igualdad de oportunidades en los diversos ámbitos de la vida”. En este sentido, véase también la obra de HELD sobre la constatación de la democracia como sistema político idóneo (*La democracia hoy ¿hay un orden cosmopolita?*, p. 4 a 23).

³⁵ Utilizando palabras de CAMPOY CERVERA “es que la colectividad adquiere una importancia trascendental para la vida de los individuos: el individuo no tiene existencia real sin la colectividad, la colectividad conforma en muy buena medida la propia personalidad del individuo, sus planes de vida y la forma en que se considera apropiado hacerlos eficaces, y hace posible, a su vez, que estos planes de vida puedan, efectivamente realizarse” (*Una revisión de la idea de dignidad huma-*

vergente como es el globalizador reivindica la consagración de la democracia como prototipo ejemplar que goza de respaldo al servir de sustrato que abona el proceso y que “se ha impuesto como el régimen más eficaz, el más templado, desde el punto de vista de las exigencias del mercado y el capital”³⁶.

La globalización social reclama el reconocimiento efectivo del valor que representa la dignidad inherente al ser humano³⁷. Es precisamente ese mínimo de dignidad³⁸ el punto de partida sobre el que se deben estructurar las sociedades, que, por muy diferentes que sean, habrán de responder a un común criterio de legitimidad³⁹.

Vemos que mediante la consagración de esta ideología se conseguiría que las diferencias entre los países desarrollados y los no desarrollados se minimizaran, puesto que los principios de igualdad y jus-

na y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXI, 2004, p. 161).

³⁶ SECO MARTÍNEZ - RODRÍGUEZ PRIETO, *Del imperio mercantil a la democracia posible*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXI, 2004, p. 423.

³⁷ Véase el trabajo de HOGEMANN, donde proclama que “los derechos humanos deben ser reconocidos por cualquier Estado, grande o pequeño, rico o pobre, independientemente del sistema social y económico que tenga adoptado. Ninguna ideología política que no incorpore el concepto y práctica de los derechos humanos puede ejercer reivindicaciones legítimas. A pesar de todos los tratados y declaraciones internacionales adoptados como consecuencia del consenso de la comunidad internacional la triste realidad es que los derechos declarados no son respetados uniformemente en el mundo entero” (*Direitos humanos: sobre a universalidade rumo a um direito internacional dos direitos humanos*, www.monografias.com/trabajos7/dirudiru.shtml, p. 1).

³⁸ Sobre el análisis que se hace sobre la dignidad por FERRAJOLI véase la obra de ANSUÁTEGUI ROIG, *Los derechos fundamentales en Principia Iuris (o los límites de la teoría del derecho)*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXIX, 2013, p. 55.

³⁹ En los sistemas contemporáneos actuales de corte democrático, basado en el principio y separación de poderes, se otorga al Poder Judicial la función de garantizar el cumplimiento del propio sistema jurídico mediante la habilitación de todo un entramado de mecanismos de defensa, que posibilitan su realización, adaptada ahora a las nuevas circunstancias que ofrece el marco constitucional, lo que resalta MIRAUT MARTÍN, *La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXV, 2008-2009, p. 60, en la indicación de que “la superación de modelo tradicional del juez va a provocar una diferente situación”. Un planteamiento general del tema en BARRANCO, *Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo*, “Teoría y Derecho”, nº 7, p. 135 a 150.

ticia alcanzarían su más pleno ejercicio. Eso sí, es obvio que, en todo este proceso de co-implicación con los asuntos de interés general debe mantenerse un escrupuloso respeto a cada una de las diferentes culturas de los Estados participantes, siempre que en sus particulares concepciones del mundo sean respetuosas con un marco jurídico que consagre el reconocimiento de los derechos humanos⁴⁰. A través de esta concepción se forja como argumento de peso la necesaria constatación de los derechos humanos no solo en el plano de reconocimiento jurídico, sino sobre todo en el de la realización práctica, superando los obstáculos que implica en particular la situación general de desigualdad económica⁴¹.

Desde luego, hoy en día los derechos sociales⁴² se han convertido en una cuestión de primer orden, puesto que las a veces marcadas diferencias que existen entre los miembros de una misma comunidad en la que conviven nacionales y extranjeros demandan una configuración unitaria en aspectos esenciales para el ser humano⁴³. Por

⁴⁰ La plasmación real de los derechos humanos requiere no solo el respeto a las identidades culturales sino sobre todo el suministro de información lo más neutra posible acerca de las peculiaridades de cada una de las culturas a fin de que cada individuo pueda tener una opción verdaderamente informada sobre cuáles han de ser los derechos que él considera inherentes a su dignidad. En este sentido, ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*. La diferenciación posible entre culturas a la hora de configurar la fundamentación de derechos en ASIS ROIG, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*.

⁴¹ Al igual, RIVERA declara que “la cuestión social ha vuelto al centro del debate de las políticas públicas en los últimos años. Tanto así que dio lugar a la convocatoria de una Cumbre Mundial del Sistema de las Naciones Unidas para tratar los graves problemas de desempleo, pobreza e integración social, que ponen en riesgo en muchas partes la convivencia y en otras la supervivencia. La pobreza amenaza la prosperidad, la gobernabilidad y la democracia. La política social no puede, por tanto, continuar siendo una actividad puntual, remedial, subsidiaria de la política económica, sino que debemos buscar colocar la integridad de las políticas al centro de la acción estatal” (“La difícil reforma pendiente: rearticulación de las relaciones entre Estado y sociedad civil”, p. 2 a 4).

⁴² Para un análisis más profuso sobre esta materia, PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, p. 45 y siguientes.

⁴³ CASTRO CID, *Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XV, 1998, p. 47 y 48, incorpora a la reducción del número de beneficiarios como una de las posibles pautas que se han esgrimido para la viabilidad de la eficacia jurídica de los derechos sociales. Pauta que revertiría ciertamente, en nuestra opinión en una mayor igualdad en el disfrute de derechos sí, en tanto que sujetos tradicionalmente

este motivo es importante que el componente social adquiera preponderancia colocándose al máximo nivel en la escala de intereses a defender, e implantar mecanismos eficaces que conviertan a la justicia social en una meta a alcanzar, evitando que los individuos se vean obligados a llevar a cabo esfuerzos extrahumanos para lograrla. Solo de esta manera lo que hoy entendemos por globalización será un fenómeno que no aumente más las diferencias que ya existen entre individuos, sujetos titulares todos por igual de los derechos humanos⁴⁴. De todo ello se desprende que el sistema de valores en la actualidad cobre fuerza impositiva, de tal manera que los ordenamientos jurídicos refuercen los mecanismos que garanticen su efectividad. Para ello las organizaciones, tanto nacionales como internacionales, deben aunar voluntades orientadas a hacer realidad no solo las disposiciones normativas que los consagren legislativamente⁴⁵, sino también los instrumentos jurídicos⁴⁶ necesarios para que su validez jurídica se materialice en actuaciones concretas y en resultados efectivos⁴⁷.

excluidos del mismo se aplican medidas positivas a los extranjeros inmigrantes garantizándoles, al menos a ellos sí, el disfrute directo de los derechos de los que quedaban excluidos.

⁴⁴ Como de hecho lo ratifica ANÓN ROIG: “podríamos afirmar que los derechos sociales encuentran su justificación en el principio según el cual todos tienen derecho a satisfacer sus necesidades básicas, por tanto, el titular de estos derechos no es el hombre en abstracto, sino el hombre situado, contextual o necesitado, por ello son derechos fundamentales de carácter prestacional que generan obligaciones en los poderes públicos que articulan el Estado social, como derechos fundamentales que tiene mayor peso la dimensión objetiva, esto es la función que desempeñan en el orden jurídico, los límites y vínculos que generan en los poderes públicos y en todos los terceros” (*Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías*, “Cuadernos de Derecho Judicial, Derechos de las minorías en una sociedad multicultural”, p. 62).

⁴⁵ De todas las posibles acepciones que tiene el derecho ahondamos aquí en la analizada por la ciencia jurídica “partiendo que el derecho tiene una naturaleza normativa” (PRIETO SANCHÍS, *Identificación y justificación del derecho*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXV, 2008-2009, p. 487).

⁴⁶ Ya que todos “sabemos que el derecho se identifica como una técnica de control social” (ANSUÁTEGUI ROIG, *La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de derecho: dimensiones y consecuencias*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXIII, 2006, p. 192).

⁴⁷ De ello se desprende que “el sistema político moderno es un sistema de representación que ha de entenderse necesariamente en términos formales” (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *La opinión pública*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXII, 2005, p. 193).

En la actualidad se está despertando una nueva visión de los derechos sociales⁴⁸, los cuales están pasando, por causa de la globalización, de ser puestos en práctica por los Estados a serlo por otros organismos. Este fenómeno coloca al Estado⁴⁹, en muchas cuestiones, en la imposibilidad por sí solo de satisfacer todas las pretensiones que se le exigen⁵⁰. De este modo, aparte de la necesaria e indiscutible intervención de los poderes públicos se fomenta cada vez en mayor medida la participación de agentes externos al ente público, como son todo tipo de organizaciones e instituciones de carácter nacional e internacional que pueden colaborar al efecto para dar satisfacción a las demandas de los ciudadanos. A este respecto, acertadamente BENITO DE CASTRO defiende que “parece claro que la acción estatal nunca llegará a ser suficiente por sí sola para la protección y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales... los niveles en que se activa la colaboración internacional han de comprometer a todos los organismos que tengan alguna posibilidad de participar en la promoción y protección de los derechos”⁵¹.

Desde luego, esta limitación real ante la que se encuentran algunos países provoca una serie de modificaciones en las instituciones revestidas de autoridad⁵². Modificaciones que vienen a confirmar, por así decirlo, un nuevo reparto competencial de actividades socia-

⁴⁸ Ninguna duda cabe sobre la idea que “la crisis en el contexto actual incide de manera especial sobre los derechos sociales” [MONEREO ATIENZA, *Herramientas para una teoría de los derechos sociales (Discusión doctrinal)*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXII, 2005, p. 265]. Sobre la tutela internacional de derechos puede verse PÉREZ MANZANO, *El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, nº 95, p. 311 y siguientes.

⁴⁹ Señala en este punto IGAREDA GONZÁLEZ: “es desde este modelo de Estado de bienestar desde el que debe entenderse hasta dónde el Estado se responsabiliza de las demandas de los ciudadanos” (*El derecho al cuidado en el Estado social de derecho*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXVIII, 2012, p. 195).

⁵⁰ Sobre las maneras de garantizar derechos, ver FERRAJOLI, *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, “Doxa”, nº 34, p. 311 y siguientes.

⁵¹ CASTRO CID, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, p. 170.

⁵² Las organizaciones políticas en los tiempos que corren están siendo necesariamente adaptadas a la situación actual en la que el planeta está inmerso que exige su reestructuración. Para profundizar sobre el tema puede consultarse, FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, p. 108 y siguientes.

les, con la correspondiente implantación efectiva de mecanismos que garanticen su satisfacción. Esta situación ya es puesta de relieve por RIVERA cuando afirma que “en estos momentos en que se debate la necesidad de compartir las responsabilidades de la gestión pública y los Estados buscan reestructurarse para deshacerse de muchas de sus responsabilidades históricas, resulta imprescindible contar con soportes sociales que puedan acoger algunas de estas esferas de acción. De ahí que mejorar la capacidad de análisis, gestión y representatividad, eficacia, eficiencia y transparencia de las ONGs sea tarea impostergable”⁵³. Por ello, si acudimos a datos estadísticos extraídos de los sociobarómetros oficiales publicados va quedando de manifiesto cada vez más la relevancia que están adquiriendo las ONGs como nuevos agentes que intervienen en muchos aspectos de la vida, y que surgen como una alternativa para prestar servicios a la comunidad. De esta manera se están convirtiendo en el nuevo sujeto legitimado⁵⁴ para reclamar y al mismo tiempo encauzar los procesos para dar satisfacción a los derechos en este nuevo escenario que el fenómeno globalizador plantea. Y al ser las organizaciones públicas insuficientes para dar respuesta a las necesidades que los ciudadanos reclaman hoy en día, se requiere una mayor participación de estas organizaciones en muchas de las demandas que antes eran ofrecidas exclusivamente por otros organismos esencialmente públicos. No se puede ocultar –sin embargo– que la crisis económica que está afectando a un gran número de países ha limitado también la capacidad de acción de este tipo de organizaciones, en algunos casos, acostumbradas a ser meros gestores de recursos públicos, en lugar de vehículos que canalicen aquellos procedentes de la solidaridad de los ciudadanos.

§ 4. **LA FUNCIÓN DE LA SOLIDARIDAD EN UN MUNDO GLOBALIZADO**

Al analizar el fenómeno de la globalización no podemos en ningún caso dejar de lado la función que representa la solidari-

⁵³ RIVERA, *La difícil reforma pendiente: rearticulación de las relaciones entre Estado y sociedad civil*, p. 6.

⁵⁴ Por ello se confirma que, a diferencia del estatus que puedan llegar a tener estos nuevos sujetos como servidores de estas prestaciones que reclama la ciudadanía “los poderes que constituyen los hechos institucionales, a diferencia de los poderes físicos, son siempre relacionados con deberes, derechos, obligaciones, compromisos, autorizaciones, exigencias y permisos” (LUCENA CID, *La constitución de la realidad política*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXV, 2008-2009, p. 285).

dad⁵⁵, puesto que sirve de parapeto neutralizador para los posibles abusos que el fenómeno pueda provocar. En este sentido se orientó la Asamblea General de las Naciones Unidas en la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social*, en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, al indicar que “el hombre solo puede satisfacer sus aspiraciones en el orden social justo y... es de importancia capital acelerar el progreso social en todas las partes del mundo y contribuir así a la paz y la solidaridad internacionales”. Así señala esta resolución en su art. 9 que el progreso y el desarrollo en lo social son de interés general para la comunidad internacional, que debe complementar, mediante una acción internacional concertada, los esfuerzos emprendidos en el plano nacional para elevar los niveles de vida de las poblaciones⁵⁶.

Tomando como base la anterior declaración y posteriores resoluciones de las Naciones Unidas, la solidaridad se sitúa en el eje central que configura el reconocimiento de los valores coherentes con la dignidad humana⁵⁷. Esta es la demanda principal que proponen to-

⁵⁵ No existe unanimidad de pareceres a la hora de definir el sentido de la solidaridad. De hecho este es un valor que no en todas las épocas ha venido a significar lo mismo y que ha jugado un papel muy diferente como instrumento de cambio social. Así en ocasiones se ha acentuado con ella la idea de la generosidad, de la entrega voluntaria, no debida a los demás. En otras ocasiones se ha atribuido un significado mucho más fuerte resaltando la idea de deber vinculante que a todos nos incumbe en relación con las necesidades de los demás. La implicación mutua existente entre la idea de derecho y obligación nos llevaría en este sentido a asumir la definición que propone LUCAS, de la solidaridad como “conciencia conjunta de derechos y obligaciones que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento” (*El concepto de solidaridad*, p. 91). Acerca de las distintas acepciones de la solidaridad como valor, PECES BARBA, “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, en *Funciones y fines del derecho. Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, p. 247 y siguientes.

⁵⁶ Aquí podíamos englobar al “derecho al desarrollo” que muchos estudiosos de los derechos humanos integran dentro de los “derechos de tercera generación”, entre los que podemos encontrar “a la calidad de vida”, y que difieren bastante del catálogo de derechos de las dos primeras, haciendo todavía más complicado su categorización exhaustiva y cerrada (LLANO ALONSO, *El derecho al desarrollo en el sistema de derechos humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXIX, 2013, p. 368).

⁵⁷ La dignidad humana en este sentido está íntimamente conectada con la idea de tolerancia que propone SORIANO: “la tolerancia es una virtud y un valor del derecho, siendo objeto de consideración desde la teoría ética y la teoría jurídica. En general puede observarse en los escritos éticos una concepción más favo-

dos los agentes afectados directa o indirectamente por la apertura de mercados, al objeto de evitar que semejante apertura pudiera derivar en la pura y simple imposición de la ley del más fuerte. Y es que solo la acción común que presupone la participación igualitaria en la realización de los derechos sociales puede asegurar que el proceso de intercomunicación humana que refleja la globalización se plasme en el deseable incremento de bienestar, sobre la base de la ejecución del principio de no discriminación entre los individuos que conforman la propia sociedad global. Esa participación igualitaria en la realización de los derechos sociales presupone lógicamente la materialización de las obligaciones que a todos nos atañen⁵⁸.

La solidaridad representaría en este sentido un instrumento de transformación social dirigido a la consecución de un mundo en el que todos tuvieran, por efecto precisamente de la realización de las obligaciones inherentes al caso, en mayor medida cubiertas las necesidades, en particular las de carácter subsistencial (que son ciertamente las más urgentes), pero también todas aquellas que denotan una determinada calidad de vida. No bastaría con asegurar a cada individuo el mínimo vital. Se trataría también de evitar las discriminaciones arbitrarias, no directamente vinculadas al superior esfuerzo llevado a cabo por los diferentes individuos, en el nivel de vida alcanzado. Y es que cuanto más elevado sea éste, en mayor medida podemos decir que se abren opciones reales de desarrollo personal, en definitiva se cumple el principio democrático. En la medida en que la globalización propone una consideración más general de la vida en sociedad que el clásico modelo de la sociedad estatal, parece a pri-

table de la tolerancia como virtud que consagra el respeto recíproco en un mismo plano que en los escritos jurídicos, que la sitúan en una acepción antigua como concesión desde un plano superior que hace el tolerante a quienes de él dependen” (*Los derechos de las minorías*, p. 54).

⁵⁸ ARA PINILLA, “El significado de la solidaridad como valor fundante de los derechos humanos”, en DE JULIOS CAMPUZANO, *Dimensiones jurídicas de la globalización*, p. 55 a 78, ha destacado acertadamente “la relación entre las acciones de solidaridad a llevar a cabo en los ámbitos de la identificación y de la realización práctica de los derechos”, subrayando que “si bien constituye la identificación la premisa lógica de la realización práctica de los derechos, la deficiente intervención solidaria en el plano de su realización (de la realización de una determinada versión de los derechos, en sí misma insatisfactoria como lo son todas las demás interpretaciones de la expresión) representa un obstáculo adicional (por lo que supone de condicionamiento sobre la formación de la voluntad del individuo) para la propia identificación de los derechos”.

mera vista el campo de juego idóneo para llevar a cabo ese programa igualitario, antidiscriminatorio, que encarna el valor de la solidaridad.

De todas maneras y a pesar de los esfuerzos realizados en este sentido, los resultados prácticos que propugna esta tesis en la gran mayoría de los casos no se cumplen, tal como manifiesta ENRÍQUEZ PÉREZ en un trabajo un tanto pesimista sobre los efectos de la globalización, al expresar que “la globalización como nueva etapa del capitalismo tiene como objetivos la maximización de las ganancias en el menor tiempo y con los menores costos en la inversión, de tal modo que como lógica actual del capital tiene como primacía los valores puramente individuales y del mercado por encima de la solidaridad y la vida comunitaria”⁵⁹.

Vistas así las cosas, no es que la globalización pudiera echar a perder todas las posibilidades que ofrece con vistas a la mejor realización del ideario de la solidaridad. Es que (lo que resulta ciertamente mucho más grave) constituye un obstáculo directo para su activación, porque pone supuestamente en marcha una lógica contradictoria con respecto al valor que representa la solidaridad. Parece no obstante claro que esa lógica no va necesariamente implícita a la idea de la globalización, sino, mucho más precisamente, a la de una visión particular sobre el fenómeno en cuestión. Nada hay en la idea de la globalización que suponga la conformidad con las situaciones de desequilibrio económico que incita el libre juego del mercado. La globalización constituye el nuevo marco que se abre a la aplicación de las políticas públicas, pero no redefine en modo alguno su sentido. Este dependerá, en última instancia, de la voluntad que los poderes públicos puedan expresar al respecto. Y en la medida en que se supone que estos poderes públicos son democráticos implicaría un sentimiento general que la mayoría social convenientemente articularía.

De todas maneras parece ciertamente muy difícil imaginar que esa mayoría social pueda prestar su aquiescencia a la consolidación de un estado de cosas que directamente les perjudique. Por todo ello no debería, en este sentido, servir la globalización como coartada para la atribución a la vida social de un sentimiento que acentúe la idea de discriminación, y que elimine los mecanismos de control que en otro tiempo (en otro contexto social) habían posibilitado una cierta restricción de la diferenciación económica. La necesidad de

⁵⁹ ENRÍQUEZ PÉREZ, *Globalización y privatización: dos procesos de desnacionalización*, www.rcci.net/globalizacion/2001/fg173.htm, p. 3.

precaverse contra esos usos impropios de la globalización se hace evidente. Pero también la de proponer un sentido activo de la idea de la solidaridad, eludiendo esa acepción débil que la configure como un conjunto de deberes no exigibles (tanto menos exigibles en un universo guiado por las leyes de mercado que habilita la caracterización impropia de la globalización), esto es el sentido que la identifica como una exigencia real de comportamientos enderezados a la materialización de una sociedad más justa e igualitaria. Exigencia que presupone evidentemente una corrección de los desequilibrios económicos, que a cuenta del fenómeno de la solidaridad se han pretendido insólitamente considerar ineludibles.

Con todo este tipo de afirmaciones vemos que la solidaridad representa una llamada a la voluntad de todos los individuos, y también lógicamente de los poderes públicos, para aprovechar la oportunidad que ofrece la globalización en orden a la articulación de una transformación social que permita la mayor emancipación del ser humano. Es, en definitiva, una llamada a la liberación de las cadenas de las leyes de mercado, que acomodan al individuo en una posición subordinada con miras a la realización de unos efectos que de ninguna manera le favorecen, ni mucho menos se pueden dar por descontados.

Sobre esta base aseveramos que no hay lugar a dudas de que muchas de las concepciones ideológicas sobre el particular no son más que proyecciones de la manipulación del sentido primario de este tipo de valores, que luego en su ejecución práctica quedan diluidos en meros dogmas de fe, desencadenando en consecuencia que su materialización en aspectos concretos se convierta en una utopía⁶⁰. Sin embargo, esto no debe ser óbice para seguir insistiendo sobre estos ideales hasta conseguir, tal y como hemos afirmado en líneas anteriores, su materialización en situaciones reales. Ante esta evidencia palpable, y con el fin de combatir los posibles efectos negativos que

⁶⁰ En los tiempos que corren se plantea una cuestión de importante calado. Es la que tiene que ver con el alcance del término solidaridad, puesto que su campo de maniobra exige una concreción mucho mayor a la hora de delimitar sus márgenes de acción, ya que la solidaridad internacional está perdiendo fuelle en tiempos de crisis lo que “construye las bases teóricas para empezar a discutir en términos de solidaridad hasta donde queremos responsabilizarnos de los demás” (TRUCHERO CUEVAS, *Rorty y la solidaridad*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXV, 2008-2009, p. 404); también para un mayor entendimiento actualizado del particular pensamiento de RORTY sobre lo que entiende por solidaridad, consultar VÁSQUEZ ROCCA, *Rorty: pragmatismo, ironismo liberal y solidaridad*, “Revista Telemática de Filosofía del Derecho”, n° 8, p. 337 y siguientes.

puede producir la globalización, lo que se debe hacer –según propone VILLARREAL DÁVILA– es “contrabalancear las fuerzas del mercado, con normas jurídicas que encarnen principios fundamentales como el de solidaridad y subsidiariedad”⁶¹; en definitiva, devolver al derecho el sentido que le corresponde como instrumento promocional de las situaciones que impone el sentido democrático de la organización social.

Todos estos y otros muchos elementos inciden de manera directa en la configuración de la estructura social mundial, orientando sus objetivos hacia un camino en el que no solamente sean determinantes las repercusiones económicas, sino también elementos sociales y culturales, mediante los cuales se ponga remedio a los posibles perjuicios que se producen en detrimento de la dignidad humana como vértice central y eje polar de las relaciones personales entre miembros de la comunidad internacional.

En esta línea, la Comisión de los Derechos Humanos en su resolución de 25 de abril de 2001, sobre *Los derechos humanos y la solidaridad internacional*, proclama su preocupación por que el inmenso potencial de generación de beneficios resultante del proceso de mundialización e interdependencia económica no haya llegado a todos los países, comunidades e individuos, y porque esos beneficios estén, cada vez más fuera del alcance de varios países, particularmente los países menos desarrollados y más en concreto, los países africanos.

Por desgracia, la inexistencia de un compromiso común para dar un sentido real a los valores proclamados en las propias disposiciones jurídicas y declaraciones de derechos, nos hace pensar que la valoración negativa que define a la puesta en práctica del proceso de globalización en su dimensión estrictamente económica, lejos de mitigarse, con toda probabilidad, irá en aumento. Y es que en el ámbito jurídico la batalla por hacer viable la potencialidad emancipatoria del proceso de globalización se presenta sobre todo a nivel semántico. Es precisamente la manipulación del significado de los propios valores proclamados en las disposiciones jurídicas y declaraciones de derechos el instrumento que permite que la insatisfactoria situación actual se presente paradójicamente como una consecuencia natural del proceso de intercomunicación⁶² que, muy al contrario, sienta la bases

⁶¹ VILLARREAL DÁVILA, *Globalización y soberanía nacional*, “Glocal”, año 1, n° 6, p. 7.

⁶² Utilizando las expresiones de MARTÍNEZ GARCÍA, estamos inmersos en un mundo de “derecho e incertidumbre” en el aparecen nuevos obstáculos que obligan

para alcanzar niveles de bienestar impensables en otro tiempo por parte de los individuos, en definitiva, para hacer posible la realización efectiva del principio de universalidad de los derechos humanos⁶³. Se debiera en este sentido incidir en la necesidad de eludir este tipo de manipulaciones semánticas que llevan a legitimar como supuestamente inalterables situaciones de radical injusticia cuya erradicación está en último término al alcance de la voluntad humana.

§ 5. *A MODO DE CONCLUSIÓN*

La consagración de valores, tanto en los instrumentos legislativos de los países como en los mecanismos operativos que garantizan la defensa de derechos a nivel nacional e internacional, avala la sensibilidad creciente acerca de su inaplazable realización. Hoy cada día, con más énfasis, estos valores jurídicos exigen un mayor reconocimiento en la sociedad global en la que el planeta está inmerso. El fenómeno globalizador, en aras de evitar los enormes perjuicios que implicaría focalizarlo exclusivamente sobre su sustrato económico, propio de la ideología neoliberal que lo nutre, reivindica un enfoque integrador en el que, tanto los aspectos sociales como los políticos, cobren verdadera relevancia.

La pretendida neutralidad valorativa del concepto de globalización no puede, en ningún caso, eliminar las exigencias que el propio fenómeno impone desde el punto de vista de la realización de la justicia. En este sentido se propone la existencia de un equilibrio mundial del reparto de la riqueza, porque las marcadas diferencias en

a redefinir una nueva concepción de la realidad jurídica actual (*Derecho e incertidumbre*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXIII, 2012, p. 97 y siguientes).

⁶³ Porque si lo que pretendemos es “una sociedad ética cimentada en los derechos humanos” debemos necesariamente tomar como punto de partida una consideración unificada de éstos, que abarque todas las posibles categorías existentes (GEORGE, “¿Globalización de los derechos?”, en GIBNEY, *La globalización de los derechos humanos*, p. 25). Acerca de la universalidad de los derechos humanos LUCAS, *Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)*, “Derechos y Libertades”, nº 3, p. 259 y ss., y LUCAS, “Los límites de la universalización de los derechos en la crisis del Estado de bienestar: dos supuestos de exclusión”, en THETONIO - PRIETO, *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de bienestar*, p. 153 y ss., y PÉREZ LUÑO, “La universalidad de los derechos humanos”, en *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, p. 6, que apunta “complementar la dimensión deontológica de la universalidad”, y PÉREZ LUÑO, *Sobre la universalidad de los derechos humanos*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XV, 1998, p. 95 y siguientes.

el desarrollo de un país con respecto a otro inciden directamente en los trasvases de personal de un lugar a otro. La propia naturaleza del fenómeno explica esta lógica. Cada vez hay más países con fuerte presión demográfica y con escasez de recursos, y otros países con bajo crecimiento de población, pero con recursos económicos y tecnológicos, y ante la ausencia de una organización eficaz que permita el desarrollo de los primeros, lo consecuente es que se produzca un flujo de mano de obra hacia los países desarrollados. Se confirma así que la globalización no solo liberaliza el flujo de capitales sino que conlleva también un cúmulo de transformaciones de los movimientos migratorios. La globalización que desafía las diferencias existentes entre los países implica un desarrollo complejo del ser humano, donde queden aseguradas a todas las personas y en todas las partes del mundo las condiciones que permitan una vida digna.

Los nuevos acontecimientos requieren profundos cambios en actitudes y comportamientos, además de una reinterpretación en las prioridades sociales, sistemas educativos, relaciones de las personas con la sociedad y confirmación de los principios de no discriminación y solidaridad, mediante los cuales se logren las metas que tiene marcadas este proceso.

En la actualidad la globalización induce una orientación internacionalista de los mercados, por medio de la cual las conexiones comerciales entre los diferentes agentes internacionales son una realidad sin la que no es concebible la nueva situación mundial. En definitiva, una globalización social, en la que se desarrollen las sociedades sobre la defensa de los derechos humanos, y (es la otra vertiente del asunto) una globalización política, por la que se instaure el democrático como único sistema de gobierno admisible por las autoridades nacionales. De lo contrario este fenómeno globalizador, lejos de alcanzar los buenos propósitos de los que goza, incrementaría hasta límites insospechados las ya marcadas diferencias existentes entre los distintos territorios del planeta.

Cuando hablamos de globalización integral, con esta expresión se esboza un fenómeno que se aparta de su exclusiva incidencia en aspectos económicos, demandando una configuración contrapuesta que trascienda también a cuestiones de índole social y política. En este planteamiento, la consideración unitaria de muchos de los problemas sociales y políticos, que afectan a un gran número de países, no nos puede llevar sino a alcanzar una concienciación solidaria. Este es uno de los motivos por los que no se puede permitir que el fenómeno lleve su propio curso, nutriéndose únicamente de rese-

ñas económicas. Por el contrario, siendo concientes de la elevada implicación económica que por su propia naturaleza tiene, por lo que más hay que reclamar es por su implantación como un proceso global que se retroalimente y dé acogida, en igual medida, tanto a las cuestiones económicas como a los aspectos sociales y democráticos, y sobre el que participe toda la ciudadanía entendida como una organización necesaria para la consecución de los fines colectivos.

La simple observación de nuestro entorno, nuestros hábitos sociales, de comunicación y de consumo, nos obliga a aceptar que el mundo nunca había estado tan interconectado. La globalización implica transformaciones, cambios que requieren unas nuevas reglas que ordenen esta nueva situación, en la que el devenir de los acontecimientos se sucede espontáneamente y reclama urgentemente una orientación encaminada a controlar los efectos negativos que se pueden producir, y preservar el desarrollo de los valores, libertades y derechos inherentes al ser humano. Sobre esta base la solidaridad, como valor supremo e inspirador del ser humano en sus actuaciones, juega un papel crucial en la materialización del sentido emancipatorio del proceso de globalización. Globalizar los derechos humanos constituye el fin último. La globalización es un instrumento que, adecuadamente utilizado, permitirá alcanzar mayores niveles de crecimiento y bienestar en todos los países del mundo, si se marca, eso sí, la pauta que reclama la globalización solidaria. Pero de una solidaridad entendida en su sentido más fuerte, en el que acentúa la idea de obligación común a todos los seres humanos. No precisamente en el sentido débil, que parece dejar a la buena voluntad de cada uno el cumplimiento de los deberes que le incumben en orden a la transformación social que garantice el mejor explayamiento de la libertad individual.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA CALVO, ANTONIO - AZEVEDO DA SILVA, CLÉCIO, *La aproximación de la geografía a la globalización: análisis bibliográfico de los estudios reseñados en Geographical Abstracts entre 1992 y 1996*, "Biblio 3W. Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales", Universidad de Barcelona, nº 51, 1997.
- ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO J., *La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de derecho: dimensiones y consecuencias*, "Anuario de Filosofía del Derecho", t. XXIII, 2006, p. 187 a 204.
- *Los derechos fundamentales en Principia Iuris (o los límites de la teoría del derecho)*, "Anuario de Filosofía del Derecho", t. XXIX, 2013, p. 35 a 56.
- "Positivismo jurídico y sistemas mixtos", en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006.

- ANÓN ROIG, MARÍA J., *Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías*, “Cuadernos de Derecho Judicial, Derechos de las minorías en una sociedad multicultural”, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 43 a 118.
- ARA PINILLA, IGNACIO, “El significado de la solidaridad como valor fundante de los derechos humanos”, en DE JULIOS CAMPUZANO, ALFONSO (ed.), *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 55 a 79.
- *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990.
- ARCOS RAMÍREZ, FEDERICO, *Ética y pobreza mundial: fundamento y límites de una respuesta centrada en los deberes de humanidad*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXV, 2008-2009, p. 149 a 178.
- ASIS ROIG, RAFAEL, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001.
- BARRANCO, MARÍA C., *Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo*, “Teoría y Derecho”, nº 7, 2010, p. 135 a 150.
- BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. B. MORENO y M. R. BORRÁS, Barcelona, Paidós, 1999.
- “Nuestra propia vida en un mundo desbocado: individuación, globalización y política”, en GIDDENS, ANTHONY - HUTTON, WILL (coords.), *En el límite: la vida en el capitalismo global*, Barcelona, Tusquets Editores, 2001, p. 223 a 246.
- BERGALLI, ROBERTO, *Globalización y control social: Post-fordismo y control punitivo*, “Sistema. Revista de Ciencias Sociales”, nº 161, 2001, p. 107 a 124.
- CALVO GARCÍA, MANUEL, *Transformaciones jurídicas y teoría del derecho*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXVIII, 2012, p. 33 a 54.
- CAMPOY CERVERA, IGNACIO, *Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXI, 2004, p. 143 a 166.
- CASTRO CID, BENITO, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, León, Universidad de León, 1993.
- *Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XV, 1998, p. 31 a 48.
- COOK, ROBIN, *Socialdemocracia en una era global*, “El País”, 15/03/01, https://el-país.com/diario/2001/03/15/opinion/984610808_850215.html.
- CORIAT, BENJAMÍN, “Globalización de la economía y dimensiones macroeconómicas de la competitividad”, *presentado en la Universidad de los Trabajadores de América Latina*, San Antonio de los Altos, 6 oct. 2001.
- CRUZ, LUIS M., *La constitución social de la propiedad: Bentham frente a Locke*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXIII, 2006, p. 219 a 240.
- DÍAZ-POLANCO, HÉCTOR, *Kant y la diversidad*, “Glocal”, año 1, nº 6, 2000.
- ENRÍQUEZ PÉREZ, ISAAC, *Globalización y privatización: dos procesos de desnacionalización*, www.rcci.net/globalizacion/2001/fg173.htm.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. A. IBÁÑEZ y A. GREPPI, Madrid, Trotta, 1999.
- *El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, nº 34, 2011, p. 311 a 361.
- *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. P. A. IBÁÑEZ, Madrid, Trotta, 2011.

- GARCÍA CANCLINI, NÉSTOR, *La globalización imaginada*, Buenos Aires, Paidós, 2001.
- GARRIDO LÓPEZ, MARÍA I., *Las transformaciones del derecho en la sociedad global*, Pamplona, Aranzadi, 2010.
- GEORGE, SUSAN, “¿Globalización de los derechos?”, en GIBNEY, MATTHEW J. (ed.), *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.
- GESSNER, VOLKMAR, “Regulación y soporte: el comercio internacional en una cultura jurídica global”, trad. M. ÁLVAREZ ORTEGA, en DE JULIOS CAMPUZANO, ALFONSO (ed.), *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Madrid, Dykinson, 2007.
- HELD, DAVID, *Globalización, antiglobalización: sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.
- *¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política*, “Claves de Razón Práctica”, 2000, p. 4 a 11.
- *La democracia hoy ¿hay un orden cosmopolita?*, Barcelona, Debats, 1994.
- *Un pacto global. La alternativa socialdemócrata al consenso de Washington*, Madrid, Taurus, 2005.
- HOGEMANN, EDNA R., *Direitos humanos: sobre a universalidade rumo a um direito internacional dos direitos humanos*, www.monografias.com/trabajos7/dirur/dirur.shtml.
- IGAREDA GONZÁLEZ, NOELIA, *El derecho al cuidado en el Estado social de derecho*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXVIII, 2012, p. 185 a 206.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ J., *La opinión pública*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXII, 2005, p. 181 a 202.
- KANT, IMMANUEL, *La metafísica de las costumbres*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1994.
- LAPORTA, FRANCISCO J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LIMA TORRADO, JESÚS, *Globalización y derechos humanos*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XVII, 2000, p. 43 a 74.
- LLANO ALONSO, FERNANDO, *El derecho al desarrollo en el sistema de derechos humanos: entre los derechos de la personalidad y la actividad del Estado*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXIX, 2013, p. 367 a 396.
- LUCAS, JAVIER, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993.
- “Los límites de la universalización de los derechos en la crisis del Estado de bienestar: dos supuestos de exclusión”, en THETONIO, VICENTE - PRIETO, FERNANDO (dirs.), *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de bienestar*, Córdoba, Etea, 1995.
- *Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)*, “Derechos y Libertades”, nº 3, 1994, p. 259 a 312.
- LUCENA CID, ISABEL V., *La constitución de la realidad política*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXV, 2008-2009, p. 279 a 308.
- MARTÍNEZ GARCÍA, JESÚS I., *Derecho e incertidumbre*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXIII, 2012, p. 97 a 118.
- MASPERO, EMILIO, “Mundialización, globalización y la patria grande latinoamericana”, *presentado en la Universidad de los Trabajadores de América Latina*, San Antonio de los Altos, 6 oct. 2001.
- MIRAUT MARTÍN, LAURA, *La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXV, 2008-2009, p. 57 a 78.

- MIRETE NAVARRO, JOSÉ L., *Kant y T. Hobbes: pacto social y posibilidad de resistencia al poder público*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXI, 2004, p. 65 a 74.
- MONEREO ATIENZA, CRISTINA, *Herramientas para una teoría de los derechos sociales. (Discusión doctrinal)*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXII, 2005, p. 265 a 290.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ L., *La constitución social del trabajo y su crisis*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XX, 2003, p. 13 a 38.
- MONTAGUD MAYOR, XAVIER, *Bases conceptuales de la globalización. Aproximación a un debate*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XVII, 2000, p. 112 a 140.
- NAVARRO, VICENÇ, *Globalización económica, poder político y Estado del bienestar*, Barcelona, Ariel, 2012.
- PECES BARBA, GREGORIO, “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, en *Funciones y fines del derecho. Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, Murcia, Universidad de Murcia, 1992.
- PEDRÓ, FRANCESC - ROLO, JOSÉ M., “Los sistemas educativos iberoamericanos en el contexto de la globalización, interrogantes y oportunidades”, *presentado en VIII Conferencia Iberoamericana de Educación*, Sintra, 9 y 10 jul. 1998, www.oei.es/historico/viiiciedoc.htm.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., “La universalidad de los derechos humanos”, en *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 51 a 68.
- *Sobre la universalidad de los derechos humanos*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XV, 1998, p. 95 a 110.
- PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, nº 95, 2012, p. 311 a 345.
- PISARELLO, GERARDO, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Identificación y justificación del derecho*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXV, 2008-2009, p. 485 a 506.
- PUIGPELAT MARTÍ, FRANCESCA, *Libertad y seguridad en un nuevo contrato social*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXII, 2005, p. 83 a 112.
- RIVERA, MARCIA, “Hacia nuevas articulaciones en la relación Estado-sociedad en materia de políticas sociales”, *Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), Políticas Sociales, presentado en la Reunión Técnica sobre el Monitoreo de las Metas a favor de la Infancia del Compromiso de Nariño*, Antigua, Guatemala, 16 a 18 ago. 1995.
- “La difícil reforma pendiente: rearticulación de las relaciones entre Estado y sociedad civil”, *Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), Políticas sociales*, palabras de apertura de la sesión en Buenos Aires, 04/06/96.
- RODRÍGUEZ PRIETO, RAFAEL, *De la socialdemocracia al socialliberalismo. La socialdemocracia en la encrucijada: declive, renunciias y alternativas*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXVIII, 2012, p. 293 a 332.
- RUBIO GONZÁLEZ, RICARDO, *Globalización y mercado de trabajo: retos y oportunidades para la promoción del empleo en el medio local*, “Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales”, Universidad de Barcelona, nº 69, 1/8/00, www.ub.edu/geocrit/sn-69-60.htm.

SECO MARTÍNEZ, JOSÉ M. - RODRÍGUEZ PRIETO, RAFAEL, *Del imperio mercantil a la democracia posible*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXI, 2004, p. 411 a 428.

SERRANO, JOSEP M., *La globalización*, “Documentación Social”, oct. - dic., 2001, p. 79 a 97.

SERVITJE, LORENZO, *La globalización y sus consecuencias en la sociedad*, “Revista Entorno”, ene. 1998, p. 30.

SORIANO, RAMÓN, *Los derechos de las minorías*, Sevilla, Mad, 1999.

TRUCHERO CUEVAS, JAVIER, *Rorty y la solidaridad*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, t. XXV, 2008-2009, p. 385 a 408.

VÁSQUEZ ROCCA, ADOLFO, *Rorty: pragmatismo, ironismo liberal y solidaridad*, “Revista Telemática de Filosofía del Derecho”, nº 8, 2005, p. 337 a 346.

VILLARREAL DÁVILA, ROSENDO, *Globalización y soberanía nacional*, “Glocal”, año 1, nº 6, 2000.

DEL BINOMIO DERECHOS-DEBERES A LA TRÍADA DERECHOS, DEBERES Y RESPONSABILIDADES. NOCIONES IUSFILOSÓFICAS PARA LA MEJOR COMPRENSIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

GABRIEL STILMAN*

Resumen. Con la mira en el desafío que presenta la comprensión y adjudicación de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, este trabajo explora la pertinencia de repensar el clásico binomio derechos-deberes y reemplazarlo por una ontología tripartita compuesta de derechos, deberes y responsabilidades, ofreciendo para eso un concepto jurídico de responsabilidad personal en materia de derechos humanos. Al mismo tiempo, se propone la clasificación de los derechos económicos, sociales y culturales en prepolíticos y postpolíticos, sugiriéndose que mientras que los primeros comprenden un cierto derecho de propiedad garantizado a todo ser humano y ameritan una operatividad directa y generalizada, los últimos aconsejan una comprensión y adjudicación que contemple la dimensión de responsabilidades personales de su titular.

Palabras clave: justicia, responsabilidad personal, mínimo vital, derechos humanos, propiedad.

FROM RIGHTS AND DUTIES TO RIGHTS, DUTIES AND RESPONSIBILITIES: NOTIONS FROM THE PHILOSOPHY OF LAW FOR A BETTER UNDERSTANDING OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

Abstract. Given the challenge of understanding and adjudicating fundamental economic, social and cultural rights, this

* Abogado (UMSA, 1996). Miembro de ACUNS (Academic Council of the United Nations) y de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Investigador en genealogía aplicada al derecho. Correo electrónico: gstilman@gmail.com.

work explores the appropriateness of rethinking the classic binomial rights-duties and replace it by a tripartite ontology inhabited by rights, duties and responsibilities, introducing a juridical account of personal responsibility in regard to human rights. At the same time, we propose a classification of economic, social and cultural rights into pre-political and post-political, suggesting that whereas the first ones include a certain right to effective property for all human beings and deserve direct and generalized implementation, the latter should be understood and adjudicated with more emphasis on the personal responsibility dimension of the subject who claims them.

Keywords: justice, personal responsibility, vital minimum, human rights, property.

DO BINÔMIO DIREITOS-DEBERES À TRIADE DIREITOS, DEVERES E RESPONSABILIDADES: NOÇÕES JUSFILOSÓFICAS PARA UMA MELHOR COMPREENSÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Resumo. Com a mirada no desafio que a compreensão e adjudicação dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais a presenta, este trabalho explora a pertinência de repensar o clássico binômio direitos-deberes e substituí-lo por uma ontologia tripartida composta de direitos, deveres e responsabilidades, oferecendo para isso um conceito jurídico de responsabilidade e pessoal em matéria de direitos humanos. Ao mesmo tempo, propõe a classificação dos direitos econômicos, sociais e culturais sempre-políticos e pós-políticos, sugerindo que enquanto os primeiros compreendem um determinado direito de propriedade garantido a todo ser humano e merecem uma operatividade direta e generalizada, os últimos aconselham uma compreensão e adjudicação que contemple a dimensão de responsabilidades pessoais de seu titular.

Palavras-chave: justiça, responsabilidade pessoal, salário mínimo, direitos humanos, propriedade.

§ 1. ***INTRODUCCIÓN***

La prodigalidad discursiva en el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), luce inversa-

mente proporcional a la determinación concreta de su contenido y exigibilidad. Por eso, es deseable un marco teórico que dote de mayor previsibilidad a las decisiones judiciales en la materia, incluyendo las que involucran el control de razonabilidad de leyes y reglamentos. Lejos de intentar semejante empresa, el objeto del presente es proponer los cimientos iusfilosóficos de unas pocas, pero acaso significativas nociones para mejor comprender y adjudicar tales derechos.

Aunque el trabajo hace algunas referencias al derecho vigente de la República Argentina, no creemos que esa módica dosis de localismo enerve para otras latitudes la sustancia de lo que exponemos, dada la incorporación al derecho argentino de los principales tratados internacionales de derechos humanos y las similitudes con otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos y europeos.

Anticipando el núcleo de nuestra propuesta, intentaremos fundamentar que:

1) conviene repensar el clásico binomio derechos-deberes elaborando una ontología tripartita de derechos, deberes y *responsabilidades*;

2) los DESC no solo se correlacionan con deberes de terceros, sino también con deberes y con responsabilidades propios de su titular;

3) las responsabilidades comparten características comunes, pero se distinguen tanto de los derechos como de los deberes: a diferencia de los deberes, no son jurídicamente exigibles, pero al ser conductas valoradas positivamente por el ordenamiento legal, su cumplimiento o imposibilidad intensifica la legitimidad del reclamo de los DESC correlacionados y la urgencia de tornarlos operativos;

4) los DESC pueden útilmente clasificarse en prepolíticos y postpolíticos, según pueda concebirse y defenderse su existencia antes de constituida la organización de la sociedad política, o no;

5) la clasificación anterior es relevante porque en los DESC prepolíticos la correlación con deberes y responsabilidades tiende a ser tenue, mientras que en los postpolíticos tiende a ser intensa;

6) los DESC prepolíticos comprenden un derecho a un mínimo vital, o derecho –universal– de propiedad privada sobre una porción básica de riqueza, cuya eventual falta de reconocimiento vulneraría la razonabilidad de las leyes que a ello conduzcan, por apartarse de un significativo campo de coincidencias entre las diferentes visiones sobre la justicia.

Este esquema permite, al menos para un gran universo de casos y en cierta medida, dar el demorado paso de –sin hesitación– elevar los DESC al estatus de derechos plenamente operativos y, en consecuencia, justiciables y exigibles por sus beneficiarios. A la vez, esto se logra con una consideración más afinada del valor justicia, lo que también posibilita el ejercicio del control de razonabilidad de los actos u omisiones legislativas sobre bases, creemos, superiores a las corrientes.

El trabajo se estructura de la siguiente forma.

En la sección A, presentaremos una ontología basada en derechos, deberes y *responsabilidades*, introduciendo esta última noción a modo de tercero –y no en discordia– que irrumpe en el tradicional binomio. Siempre tendremos en miras los derechos, deberes y responsabilidades *fundamentales*, entendidos como aquellos que surgen de las normas fundamentales –en la Argentina, la Constitución nacional y los tratados a ella incorporados–.

En la sección B ofreceremos una clasificación de los derechos, deberes y responsabilidades fundamentales en prepolíticos y pospolíticos, y abordaremos la importancia de esta distinción.

A la luz de esas ideas, en la sección C, propondremos pautas de interpretación judicial a la hora de dirimir planteos que involucran a los derechos económicos, sociales y culturales.

A) LA TRÍADA DERECHOS, DEBERES Y RESPONSABILIDADES FUNDAMENTALES

§ 2. HACIA UNA DISTINCIÓN ENTRE DEBERES Y RESPONSABILIDADES

La literatura y jurisprudencia sobre deberes fundamentales es una fracción ínfima de la que existe sobre derechos fundamentales. Si tomamos la base de fallos completos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y buscamos desde el año 1994 por las expresiones “*derechos fundamentales*” y “*derecho fundamental*”, obtendremos 407 resultados. En cambio, por “*deberes fundamentales*” y “*deber fundamental*”, nos toparemos solo con uno. Este enanismo cuantitativo es consecuencia del enanismo cualitativo al que gran parte de la doctrina ha catapultado a los deberes fundamentales o constitucionales: *elementos jurídicamente irrelevantes*, según críticamente describe RUBIO LLORENTE¹.

¹ RUBIO LLORENTE, *Los deberes constitucionales*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 21, n° 62, may. - ago. 2001, p. 15.

El enanismo de los deberes frente a los derechos está bastante justificado. ¿Qué podría significar en un Estado políticamente liberal una cosa tal como el “*deber de trabajar*” del art. XXXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre? ¿Qué contenido concreto atribuirle al “*deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias*” que plasma su art. XXXV? ¿Y qué del deber de “*ejercer, mantener y estimular la cultura por todos los medios a nuestro alcance*?”.

El ya citado RUBIO LLORENTE propone una respuesta lapidaria al interrogante, al analizar el deber de trabajar del art. 35 de la Constitución española: “*En cuanto que impone, de manera general y abstracta, un deber jurídicamente inexigible, el enunciado del art. 35 es, no un enunciado jurídicamente irrelevante, sino un absurdo*”².

Efectivamente, no es fácil desentrañar lo que pueden significar estos “*deberes*” que no son deberes. Pero pensamos que vale la pena emprender esta investigación. La razón principal que encontramos para ello es que, muy particularmente en materia de DESC, sostener un discurso exclusivamente centrado en derechos pretendiendo ignorar toda dimensión de débito o responsabilidad asociados, no refuerza sino que debilita el espíritu emancipador que anima a los primeros: degrada y por momentos anula la posibilidad lógica de su defensa y reduce la fuerza moral de su argumentación. Porque en última instancia, poco puede dudarse de que una organización únicamente dirigida a la satisfacción de prestaciones económicas a favor de quienes las reclamen sobre la base de derechos indiscriminadamente reconocidos sería una sociedad económicamente inviable y también, una sociedad injusta.

Lo cierto es que toda acción contra el Estado en demanda de derechos de prestación económicos, sociales o culturales lleva implícita una acción contra demandados indeterminados (grupos de contribuyentes, o potenciales contribuyentes, en dinero o en especie). Así, por ejemplo, se encarga de explicitarlo el más alto tribunal argentino en “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” al señalar: “En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el

² RUBIO LLORENTE, *Los deberes constitucionales*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 21, n° 62, may. - ago. 2001, p. 31.

Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos”.

Con idéntico temperamento, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH) expresa que “derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre”.

La idea que subyace en esta simple pero desatendida declamación viene calando con algo más de fuerza en los últimos tiempos, al punto tal que un nuevo instrumento internacional de la máxima jerarquía promete asomar, precisamente para enfatizarla: la Universidad Nacional Autónoma de México y la World Future Society han convocado a personalidades de lustre para la elaboración de una *Carta de los Deberes y Obligaciones del Ser Humano*, inspirada en la necesidad acusada en tal sentido por el escritor JOSÉ SARAMAGO³. La premisa es que si existe una Declaración Universal de los Derechos Humanos es imperativo crear su contraparte.

En estos párrafos intentaremos mostrar que el reconocimiento efectivo y fuerte de los derechos económicos y sociales en el marco de un Estado políticamente liberal –que no solo es necesario sino urgente– no puede sostenerse, ni moral, ni política, ni económicamente, sin el reconocimiento jurídico de una noción de responsabilidad personal, con contornos distintivos de las de derecho y deber. Creemos que esta noción es la que permitirá, sobre base firme, abandonar por igual la naturalización del sufrimiento que pretenden los defensores del *statu quo*, como la naturalización de la abundancia que suponen las posiciones radicales. Ya que ni el sufrimiento de los más débiles ni la posibilidad de satisfacer todas nuestras necesidades son imposiciones o garantías de la naturaleza.

A partir de un marco conceptual poblado de derechos, deberes y *responsabilidades*, esperamos aportar al esclarecimiento de algunas pautas de interpretación judicial en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

El enfoque sistémico de la ética de BUNGE subraya que “*en una democracia tenemos derecho a ignorarlo todo salvo lo que con-*

³ En su discurso de recepción del Premio Nobel de Literatura en 1998, JOSÉ SARAMAGO expresó: “Pensemos que ninguno de los derechos humanos podría subsistir sin la simetría de los deberes que les corresponden... Tomemos entonces, nosotros, ciudadanos comunes, la palabra, con la misma vehemencia con que reivindicamos los derechos, reivindicuemos también el deber de nuestros deberes. Tal vez así el mundo pueda ser un poco mejor”.

*ciérne a nuestros deberes cívicos y a los derechos de los demás*⁴ y que “*en una sociedad justa, los derechos implican deberes y a la inversa*”⁵. No obstante, como ya anticipamos, no parece sencillo compatibilizar en la práctica la libertad personal con una noción tal como el “*deber de ser útiles*”, que postula el gran filósofo aquí citado. Y yendo a las arenas de los textos legales fundamentales, tampoco es fácil trasladar ciertos aparentes mandatos contenidos, por ejemplo, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, expresiones que sin embargo creemos que algún sentido han de tener, y que precisamente es el que queremos desentrañar.

El auténtico sentido y alcance jurídico de ciertos llamados deberes podría iluminarse si asumimos que, en algunos casos, tales prescripciones no pretenden erigirse en una imposición del Estado –que sería incompatible con la libertad que garantiza otra porción de la normativa–, sino que son algo conceptualmente distinto: son una *carga*, en el sentido de una conducta que –aunque nadie puede imponer y su incumplimiento no ocasiona sanción autónoma– es necesario llevar adelante para acceder a un derecho que se le vincula directamente.

Como se sabe, la noción de *carga* es especialmente útil en el derecho procesal, donde algunos ejemplos son contestar la demanda, ofrecer prueba, alegar, etcétera. Nadie está legalmente obligado a contestar la demanda que se promueve en su contra. Pero si no lo hace, habrá de cargar con las consecuencias. En esta disciplina se ha definido a la carga como “el imperativo del propio interés. La carga implica la posibilidad de realizar algo en un tiempo determinado y su incumplimiento no conlleva sanción personal ni constreñimiento, sino la pérdida de la posibilidad de realizar la actividad o ejercitar el derecho omitido”⁶.

Pero la carga no solo presenta una faceta de impotencia –reflejada en las consecuencias negativas que su incumplimiento puede causar–, sino también una de potencia. La definición anterior lo atestigua al incluir las expresiones *posibilidad y derecho*. El acto que es objeto de la carga es también un derecho que se posee.

⁴ BUNGE, *Filosofía y sociedad*, p. 29.

⁵ BUNGE, *Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica*, p. 194.

⁶ DI GIULIO, “Obligaciones, deberes y cargas del defensor en el procedimiento penal bonaerense”, presentado en *II Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista y preparatorio del XV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*, www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/10/1565.

Puesto que la noción de *carga* es eminentemente procesal, nos parece apropiado referirnos a *responsabilidad*, cuando nos ubicamos en el campo de los derechos fundamentales. Ello significaría que los textos fundamentales denominan deberes a lo que, en algunos casos, en puridad son responsabilidades. En la medida que estas responsabilidades se desprenden de textos constitucionales o convencionales con jerarquía constitucional, pueden llamarse *responsabilidades fundamentales*.

Las responsabilidades fundamentales del sujeto serían entonces aquellas conductas que, sin tener la categoría de deberes jurídicos, las normas fundamentales presuponen que en principio toda persona debe llevar adelante, o intentar llevar adelante, para acordarle en plenitud ciertos derechos fundamentales que fácticamente se les correlacionan.

Luego veremos con más detalle que estas responsabilidades fundamentales pueden sintetizarse en estas tres:

1) La responsabilidad de trabajar y cooperar en la asistencia y seguridad sociales (arts. XXXV y XXXVII, DADDH).

2) La responsabilidad del ser humano de “ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura” (Preámbulo, DADDH).

3) La responsabilidad de “servir al espíritu con todas sus potencias y recursos” (Preámbulo, DADDH).

En una sociedad políticamente liberal, los grandes objetivos del derecho (la paz, la justicia y el progreso social y material) se realizan en la práctica a través del ejercicio de estas responsabilidades. Y en una sociedad que además de políticamente liberal es una sociedad justa, la igualdad real de oportunidades implica que todos pueden, si así lo desean, ejercer esas responsabilidades.

Las tres responsabilidades antes enumeradas están establecidas en normas que tienen la forma de proposiciones imperativas (se refieren a un “deber”), pero carecen de la nota de coercibilidad que tienen los verdaderos deberes jurídicos, ya que el Estado no tiene la potestad de exigir su cumplimiento. Aun así, creemos que son normas jurídicas porque razonablemente pueden adscribirseles ciertos efectos jurídicos: el ejercicio o no de ciertas responsabilidades fundamentales que el ordenamiento jurídico contempla tiene una consecuencia jurídica, que no puede ser otra que la de incidir de alguna manera en el contenido de los derechos fundamentales que son la contracara fáctica, manifiesta y necesaria de aquellas responsabilidades. El cum-

plimiento tendrá una incidencia de signo positivo sobre los derechos, consolidándolos en su mayor extensión y operatividad posible. A la inversa, el no ejercicio de las responsabilidades, cuando estas pudieron ejercerse, repercutirá negativamente en los contornos de los derechos que se les vinculan.

Lo anterior supone que hay una relación directa y significativa entre los DESC y las responsabilidades fundamentales antes anotadas: el objeto de los DESC (prestaciones de salud, educación, ingresos, etc.) no podría existir sin el objeto de las responsabilidades (trabajo, conocimientos, y demás potencias y recursos del ser humano)⁷. Esta vinculación es evidente cuando se estudia la economía, es fácilmente reconocible por casi todos y se la considera relevante para pensar qué es lo justo.

§ 3. **RESPONSABILIDADES Y JUSTICIA**

La noción de responsabilidad jurídica que bosquejamos señala otra esfera en la que la moral se inmiscuye en el derecho, ya que las responsabilidades fundamentales coinciden con postulados éticos reconocidos en forma bastante generalizada. Pero la nota característica es que estas responsabilidades no poseen el carácter obligacional del típico deber jurídico y, aun así, son demandas al sujeto que sí tienen un valor y unas consecuencias jurídicas. Así entendidas, las responsabilidades son propuestas de acción que se hallan a mitad de camino entre las arquetípicas de la moral y del derecho. El desdén hacia esas propuestas es desvalioso jurídicamente, aunque no en general sino exclusivamente en la medida en que su titular eventualmente demanda DESC directamente vinculados a responsabilidades no ejercidas y que se pudieron ejercer. El no ejercicio de estas responsabilidades no da lugar a antijuridicidad, ya que las responsabilidades no imponen obligaciones ni prohibiciones. Sin embargo, la no materialización de las responsabilidades jurídicas, cuando es producto de la libre voluntad del sujeto, produce un efecto jurídico en su titular. Ese efecto consiste en la potencia disminuida en el reparto de las prestaciones que son objeto de los DESC que se correlacionan directamente con las responsabilidades no ejercidas.

⁷ Anticipamos que esto tiene una importante salvedad que desarrollaremos, vinculada a las riquezas que ya vienen dadas por la naturaleza, que en consecuencia no demandan sustancialmente actividad humana, y que permiten fundar lo que llamamos un derecho universal de propiedad privada, asimilado a lo que se conoce como derecho a un mínimo vital.

Una precisión importante aquí es necesaria. No debe asimilarse el concepto de responsabilidades fundamentales con un intento de introducir en el derecho una determinada concepción ética o de la buena vida. Valga recurrir al pensamiento de DWORKIN, acérrimo defensor del carácter neutral del derecho, y al mismo tiempo, de una visión de la justicia en la que las elecciones y preferencias de las personas son relevantes a la hora de juzgar la justicia o injusticia de los resultados que son su consecuencia. DWORKIN enfatiza que las personas tienen diferentes ambiciones y toman distintas decisiones en cuanto a lo que quieren en la vida, siendo entonces legítimas ciertas desigualdades que derivan de ello. Pero al mismo tiempo, construye su teoría de la justicia sobre la base del concepto de “igualdad de recursos” (*“equality of resources”*), que esencialmente significa el derecho a una igualdad real de oportunidades⁸. La igualdad real de oportunidades es el orden ideal en el que todos tienen la posibilidad efectiva de ejercer sus responsabilidades jurídicas fundamentales.

Este concepto de responsabilidad jurídica funge como el que permite armonizar la autonomía del individuo, una noción generalmente aceptada de justicia distributiva y un sistema de incentivos acorde con el interés general.

§ 4. **RESPONSABILIDADES, POTENCIA E IMPOTENCIA**

Las normas que estatuyen responsabilidades contienen, como la generalidad de las normas jurídicas, un antecedente y una consecuencia jurídica. Sin embargo, contempladas desde el trialismo de GOLDSCHMIDT, parecen ofrecer una particularidad que impide adscribirlas a alguno de los términos del binomio de los repartos: potencia e impotencia. La actuación responsable participa al unísono de caracteres de potencia e impotencia, y en verdad los excede. Quien emprende un curso de estudio, acaso lo haga por puro placer y ajeno a la existencia de cualquier mandato moral o jurídico. No se advierten rasgos de impotencia en este comportamiento, que solo por coincidencia resulta ser el cumplimiento de una responsabilidad jurídica. Adicionalmente, no sería plausible sostener que las responsabilidades jurídicas perjudiquen o desfavorezcan el ser y la vida de quien las “cumple”, a pesar de que en algunos casos esto involucre es-

⁸ GOSEPATH, “Equality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy, Equality of Resources*, <http://plato.stanford.edu/entries/equality/#EqofRes>.

fuerzo. Por el contrario, la misma posibilidad fáctica de cumplir las responsabilidades –de trabajar y de ejercer, mantener y estimular la cultura– es eminentemente potencia, que tiene la naturaleza y coincide con derechos fundamentales.

§ 5. **RESPONSABILIDADES Y VULNERABILIDAD**

El concepto de vulnerabilidad atraviesa la normativa y doctrina sobre los DESC⁹. Así por ejemplo, el Comité de DESC ha subrayado que en tiempos de limitaciones graves de recursos, se puede y se debe proteger a los *miembros vulnerables* de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo¹⁰. Por su parte, la Corte Suprema expresó que puede juzgarse la razonabilidad de las leyes en materia de derechos fundamentales, y que tal razonabilidad significa que los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema *vulnerabilidad*¹¹.

Es evidente que los derechos de prestación están llamados a ser reclamados por quienes los necesitan, no concibiéndose que quien ya posee sus necesidades satisfechas demande un plus del Estado. Pero hay un punto menos obvio, incluso en caso de necesidad actual de una persona, no parecen ser irrelevantes ciertas conductas u omisiones anteriores del sujeto desplegadas en ejercicio de su libertad. Por eso el art. 25 de la DUDH dice toda persona tiene derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia *por circunstancias independientes de su voluntad*.

De este modo, existe un vínculo entre vulnerabilidad y responsabilidad personal, la vulnerabilidad de la persona se agrava cuando menores han sido sus posibilidades de llevar adelante acciones tendientes a evitarla, y en cambio, se aliviana cuando aquellas posibilidades existieron, pero no se emplearon.

⁹ Entre múltiples referencias a la idea de vulnerabilidad que contienen los principales documentos sobre DESC, podemos mencionar: “los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población” (obs. gral. 14, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

¹⁰ Obs. gral. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre “La índole de las obligaciones de los Estados partes”.

¹¹ CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”.

La noción de responsabilidad fundamental posibilita una comprensión mejorada del concepto de vulnerabilidad, proponiéndonos que es vulnerable:

a) Aquel que se encuentra, o durante un período de tiempo anterior estuvo, impedido en los hechos de llevar adelante sus responsabilidades fundamentales, siendo ello causa de su actual estado de necesidad.

b) Aquel que llevó adelante sus responsabilidades fundamentales, y aun así no logró por sus propios medios, la satisfacción del objeto de los DESC.

Huelga decir que estas descripciones corresponden a situaciones teóricas y que las realidades humanas se presentan llenas de matices. Lo que interesa resaltar es que la vulnerabilidad y la necesidad que es su consecuencia no pueden ser apreciadas puramente como hechos estáticos, congelados en un instante del tiempo coincidente con la promoción de una demanda, sino entendidas tanto en el marco de una biografía, como de una realidad socioeconómica. La tensión entre la dimensión biográfica y la sociológica no es de elucidación sencilla y desde ya remite a cosmovisiones de la naturaleza humana, pero sin duda, la profundización del conocimiento del magistrado en cada uno de esos aspectos del caso, junto con la receptividad a los datos empíricos que las ciencias auxiliares proporcionan, contribuirá a respuestas más ajustadas.

§ 6. **LAS RESPONSABILIDADES Y EL PRINCIPIO DE DIFERENCIA DE RAWLS**

Pese a las apariencias en contrario, el principio de diferencia de RAWLS es otro poderoso argumento a favor de sopesar la esfera de las responsabilidades personales a la hora de adjudicar DESC, especialmente si consideramos las revisiones posteriores que el gran filósofo introdujo luego de la publicación de su *Teoría de la justicia*. A continuación explicamos porqué.

Hagamos notar primero que hay una evidente cercanía conceptual entre lo que solemos llamar “los más vulnerables” y quienes en terminología rawlsiana son “los menos aventajados”, “menos afortunados”, o “menos favorecidos” (expresiones que RAWLS usa como sinónimos y que refieren al grupo a favor del cual deben operar las desigualdades socioeconómicas de una sociedad justa). Pero, en concreto, ¿quiénes son los menos aventajados para RAWLS? Ya en *Teoría de la justicia* (1971), RAWLS admitía que “la dificultad más seria

[con el principio de diferencia] es la de cómo definir al grupo menos afortunado”¹², y reconocía que una cierta arbitrariedad es inevitable en esta definición. Añadía que “tendremos derecho a alegar, en algún punto, consideraciones prácticas, ya que la capacidad de los argumentos filosóficos, o de otro tipo, para trazar discriminaciones más definidas se agotará tarde o temprano”¹³.

En esencia, RAWLS define a los menos aventajados de la sociedad como los que, razonablemente, tienen las expectativas más bajas en cuanto a la cantidad de *bienes primarios* que recibirán a lo largo de sus vidas, siendo uno de tales bienes primarios “la libertad de movimiento y la libertad de elegir una ocupación frente a una variedad de oportunidades diversas, oportunidades que permiten perseguir una variedad de fines y dan lugar a decisiones para revisarlas y modificarlas”¹⁴. Esto tiene que significar, en primer lugar, que quienes ya cuentan con esa libertad de movimiento y de elegir ocupaciones no pueden ser los menos aventajados. En cambio, están en condiciones de llevar adelante las responsabilidades fundamentales que analizamos en este trabajo, porque poseen las capacidades físicas e intelectuales necesarias.

Pero además, luego de enfatizar que los principios de justicia intentan “*mitigar la arbitrariedad de las contingencias naturales y de la fortuna social*”¹⁵, RAWLS propone tomar como menos afortunados a “las personas cuyo origen familiar y de clase es más desventajoso que el de otros, a quienes sus dotes naturales (realizadas) les permiten vivir menos bien, y a aquellos a quienes en el curso de su vida la suerte y la fortuna les resultaron adversas”¹⁶. *A contrario sensu*, entonces, las personas con dotes naturales normales o superiores al promedio, y las personas cuya suerte o fortuna es normal o superior al promedio, no podrían ser de las menos afortunadas. Así, por ejemplo, sostenemos en cuanto al derecho a la salud, que no son igual de desafortunados o vulnerables quien padece una enfermedad provocada por sus propios hábitos, y quien la padece a causa de su propia genética o de un accidente inculpable. En cuanto al derecho a prestaciones económicas en general, no es igual de desafortunado o vulnerable quien carece de ingresos porque opta por una vida de ocio

¹² RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 100.

¹³ RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 101.

¹⁴ RAWLS, *Justice as fairness*, p. 58 (traducción propia).

¹⁵ RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 99.

¹⁶ RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 100.

y aquel que no los tiene porque fue despedido a causa de una crisis, y no obstante su esfuerzo por obtener nuevo empleo, no lo consigue.

De hecho, si el orden jurídico habilitara a la totalidad de los habitantes –afortunados o no en la lotería del nacimiento– a demandar exitosamente del Estado todas las prestaciones económicas que son objeto de los DESC, una y otra vez y cuantas veces surjan las necesidades respectivas sin importar cómo y porqué surgen, tendríamos un sistema ruinoso para toda la sociedad, incluidos y probablemente en primer lugar, los menos afortunados. Por el contrario, los menos afortunados estarán mejor en un sistema de adjudicación de DESC en el que exista espacio para la noción de responsabilidad personal.

Probablemente por este tipo de razones, RAWLS se encarga de aclarar que su teoría no rechaza de plano el concepto de merecimiento moral. Por el contrario, reconoce algunas ideas que en la vida ordinaria son vistas como ideas de merecimiento moral, y entre ellas acepta “la idea de merecimiento según lo especifique un esquema de normas públicas designadas para lograr determinados propósitos”¹⁷. En otras palabras, interpretamos que RAWLS nos estaría diciendo que si para lograr que los menos aventajados estén lo mejor posible es necesario, por ejemplo, implementar cierta noción de responsabilidad, ella sería acorde con sus principios de justicia.

No se nos escapa que en su reflexión sobre cómo definir a los menos aventajados, RAWLS barajó otras alternativas: definirlos como los que tienen los ingresos de los trabajadores no calificados o menos, o también, tomar a todas las personas con menos del ingreso y la riqueza medias. Sea como sea, es fundamental para nuestro argumento destacar que las interpretaciones más simplistas de que los menos aventajados son, sin más, los que menos ingresos y riquezas poseen, fue corregida por RAWLS, sugiriendo que también deberíamos contar entre los bienes primarios al ocio, y estipulando que cualquiera que está voluntariamente desempleado debe ser considerado como que disfruta de una porción de bienes primarios mayor que la de quienes trabajan¹⁸.

Si advertimos –como aquí proponemos– que los más vulnerables son quienes tienen menos expectativas de bienes primarios *por causas que normalmente consideramos ajenas a su voluntad*, enton-

¹⁷ RAWLS, *Justice as fairness*, p. 73.

¹⁸ ARNESON, *Rawls, responsibility, and distributive justice*, <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/RawlsResponsibilityproof.pdf>.

ces resulta que el principio de diferencia está llamado prioritariamente a mejorar la situación de este grupo de personas afligidas por las más duras circunstancias de la vida. Para lograrlo, el principio de diferencia no sólo permitiría, sino que exigiría una exploración de derechos, eventuales deberes y *responsabilidades* del titular, a veces para morigerar la prestación adeudada, y a veces para intensificarla.

§ 7. **LA RESPONSABILIDAD (Y EL DERECHO) DE TRABAJAR**

Aunque bajo el aquí cuestionado rótulo de “deber”, está previsto por el art. XXXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: *“Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”*.

Si como sugerimos se aborda el “deber de trabajar” más como una responsabilidad o carga personal que como un mandato de coerción, hallaremos que se entronca armónicamente con una adecuada comprensión de los DESC, que permite a la vez potenciarlos y calificarlos a la hora de su adjudicación judicial.

La responsabilidad de trabajar irradia sus efectos hacia grandes porciones del plexo normativo sobre DESC, imbricándose en todos los derechos económicos y sociales que son reclamados por los destinatarios naturales de esa responsabilidad: las personas adultas y sin impedimentos para el trabajo.

Más concretamente, la responsabilidad de trabajar se correlaciona directamente con todos los DESC, con excepción de los DESC prepolíticos que seguidamente contemplaremos. La correlación obedece al hecho evidente de que la productividad de la persona que trabaja se vuelca a la productividad general de su sociedad, contribuyendo así a la generación de los bienes y servicios que son objeto de los DESC.

Un muy difundido artículo de la revista “Rolling Stone”, titulado *“Cinco reformas económicas por las que los millennials deberían estar luchando”*, pone en el primer lugar el trabajo garantizado para todos¹⁹. Se trata del concepto según el cual, toda persona que puede y desea trabajar debe tener garantizada la oportunidad de hacerlo y ganar un salario digno a cambio de su labor.

¹⁹ MYERSON, *Five economic reforms millennials should be fighting for*, www.rollingstone.com/politics/news/five-economic-reforms-millennials-should-be-fighting-for-20140103.

Este derecho está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el PIDESC y en el Protocolo de San Salvador, cuyo art. 6° expresa:

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”.

De las responsabilidades jurídicas que analizamos, la más concreta y habitualmente ejercida en los adultos es la de trabajar. El trabajo, que se presenta en innumerables formas, muchas de las cuales por cierto incluyen el desarrollo cultural y espiritual de sus protagonistas, es el sostén de la vida social, al proveer los recursos necesarios que demanda su continuidad. Pese a la creciente automatización de un sinnúmero de procesos, el trabajo humano sigue siendo indispensable para posibilitar la satisfacción de necesidades que son objeto de los DESC. Las prestaciones de educación, salud, vivienda y alimentación no son concebibles sin trabajo que las genere. El ordenamiento jurídico es sensato, pues, en establecer la responsabilidad de trabajar.

Pero al mismo tiempo y como surge de las normas recién transcritas, el trabajo es un derecho, lo que significa que se considera que el trabajo y la contraprestación económica que devenga –pensamos que ambas cosas, no solo la contraprestación– son buenas; son potencias.

Un enfoque como el aquí propuesto, que conjuga un fuerte énfasis tanto en derechos como en responsabilidades, justifica especialmente la necesidad de tornar operativo el derecho al trabajo.

§ 8. LA RESPONSABILIDAD (Y EL DERECHO) DE EJERCER, MANTENER Y ESTIMULAR LA CULTURA

No es un deber –aunque así lo designe el Preámbulo de la DA-DDH– porque en un sistema de libertad no existen ni podrían exis-

tir medidas coactivas para obtener su cumplimiento²⁰. Esto, además del carácter extremadamente amplio del concepto de cultura, que tampoco es susceptible de definirse unívocamente en una sociedad liberal y pluralista.

Ejercer, mantener y estimular la cultura es, en cambio, una responsabilidad, que puede ser llevada adelante por cada cual de maneras diversas.

Al igual que la responsabilidad de trabajar, la responsabilidad aquí descripta se correlaciona con la totalidad de los DESC, excepción hecha de los DESC *prepolíticos*. La correlación obedece a que, aunque el desarrollo de la cultura no está directa o necesariamente orientado a la creación de bienes y servicios, resulta esencial para la prosperidad general de la sociedad, especialmente en su componente de educación. De hecho, se encuentra documentado y cada vez con más rigor que la calidad educativa, medida por lo que la gente sabe, tiene poderosos efectos en los ingresos de los individuos, la distribución del ingreso y el crecimiento económico²¹.

§ 9. **EN EL PRINCIPIO FUE LA CULTURA (Y AL CABO DE TRECE MIL AÑOS SIGUE SIÉNDOLO)**

BORGES nos previene contra el hábito fácil de abusar de la etimología: creer que las coincidencias de las palabras aseguran relaciones conceptuales sustanciales no es una sólida receta epistemológica²². Pero como se dice de las brujas, que las hay, las hay. Ciertos hechos etimológicos gozan de un significativo poder de iluminación. Es lo que pasa con la palabra *cultura*, el objeto de la responsabilidad jurídica que aquí tratamos.

²⁰ Importante salvedad es la relativa a la educación obligatoria. Por eso cuando el art. XXXI de la DADDH expresa que “toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria”, en este caso la locución “deber” es empleada en el sentido propio de obligación.

²¹ HANUSHEK - WÖSSMANN, *The role of education quality in economic growth*, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7154/wps4122.txt?sequence=2>.

²² En “Sobre los clásicos”, *Otras inquisiciones*, BORGES escribe: “Dadas tales transformaciones del sentido primitivo de las palabras, que pueden lindar con lo paradójico, de nada o de muy poco nos servirá para la aclaración de un concepto el origen de una palabra”.

Hace unos trece mil años, la cultura de la tierra –su cultivo, primera acepción del Diccionario de la lengua española– nació de la mano de la cultura de los hombres –su instrucción, conocimientos y desarrollo–, y dio lugar a lo que llamamos civilización, y al ocaso del nomadismo. La fecundidad de la materia y la fecundidad del espíritu fueron fenómenos indistinguibles, a tal punto de haber sido posteriormente designados con la misma voz, *cultura*.

La ausencia de registros escritos de aquellos tiempos prehistóricos permite especular sobre el orden en que se desarrollaron los eventos. Sin embargo, es evidente que el *aprendizaje* de que ciertas especies de plantas y animales podían ser domesticadas y los *conocimientos* sobre cómo hacerlo provinieron de la observación del medio, y a partir de entonces, paulatinamente, se produjo la gran revolución, cuyos efectos perduran hasta nuestros días: la revolución del Neolítico; esto es, el paso de la vida nómada de cazadores –recolectores– al sedentarismo y la aparición del paisaje humanizado²³. WELLS sintetizó bien esta secuencia al decir que la civilización fue el superávit de la agricultura²⁴.

Y aunque la revolución del Neolítico provocó nuevos problemas y algunos retrocesos, sentó las bases para la posterior aparición de la organización política. Con el surgimiento de esta, las condiciones generales de vida mejoraron, encontrándose –por ejemplo– ampliamente documentado un continuo descenso en el tiempo de las probabilidades de sufrir una muerte violenta²⁵, entre otros avances sustanciales.

Esta perspectiva prehistórica, que se refleja por la doble alusión de la voz *cultura* a la productividad de la tierra y al conjunto

²³ Actualmente se discute si esta revolución trajo progreso o no. Especialmente prominente en el campo revisionista ha sido el antropólogo JARED DIAMOND con su artículo de 1987 “*Worst mistake in the history of the human race*” (“El peor error en la historia de la humanidad”), donde se hace hincapié en los males de desigualdad, enfermedades y despotismo que habría traído la vida sedentaria en comparación con la de los cazadores-recolectores. Sin embargo, la conclusión más plausible parece ser que, como muchas revoluciones, en una primera etapa provocó más males que bienes, pero luego terminaron por prevalecer sus aspectos positivos. Lo cierto es que aumentó la cantidad de nacimientos, se desarrollaron nuevas técnicas y artesanías, y luego de un primer período con más enfermedades y reducción de la expectativa de vida, ésta volvió a sus niveles anteriores.

²⁴ WELLS, *World set free*, p. 194.

²⁵ PINKER, *The better angels of our nature: Why violence has declined*, p. 49.

de conocimientos, le quita excesiva novedad a conceptos que presuntamente serían exclusivos de nuestra sociedad del conocimiento; a saber, la idea de que el conocimiento es la fuente principal del valor económico, no solo ocurre en nuestros días, dado que el conocimiento genera riqueza desde el principio de los tiempos.

Ahora bien. En un profundo análisis sobre el desarrollo de las naciones, DAREN ACEMOGLU y JAMES ROBINSON sostienen que la causa del progreso de los países es la existencia de instituciones políticas y económicas *inclusivas*, por oposición a las instituciones *extractivas*²⁶. Instituciones económicas extractivas son, por ejemplo, las que existieron en regímenes coloniales y esclavistas como Barbados –donde en 1680, de 60.000 habitantes, 39.000 eran considerados la propiedad de sus explotadores–, o las actuales del régimen comunista en Corea del Norte, lo que comprende así casos tanto de extrema desigualdad como igualitarismo. Las instituciones *económicas inclusivas* son aquellas que posibilitan e incentivan la participación por la gran masa de personas en las actividades económicas que hacen un mejor uso de sus talentos y habilidades y que permiten a los individuos hacer las elecciones que desean²⁷. Las instituciones *políticas inclusivas* son las que distribuyen el poder en forma amplia, pero a la vez lo sujetan a límites dentro del marco de un Estado suficientemente centralizado, de modo de evitar el caos. Combinan así pluralismo y centralización.

Aquí proponemos que las instituciones inclusivas de ACEMOGLU y ROBINSON son, en última instancia, las resultantes de una masa crítica de personas con acceso a la *cultura*, entendida como el conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico, y los conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico e industrial. El acceso universal a la cultura sería el presupuesto de instituciones políticas y económicas inclusivas y, en consecuencia, del progreso humano.

De hecho, como recién vimos, la definición de ACEMOGLU y ROBINSON de las instituciones económicas inclusivas contiene una referencia a los *talentos y habilidades*, así como también a la posibilidad de los individuos de realizar elecciones. Los talentos y habilidades requieren de instrucción. Necesitan ser *cultivados*. Pero también para poder hacer elecciones, se requiere conocimiento de las alternativas posibles; cuando mayor es el conocimiento, más son las opciones que

²⁶ ACEMOGLU - ROBINSON, *Why nations fail*, p. 73.

²⁷ ACEMOGLU - ROBINSON, *Why nations fail*, p. 74.

se presentan. Las instituciones económicas inclusivas, entonces, no pueden configurarse en la práctica si la masa crítica de personas a las que aluden no posee un nivel determinado de talentos, habilidades y elecciones a su disposición.

El ejercicio de lo que el derecho erige como la responsabilidad de ejercer, mantener y estimular la cultura, con su ínsita dualidad de potencia/impotencia, es acaso la causa primigenia del progreso humano, y desde ya, derecho humano fundamental.

De esta manera, puede presentarse lo siguiente.

a) Las instituciones económicas inclusivas serán las que surgen cuando una masa significativa de miembros de la comunidad posee un cierto nivel de conocimientos sobre el funcionamiento de la economía y sobre las principales tecnologías y sus posibilidades, lo que podemos llamar *cultura económica o tecnológica*.

b) Las instituciones políticas inclusivas serán las que surgen cuando una masa significativa de miembros de la comunidad conoce y ejerce sus derechos políticos, lo que podemos llamar *cultura cívica o política*.

c) Las instituciones internacionales inclusivas –entendidas como aquellas que distribuyen el poder de los actores internacionales en forma amplia, pero a la vez lo sujetan a límites dentro de un orden relativamente centralizado, de modo de evitar el caos– podrán surgir cuando una masa crítica de ciudadanos del mundo posea un cierto nivel de conocimientos y experiencias sobre otras naciones y civilizaciones, y sobre las influencias de los actores internacionales sobre el futuro de la humanidad, lo que podemos llamar *cultura cosmopolita*.

Creemos que está implícito en lo anterior, aunque a todo evento lo expresaremos, que en todos los casos se trata una cultura con vocación de universal, en el sentido de apuntar al más amplio campo posible de su objeto, y no meramente de lo autóctono. Así, por ejemplo, la cultura cívica o política no es tal cuando se adopta un tono sectario (sistemas autoritarios o totalitarios en los que se impone una agenda educativa centrada en un determinado dogma, partido o líder político); la cultura económica no es tal cuando se limita a las técnicas autóctonas y se dejan de lado las innovaciones logradas en el resto del mundo; y la cultura cosmopolita no se dará por una aproximación superficial y puramente etnocéntrica a los colectivos humanos que nos rodean.

La comprobación empírica de la relación causal, entre, primero la cultura económica o tecnológica, y luego el crecimiento económico inclusivo, es la mejor documentada de las tres que apuntamos.

§ 10. **LA RESPONSABILIDAD (Y EL DERECHO) DE SERVIR AL ESPÍRITU CON TODAS SUS POTENCIAS Y RECURSOS**

En el Preámbulo de la DADDH leemos que “*es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos*”.

Una vez más, es palmario que no estamos ante un deber jurídico. No solo eso, sino que la inmensidad de lo que puede ser considerado “*servir al espíritu*”, conjugada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, hacen que la prescripción luzca completamente huera. Aun así, pensamos que algo jurídicamente significativo puede rescatarse de ella.

Al impeler a algún tipo de desarrollo espiritual, la norma implícitamente y en primer lugar, pide al ser humano que valore y proteja su propia vida, atribuyéndole la responsabilidad de hacerlo. Pero servir al espíritu con todas las “*potencias y recursos*” no solo presupone la vida, sino también su plenitud. Y algo muy parecido a ello, intenta asir el moderno concepto de salud: un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades²⁸. Por eso, creemos que el llamado “*deber*” de servir al espíritu comprende la responsabilidad de cuidar la propia salud.

Al reconocer una responsabilidad jurídica de cuidar la propia salud se logran al mismo tiempo, el imperativo político de que el Estado no se inmiscuya en el ámbito de autonomía de la persona, y el imperativo de justicia de que la adjudicación de recursos para los DESC relativos a la salud valore la mayor vulnerabilidad de quienes padecen enfermedades aun habiendo sido diligentes en el cuidado de su salud. Lo que significaría, por ejemplo, que en la disputa por recursos escasos entre dos pacientes afectados por la misma enfermedad pulmonar –uno de ellos, orgulloso fumador; el otro, ex fumador que consiguió dejar el hábito– debería darse cierta prioridad al último sobre el primero.

²⁸ Definición de salud del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

B) DERECHOS Y DEBERES PREPOLÍTICOS Y POSPOLÍTICOS Y EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

§ 11. *EL CAMPO DE INFLUENCIA DE LAS RESPONSABILIDADES FUNDAMENTALES*

Los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Por eso, existen derechos que pueden concebirse y defenderse moralmente sin la existencia previa de una organización política, concibiéndose también los deberes correlativos que tienen los demás de respetarlos. Estos son los derechos fundamentales *prepolíticos*. Así, por ejemplo: el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad personal (art. 3º, DUDH), el derecho a ser tratado con dignidad (art. 1º), el derecho a la libre circulación (art. 13), el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18), de opinión y expresión (art. 19), la libertad de reunión (art. 20) y también ciertos derechos económicos que defendemos más adelante. Es claro que las responsabilidades fundamentales comentadas en este trabajo no pueden tener injerencia alguna con relación a estos derechos, que mantienen su intensidad plena y constante con independencia de las decisiones del sujeto en cuanto a su vida laboral o cultural.

Por otra parte, podemos discernir derechos fundamentales *pospolíticos*. Ya no son los que meramente reconoce el contrato social porque le preexisten, sino que nacen de la conjunción entre la dignidad humana y el surgimiento de la organización política, sin la cual son inconcebibles. Aquí se cuentan entre otros: el derecho a participar en el gobierno y al sufragio universal (art. 21, DUDH), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 6º), a la igual protección de la ley (art. 7º), a recursos judiciales efectivos (art. 8º), a la nacionalidad (art. 15), a contraer matrimonio (art. 16). También aquí están la mayoría de los DESC, como el derecho a la seguridad social (art. 22, DUDH) y a un nivel de vida adecuado (art. 25).

Las responsabilidades fundamentales tienen su campo de aplicación, ni más ni menos, que en cuanto a los DESC pospolíticos: derechos cuyo objeto son prestaciones esencialmente económicas a cargo de la comunidad política. Ello así porque aquí se presenta la corre-

lación directa y significativa entre el ejercicio de las responsabilidades y el objeto de los derechos.

Por el contrario, los derechos fundamentales prepolíticos (incluidos los económicos), y los derechos fundamentales pospolíticos que no son económicos, sociales y culturales (p.ej., la libertad de expresión), no pueden razonablemente vincularse con el ejercicio de las responsabilidades fundamentales y por tanto mantienen su intensidad plena con independencia de dicha esfera.

§ 12. ***DERECHOS ECONÓMICOS PREPOLÍTICOS (NO SUSCEPTIBLES DE VINCULARSE AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDADES FUNDAMENTALES)***

Es claro que dentro de los derechos fundamentales *pospolíticos* hay DESC. Menos obvio es que también hay derechos fundamentales de naturaleza económica que son *prepolíticos* y, en consecuencia, no susceptibles de contrastarse con la esfera de responsabilidades del titular.

Uno de tales derechos es el derecho a la libertad económica: el derecho a realizar actos de naturaleza económica, como ser trabajar, producir, consumir y entrar en contratos con terceros. Presupone y confirma el derecho de propiedad en la forma en que clásicamente se lo conoce, esto es, como derecho a usar y no ser perturbado en la propiedad de lo que *ya se tiene*.

Pero, asimismo, no vacilamos en sostener que dentro de los derechos fundamentales *prepolíticos* debe contarse el derecho de toda persona, por su sola condición de tal, a poseer cierta porción de riqueza a título de su parte legítima sobre los recursos naturales del lugar en el que le toca vivir²⁹.

Este es también un derecho natural, preestatal o prepolítico, asimilable al *mínimo vital* del que habla ALEXI, o al *derecho a la existencia* defendido por numerosos proponentes de la renta básica universal³⁰. Seguidamente decimos algo más sobre esto.

²⁹ En otros trabajos he llamado a esto un “derecho universal de propiedad privada”, recurriendo al adjetivo *universal* para enfatizar el carácter general de este derecho, de modo de diferenciarlo del tradicional derecho de propiedad sobre lo que ya tiene.

³⁰ RAVENTÓS PAÑELLA, *El derecho a la existencia*.

§ 13. **EL DERECHO UNIVERSAL A CIERTA PROPIEDAD EFECTIVA**

El derecho de propiedad en la forma clásica que lo reconocen nuestras constituciones presupone una cierta distribución de los bienes que se encuentra dada de antemano. Esta concepción limitada del derecho de propiedad admite la posibilidad de seres humanos que nacen, viven y mueren sin ser dueños de absolutamente nada, y para quienes, en consecuencia, este derecho está vacío de contenido real.

En contraste y complemento de esta noción tradicional del derecho de propiedad, sostenemos que los derechos económicos *prepolíticos* comprenden un derecho, en cabeza de toda persona por el solo hecho de ser tal, a una cierta porción efectiva de riqueza económica. Esto es lo que en otros trabajos llamamos un derecho *universal* de propiedad privada³¹ y que se emparenta con los más conocidos derechos a un mínimo vital o a la existencia. En nuestro trabajo aquí citado, lo hemos vinculado a un valor de los recursos naturales de la sociedad que son susceptibles de propiedad privada, dividido por el número de residentes legales. De todos modos, muchas variantes pueden y han sido formuladas.

La idea de un derecho de propiedad efectiva a título de derecho natural tiene hondas raíces históricas, que se retrotraen a la institución bíblica del Jubileo³² y cuya ratificación más reciente y notable puede leerse en este pasaje de la Encíclica “*Laudato Si*” del papa FRANCISCO: “*Todo campesino tiene derecho natural a poseer un lote racional de tierra donde pueda establecer su hogar, trabajar para la subsistencia de su familia y tener seguridad existencial. Este derecho debe estar garantizado para que su ejercicio no sea ilusorio sino real. Lo cual significa que, además del título de propiedad, el campesino debe contar con medios de educación técnica, créditos, seguros y comercialización*”.

³¹ STILMAN, *El derecho universal a la propiedad privada: explorando una nueva dimensión de los derechos humanos económicos y la ciudadanía*, www.academia.edu/11173190/El_derecho_universal_a_la_propiedad_privada_explorando_una_nueva_dimensi%C3%B3n_de_los_derechos_humanos_econ%C3%B3micos_y_la_ciudadan%C3%ADa.

³² Según Levítico 25:10, cada cincuenta años: “*devolveréis cada hombre a su patrimonio ancestral*”. Es decir que, de acuerdo a este precepto bíblico, cada cincuenta años la propiedad sobre la tierra debía revertir a sus propietarios originales.

En una vertiente más secular, cuando LOCKE intenta explicar por qué son justos los títulos de propiedad, escribe que el derecho de propiedad privada sobre lo que se produce combinando capital y trabajo es incuestionable “*al menos donde hay suficiente y tan bueno, dejado en común para otros*”³³, refiriéndose esencialmente a que una persona será dueña legítima, por ejemplo, del trigo que coseche en el campo que ocupa, siempre y cuando los demás también puedan acceder a una porción de tierra similar en la que eventualmente cultivar. Ciertamente el derecho natural sobre los recursos naturales está pues, insito en la doctrina de LOCKE.

Pero la línea anglosajona de pensar el origen de los derechos de propiedad encontró un desarrollo mucho más explícito en uno de los padres de la independencia de los Estados Unidos de América: THOMAS PAINE. En su *Justicia agraria* de 1797, PAINE hizo notar la obviedad de que inicialmente los recursos naturales del planeta debían ser reputados de propiedad común de la humanidad, siendo el valor agregado que se obtenía a través del trabajo lo que debía incrementar la riqueza de quien lo emprendía. Defendía entonces que “*toda persona en el mundo nace con un reclamo legítimo sobre cierto tipo de propiedad o su equivalente*”. Enlazaba estos postulados con la idea del contrato social, según la cual los hombres decidieron formar la organización política para estar mejor, y no peor que antes. Por lo que, si antes del estado de civilización tenían al menos la posibilidad de ocupar y apropiarse de una fracción de tierra para proveer a su subsistencia, el hecho de pasar a vivir en una sociedad políticamente organizada no debía perjudicar su situación económica previa. A partir de esto, PAINE bosqueja un esquema esencialmente equilibrado, compatible con la libertad económica y personal –por las que abogaba a rajatabla–, por el cual defiende al mismo tiempo a “*aquellos que fueron desposeídos de su herencia natural*” y el “*derecho del poseedor actual a la parte que le corresponde*”. Para eso, su ensayo proponía que se pagara a todo hombre, al llegar a la mayoría de edad, una determinada suma, a título de compensación por la herencia perdida, y luego una suma menor a lo largo de los años siguientes.

Mucho más contemporáneo, ROBERT NOZICK, uno de los más célebres defensores del Estado mínimo, admite en su teoría de la justicia que es necesario establecer un principio de rectificación por las injusticias históricas consistentes en las apropiaciones ilegítimas de pro-

³³ LOCKE, *Second treatise of civil government*, cap. V (De la propiedad).

riedad³⁴. Aunque NOZICK no intenta cuantificarlo, este principio claramente conduce a reconocer un derecho patrimonial a toda persona que nace despojada de propiedad. En efecto, NOZICK cierra el capítulo 7 de “Anarquía, Estado y utopía” reflexionando que una rectificación apropiada podría adoptar la forma de pagos a los grupos sociales cuyos miembros probablemente hoy se encuentran peor de lo que estarían por causa de injusticias perpetradas en el pasado, agregando que tales pagos deberían ser fondeados mediante impuestos sobre los grupos de personas cuyos miembros probablemente se encuentran mejor, en cierta medida a causa de aquellas mismas injusticias. Incluso, NOZICK termina admitiendo que podría ser necesario algún tipo de principio que asegure ciertas porciones distributivas finales –aunque aclara que no sería el principio de diferencia de RAWLS–. Es especialmente interesante observar el decurso de la reflexión de NOZICK –recordemos: un pensador que parte de las premisas del individualismo clásico–, reflexión que lo lleva a reconocer que, incluso desde su prisma filosófico –o precisamente, haciendo honor completo al énfasis en los derechos individuales–, la correcta distribución de los derechos de propiedad exige una generalización de estos a capas de la población que no los poseen.

Más sencillo aún es advertir la presencia de un derecho universal a cierta porción de riqueza en las teorías de la justicia del liberalismo igualitario, como las de RAWLS o DWORKIN. Aunque sus caminos argumentativos divergen, no puede dudarse de que tanto el principio de diferencia rawlsiano como la igualdad de recursos dworkiniana incluyen –en verdad van mucho más allá– la garantía de un determinado *quantum* de bienes económicos.

Así, se ha ido elucidando la necesidad de reconocer el derecho a un mínimo vital. Los Principios de Limburg han sentado que los Estados tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas (pto. 25).

Ese derecho a un mínimo vital, o derecho universal de propiedad privada, o la denominación que se prefiera, es sin duda de contenido económico. Su nota más esencial es que, al igual que el derecho a la vida, a la integridad física o a la libertad de movimientos, merece un estatus jerarquizado dentro de la estructura de los derechos humanos, porque no requiere de la organización política para exis-

³⁴ NOZICK, *Anarchy, State and utopia*, p. 151 y 152.

tir. Constituido el Estado, este debe garantizar la subsistencia de sus ciudadanos, fundamentalmente porque a partir de la organización política y la creación de los catastros, limitó la posibilidad de las personas de ocupar un predio de tierra y subvenir a sus necesidades por medio de su explotación.

Estas consideraciones llevan a concluir que el reconocimiento de un derecho a cierta porción de riqueza, que garantice mínimamente la subsistencia, es un punto común e indispensable en cualquier concepción razonable de la justicia y, en consecuencia, su garantía constituye un valladar a lo que las leyes o los poderes públicos pueden disponer u omitir disponer.

Interpretamos que a ello apunta ARANGO al sostener que en los casos que hacen al mínimo social en el sentido de ALEXY, como los *constitutional essentials de Rawls*, o en las necesidades antropológicas arraigadas como la integridad física, la salud y la libertad de movimiento de HABERMAS, los criterios de compensación no son de libre disposición del legislador y su reconocimiento no debe depender de la transitoria voluntad mayoritaria³⁵.

§ 14. **DESC POSPOLÍTICOS (SUSCEPTIBLES DE VINCULARSE AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDADES FUNDAMENTALES)**

Dijimos que la noción de las responsabilidades fundamentales del sujeto puede operar exclusivamente en materia de DESC postpolíticos. Aportaremos algo más para reforzar esta idea.

En su observación gral. 19 al art. 9° del PIDESC sobre derecho a la seguridad social, el Comité de DESC resalta que esta es una protección frente a los *riesgos e imprevistos sociales*. Parece claro que la noción de riesgos e imprevistos se distingue de la mera necesidad, y además alude a la responsabilidad del sujeto, ya que solo puede decirse que sufre un riesgo o imprevisto quien ha actuado responsablemente y aun así no ha podido evitar el menoscabo o lesión que lo afecta. En consecuencia, quien ha ejercido razonablemente sus responsabilidades fundamentales en cuanto al trabajo o al cuidado de la propia salud, y sufre un padecimiento en alguna de estas áreas, posee un derecho de contenido más intenso que quien sufre el mismo padecimiento, pero sin haber ejercido esas responsabilidades.

³⁵ ARANGO, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, p. 356 y siguientes.

Es evidente que amén de que las herramientas actuales no nos permiten cuantificaciones precisas de los DESC, también hay un continuo entre la magnitud de los DESC prepolíticos (no susceptibles de vincularse a responsabilidades) y los DESC pospolíticos (susceptibles de serlo).

Nótese por ejemplo, el sustancial y particularmente amplio art. 25 de la DUDH, que en nuestra opinión, sin duda incluye componentes prepolíticos y pospolíticos: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

El derecho a la alimentación, así como a prestaciones básicas de vestido, vivienda y salud se asocian en nuestro esquema con derechos económicos *prepolíticos* (el derecho universal de propiedad privada o a un mínimo vital). Esto es especialmente marcado en el derecho a la alimentación, que por cierto es calificado por el Comité de DESC de las Naciones Unidas como “inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana”³⁶ lo que ratifica su carácter preestatal.

En contraste, por ejemplo, el derecho a una vivienda adecuada posee rasgos propios de los DESC pospolíticos. Como tal, para su adjudicación es legítima una mirada más detenida en las condiciones de sus beneficiarios. Así de hecho se colige de la observación gral. 4 del Comité: *“Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales... y otros grupos de personas”.*

³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obs. gral. 12, “El derecho a una alimentación adecuada”.

C) PAUTAS PARA EL CONTROL JUDICIAL DE RAZONABILIDAD EN MATERIA DE DESC

§ 15. *RAZONABILIDAD. DERECHOS PREPOLÍTICOS Y DERECHOS POSPOLÍTICOS*

Planteada la propuesta de contemplar a las responsabilidades al lado de los derechos, y sugerida la clasificación de estos en prepolíticos y pospolíticos, se afianza la intuición de que los DESC de carácter prepolítico merecen un reconocimiento efectivo especialmente urgente, por cuanto se vinculan a la dignidad humana, al mismo derecho a existir y por lo tanto a poder ejercer los demás derechos y libertades. Son además los derechos que el ser humano razonablemente podría ejercer de no existir el Estado. Por eso, el derecho a un mínimo vital, aunque impreciso en su cuantificación y en su forma de asignación, debe reconocerse sin hesitación.

Una marcada diferencia se presenta con los DESC pospolíticos. En estos, el objeto de la prestación no consiste en activos ya dados por la naturaleza, sino en bienes y servicios producidos por la actividad humana. Se trata aquí de un flujo de riqueza cuya existencia, abundancia y persistencia en el tiempo dependen sustantivamente de condiciones institucionales, disponibilidad tecnológica y decisiones humanas; a saber, la posibilidad de desplegar trabajo productivo. Es evidente que ese trabajo se ejercerá siempre sobre un capital, pero ya no será el capital de la tierra su factor preponderante, sino en todo caso, el capital que a su vez es fruto de actividad productiva previa. El componente esencial en la generación de los bienes y servicios que son el objeto de los DESC pospolíticos es, pues, la productividad humana. Esta se nutre de la educación, la seguridad jurídica, la confianza mutua y la ausencia de conflictos violentos –todas ellas construcciones humanas–, y se pervierte con sus opuestos. De este modo, la acción y responsabilidad de las personas juega un rol central, tanto en los círculos virtuosos que afianzan la productividad de una sociedad, como en los viciosos que la postergan.

Se deriva de lo anterior que el análisis de las decisiones judiciales en materia de DESC *pospolíticos* necesita trascender la aplicación mecánica de normas sobre derechos abstractamente considerados, sino que debe indagar en la persona del reclamante, su historia y circunstancias, sus esfuerzos y preferencias, su buena o mala fortuna,

sus condicionamientos y habilidades, todo esto contemplado a la luz de derechos, deberes y responsabilidades.

Los principios propuestos conducen a una doble consecuencia. Por un lado, las leyes no serán razonables si no garantizan efectivamente los DESC a las personas vulnerables y necesitadas (aquellas que fueron privadas de ejercer sus responsabilidades o que aun habiéndolas ejercido, no lograron por sí mismas acceder a un nivel razonable de protección, incluyéndose desde ya y prioritariamente a los niños). Por el otro, en la inevitable distribución de prestaciones escasas que conlleva la adjudicación de DESC, debe efectuarse un juicio acerca de la disposición pasada y presente del demandante a llevar adelante sus responsabilidades fundamentales. Si este juicio es negativo, su consecuencia no puede ser otra que disminuir prudentemente la intensidad de la operatividad del derecho en juego.

Para lo anterior, los hechos sometidos a estudio judicial en una demanda de DESC deberían ser considerados:

a) Holísticamente, en el sentido de abarcar también la dimensión de responsabilidades del justiciable. El enfoque holístico también supone tener en cuenta todas las acciones judiciales o administrativas que un justiciable emprendió en materia de derechos de prestación;

b) Diacrónicamente, en el sentido de entender la cadena de acontecimientos que condujeron al justiciable a su situación. No alcanza con ver la foto, sino que es necesario entender la película.

Lo expuesto implica que, en algunos casos, una demanda en reclamo de DESC postpolíticos no solamente requerirá exponer un derecho y alegar una necesidad, sino también ilustrar al juzgador sobre el previo cumplimiento de responsabilidades vinculadas al derecho que se persigue, o sobre la imposibilidad fáctica de cumplir esas responsabilidades. Así, en dos casos idénticos –el mismo derecho invocado, la misma necesidad insatisfecha–, el control de razonabilidad de una norma o la interpretación de su alcance podría arrojar resultado disímil.

La profundización en las particularidades del caso que aquí se propone armoniza e invoca el método y la función clásicos de la judicatura, que radica en el estudio y resolución de singularidades, más que de universos de casos presuntamente idénticos. Afirmación esta que debe matizarse con la efectiva existencia de supuestos en que una clase entera de personas se encuentra sometida a condiciones tales de vulnerabilidad que incluso carecen de la libertad real para llevar adelante las responsabilidades que el orden jurídico pretende.

Pensar los derechos humanos como una disciplina en la que se entrelazan derechos y responsabilidades y tener en mente la distinción, imprecisa pero importante, entre derechos *prepolíticos* y *postpolíticos*, es esencialmente el aporte que hemos pretendido fundar para el mejor entendimiento y adjudicación de los DESC.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, DARON - ROBINSON, JAMES A., *Why nations fail*, Nueva York, Crown Publishers, 2012.
- ARANGO, RODOLFO, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- BORGES, JORGE L., “Sobre los clásicos”, *Otras inquisiciones*, Buenos Aires, Sur, 1952.
- BUNGE, MARIO A., *Filosofía y sociedad*, México, Siglo XXI Editores, 2008.
- *Las ciencias sociales en discusión: Una perspectiva filosófica*, Buenos Aires, Sudamericana, 1999.
- DI GIULIO, GABRIEL H., *Obligaciones, deberes y cargas del defensor en el procedimiento penal bonaerense, presentado en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista y preparatorio del XV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*, Azul los días 2 y 3 nov. 2000, [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view File/10/1565](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/File/10/1565).
- GOSEPATH, STEFAN, “Equality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality>.
- HANUSHEK, ERIC A. - WÖSSMANN, LUDGER, *The role of education quality in economic growth*, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7154/wps4122.txt?sequence=2>.
- LOCKE, JOHN, *Second treatise of civil government*, 1690.
- MYERSON, JESSE A., *Five economic reforms millennials should be fighting for*, “Revista Rolling Stone”, 2014, www.rollingstone.com/politics/news/five-economic-reforms-millennials-should-be-fighting-for-20140103.
- NOZICK, ROBERT, *Anarchy, State and utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974.
- PAINE, THOMAS, *Agrarian justice*, 1797.
- PINKER, STEVEN, *The better angels of our nature: Why violence has declined*, London, Penguin Books, 2011.
- RAVENTÓS PANELLA, DANIEL, *El derecho a la existencia: la propuesta del subsidio universal garantizado*, Barcelona, Ariel, 1999.
- RAWLS, JOHN, *Justice as fairness: A restatement*, Harvard University Press, 2001.
- *Teoría de la justicia*, trad. M. D. GONZÁLEZ, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *Los deberes constitucionales*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 21, n° 62, may.-ago. 2001.
- STILMAN, GABRIEL, *El derecho universal a la propiedad privada: explorando una nueva dimensión de los derechos humanos económicos y la ciudadanía*, www.academia.edu/11173190/El_derecho_universal_a_la_propiedad_privada_explorando_una_nueva_dimensi%C3%B3n_de_los_derechos_humanos_econ%C3%B3micos_y_la_ciudadan%C3%ADa.
- WELLS, HERBERT G., *World set free*, London, Macmillan, 1914.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LOS LÍMITES DEL DERECHO*

JOSEPH RAZ**

INTRODUCCIÓN DE LOS TRADUCTORES

La polémica entre HART y DWORKIN ha signado el debate ius-filosófico de los últimos cincuenta años. Luego de *The concept of law* (1961) de HERBERT HART, RONALD DWORKIN publica *The model of rules* (1967), articulando uno de los ataques más poderosos al positivismo hartiano.

Estas primeras críticas de DWORKIN a HART motivaron numerosos trabajos en defensa del positivismo hartiano; HART comenzó con una serie de conferencias con la idea de escribir un *Postscript* a *The concept of law* que fuera lo más comprensivo posible respecto de las críticas dworkinianas.

JOSEPH RAZ escribió *Legal principles and the limits of law* (aquí traducido como *Principios jurídicos y los límites del derecho*) en 1971, publicándolo en “The Yale Law Journal” al año siguiente. El trabajo es considerado como una de las principales defensas del positivismo hartiano contra las críticas de DWORKIN***. El mismo DWORKIN, en *The model of rules II* (1972) destaca esta circunstancia, dedicando muchas de sus defensas y nuevas críticas a refutar este trabajo de RAZ.

* Título original *Legal principles and the limits of law*, publicado en “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, Apr., 1972, p. 823 a 854. DOI: 10.2307/795152. Traducido por JUAN PABLO ALONSO y ALEJANDRO D. CALZETTA. La AAFD agradece la colaboración de DIEGO PAPAYANNIS.

** Investigador Senior Asociado, Nuffield College, Oxford, M. Jur. 1964, Hebrew University, Jerusalén; D. Phil, 1967, Oxford.

*** RODRÍGUEZ, CÉSAR, “Estudio preliminar”, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998, p. 43.

Legal principles and the limits of law fue reimpresso, en una versión abreviada con algunos agregados, por MARSHALL COHEN en 1984 en *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, incluyendo una réplica de DWORKIN, titulada “A reply”.

El debate prosiguió. En 1986 DWORKIN publica *Law's empire*, profundizando sus críticas al positivismo hartiano. El *Postscript* de HART concentra sus argumentos contra *Taking rights seriously* –compilación artículos de DWORKIN que incluye “The model of rules (I)” y “The model of rules (II)”– y *Law's empire*. El *Postscript* de HART se publicó *post-mortem*, en 1994, inconcluso en varios ítems, aunque completo, según la opinión de varios autores*, en cuanto a la refutación de las críticas de DWORKIN. Finalmente, DWORKIN escribe su crítica al *Postscript* de HART en 2004.

Los artículos y libros que configuran el denominado “debate HART-DWORKIN” fueron publicados originalmente en inglés, y muchos de ellos han sido traducidos al castellano. No ocurrió lo mismo con el artículo que aquí se presenta, las críticas de DWORKIN en 1984 a este artículo de RAZ y las críticas de DWORKIN en 2004 al *Postscript* de HART.

Los datos editoriales y de las traducciones son los siguientes:

HART, HERBERT L. A., *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 [*El concepto de derecho*, trad. al castellano de G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963].

DWORKIN, RONALD, *The model of rules (I)*, “University of Chicago Law Review”, 1967 [*El modelo de las normas (I)*, en *Los derechos en serio*, trad. al castellano de M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel Derecho, 1984].

RAZ, JOSEPH, *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, New Haven, Connecticut, 1972.

DWORKIN, RONALD, *The model of rules (II)*, “The Yale Law Journal”, New Haven, Connecticut, 1972. [“El modelo de las normas II”, en *Los derechos en serio*, trad. al castellano M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel Derecho, 1984].

RAZ, JOSEPH, “Legal principles and the limites of law” –versión abreviada, con agregados–, en COHEN, MARSHALL (ed.), New Jersey, Rowman & Allanheld, 1984.

* RODRÍGUEZ, “Estudio preliminar”, en *La decisión judicial*, p. 43.

DWORKIN, RONALD, “A reply”, en COHEN, MARSHALL (ed.), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1984.

— *Law’s empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986 [*El imperio de la justicia*, trad. al castellano de C. FERRARI, Barcelona, Gedisa, 1988].

HART, HERBERT L. A., *Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 1994 [“Postscript”, trad. al castellano de M. HOLGUÍN, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998].

DWORKIN, RONALD, *Hart’s postscript and the character of political philosophy*, “Oxford Journal of Legal Studies”, Oxford, 2004.

Legal principles and the limits of law llega, entonces, por primera vez a los lectores de habla hispana interesados en cuestiones iusfilosóficas. Aunque parezca un poco tarde (pasaron más de cuarenta años de su publicación), entendemos que su interés sigue vigente, dado que se trata de un trabajo crucial en el debate HART-DWORKIN.

Hace varios años que contamos con la autorización de JOSEPH RAZ para publicar este trabajo en su versión castellana. No quisimos publicarlo hasta tanto la editorial The Yale Law Journal nos autorizara; autorización que hemos obtenido recientemente, gracias la gestión efectuada por nuestro amigo DIEGO PAPAYANNIS, quien la gestionó cuando se encontraba en una estancia de investigación en Yale University, con el profesor SCOTT SHAPIRO; hacia él nuestro agradecimiento.

* * *

Muchas personas entienden, intuitivamente, que las normas jurídicas pertenecen a sistemas jurídicos. “Mucha gente instruida”, escribe H. L. A. HART, “tiene la idea de que las normas jurídicas de Inglaterra forman algún tipo de sistema, y que en Francia, Estados Unidos o Rusia y, por cierto, en aquellos lugares del mundo considerados “países independientes”, existen sistemas jurídicos que son, en líneas generales, similares en estructura, a pesar de sus importantes diferencias”¹. Esto incluye la suposición de que las normas jurídicas difieren de las normas no jurídicas, así como de los principios. Existen, por ejemplo, reglas y principios morales, costumbres sociales,

¹ HART, *The concept of law*, 2 y 3.

constituciones y regulaciones de asociaciones, etc., que no son normas jurídicas. Muchos filósofos del derecho han tratado de justificar esta suposición común. Se han ofrecido diversos criterios para demarcar los límites del derecho, esto es, para evaluar si una determinada norma pertenece o no a un determinado sistema jurídico. Se han realizado numerosas propuestas para distinguir lo que es jurídico de lo que no lo es, destacándose que tal distinción permitiría mejorar nuestra comprensión del derecho y de la sociedad. Frecuentemente, se reconoce que la distinción no es fácil de trazar en términos precisos y que cualquier test razonable admitiría la presencia de casos dudosos. A pesar de estas dificultades, muchos teóricos han considerado que vale la pena conservar la distinción; por un lado, porque no es difícil aplicarla en la mayoría de los casos y, por otro lado, porque parecería crucial para una apropiada comprensión del derecho y de la sociedad.

Sobre esta distinción, así como sobre otras cuestiones fundamentales, hay opiniones diferentes. Algunos teóricos objetaron la posibilidad de trazar la distinción entre normas jurídicas y no jurídicas, o bien pensaron que lejos de clarificar nuestra comprensión del derecho y de la sociedad, en realidad la oscurece. Recientemente, en un importante artículo, el profesor DWORKIN se ha unido a quienes desafían la posición ortodoxa según la cual lo que es derecho debe separarse de lo que no lo es. Pero el modo en que DWORKIN formula su conclusión es revelador. “Concluyo”, escribe, “que... debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otras normas sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra”². Él claramente cree que no existe dicho criterio, cualquiera sea su complejidad, que distinga “el derecho de una comunidad” de “otras normas sociales”, pero se limita a rechazar explícitamente solo el modo en que HART traza la distinción por referencia a “una regla maestra”; específicamente, la regla de reconocimiento. DWORKIN elige concentrar su ataque en HART, no solamente porque está interesado en los defectos de la teoría de HART, sino porque la considera la versión más sofisticada de la concepción que desafía. Al evaluar las críticas de DWORKIN, es esencial tratar de separar aquellos argumentos que se refieren meramente al punto de vista de HART, de aquellos que se dirigen a la raíz de la cuestión y arrojan dudas sobre la conveniencia de trazar una distinción entre normas jurídicas y otras normas, o sobre la posibilidad misma de hacerlo.

² DWORKIN, *The model of rules*, 35, U. CHI. L. REV 14, 45 (1967), reimpresso bajo el título *Is law a system of rules?*, in “*Essays in legal philosophy*”, 25, 59 (R. Summers ed. 1968).

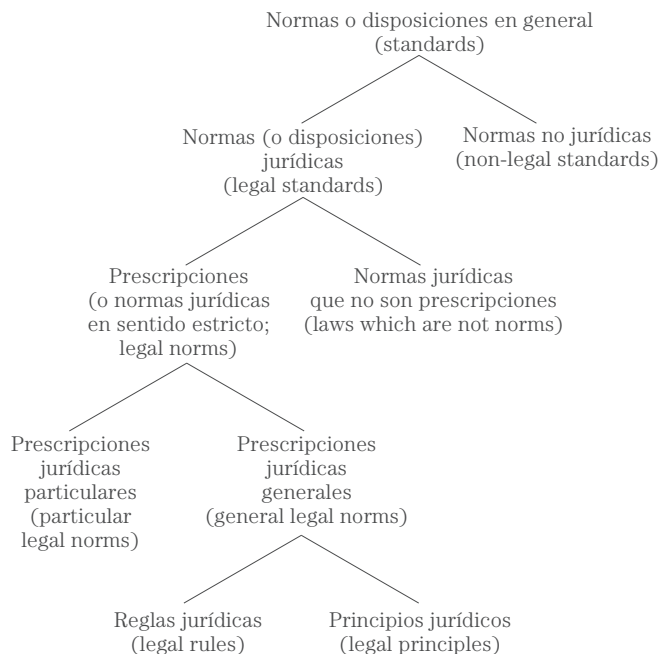
No estoy interesado aquí en refutar la crítica del profesor DWORKIN a HART o al “positivismo”, como él lo define, en general³. Mi principal interés es argumentar que no hay nada en los argumentos de DWORKIN que demuestre que existen razones para abandonar el intento de trazar los límites del derecho. Sugeriré también algunas, aunque de ningún modo todas, de las razones que deberían llevarnos a perseverar en el intento.

Los argumentos de DWORKIN se dirigen al rol crucial que juegan los principios en el derecho; a ellos nos dedicaremos ahora⁴.

³ Si estuviera obligado a encontrar aliados, ciertamente los encontraría entre aquellos comúnmente conocidos como positivistas jurídicos. Dudo, sin embargo, si al inspeccionar encontraremos algún filósofo jurídico que cumpla con la definición de un positivista realizada por el profesor DWORKIN. Su positivista es un animal tan extraño como el jurista mecánico. Pero eso es otro tema.

⁴ A lo largo de este ensayo se utilizarán extensamente las expresiones “norma”, “estándar”, “regla” y “principio”. El sentido en que se emplean estos términos emergerá de la discusión. El siguiente diagrama resume las relaciones entre ellos. Los usos diferentes serán distinguidos.

* *Nota de los traductores:* entre paréntesis están las palabras en inglés utilizadas originalmente por el autor.



§ 1. **REGLAS JURÍDICAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS**

a) *LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.* Clasificar las normas jurídicas en diferentes categorías lógicas siempre ha sido una de las principales tareas de la filosofía jurídica. Muchas generaciones de teóricos han participado de intentos de analizar las características lógicas de las normas jurídicas y de identificar y contrastar los diversos tipos de normas jurídicas con respecto a sus propiedades lógicas. El análisis de la naturaleza de los principios jurídicos del profesor DWORKIN es otra contribución a este emprendimiento. DWORKIN nos advierte sobre una olvidada distinción lógica entre diferentes normas jurídicas: la distinción entre reglas y principios.

La clasificación de las normas jurídicas presupone la resolución del problema más básico acerca de su individualización, por ejemplo, una respuesta a la pregunta “¿qué ha de contar como una norma jurídica completa?”. Debe darse una breve explicación, tanto de la naturaleza de este problema como de las razones por las que ha de presuponerse una respuesta a este, al realizar cualquier clasificación de normas jurídicas⁵.

El derecho se encuentra en códigos y publicaciones legales oficiales. Estos distinguen entre sentencias judiciales, leyes, decretos, reglamentos, etcétera. Podría parecer que encontrar qué es una norma jurídica completa es una tarea fácil. Cada sección de una ley, cada sentencia de un tribunal expresa una norma jurídica completa. Pero decir esto es entender equivocadamente la cuestión. Como nos recordó BENTHAM en 1789:

¿Qué es una norma jurídica? ¿Qué es una parte de una norma jurídica? Estas preguntas versan, cabe observar, sobre el conjunto *lógico, ideal, intelectual*; no el *físico*: sobre el *derecho* [las normas], no sobre las *leyes* [las formulaciones]. Una investigación, dirigida a la última clase de objetos (las leyes, las formulaciones) no presenta mayores dificultades, pero en nada ayuda a elucidar cuestiones relevantes. En este sentido... en tanto haya sido autenticada, en tanto haya recibido el toque del cetro real, es *una* norma jurídica; una norma jurídica completa, y nada más. Una ley de George II realzada para sustituir una *o* por *y* de una ley anterior es una norma jurídica completa; una ley que contiene un cuerpo entero de normas jurídicas, perfecto en todas sus partes, ya no lo sería. Con el térmi-

⁵ Para una discusión más detallada de estos problemas, ver RAZ, *The concept of a legal system*, caps. 4, 6 (1970).

no *norma jurídica* entonces, cada vez que aparezca en las páginas siguientes se referirá a ese objeto ideal, cuya parte, todo, o la repetición, o un ensamble de partes, todos o repeticiones mezclados, se exhiben en virtud de una ley; no la ley que los exhibe⁶.

En algún sentido, la idea de BENTHAM es conocida por los estudiantes de derecho quienes, cuando necesitan saber qué norma se aplica a un problema, no se dirigen a los códigos y publicaciones jurídicas oficiales sino a los textos dogmáticos, cuyo propósito es representar el contenido de las normas jurídicas de forma metódica, dejando de lado de qué ley o precedente se deriva cada párrafo del texto dogmático en cuestión.

Sin embargo, los autores de libros de texto y los estudiantes generalmente, mientras son ampliamente indiferentes⁷ a las divisiones originales del derecho realizadas por el legislador⁸, son igualmente indiferentes a cualquier otro intento de dividir el material jurídico en normas jurídicas separadas y completas. Su interés se encuentra en el contenido del derecho; su estructura formal no les interesa. No ocurre lo mismo con el filósofo del derecho. Él a veces está más interesado en la estructura formal de las normas jurídicas que en su contenido particular. Para estudiar su estructura formal y sus propiedades lógicas, se requiere, frecuentemente, de una doctrina de individualización de las normas jurídicas.

Permítaseme ilustrar esta idea con unos pocos ejemplos. Supongamos que un filósofo del derecho nos dice que todas las normas jurídicas son mandatos*. Efectuamos tres contraejemplos a esa aserción. El primero es un artículo de una constitución que expresa que “el Parlamento tendrá la facultad de dictar normas jurídicas relativas al derecho de propiedad”. El segundo es un artículo de una ley que establece que “toda persona mayor de edad y psicológicamente capaz

⁶ *Introduction to the principles of morals and legislation*, en J. BENTHAM, “A fragment on Government” con “An introduction to the principles of morals and legislation”, 429-30 n. 1 (W. Harrison ed. 1960).

⁷ Excepto ocasionalmente para los propósitos de la interpretación.

⁸ Cuando hay un legislador. Muchas normas jurídicas surgen de la costumbre y de las prácticas de los tribunales en constante evolución. Algunas de las normas jurídicas más importantes, nos recuerda Dworkin, nunca fueron promulgadas formalmente. Este tipo de normas se encuentran presupuestas en los razonamientos jurisdiccionales y suelen haber sido formuladas previamente por juristas.

* *Nota de los traductores*: se tradujo “*commands*” como “mandatos”; también podría haberse traducido como “normas que guían conductas” o “prescripciones obligatorias”.

tendrá la facultad de realizar un testamento que determine la disposición de su propiedad luego de su muerte”. El tercero es un enunciado realizado por un tribunal al formular una sentencia que establece que “toda persona tiene derecho a la seguridad personal”. Ninguno de estos ejemplos es un mandato (una prescripción); por lo tanto, no toda norma jurídica es un mandato. ¿Hemos refutado la teoría de nuestro amigo filósofo del derecho? Lo hemos hecho solo si cada una de las tres disposiciones que enunciamos pueden ser concebidas como referencias a normas jurídicas completas. Pues nuestro amigo puede sostener, como lo hicieron AUSTIN y BENTHAM, por ejemplo, que son meramente descripciones de partes de normas jurídicas o deducciones de descripciones de normas jurídicas. Puede sostener que nuestra disposición constitucional, en verdad, establece una norma que es un mandato. Es un mandato para todos obedecer todas las normas jurídicas promulgadas por el Parlamento que regulan el derecho de propiedad. Este no fue el lenguaje utilizado por el Constituyente, pero quizás es la descripción apropiada de la norma constitucional que él creó. (Según la posición de nuestro amigo) los enunciados relativos a que el Parlamento tiene la facultad de dictar tales normas de acuerdo a una determinada Constitución son enunciados jurídicos verdaderos, pero no describen correctamente una norma jurídica. Son deducciones válidas de un enunciado que describe correctamente la norma y que muestra que realmente es un mandato de un tipo especial: un mandato de obedecer determinadas normas creadas por el Parlamento.

Respecto de nuestro segundo ejemplo, nuestro amigo filósofo del derecho puede sostener que, al promulgar el artículo relativo a los testamentos que hemos citado, el legislador no creó una norma completa sino una parte de muchas normas diferentes; cada una de ellas un mandato. Del mismo modo, las normas relativas al derecho de propiedad, podría sostener, son de hecho mandatos inmensamente complicados que prohíben a ciertas personas interferir con la propiedad de terceros de determinadas maneras. Estos mandatos se aplican solamente a las personas que no son titulares de la propiedad o no poseen derechos sobre ella. En consecuencia, los mandatos incluyen la elaboración de especificaciones de sus condiciones de aplicación, y la disposición que citamos es parte de estas condiciones de aplicación. Establece, en efecto, que una persona debería estar eximida de la prohibición de interferencia si, por ejemplo, el fallecido titular de la propiedad lo nombró en su testamento como futuro titular, y que otras personas estarán eximidas de la prohibición si él posteriormente

les transfiere la propiedad o algún derecho sobre ella, etcétera. Así, continuará con paciencia nuestro amigo, nuestro error habría sido pensar que dicho artículo era una norma jurídica completa, mientras que de hecho es meramente una parte de muchas normas. Una vez que comprendemos esto, concluirá exitosamente nuestro amigo, deberíamos ver que todas las normas jurídicas son en verdad mandatos. Pues, como es ahora claro, desde su punto de vista el enunciado del tribunal relativo a que toda persona tiene derecho a la seguridad personal no es un enunciado sobre una norma sino una resumida referencia a muchas normas. El tribunal en su razonamiento alude a las normas contra el homicidio, el asalto y la privación ilegítima de la libertad, entre otras, y a las normas que ordenan a quienes la violen que paguen los daños.

Pero podríamos cuestionar estas conclusiones, y suponer que nuestro amigo filósofo del derecho está equivocado, afirmando que no todas las normas jurídicas son mandatos. Podríamos decir que está equivocado, no porque emplea principios de individualización, sino porque emplea principios de individualización erróneos. Toda teoría sobre tipos lógicos de normas jurídicas presupone una doctrina de individualización de normas jurídicas, y casi siempre puede ser atacada o defendida simplemente atacando o defendiendo su doctrina de individualización subyacente. No es necesario abordar aquí el problema de la individualización de normas jurídicas en general⁹. Sin embargo, es muy importante estar constantemente al tanto del mismo cuando se discute sobre el estatus de los principios. Si lo hacemos, pronto advertiremos que no todo lo que parece un principio jurídico es un principio jurídico, al menos no en el sentido en que DWORKIN lo tiene en mente.

A menudo necesitamos referirnos sumariamente a un cuerpo de reglas jurídicas sin especificar su contenido en detalle. Tales referencias son realizadas frecuentemente por los tribunales al momento de justificar sus decisiones. Estas referencias usualmente toman la forma del enunciado de un principio, pero no son enunciados sobre el contenido de normas de un tipo especial, esto es, principios jurídicos. Son una breve alusión a un conjunto de reglas. Alguien puede decir que en su país el principio de libertad de expresión está reconocido por el derecho. Cuando se le pregunta qué quiere decir, puede responder que las únicas normas jurídicas que establecen límites a

⁹ He tratado de hacerlo en otro trabajo, RAZ, *supra* nota 5.

la libertad de expresión se refieren a la difamación y a la seguridad militar; que la censura de películas, libros y obras de teatro está justificada en la protección de los niños; que existen regulaciones detalladas que garantizan el acceso a los medios masivos de comunicación a las personas que representan todos los matices de opiniones sobre cuestiones públicas; etcétera. Su enunciado relativo a que en su país la libertad de expresión está reconocida por el derecho puede entonces ser considerado una resumida referencia a un gran número de normas, no un enunciado sobre el contenido de una norma individual. Otra persona, por el contrario, puede decir que un cierto sistema jurídico incorpora el principio de libertad de expresión porque contiene una norma que ordena a los tribunales y a los funcionarios públicos que protejan la libertad de expresión en todos los casos, aun en aquéllos no regulados por reglas particulares. El enunciado de esta persona *es* un enunciado sobre el contenido de una norma determinada, y es un principio en el sentido en que DWORKIN emplea el término. Impone una obligación, y guía de ese modo los actos de los tribunales y funcionarios.

DWORKIN está apenas al tanto del problema de la individualización. Dice que no todo enunciado sobre una regla es una descripción completa de esta¹⁰. Muchos de esos enunciados omiten muchas de las excepciones que son parte de la regla y que deben ser incluidas en todo enunciado completo sobre su contenido. Sin embargo, él deja de lado la doctrina de individualización por la discusión sobre los principios. En particular, desatiende el hecho de que algunos enunciados realizados por los tribunales que parecen enunciados sobre principios jurídicos de hecho no son más que referencias abreviadas a un número de reglas jurídicas. Me parece, para tomar solamente uno de los ejemplos de principios de DWORKIN, que el enunciado de un tribunal, relativo a que la libertad de contratación no es una doctrina tan importante como para no admitir excepción alguna¹¹, es meramente una referencia al hecho de que existen reglas que exceptúan la libertad de contratación y que existe una regla que concede a los tribunales facultades para introducir excepciones adicionales. (El ejercicio de esta facultad está sujeto a los principios que guían la discreción de los tribunales en general. Pero estos principios son diferentes de las facultades en general otorgadas a los tribunales).

¹⁰ DWORKIN, *supra* nota 2, en 25 [37].

¹¹ Id. en 24 [36].

La primera cuestión que concluyo es que aplicando una adecuada doctrina de individualización la aparente multiplicidad de principios se diluye. Algunos aparentes enunciados sobre principios son meramente referencias abreviadas a un número de normas jurídicas, no enunciados sobre el contenido de un principio jurídico completo.

b) *CONFLICTOS ENTRE NORMAS JURÍDICAS*. BENTHAM, AUSTIN y muchos otros autores asumieron que las normas jurídicas válidas no entran en conflicto. Sabían, por supuesto, que se pueden encontrar fácilmente disposiciones jurídicas y fallos judiciales en conflicto, pero sostenían que las únicas normas jurídicas válidas eran aquellas que carecían de contradicciones. En una representación completa del derecho de un país todas las antinomias se resuelven por aplicación de reglas y principios jurídicos tales como *lex posterior derogat priori*. Los principios de individualización deberían ser lo suficientemente sólidos como para asegurar que las normas no entren en conflicto. Una norma individual puede incluir muchas disposiciones limitativas y de excepción, según la terminología de BENTHAM, limitando la aplicación de su regulación principal y evitando su contradicción con otras normas. Pero una norma no puede entrar en conflicto con otra norma y, a la vez, exceptuarla.

Este no es, sin embargo, el sentido ordinario en que pensamos la relación entre reglas y principios fuera del ámbito jurídico. Sabemos que principios como “maximice la felicidad” y “esfuércese por incrementar la igualdad” pueden entrar en conflicto cuando son aplicados a casos particulares, pero también que las reglas pueden a veces entrar en conflicto. A veces puede mantenerse una promesa solo diciendo una mentira. Normalmente no pensamos que tales conflictos son meramente aparentes y que cada regla de hecho incluye excepciones tales como “mantenga sus promesas salvo que esto implique decir una mentira”. Creemos que a veces deberíamos mentir en lugar de romper una promesa y a veces deberíamos romper una promesa en lugar de decir una mentira, y aunque lo que deberíamos hacer depende de consideraciones generales no hay manera de establecerlas todas de antemano. Muchos problemas solo pueden abordarse cuando surgen; no estamos en condiciones de decidir qué hacer únicamente sobre la base de reglas previamente aceptadas. Estamos de acuerdo con el hecho de que las reglas pueden entrar en conflicto y que imponen obligaciones que pueden ser desplazadas en casos particulares en virtud de consideraciones contrarias¹².

¹² Algunos filósofos discuten este punto de vista, pero este no es el lugar para discutir en detalle el problema general. Para un argumento convincente a favor de

DWORKIN adopta una posición alternativa sobre esta cuestión. Las reglas jurídicas, sostiene, no entran en conflicto mientras que los principios jurídicos sí lo hacen. De hecho, esta es la primera característica distintiva entre reglas y principios jurídicos:

La distinción entre principios jurídicos y reglas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de normas se refieren a decisiones particulares sobre una obligación jurídica en circunstancias particulares, pero difieren en el carácter de la dirección que toman. Las reglas son aplicables de un modo “todo o nada”. Si los hechos que una regla estipula están dados, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la solución que proporciona debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso en nada contribuye a la decisión¹³.

Esto significa, como explica DWORKIN que, si una regla jurídica estipula que un cierto acto debe ser realizado en ciertas condiciones, entonces, dado que en una situación particular se dan tales condiciones, el acto debe ser realizado. No puede argumentarse que no debería realizarse porque existe una segunda regla que exceptúa la primera, pues según la concepción de DWORKIN una regla jurídica incluye todas sus excepciones y no puede entrar en conflicto con otra regla. “Si dos reglas entran en conflicto, una de ellas no puede ser una regla válida”¹⁴. Esto distingue las reglas jurídicas de los principios jurídicos, dado que los últimos pueden entrar en conflicto.

Esto lleva al profesor DWORKIN al segundo rasgo distintivo de los principios jurídicos, que está implicado por el primero. Los principios jurídicos poseen cierto “peso” relativo. Algunos poseen mayor peso que otros. Esta dimensión de peso determina qué debe hacerse en los casos en que se aplican los principios en conflicto. “Cuando los principios se intersectan... quien debe resolver el conflicto debe considerar el peso relativo de cada uno”¹⁵.

Me gustaría sugerir que las reglas jurídicas pueden entrar en conflicto y poseer peso, y que por lo tanto las observaciones de DWORKIN no deberían considerarse definitorias de características de reglas y principios. La cuestión aquí resulta ser qué principios de individualización sería mejor adoptar. Es posible crear principios de individualización que garanticen que toda regla incluya todas sus excep-

la concepción expresada aquí, ver SINGER, *Moral rules and principles*, en “Essays in moral philosophy”, 160, 167 (A. Melden ed. 1958).

¹³ DWORKIN, *supra* nota 2, en 25 [37].

¹⁴ Id. en 27 [40].

¹⁵ Id. en 27 [30].

ciones y que ninguna regla entre en conflicto con las demás. Pero sería incorrecto aceptar tales principios de individualización. El punto en cuestión puede ser ilustrado mejor a través de un ejemplo. El derecho penal incluye una regla que prohíbe las agresiones. Esta regla está exceptuada por otras reglas¹⁶. Las agresiones están permitidas en defensa propia, en la ejecución de órdenes que provienen de autoridades legítimas y en estado de necesidad. La regla está también exceptuada por normas generales que determinan la esfera de validez territorial del sistema normativo en cuestión. Podría sostenerse, como lo hizo BENTHAM, que ningún enunciado de la norma que prohíbe las agresiones es una descripción completa de ella, salvo que enumere todas estas excepciones. Puede sostenerse que las normas que establecen excepciones no son normas separadas sino solamente partes de la norma que prohíbe las agresiones. Hacerlo sería aceptar una doctrina equivocada de individualización de normas jurídicas.

Considérense las consecuencias de aceptar esta visión de la individualización de las normas jurídicas. Significará, por supuesto, que no solo la norma que prohíbe las agresiones, sino también las que prohíben el homicidio, el aborto y el robo, y todas las demás normas, incluirán estas, y muchas otras, cláusulas de excepción. Tendremos menos normas (la doctrina de la defensa propia, por ejemplo, no será considerada una norma separada), pero aquellas que permanezcan serán descomunilmente complejas. Serán también muy redundantes, al tener gran parte de su contenido en común (la doctrina de la defensa propia, por ejemplo, será parte de cada una de las normas penales).

Aceptar tal doctrina de individualización es entender equivocadamente la función de los principios de individualización. En virtud de la gran cantidad de material jurídico que constituye un sistema jurídico, necesitamos dividirlo en unidades más pequeñas llamadas “normas”, con el objeto de ser capaces de hacer referencia de manera separada a partes del sistema jurídico total. Los principios de individualización constituyen el método para esculpir unidades pequeñas y dóciles a partir del material jurídico total de un modo que promueva nuestra comprensión del derecho, clasificando las normas jurídicas en diversos tipos y mostrando la manera en que estas normas

¹⁶ La definición de “agresión” y de algunos otros delitos a menudo incluyen expresiones como “injusto” e “ilícito”. Tales palabras sirven para dirigir la atención al hecho de que estas reglas pueden entrar en conflicto con otras reglas que las exceptúan.

se interrelacionan e interactúan unas con otras. Los principios de individualización necesarios para evitar los conflictos entre normas producen normas muy complejas que son relativamente independientes; su interacción con otras normas se minimiza; son creadas para ser tan autosuficientes como sea posible. Esta relativa independencia se alcanza al costo de hacer cada norma muy voluminosa; cada una se deriva de un gran número de disposiciones; resultando redundantes. Estas eran también, como hemos visto anteriormente, las consecuencias de negar el estatus de norma jurídica separada a las normas que confieren poderes de legislar o testar. Por estas razones (entre muchas otras) debemos rechazar cualquier doctrina de individualización que busque evitar cualquier conflicto entre reglas haciéndolas mucho más complejas y redundantes.

En su lugar deberíamos adoptar una doctrina de individualización que mantenga las reglas en una medida manejable, evite la repetición, minimice la necesidad de hacer referencia a una gran variedad de disposiciones como fuentes de una única norma y no se desvíe innecesariamente de la noción de norma en sentido común. Una doctrina de individualización tal resultará en un mayor número de normas que interactúan unas con otras, modificándose y exceptuándose entre sí. Este enfoque es más cercano al modo en que los abogados comúnmente piensan el derecho y, además, esclarece importantes conexiones entre las normas. Este enfoque centra su atención en el hecho de que ciertas normas son exceptuadas por otras normas que estipulan doctrinas como la defensa propia, el estado de necesidad, etcétera. En resumen, una doctrina de individualización tal explica mejor las interrelaciones sistemáticas entre diversas partes del sistema jurídico.

El resultado es que las normas que no son principios pueden entrar en conflicto. Como entran en conflicto o “interactúan” (para utilizar la terminología de DWORKIN), pueden modificarse o exceptuarse mutuamente. En consecuencia, el profesor DWORKIN está equivocado al sostener que los principios pueden distinguirse de otras normas porque solo ellos pueden entrar en conflicto.

El análisis precedente deja sin tratar la segunda cuestión de DWORKIN, relativa al “peso” de los principios jurídicos. Podría argumentarse que los principios jurídicos carecen de la dimensión de peso aunque entren en conflicto; si esto es así, hablar de “peso” sería erróneo. Cuando hay normas (que no son principios) que entran en conflicto, el sistema jurídico suele proveer medios para su resolución. Estos medios, usualmente, determinan cuál de las dos normas jurídicas en conflicto prevalece; tal norma siempre prevalecerá cuan-

do exista tal conflicto. Las normas de la legítima defensa o del error de hecho como excusa, siempre desplazan a la norma que prohíbe las agresiones. Con los principios la situación es diferente. La circunstancia de que un principio posea más peso o sea más importante que otro, no implica que siempre que ambos entren en conflicto (suponiendo que no está involucrado ningún otro principio) debería prevalecer el principio más importante. Al determinar qué ha de hacerse en cada caso (o tipo de caso), la importancia de los principios ha de ser considerada en relación con la medida del beneficio o perjuicio producido en los propósitos de los principios. En un caso (o tipo de caso), por ejemplo, una solución posible puede beneficiar considerablemente el propósito del principio menos importante, mientras que provoca solo un perjuicio muy pequeño al propósito del principio más importante. Las soluciones alternativas pueden causar un gran perjuicio al propósito del principio menos importante mientras que beneficia solo escasamente el propósito del principio más importante. En tales casos ha de preferirse el principio menos importante. En otros casos el cálculo puede ser distinto.

A través de la modificación del segundo rasgo de DWORKIN, puede sostenerse que, aunque tanto las reglas como los principios poseen peso relativo, ellos se comportan de manera diferente en muchos casos de conflicto. Los conflictos entre reglas se resuelven únicamente por su importancia relativa; los conflictos entre principios se resuelven teniendo en cuenta tanto la importancia relativa como las consecuencias que deparan los diferentes cursos de acción para los propósitos de cada principio*. Me parece que esta es una correcta observación de una importante diferencia entre reglas y principios (en algún sentido de “principios”) en muchos sistemas jurídicos. Sin embargo, sería incorrecto considerarla una diferencia lógica entre reglas y principios, o tomar esta característica como definitoria de los principios.

En primer lugar, observemos que existen algunos tipos de conflictos en los que las reglas se comportan como principios. Existen casos en los que una regla entra en conflicto con un principio. Tales conflictos, por supuesto, son posibles según la concepción de DWORKIN. Él piensa que una vez que son llevados ante un tribunal, pueden resolverse reformando la regla para evitar conflictos futuros. Esto a

* *Nota de los traductores*: en lugar de “peso relativo” o “importancia relativa”, podría haberse traducido como “peso abstracto” o “importancia en abstracto”. Se optó por “peso relativo” e “importancia relativa” debido a que es más literal respecto del texto original.

veces sucede, pero al menos antes de la decisión de un tribunal y a menudo, como argumentaré más adelante, con posterioridad a esta, las reglas entran en conflicto con principios. Tales conflictos pueden resolverse tanto sobre la base de la importancia relativa de las normas en conflicto, dejando de lado el propósito de las normas (tratando así al principio como usualmente son tratadas las reglas), o considerando tanto la importancia relativa de las normas como sus propósitos (tratando así a la regla jurídica como usualmente son tratados los principios jurídicos)*. En la mayor parte de los casos (aunque no en todos) se sigue el segundo método; pero, sin perjuicio de qué método se utilice, parece que en estos conflictos las reglas y los principios son tratados exactamente del mismo modo¹⁷.

Esta observación no niega el hecho de que las reglas y los principios jurídicos a veces se comportan de manera diferente en casos de conflicto, y tampoco niega que tal característica sea distintiva de los principios jurídicos. Pero le quita atractivo a dicha distinción. La razón para rechazar la distinción sugerida se centra en el hecho de que reglas y principios no son conceptos únicamente jurídicos. Distinguimos entre reglas y principios en moral y otras esferas no jurídicas. Una definición de “reglas” y “principios” jurídicos que dé cuenta del uso no jurídico de estos términos es preferible a cualquier definición que no se adecue a su uso no jurídico. Es bastante claro que en muchos contextos no jurídicos, reglas y principios tienen un comportamiento que entra en conflicto precisamente del mismo modo –el modo característico del tratamiento jurídico de los principios–. Este no es el lugar para discutir este tema. Recordemos el conflicto entre reglas relativas a la mentira y las promesas. Cuando ocurren tales conflictos, decidimos qué debemos hacer, no solo declarando que una regla es más importante que otra y que ha de seguirse siempre, sino comparando el beneficio y el daño a los valores protegidos por ellas

* *Nota de los traductores*: recordemos que para RAZ las normas (*standards*) son el género, y las reglas (*rules*) y los principios (*principles*), las especies.

¹⁷ La evaluación de la importancia de una regla y de sus excepciones depende de los propósitos de la regla, los cuales a menudo están vinculados a ciertos principios jurídicos. Del mismo modo, la importancia de estos principios jurídicos, así como de sus excepciones, depende de sus propósitos; los cuales, también a menudo, son otros principios jurídicos. Compárese, por ejemplo, la relación existente entre los siguientes principios jurídicos, mencionados por DWORKIN: “Los tribunales no deben ser utilizados como instrumentos de inequidad o injusticia”, y “Los tribunales no deben ser usados para ejecutar un contrato en el cual una de las partes se ha aprovechado de las necesidades económicas de la otra”. Id. en 24 [36].

en cada caso (o tipo de caso), a veces prefiriendo seguir una regla y violar la otra, a veces lo contrario. En consecuencia, sugiero que la diferencia lógica entre reglas y principios no tiene nada que ver con la posibilidad de conflicto o con el modo en que tales conflictos han de resolverse. El diferente tratamiento de reglas y principios jurídicos en casos de conflicto no está determinado por sus diferencias lógicas, sino que es un resultado de política jurídica. Sobre qué versa esa política es algo que podremos elucidar luego de establecer la diferencia lógica entre estos tipos de normas.

c) *DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS*. Como correctamente señala DWORKIN, la distinción entre reglas y principios es una distinción lógica. Las reglas y los principios jurídicos son normas (prescripciones) de diferentes tipos lógicos. Sin embargo, sería incorrecto suponer que todas las normas comúnmente llamadas “reglas” son del mismo tipo lógico, o que todas las normas llamadas “principios” son del mismo tipo¹⁸. Compárese la regla que prohíbe las agresiones o la regla, mencionada por el profesor DWORKIN, que expresa que “la velocidad máxima en la autopista es de sesenta millas por hora”, con otra regla según la cual “un testamento es inválido a menos que esté firmado por tres testigos”¹⁹. Las dos primeras reglas establecen prohibiciones. Son normas jurídicas que guían el comportamiento humano al proscribir un cierto curso de acción. La tercera no prohíbe una acción ni impone una obligación de comportarse de modo alguno. Tampoco es una regla que confiere potestades (siendo este un tipo de reglas distinto de aquellas que imponen deberes), pues no confiere la potestad de hacer testamentos ni confiere la potestad de ser testigo de un testamento. Existen otras reglas que confieren estas potestades a ciertas clases de personas. La regla en cuestión califica otra regla, la que confiere la potestad de hacer testamentos; hace que el ejercicio exitoso de esa potestad dependa de tres testigos que hayan firmado el testamento²⁰. Tales reglas, y existen muchas de ellas, no son normas (prescripciones): no guían directamente el com-

¹⁸ Las reglas y principios no jurídicos son también de diversos tipos lógicos, pero esto no nos interesa aquí.

¹⁹ Id. en 25 [37].

²⁰ Puede argumentarse que no se trata de una norma separada sino meramente de una parte de una regla que confiere la potestad de hacer testamentos. Supondré que los principios de individualización, por razones similares a las discutidas anteriormente, permiten considerar a esta regla como una norma autónoma. Ver punto b, “Conflictos entre normas jurídicas”.

portamiento proporcionando razones para la acción como lo hacen las reglas que imponen deberes o confieren potestades. Más bien, afectan la razón para la acción de manera indirecta, calificando el alcance o la aplicación de las reglas que son normas jurídicas²¹.

Las disposiciones jurídicas que no son normas (porque no prescriben conductas) son una categoría muy importante. Han sido dejadas de lado por muchos filósofos del derecho, quienes reniegan del hecho de que no todas las disposiciones jurídicas guían el comportamiento humano directamente ya que, al contrario, en ocasiones lo guían indirectamente a través de sus relaciones lógicas con otras disposiciones jurídicas que sí son normas (porque prescriben conductas). Algunas de las disposiciones que no son normas (no prescriben conductas) son consideradas “principios”. Esto es particularmente verdadero respecto de aquellas disposiciones que regulan una amplia área del derecho: es decir, aquellas disposiciones generales que están lógicamente relacionadas con un gran número de otras disposiciones, que las exceptúan y modifican su aplicación. Así, la disposición jurídica que determina la esfera de validez territorial de la mayor parte del derecho de un país (que claramente no es en sí misma una norma prescriptiva) suele ser considerada un “principio”. No es, sin embargo, un principio, en el sentido en que el profesor DWORKIN utiliza el término. En casos de conflicto, por ejemplo, se comporta como una regla. DWORKIN está interesado en los principios que son normas (o prescripciones); sus principios son principios de obligación, son pautas que “indican decisiones determinadas sobre obligaciones jurídicas en circunstancias determinadas”²². Analizar las diversas categorías de principios jurídicos y no jurídicos es una tarea considerable. Me interesa solamente señalar que no todos los principios jurídicos son del tipo discutido por DWORKIN. En el análisis que efectuaré a continuación, seguiré a DWORKIN al concentrar la atención exclusivamente en los principios de obligación, y tratar de distinguirlos, no de todos los otros tipos de disposiciones jurídicas, sino solo de las reglas de obligación, el tipo al que más se asemejan.

Las reglas y los principios de obligación son similares; pues, como correctamente observa DWORKIN, “no siempre podemos identificar, por su forma de enunciación, si una disposición jurídica es una

²¹ Debería destacarse que las reglas pueden entrar en conflicto no solamente con reglas de diferente tipo lógico sino también con reglas del mismo tipo. Compárese el conflicto entre reglas relativas a las mentiras y promesas.

²² DWORKIN, *supra*, nota 2, en 25 [37].

regla o un principio”²³. Cada uno de ellos expresa una razón que “indica una dirección normativa”²⁴. En otras palabras, cada uno expresa que una cierta clase de personas (el “sujeto normativo”) debe llevar a cabo un cierto acto (el “acto normativo”) en ciertas circunstancias (las “condiciones de aplicación”) ²⁵. El “deber” en ambos casos es un “deber” *prima facie*, que señala una razón para la acción, no un deber “todas las cosas consideradas”. Pues tanto las reglas como los principios pueden ser desplazados en ciertas circunstancias por otras reglas o principios, o por otras razones. DWORKIN parece sostener que los sujetos normativos de todos los principios jurídicos son los jueces²⁶. Pero otras personas e instituciones pueden también ser los sujetos normativos de los principios (aunque sea verdad que son los jueces quienes velan por el cumplimiento de los principios y demás disposiciones jurídicas). Un ejemplo de ello, mencionado por el profesor DWORKIN, es el principio de la Constitución norteamericana que establece que el Congreso no debe limitar la libertad de expresión. Otro ejemplo es el principio del *common law* sobre la negligencia, dirigido a toda la población, que prescribe un deber de cuidado razonable²⁷.

Algunas formulaciones de principios pueden dejar a sus sujetos indeterminados. El principio mencionado por DWORKIN, según el cual “el fabricante” de automóviles “tiene una obligación especial relativa a la construcción, promoción y venta de sus autos”²⁸, especifica que sus sujetos son “los fabricantes de automóviles”. No está tan claro, en cambio, si el principio según el cual “nadie puede beneficiarse de su propio delito”²⁹ está dirigido al público en general o a los jueces. Para determinarlo es necesario un enunciado más detallado del principio. El hecho de que las formulaciones ordinarias de los principios no especifiquen en detalle todo su contenido no debería sorprender a nadie, ni debería llevar a la conclusión de que las partes

²³ Id. en 28 [40].

²⁴ Id. en 26 [38].

²⁵ Esta terminología surge de G. H. VON WRIGHT, *Norm and action*, cap. 5, 1963.

²⁶ Ver, e.g., DWORKIN, *supra* nota 2, en 29-31 [41-44].

²⁷ Argumentaré más adelante que DWORKIN está equivocado al negar (Id. en 28-29) [40-41] que este es un principio. Ver punto d, “El rol de los principios en el derecho”.

²⁸ DWORKIN, *supra* nota 2, en 26-27 [39].

²⁹ Id. en 25-26 [37-38].

omitidas no existen. En la formulación de los principios muy pocas veces se menciona su peso relativo. Asimismo, a veces se omiten las condiciones de aplicación de los principios. Algunos principios son universales en el sentido de que el acto normativo debería ser llevado a cabo siempre que exista oportunidad de hacerlo, mientras que otros han de ser aplicados solamente bajo ciertas circunstancias.

Las condiciones de aplicación de un principio no disminuyen automáticamente por el hecho de que aquél entre en conflicto con una regla. El principio según el cual nadie puede beneficiarse de su propio delito siempre se aplica a los homicidas que heredan, en virtud del testamento de la persona asesinada, a pesar del hecho de que su derecho a heredar estuvo protegido hasta 1889 en virtud de una regla. Como siempre se aplicó a tales casos, la Corte en “*Riggs vs. Palmer*”³⁰ pudo, como nos recuerda DWORKIN³¹, hacer una excepción a la regla en el caso de un homicida. A partir de casos donde se aplica un principio no obstante estar regulados por reglas contrarias, no cabe concluir que por la sola aparición de palabras como “razonable” o “injusto” en una regla, “la aplicación de tal regla dependa de principios... haciendo que la regla se asemeje a un principio” y luego afirmar que sigue siendo una regla debido a que “tales palabras restringen el abanico de principios que pueden exceptuarla”³². En general, todas las reglas están sujetas a todos los principios y pueden ser desplazadas por cualquiera de ellos bajo circunstancias determinadas. Esta es una de las principales tesis que DWORKIN quiere defender. Si una norma que establece pautas de razonabilidad es una regla, entonces es susceptible de ser desplazada por principios como cualquier otra. Es poco plausible sugerir que la función de palabras como “razonable”, contenida en una regla, sea restringir el conjunto de principios que la pueden exceptuar e inmunizarla frente a los restantes principios. Su función es justamente la contraria. Las normas que prohíben restricciones irrazonables a la libertad de contratación o al derecho a ser indemnizado por daños producidos por negligencia no tienen la pretensión de abarcar todas las eventuales excepciones emergentes de todos los principios jurídicos; pero tampoco ningún principio jurídico posee tal pretensión. Tales normas son principios del mismo tipo mencionado por DWORKIN, cuando ejemplifica que “los tribunales pueden revisar contratos de compraventa

³⁰ 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

³¹ DWORKIN, *supra* nota 2, en 29 [41-42].

³² *Id.* en 28-29 [41].

de automóviles en especial para verificar si los consumidores fueron tratados de manera equitativa”, o “los tribunales pueden negarse a ejecutar un contrato en el que una de las partes tomó ventajas indebidas sobre la otra”³³. Estos son principios, y como todos los principios incorporan una consideración o conjunto de consideraciones que, a pesar de poseer un gran peso en su propia esfera, han de competir en determinados casos con otros principios.

La distinción entre reglas y principios de obligación tanto en el derecho como fuera de él estriba en el carácter del acto normativo prescripto. Las reglas prescriben actos relativamente específicos; los principios prescriben acciones altamente indeterminadas. Los actos genéricos poseen diversos grados de especificidad. Un acto es altamente indeterminado si puede ser llevado a cabo en diferentes ocasiones por medio de la ejecución de muchos actos genéricos heterogéneos en cada ocasión. Es más específico en la medida en que exista solo un pequeño número de actos genéricos mediante los cuales puede ser llevado a cabo. Fumar es un acto altamente específico que es llevado a cabo al fumar una pipa, un cigarrillo o un cigarro, pero no al realizar muchos otros actos genéricos. El asalto, el homicidio, la violación y el exceso de velocidad son igualmente actos relativamente específicos. Promover la felicidad humana, respetar la dignidad humana, incrementar la productividad y comportarse negligente, injusta o irrazonablemente son actos altamente indeterminados. Por esto, decimos que las reglas prescriben o proscriben la primera clase de acciones, mientras que los principios prescriben la segunda (en la medida en que estos tipos de comportamiento estén gobernados por normas). La distinción entre reglas y principios es, según este análisis, una distinción de grado, dado que no hay un límite rígido y firme entre actos que son específicos y aquellos que no lo son. En consecuencia, habrá muchos casos límite donde será imposible decir si estamos ante una regla o ante un principio.

La sugerencia relativa a que hay una distinción lógica entre el tipo de acto normativo prescripto, que subyace en gran parte nuestro uso ordinario de los términos “reglas” y “principios”, puede generar dudas. Creemos que reglas y principios juegan roles diferentes en el razonamiento práctico en el derecho o fuera de él y que dicha distinción no parece explicarlo. De hecho, sin embargo, la distinción lógica explica algunas de estas diferencias e indica cómo explicar el resto.

³³ Id. en 24 [36].

Dado que los actos altamente indeterminados pueden llevarse a cabo realizando en diferentes ocasiones una variedad de actos más específicos, las ocasiones para realizarlos los incluyen, y las primeras son más generales que las últimas. En consecuencia, las normas que prescriben actos altamente indeterminados exigen evaluaciones más generales respecto de un amplio espectro de actividades humanas. Dado el mayor grado de evaluación que poseen los principios, estos pueden utilizarse para justificar las reglas, pero no al revés. Esta es, tal vez, la más importante diferencia en el rol que juegan las reglas y los principios en el razonamiento práctico en general, y puede explicarse por medio de la distinción que he sugerido. Esto no explica todas las diferencias entre reglas y principios en el derecho. Tales diferencias dependen de la distinción lógica, no derivan solo de ella. Dependen también de diversas restricciones impuestas por políticas y objetivos jurídicos generales.

d) *EL ROL DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO.* Comenzaré analizando brevemente cinco diferentes maneras en que los principios son utilizados en el ámbito jurídico. Luego los cotejaré con relación a otras disposiciones jurídicas. El alcance de estas diferentes maneras de utilización de principios varía de un sistema jurídico a otro. Incluso, en un mismo sistema jurídico algunos principios se utilizan de estas cinco maneras diferentes; otros principios, en cambio, solo se usan de una sola; y en algunas ramas del derecho la utilización de principios jurídicos es más frecuente que en otras. No intentaré analizar en detalle el papel de los principios en un sistema jurídico determinado. Mi objetivo es solo aislar algunas de las diferentes tareas que pueden asignarse a los principios. Estas tareas son de naturaleza muy general. Para una completa concepción de la función de los principios son necesarias divisiones adicionales. Más adelante presentaré una posible división, aunque me limitaré a sus categorías más generales. Y aunque las tareas identificadas pueden ser ejercidas por diversos tipos de principios, limitaré la discusión, como lo hice anteriormente, a los principios de obligación.

1) *Los principios como fundamentos para interpretar normas.* Este es, tal vez, el uso más frecuente y menos cuestionado en que son utilizados casi todos los principios. Los principios son utilizados para la interpretación de todas las normas, incluyendo otros principios de aplicación más restringida. En la mayoría de los sistemas jurídicos existe una presunción muy fuerte, según la cual una interpretación que propicie la concordancia de una norma

con un principio ha de ser preferida a otra interpretación que no la propicie. Obviamente, algunas interpretaciones concuerdan mejor que otras con algunos principios, y los tribunales deben decidir qué interpretación ha de preferirse. Este papel de los principios es de extrema importancia, dado que es una herramienta crucial para asegurar la coherencia entre diversas normas que se aplican al mismo tópico. La importancia de esta función de los principios se pone de manifiesto cuando verificamos que normas similares de diversos sistemas jurídicos se aplican de manera diferente, debido a que se utilizan diferentes principios para su interpretación.

2) *Los principios como fundamentos para cambiar normas.* La primera función de los principios se funde en la segunda, dado que el límite entre la interpretación de una norma y su modificación es difuso. Sin embargo, ambas funciones son diferenciables, y no es difícil distinguirlas en la mayoría de los casos. La doctrina del precedente, si es aceptada, suele incluir la idea de que las normas creadas mediante precedentes judiciales pueden ser exceptuadas en función de principios jurídicos. Esto no significa que los precedentes sean objeto de modificaciones frecuentes; pues, como nos recuerda el profesor DWORKIN, los principios poseen una naturaleza restringida y conservadora. Las normas jurídicas inferiores (legislación subordinada) suelen ser objeto de mayores revisiones a la luz de los principios jurídicos. A diferencia de los precedentes, las normas jurídicas inferiores (legislación subordinada) son modificadas cuando están en conflicto con principios jurídicos, pero no por ello son anuladas. No obstante, ello, muchos sistemas jurídicos establecen que las normas jurídicas inferiores deben aprobar algún test de razonabilidad, convirtiéndose en nulas o anulables si contradicen principios fundamentales. En el caso de la legislación emanada del Parlamento los principios pocas veces se utilizan para tales fines, excepto en los países que tienen una Constitución formal de la que puede mostrarse que se derivan ciertos principios fundamentales.

3) *Los principios como fundamentos para exceptuar la aplicación de una norma.* En ocasiones una norma aplicable a un caso no es aplicada, argumentándose que ello supondría el sacrificio de importantes principios; pero no por ello la norma es modificada. En países donde no se ha desarrollado la doctrina del precedente, suele aceptarse que ciertos principios pueden desplazar a ciertas normas en determinadas circunstancias. En los países del *common law* este uso de los principios es más restringido, aunque se utiliza

en ciertas ocasiones. Por ejemplo, el principio de negligencia procesal, como instancia del principio general de equidad, se utiliza en este tercer sentido. Por el contrario, el principio “nadie puede beneficiarse de su propio delito” se utiliza en el segundo sentido antes descrito, i.e., como fundamento para cambiar y exceptuar reglas.

4) *Los principios como fundamentos para crear nuevas reglas.* Cuando un universo de problemas jurídicamente relevante está regulado solamente por principios, los jueces suelen crear nuevas reglas. Esta es una de las características centrales del *common law*: la creación judicial de reglas sobre la base de principios preexistentes.

5) *Los principios como único fundamento para la acción.* Existen casos en los cuales los deberes jurídicos surgen exclusivamente de principios. Esta función de los principios es radicalmente distinta de las mencionadas previamente, pues aquí los principios no funcionan a través o mediante reglas. No son fundamentos para la interpretación o modificación de reglas, no compiten con ellas ni sirven como fundamentos para crearlas. Esta forma de utilización de los principios es más frecuente de lo que parece, aunque no suele ser reconocida en su justa medida. La actividad judicial y el dictado de sentencias están reguladas casi exclusivamente por principios. El desempeño de los funcionarios públicos y de los órganos administrativos están regulados en gran medida por principios. El sistema jurídico concede facultades a órganos administrativos y les ordena que mediante dichas facultades promuevan ciertos objetivos políticos de acuerdo con principios generales. El ejercicio de facultades discrecionales está guiado más por principios que por reglas.

En líneas generales, en muchos sistemas jurídicos existe la tendencia a desconfiar de la aplicación directa de los principios, utilizándolos más que nada para regular el funcionamiento de las reglas de los modos antes indicados. Esto es particularmente cierto cuando los destinatarios de las normas son los ciudadanos en general y no los tribunales o los funcionarios.

Algunas de las razones para preferir las reglas a los principios, en la regulación directa del comportamiento, se vinculan con las condiciones específicas de diversos países o de diferentes ramas del derecho. Pero al menos una razón general de esta preferencia es bastante obvia. Los principios, al prescribir actos altamente indeterminados, tienden a ser más vagos y menos precisos que las reglas. Por otro lado, y por la misma razón, son particularmente aptos

para incorporar objetivos y valores generales del derecho, mientras que las reglas tienen más aptitud para reflejar consideraciones más concretas que se aplican a situaciones particulares.

Dado que el derecho debe esforzarse en compatibilizar la certeza y la confianza con la flexibilidad, generalmente es una sabia política jurídica utilizar las reglas tanto como sea posible para regular el comportamiento humano, pues son más precisas que los principios y se prestan más fácilmente a una aplicación uniforme y predecible. Es aconsejable limitar el uso de los principios para regular la creación y aplicación de reglas, con el objeto de asegurar una adecuada flexibilidad para cambiarlas y para evitar algunos de sus efectos imprevistos e indeseables. Algunas áreas, tales como la actividad gubernamental, no pueden ser adecuadamente reguladas por medio de reglas, y deben ser directamente reguladas por principios. Pero estos casos son excepcionales. Como en el uso de las reglas el interés se centra en la certeza, mientras que en el uso de los principios el interés se centra en la flexibilidad, es conveniente aceptar métodos relativamente simples para resolver conflictos entre reglas, de manera tal que no afecta la previsibilidad de su aplicación. No se aplican razones similares a los métodos para resolver conflictos entre principios. Esto explica la diferencia indicada anteriormente entre el tratamiento de las reglas y de los principios en casos de conflicto. La diferencia se origina en razones de política jurídica. No es una diferencia lógica entre los conceptos de regla y principio.

De hecho, todas las reflexiones realizadas en esta sección concernientes a los roles de las reglas y los principios se aplican solamente al ámbito jurídico. En la moral, donde la certeza y la uniformidad no son tan valiosas como lo es la corrección de la decisión, las reglas desempeñan un papel mucho más limitado que en el derecho. Los principios regulan directamente la mayor parte de las decisiones de índole moral. Por esta misma razón, los conflictos entre reglas y los conflictos entre principios no son, en las evaluaciones morales, tratados de manera diferente.

§ 2. **LOS PRINCIPIOS Y LOS LÍMITES DEL DERECHO**

La tesis sobre los “límites del derecho” hace referencia a la existencia de un test que distingue lo que es derecho de lo que no lo es. Los escritos de DWORKIN contienen tres argumentos contra la tesis de los límites del derecho; cada argumento es dependiente de

su teoría de los principios jurídicos³⁴. Mientras que solo dos de estos argumentos están dirigidos explícitamente contra esta tesis, todos ellos, si son válidos, la cuestionan. En el resto de este artículo mostraré que los argumentos del profesor DWORKIN son erróneos y que hay buenas razones para perseverar en el intento de construir un test para distinguir lo que es derecho de lo que no lo es. Deseo, en el curso de esta discusión, echar alguna luz sobre el modo en que tales cuestiones, aparentemente dispares, como la tesis de los límites del derecho, la naturaleza de las reglas y los principios, el papel de la discreción judicial y el criterio de identidad de un sistema jurídico, están relacionados.

a) *DISCRECIÓN JUDICIAL*. El primer argumento de DWORKIN es el resultado de su teoría de la discreción judicial³⁵. Distingue tres sentidos de discreción. En los dos sentidos débiles, “discreción” significa “evaluación” y “finalidad”. “A veces”, explica DWORKIN, utilizamos “discreción” en un sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón las normas que un funcionario debe aplicar no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que requieren de una evaluación...

A veces utilizamos el término en un sentido débil diferente, para referir que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión y esta no puede ser revisada o revocada por ningún otro funcionario...

A estos sentidos los denomino “débiles” para distinguirlos del sentido “fuerte”. A veces utilizamos “discreción”... para decir que sobre alguna cuestión [un funcionario] no está sujeto a ninguna norma jurídica creada por alguna autoridad³⁶.

³⁴ En *The model of rules* tal vez no es del todo claro que todas las formas de la tesis de los límites del derecho han de ser rechazadas, aunque claramente se opone a una versión de la tesis al rechazar el principio de “que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales a través de algún test de la forma de una regla maestra”. Id. en 45 [59]. El profesor DWORKIN, sin embargo, me ha confirmado en una conversación que estos argumentos generalmente están dirigidos contra la tesis de los límites del derecho y que ha adoptado tal posición en sus clases en Oxford University en 1971.

³⁵ Ver DWORKIN, *Judicial discretion*, 60 J. Phil, 624 (1963). DWORKIN ha reformulado su teoría en *The model of rules* (ver DWORKIN, *supra* nota 2, en 32-40 [44-54]) para responder a algunas de las objeciones realizadas por G. G. MACCALLUM, Jr., en su respuesta al primer trabajo de DWORKIN. Ver MACCALLUM, *Dworkin on judicial discretion*, 60 J. Phil, 638 (1963).

³⁶ DWORKIN, *supra* nota 2, en 32-33 [45-46].

La tesis de que los jueces tienen discreción en sentido fuerte³⁷ significa que existen casos en los que ellos están jurídicamente facultados para decidir, y en los que ninguna decisión correcta está determinada por normas jurídicas. La tesis de la discreción judicial no implica que en los casos donde puede ejercerse la discreción todo vale. Las normas que regulan esos casos excluyen ciertas decisiones. El punto central es que las normas no determinan ninguna decisión como la correcta.

Argumenta DWORKIN que: 1) el derecho incluye tanto principios como reglas. De esto concluye que: 2) los jueces nunca tienen discreción en sentido fuerte. Se sigue, aunque él no lo afirme explícitamente, que: 3) la tesis de los límites del derecho es incorrecta. Argumentaré que: 3 se sigue de 2, pero que 2 no se sigue de 1 y en cualquier caso es incorrecta.

Si los jueces nunca están facultados a ejercer discreción (en sentido fuerte), entonces todas las razones, reglas y principios que fundamentan sus decisiones son parte del derecho. Hay una importante excepción a esta conclusión: aquellas normas que son aplicadas porque pertenecen a otro sistema jurídico; se trata de normas que el derecho reconoce y otorga fuerza obligatoria aunque no sean parte de ese derecho. La excepción abarca aquellas normas de otros Estados soberanos que son reconocidas y aplicadas de acuerdo con las normas del derecho internacional privado. Se extiende también a los contratos y normas de asociaciones reconocidas por el derecho, y a normas sociales, morales y religiosas de individuos y comunidades que son tomadas en cuenta para algunos propósitos jurídicos (tales como la disminución del castigo o la exención del servicio militar) o como creadoras de presunciones de hecho relativas al comportamiento o la intención de los litigantes. Cuando los jueces se refieren a tales normas en sus sentencias no lo hacen porque sean parte del derecho, sino porque el derecho suele reconocer y otorgar fuerza obligatoria a normas de organizaciones no jurídicas, comunidades o individuos³⁸.

Dejando de lado esta excepción (la cual, a pesar de ser importante, no afecta la postura de DWORKIN contra la tesis de los límites del derecho), de las consideraciones de DWORKIN sobre la discreción

³⁷ En adelante solo me referiré a “discreción” en este sentido, y solo este sentido está involucrado en lo que llamaré la “tesis de la discreción judicial”.

³⁸ Sobre este problema, ver RAZ, *The identity of legal systems*, 59 Calif. L. Rev. 795 (1971).

judicial, se concluye que todas las razones que los tribunales pueden usar para justificar sus decisiones son parte del derecho. Todas las razones para una decisión son razones jurídicas, pues el derecho unívocamente determina qué decisión es la correcta³⁹. Sin embargo, creo que en varias ocasiones los jueces están facultados a usar como fundamentos razones respaldadas por la comunidad, para propósitos diversos. Por lo tanto, de la postura de DWORKIN sobre la discreción judicial se sigue que la tesis de los límites del derecho es incorrecta, al menos en la medida en que se pueda sostener que es posible distinguir entre normas jurídicas y normas sociales no jurídicas.

Si, por otro lado, los tribunales tienen discreción, entonces en los casos en que están facultados a ejercer discreción actúan sobre la base de normas que no son parte del derecho. En consecuencia, aunque cualquier norma social puede ser parte del fundamento de una decisión judicial, no por ello ha de seguirse que todos los fundamentos son normas jurídicas. Quienes apoyan la tesis de los límites del derecho están en condiciones de trazar una distinción entre las normas jurídicas y las normas no jurídicas utilizadas en las sentencias judiciales. Pero, ¿cómo puede decidirse si los jueces tienen o no discreción?

Para DWORKIN existen principios jurídicamente vinculantes. Esto nunca ha sido negado por nadie, menos aún por los positivistas. De hecho, AUSTIN no podría haber negado que algunos principios jurídicos son vinculantes y mantener la verdad de su teoría del derecho. El principio más fundamental de su teoría es que los mandatos de un soberano son derecho, y no hay nada que impida a un soberano imponer que un principio será vinculante. El error del profesor DWORKIN estriba en que supone que cuando AUSTIN hablaba de mandatos se refería a lo que él llama “reglas”. Pero este no es el caso. Tampoco HART utiliza “regla” en el mismo sentido que DWORKIN. Con “reglas” significa lo que DWORKIN parece representar con “normas en general”, esto es, reglas, principios o cualquier otro tipo de norma (sea jurídica o social)⁴⁰.

³⁹ Los tribunales pueden ocasionalmente fundarse en las razones equivocadas. Me interesan solamente las razones que están facultados a utilizar.

⁴⁰ Por supuesto, tanto AUSTIN como HART sostendrían que *algunos* principios no son parte del derecho. Pero esto no es más que decir que creen en la tesis de los límites del derecho. Debería observarse que uso “estándares” para cubrir no solamente las normas, sino también las razones para la acción generalmente aceptadas.

El meollo del argumento estriba en la inferencia de que como algunos principios son derecho entonces la discreción judicial no existe. DWORKIN dice muy poco sobre esto. La razón, sospecho, es que ve correctamente que otros teóricos, no solo los positivistas, exageraron el alcance de la discreción judicial al no lograr establecer el rol que los principios juegan en el derecho. Tendieron a suponer que siempre que una regla es vaga el juez tiene discreción, y no vieron que a veces cuando la regla es leída a la luz de algunos principios no es vaga y no deja lugar para la discreción. “Un conjunto de principios”, como nos recuerda DWORKIN, “*puede* estipular un resultado”⁴¹. Pero el hecho de que a veces suceda no significa que ocurra siempre. Y es esto lo que DWORKIN debería hacer para completar su posición en contra de la discreción judicial. Desafortunadamente, ni siquiera intenta establecer este punto.

Supongo que podría existir un sistema jurídico que contenga una regla según la cual, siempre que los tribunales se encuentran ante un caso para el que el derecho no provee una única solución correcta, los jueces deberían rehusarse a dictar sentencia. En un sistema tal no habría discreción judicial. Pero, pueda existir o no tal sistema, muy pocos sistemas contienen reglas de ese tipo. En la mayoría de los sistemas jurídicos existen al menos tres fuentes diferentes de discreción judicial. Permítaseme examinarlas brevemente.

1) *Vaguedad*. Es inherente al lenguaje. Se trata de un problema al que los tribunales deben enfrentarse con mucha frecuencia. Como se observó anteriormente, los principios tanto como las reglas de interpretación pueden a veces resolver problemas de vaguedad sin dejar lugar para la discreción. Pero los principios mismos son vagos. Y en casos de vaguedad no puede prescindirse de la discreción si los jueces están facultados a emitir un juicio en tales casos.

2) *Peso*. Aunque a veces los principios limitan la discreción de los jueces, muchas veces tienden a expandirla. Por las razones destacadas anteriormente⁴², el derecho usualmente determina con precisión el peso relativo de las reglas. No sucede lo mismo con los principios. El derecho solo incluye indicaciones incompletas sobre el peso relativo de los principios y deja mucho para que la discreción judicial sea ejercida en la aplicación de estos a casos individuales. El alcance de la discreción se extiende doblemente, dado que no solo

⁴¹ DWORKIN, *supra* nota 2, en 36 [49] (el resaltado es original).

⁴² Ver § 1, b, *Conflictos entre normas jurídicas*.

debe determinarse la importancia relativa de los principios, sino también la importancia relativa para seguir o no un principio en casos particulares. Estas cuestiones son usualmente resueltas mediante la discreción judicial.

La circunstancia de que los tribunales tengan discreción en relación con el peso de los principios no significa, por supuesto, que el derecho no contribuya en nada a la solución del caso. Ofrece algunos elementos para una solución, pero no todos los elementos necesarios para dictar una única solución correcta. En tales casos el derecho dicta qué consideraciones han de ser tenidas en cuenta, pero no qué peso ha de asignarse a cada una de ellas o a las acciones de acuerdo con, o en contra de, cada una de ellas en casos particulares.

3) *Normas de discreción.* La mayor parte de los sistemas jurídicos contienen normas que otorgan discreción a los jueces, no solo en relación con el peso de consideraciones jurídicas sino también con relación a consideraciones no jurídicas. Tal discreción suele estar guiada por principios. Estos principios, sin embargo, no establecen qué consideraciones deben ser tenidas en cuenta, sino que solo limitan su alcance.

Puede distinguirse entre principios sustantivos, que determinan un objetivo a perseguir o un valor a proteger, y principios de discreción, que guían la discreción estipulando qué tipo de objetivos y valores el juez puede tener en cuenta al ejercer su discreción. Compárense los dos conjuntos de principios hipotéticos siguientes: a) “Los fabricantes de automóviles tienen el deber de proteger al público de accidentes”. “Incrementar la productividad y la eficiencia debería ser el principal objetivo de las corporaciones públicas”. “La validez de los contratos depende de que no se tome ventaja de las necesidades económicas de la parte más débil”. “El derecho favorece la seguridad de la propiedad privada”; b) “Los tribunales no deben dar validez a los contratos injustos”. “Las corporaciones públicas deberían actuar a favor del bien general”. “Los principios de nuestro derecho prohíben todo aquello que sea *contra bonos mores et decorum*”. El primer grupo de principios establece un conjunto de consideraciones particulares sobre la base de las cuales se debe actuar. Pueden ser vagos y pueden no especificar el peso que ha de darse a cada consideración, pero la consideración prescripta es suficientemente clara y no es una cuestión dejada a la discreción de los tribunales. Los principios del segundo grupo, por otro lado, no estipulan sobre qué consideraciones debería actuarse. Meramente especifican el tipo de con-

sideraciones que pueden ser tenidas en cuenta y dejan el resto a los funcionarios o a los jueces a quienes se dirigen los principios. Más que negar discreción, presuponen su existencia y la guían. Qué es “injusto” o “a favor del bien general” es una cuestión de opinión y el derecho instruye a los tribunales o funcionarios correspondientes que actúen según sus propios puntos de vista. El derecho no impone su propia visión de la justicia o el bien común. Más bien, deja la cuestión a la discreción de los jueces o funcionarios. Muchos de los principios que rigen la acción de los jueces y del Poder Ejecutivo son principios de discreción⁴³. Dichos principios, lejos de probar la ausencia de discreción son una manifestación de una política jurídica que confía en la discreción judicial y administrativa, con el fin de aumentar la flexibilidad del derecho y mejorar los mecanismos de revisión ante circunstancias cambiantes.

Debemos concluir que los principios jurídicos no excluyen la discreción judicial; presuponen su existencia y la dirigen y guían. El argumento de la ausencia de discreción judicial contra la tesis de los límites del derecho debe ser rechazado. Debería observarse, sin embargo, que la discreción judicial no es arbitrariedad. Los tribunales nunca están autorizados a actuar arbitrariamente. Aun cuando la discreción no esté limitada o guiada en alguna dirección específica, los jueces continúan jurídicamente ceñidos a actuar como crean que es mejor según sus creencias y valores. Si no lo hacen, si dictan una sentencia arbitraria tirando una moneda, por ejemplo, violan un deber jurídico. Un juez siempre debe invocar razones. No tiene discreción cuando las razones son dictadas por el derecho. Tiene discreción cuando el derecho le requiere que actúe sobre la base de las razones que el juez considera correctas. Cuando se niega la discreción, el derecho dicta qué razones deben ser aplicadas por todos los jueces. Cuando se permite la discreción, cada juez está facultado a seguir diferentes razones, pero debe creer que son las mejores. De otro modo, la discreción puede igualarse solo a la arbitrariedad, el antojo y el capricho.

b) “*FUENTES*” DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS. Los principios jurídicos, al igual que otras normas jurídicas, pueden ser creados o derogados por las autoridades legislativas y administrativas. También pueden tornarse jurídicamente vinculantes mediante el reconocimiento

⁴³ Muchos de los principios mencionados por el profesor DWORKIN son de esta clase.

por parte de los jueces. Muchos sistemas jurídicos admiten que tanto reglas como principios pueden convertirse en derecho o dejar de serlo mediante precedentes jurisprudenciales. Los principios no se convierten en derecho por una sola sentencia; evolucionan como la costumbre y solo son vinculantes cuando obtienen un importante apoyo autoritativo mediante varias líneas jurisprudenciales. Como el derecho consuetudinario, los principios adoptados judicialmente no necesitan ser formulados con mucha precisión en las sentencias que los adoptan. Lo que debe demostrarse es que tales principios subyacen a una serie de decisiones jurisprudenciales, esto es, que fueron de hecho utilizados como razones para la resolución de una serie de casos.

Todo esto es reconocido por el profesor DWORKIN. Agrega, sin embargo, una tercera “fuente” de principios jurídicamente vinculantes: “las evaluaciones de toda la comunidad o de alguna parte significativa de la misma”⁴⁴. Y agrega en una nota: “En algunas ocasiones, en cierto grupo de casos, principios morales aceptados por la comunidad figurarán como razones para una decisión jurídica; al igual que, en otras ocasiones, en otros grupos de casos, ocurrirá lo mismo con normas establecidas de otra manera. En este sentido, tales principios son parte del sistema jurídico, si es que sirve hablar del derecho como un sistema, y el simple enunciado relativo a que el derecho y la moral están separados es erróneo”⁴⁵. La moral que DWORKIN tiene en mente consiste en aquellos puntos de vista morales que se convierten en normas sociales en una comunidad. Ningún defensor de la tesis de los límites del derecho ha negado alguna vez que algunas normas sociales también pueden ser normas jurídicas. El legislador puede convertir una norma social en derecho, tanto por medio de su directa promulgación como por medio de la estipulación de que las costumbres sociales de un cierto tipo deberían ser vinculantes como derecho. En virtud de la doctrina de los precedentes los tribunales pueden hacer lo mismo. Admitirlo no debilita en lo más mínimo la tesis de los límites del derecho.

Para desafiar la tesis debe establecerse que todas las normas sociales son automáticamente (sin un previo reconocimiento legislativo o judicial) vinculantes como derecho, al menos en la medida en que no entren en conflicto con normas jurídicas creadas por medio

⁴⁴ DWORKIN, *supra* nota 35, en 635 (1963). Es la nota 38

⁴⁵ Id. en 635 n. 9.

de la legislación o los precedentes. Si ese fuera el caso en todos los sistemas jurídicos la tesis de los límites del derecho estaría, en verdad, gravemente debilitada y necesitaría de una profunda reformulación. En sus notas subsiguientes, DWORKIN sugiere que este es de hecho el caso⁴⁶. Pienso que está equivocado, y que vale la pena detenernos a examinar la fuente de su error.

En muchos países, uno de los principios generales, restrictivos de la discreción judicial, es el que ordena a los jueces que actúen solamente sobre la base de aquellos valores fundamentales para un segmento importante de la ciudadanía⁴⁷. Existen diversos fundamentos sobre los que puede justificarse tal principio, ninguno de los cuales en sí mismo justifica todo su alcance. Puede justificarse sobre bases democráticas; puede justificarse argumentando que una sentencia que afecta la suerte de muchas personas no debería tener como único fundamento la opinión aislada de un juez, máxime si dicha opinión carece de apoyo doctrinal; puede argumentarse que las normas jurídicas que no se adecuan a los valores de la comunidad no obtendrán sus objetivos o producirán consecuencias indeseadas. Estas y otras eventuales justificaciones análogas interpretan el principio de algún modo diferente. Un estudio minucioso del tema permitirá distinguir entre diversos principios relacionados, que a veces se refuerzan unos a otros y a veces entran en conflicto o se aplican a diferentes situaciones. Todos estos principios restringen la discreción judicial pero no la excluyen. No obligan a los tribunales a hacer cumplir normas sociales específicas. Limitan su libertad para actuar sobre la base de lo que los jueces creen correcto, dado que los obligan a demostrar que no son los únicos que opinan de ese modo. No hay razón, por lo tanto, para considerar que estos principios convierten toda la moral social en derecho o que socavan la tesis de los límites del derecho.

Sin embargo, tienen un curioso efecto, aunque tal vez no sorprendente, sobre la retórica judicial en algunos países y especialmente en los Estados Unidos de América. De acuerdo a lo esperable, los jueces justifican sus sentencias basadas en la discreción, por medio de argumentos que demuestran que la decisión es acertada⁴⁸ o argu-

⁴⁶ Id. en 635 *et seq.*

⁴⁷ El principal modo de control de los valores e ideología de los tribunales es, por supuesto, no este principio, sino los métodos designación o elección de los jueces.

⁴⁸ Aunque a veces los jueces están facultados a actuar como creen que es mejor, el hecho de que crean que la decisión es buena nunca es una razón para ello; deben tener razones para sus creencias.

mentos que demuestran que la decisión se fundamenta en opiniones de un segmento de la ciudadanía. Desafortunadamente, algunos jueces prefieren sostener que no se trata solo de los valores de algún segmento de la ciudadanía, sino que representan la conciencia y el consenso nacional, que son universalmente reconocidos, etcétera. Tal vez, esto solo es retórica inocua, si así se la entiende. Sin embargo, DWORKIN nos insta a interpretarla literalmente. Los jueces aplican lo que ellos creen que son los valores de la comunidad. Se sigue que es incorrecto considerar que actúan sobre la base de sus propias creencias, como sí lo hacen los legisladores. Pueden estar equivocados en sus consideraciones sobre cuáles son los valores de la comunidad; si esto es así, entonces están equivocados sobre un aspecto del derecho, dado que los valores de la comunidad son parte del derecho.

Esta interpretación literal de la retórica judicial es posible solo si apoyamos dos mitos nocivos de la práctica judicial. El primero es el mito de que existe un conjunto de valores morales específicos compartidos por la población de un país grande y moderno. El mito de la moral común ha hecho posible gran parte de la opresión a las minorías. También permite que los jueces apoyen un punto de vista parcial mientras se enmascaran como defensores del consenso general. El segundo mito es que los valores generales proveen suficiente fundamento para conclusiones prácticas. Este mito sostiene que, dado que todos tenemos un deseo general de prosperidad, progreso, cultura, justicia, etc., entonces todos queremos precisamente lo mismo y apoyamos exactamente los mismos ideales; y que todas las diferencias entre nosotros resultan de desacuerdos de hecho sobre las políticas más eficientes para asegurar los objetivos comunes. De hecho, gran parte del desacuerdo sobre objetivos más específicos y sobre valores menos generales es un desacuerdo moral genuino, que no puede resolverse por apelación a valores más generales que todos respaldamos, pues estos conllevan diferentes interpretaciones para diferentes personas.

Los jueces tienden a argumentar que una política específica se justifica por su respaldo en valores generales, eludiendo así una justificación concreta de su decisión, manteniendo la retórica de objetivos comunes y valores de la comunidad, y apoyando posiciones parciales sin admitirlo. Algunos jueces pueden ser ellos mismos cautivos de los mitos que ayudan a perpetuar. Pero el hecho de que ellos estén equivocados no debe confundirnos. Las desviaciones ocasionales de los cánones de razonamiento correcto pueden ser desechadas como

errores, pero cuando se hace uso de un patrón de argumentación completamente desprovisto de validez lógica es momento de distinguir entre mito y retórica por un lado y realidad por otro. Y debería entenderse que el derecho es parte de la realidad, y no de la retórica.

c) *LA POSIBILIDAD DE UN CRITERIO DE IDENTIDAD.* Si la tesis de los límites del derecho es correcta, entonces debe haber un criterio de identidad que establezca condiciones necesarias y suficientes, cuya satisfacción determine que una norma es parte de un sistema jurídico. El criterio de identidad de AUSTIN era que todos y solo los mandatos generales de un soberano son parte de un sistema jurídico. HART ha criticado ese criterio, sugiriendo uno diferente. Según su teoría todo sistema jurídico tiene una regla de reconocimiento dirigida a los tribunales, que les impone la obligación de aplicar aquellas normas que cumplan los diversos criterios establecidos en tal regla⁴⁹. La regla de reconocimiento es una regla consuetudinaria que surge del comportamiento, en un período de tiempo, de los funcionarios públicos encargados de cumplir la ley. El resto de las normas del sistema son válidas porque cumplen las condiciones establecidas en la regla de reconocimiento. El criterio de identidad general para todos los sistemas jurídicos, es que cada uno de ellos posee tanto una regla de reconocimiento como reglas que satisfacen las condiciones estipuladas por ella.

El profesor DWORKIN sostiene que no puede formularse un criterio de identidad adecuado y que, por lo tanto, la tesis de los límites del derecho debe ser rechazada. Dirige su ataque contra el criterio de HART y emplea dos argumentos para mostrar que ni el de HART ni ningún otro criterio de identidad pueden dar cuenta de la existencia de los principios jurídicos. Argumentaré que uno de los argumentos de DWORKIN contiene una crítica válida a HART, pero que ello no afecta a la posibilidad de formular un criterio de identidad; mientras que el segundo argumento falla por completo.

“La aguda distinción de HART entre aceptación y validez”, postula el primer argumento, “no se mantiene. Si argumentamos a favor del principio según el cual un hombre no puede beneficiarse de su propio delito, podríamos citar fallos judiciales o leyes que lo ejemplifican, pero esto dice tanto sobre la aceptación del principio como sobre su validez. (Parece extraño hablar sobre un principio como ab-

⁴⁹ Para argumentos en apoyo de esta interpretación de la doctrina de HART, ver RAZ, *supra* nota 38, en 807-08 y nn. 23-24. Sería la nota 41

solamente válido, tal vez porque la validez es un concepto ‘todo o nada’, apropiado para las reglas, pero inconsistente con la dimensión de peso de los principios)⁵⁰. Se dice que el concepto de validez es inconsistente con la dimensión de peso de los principios sobre la base de que la validez de un principio se establece mostrando que tiene “apoyo institucional”; pero la cantidad de “apoyo” que un principio posee determina su peso y es una cuestión de grado: “Cuanto más apoyo encontramos, más peso podemos atribuir al principio”⁵¹. Sin embargo esto, con seguridad, es equivocado. Los tribunales podrían haber hecho referencia frecuentemente al principio considerándolo vinculante, pero con poco peso. El grado de apoyo institucional puede a veces ser la prueba del peso de un principio, pero no necesita serlo y ambas nociones no están lógicamente relacionadas.

Los principios jurídicos pueden ser válidos del mismo modo que las reglas. Pueden, por ejemplo, estar incluidos en la Constitución o en una ley, tal como lo muestran los propios ejemplos del profesor DWORKIN. Es verdad, sin embargo, que algunos principios jurídicos son derecho porque son aceptados por los jueces. Pero esto es verdad tanto para las reglas como para los principios. Es, sin embargo, un punto importante que hace necesaria una modificación del criterio de identidad de HART. Pero aquí nuevamente DWORKIN pretende demasiado. Sostiene que si la regla maestra dice meramente que todas las otras reglas que la comunidad acepta son jurídicamente vinculantes, entonces no logra actuar como criterio de identificación que distingue entre el derecho y las normas sociales⁵². Si todas las costumbres sociales en todos los países hubieran sido jurídicamente vinculantes, esta habría sido una crítica válida. Algunos países, sin embargo, no reconocen en absoluto a la costumbre como fuente de derecho. Aquellos sistemas jurídicos que consideran a la costumbre como jurídicamente vinculante, lo hacen solo si pasa ciertos test. Estos test, si no están establecidos en una ley o alguna otra norma jurídica, están previstos en la regla de reconocimiento, que determina bajo qué condiciones las costumbres sociales son vinculantes en el derecho.

La regla de reconocimiento, por lo tanto, sirve para explicar el estatus jurídico de las costumbres generales de una comunidad. No

⁵⁰ DWORKIN, *supra* nota 2, en 42 [55].

⁵¹ Id. en 41 [55].

⁵² Id. en 43-44 [57-58]

obstante, no puede explicar del mismo modo el estatus jurídico de las costumbres judiciales. Como es en sí misma una costumbre judicial, no puede conferir ningún estatus especial a otras costumbres judiciales. La creación de reglas judiciales, como indiqué anteriormente, difiere en este aspecto del desarrollo jurisprudencial de los principios. Una regla se vuelve vinculante al ser establecida en un caso como precedente. No debe esperar hasta ser aceptada en una serie de casos para ser vinculante. Es vinculante en virtud de la doctrina del precedente que es parte de nuestra regla de reconocimiento. Los principios desarrollados jurisprudencialmente se convierten en vinculantes cuando se convierten en una costumbre judicial. Son parte del derecho porque son aceptados por los tribunales, no porque sean válidos según la regla de reconocimiento.

El criterio de identidad de HART debe ser modificado. Un sistema jurídico consiste no solo en una regla consuetudinaria que otorga validez a las instituciones y normas reconocidas por ella, sino que consiste también en todas las reglas y principios consuetudinarios del derecho que otorgan validez a las instituciones y normas reconocidas por las mismas⁵³. Esta es una modificación importante, pero preserva el punto central subyacente al criterio de HART y compartido por muchos: esto es, que el derecho es un sistema normativo institucionalizado y que el hecho de que la aplicación de sus normas es una obligación específica de autoridades normativas creadas a tal efecto es una importante característica que lo distingue de muchos otros sistemas normativos. La importancia de esta característica del derecho se manifiesta al distinguir entre normas jurídicas y no jurídicas según si los tribunales tienen o no la obligación de aplicarlas, o porque son en sí mismos una costumbre judicial o porque las costumbres judiciales hacen que su aplicación sea obligatoria.

El profesor DWORKIN tiene un segundo argumento que cuestiona la posibilidad de formular un adecuado criterio de identidad. “En verdad,” dice, “si se nos desafiara a dar fundamento a nuestra afirmación relativa a que un determinado principio es un principio jurídico, haríamos referencia a casos en los que ese principio fue citado o usado como parte de la argumentación... Si no pudiéramos fundamentar de esta forma, entonces fallaríamos al intentar probar nuestro punto... Pero no podríamos estipular una fórmula para establecer qué medida y qué tipo de apoyo institucional es necesario

⁵³ Para una formulación más precisa del criterio y un examen más detallado del problema, ver RAZ, *supra* nota 38. Nota 41

para convertir en jurídico a un principio”⁵⁴. En este pasaje, DWORKIN no rechaza meramente la versión de los límites del derecho de HART sino todas las versiones de esta tesis. Está de acuerdo en que, si las normas jurídicas y las no jurídicas pueden distinguirse, esto solo podría hacerse son fundamento en el hecho de que solamente las normas jurídicas tienen apoyo institucional adecuado en la práctica de los tribunales. Niega, sin embargo, la posibilidad de una explicación general sobre lo que significa un apoyo institucional adecuado. Se sigue que es imposible proveer una explicación general respecto de la diferencia entre normas jurídicas y no jurídicas, y que la tesis de los límites del derecho debe ser abandonada. ¿Cuál es la fuerza de este argumento? Si un sistema jurídico consiste, como he sugerido, en aquellas normas que los tribunales están obligados a reconocer, debemos estar de acuerdo con DWORKIN en que necesitamos una explicación general sobre qué cuenta como apoyo institucional adecuado. Pues las normas jurídicas son vinculantes para los tribunales porque las costumbres judiciales hacen que su reconocimiento sea obligatorio o porque son en sí mismas costumbres judiciales. Así, la aceptabilidad de la tesis de los límites del derecho depende de nuestra capacidad de explicar el concepto de costumbre judicial. Pero las costumbres judiciales no son otra cosa que un caso especial de costumbres sociales.

Lo que necesitamos es una explicación adecuada del concepto de norma consuetudinaria. Una vez que lo obtengamos, sabremos qué es una costumbre judicial y tendremos un criterio de identidad completo. HART ha ofrecido dicha explicación. Sin duda es posible mejorarla, pero no hay razón para suponer que el concepto de norma consuetudinaria no es susceptible de análisis. Es verdad que un análisis del concepto no nos provee de un procedimiento de decisión que sea capaz de determinar, respecto de cada principio o regla, si posee o no el apoyo institucional suficiente como para ser considerado una costumbre judicial⁵⁵. Los casos límite subsistirán; deben subsistir, pues las normas consuetudinarias evolucionan gradualmente. Pero el de DWORKIN es un argumento débil, ya que rechaza una distinción por el sólo hecho de que tal distinción admite la existencia de casos límites.

⁵⁴ DWORKIN, *supra* nota 2, en 41 [55].

⁵⁵ Vale la pena recordar que no todos los principios son desarrollados por los tribunales; muchos son el resultado de la acción legislativa.

RESEÑAS

LIBRO:

LACLAU, MARTÍN,
Soberanía y Estado de derecho
(Buenos Aires, Astrea, 2014)

ERIKA NAWOJCZYK*



Soberanía y Estado de derecho se compone de una serie de trabajos en los que el autor, de amplia y reconocida trayectoria en el campo de la filosofía del derecho, aborda desde una perspectiva histórica los conceptos de soberanía, Estado de derecho y derechos humanos, es decir, nociones constitutivas de la organización jurídica y política de las sociedades occidentales. También se refiere, en los últimos trabajos de la presente obra, al tema de la interpretación, de gran importancia en el debate iusfilosófico contemporáneo.

Los primeros artículos plantean la necesidad de revisar uno de los conceptos jurídicos centrales, como es la idea de soberanía, a partir del impacto que generan en él las transformaciones en las relaciones internacionales debido a la incidencia del fenómeno de la globalización, que determina una creciente interdependencia en el ámbito económico, social, cultural y tecnológico, propiciado a su vez por el desarrollo de las comunicaciones. Para ello, el autor parte de un minucioso análisis histórico y filosófico de la noción de soberanía, haciendo especial hincapié en la precisión que tal concepto adquiere durante el siglo XVI, en función del nacimiento de los Estados modernos nacionales. En este período de la historia, se destacan los aportes de la obra de JEAN BODIN, en virtud de la cual se legitima esta nueva forma de organización política, constituyendo la soberanía la característica principal de Estado. Por ello, BODIN se plantea la necesidad de esclarecer

* Abogada (UNR), profesora superior en Abogacía (UCA), diploma superior en Bioética (FLACSO). Secretaria de Ciencia y Técnica (Facultad de Derecho, UNR). Profesora adjunta por concurso de Ética Profesional y de la Abogacía, y de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNICEN. Docente de Filosofía del Derecho, Derecho de la Salud y Bioderecho, y Género y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UNR. Correo electrónico: erikanawojczyk@yahoo.com.ar.

la idea de soberanía, precisar sus notas características y determinar, en consecuencia, cómo esta ha de ser ejercida. Para ello recurre al análisis de la evolución histórica de las diversas sociedades, a fin de valorar las leyes y las costumbres de los distintos pueblos, los inicios y la evolución de los Estados (p. 31). Esto le permitirá establecer qué lugar ocupa la soberanía en cada sistema político estudiado, a fin de poder acceder a una noción de soberanía que sea común a todos los Estados. También BODIN procura esclarecer el concepto de república y la relación que existe entre este y el concepto de soberanía. En este sentido, define a la república como un gobierno justo que se ejerce sobre una pluralidad de familias y sobre las cosas comunes a todas ellas, basado en un poder soberano.

Explica el profesor LACLAU que este concepto se mantuvo firme durante los próximos siglos, centrándose las discusiones en establecer quién es el titular de dicha soberanía. Recién en la segunda mitad del siglo XIX, los juristas alemanes volvieron a ocuparse de la soberanía como elemento constitutivo del Estado, destacando las siguientes notas características: el Estado es obedecido por todos los habitantes de su territorio, no obedece a ningún poder extraterritorial y, a su vez, el poder del Estado se autolimita por el derecho. No obstante ello, surge la necesidad de pensar las relaciones entre diversos Estados independientes y el necesario reconocimiento recíproco entre ellos.

El autor pasa revista de las teorías que, a lo largo de los siglos XIX y XX, buscaron explicar la relación entre la soberanía de un Estado y el orden jurídico internacional, para concluir que, en nuestro tiempo, el concepto de soberanía no ha de ser abandonado sino que, por el contrario, este constituye la mejor garantía de respeto a la autodeterminación de los pueblos y, consecuentemente, el reconocimiento de la igualdad jurídica de los Estados. Así, plantea la necesidad de que la comunidad internacional se organice jurídicamente de tal modo que respete, dentro de una armónica coexistencia, las singularidades propias de cada nación y cada cultura.

En este sentido, LACLAU analiza el pensamiento de ORTEGA Y GASSET, de acuerdo con el cual el sentimiento de decadencia que embarga a los europeos en el período de posguerra, que se inicia en 1918, responde a las limitaciones planteadas por la forma de vida pública organizada sobre la base de la existencia de Estados nacionales. Por ello ha llegado el momento de que Europa se convierta en una idea nacional, pero respetando las características propias de cada una de las naciones que la integran, conforme su punto de vista, perspectiva, según la cual cada punto de vista individual, peculiar, es único y enriquece e integra la visión del mundo lograda por otros individuos.

Hace lo propio con la idea de la comunidad internacional en el pensamiento de JOHN RAWLS. El autor de *A theory of justice* intenta develar los principios de justicia en función de los cuales puede ser evaluada una socie-

dad, dado que a partir de ellos se asignan derechos y deberes en las estructuras básicas de la sociedad. El conjunto de esos principios constituye la justicia entendida como equidad.

No obstante ello, en esta obra RAWLS se refiere de manera incidental al tema de las relaciones internacionales. Recién en *The law of peoples* amplía su visión de los problemas inherentes a la justicia internacional. De acuerdo con el pensamiento del profesor estadounidense, los principios de la justicia internacional han de guardar coherencia con los principios de justicia que informan la vida de cada nación dentro de su propio ámbito (p. 67). RAWLS piensa en principios de justicia aptos para una sociedad liberal y democrática. Considera que estos pueden ser extensivos a los pueblos que, no siendo liberales, los acepten y en ese caso, se permite su ingreso en la comunidad internacional. Luego de un análisis detallado de ambas obras, el profesor LACLAU concluye que el pensamiento de RAWLS es susceptible de objeciones, ya que parte de la escala valorativa propia de su cultura, excluyendo a los pueblos que se organizan en función de pautas culturales diferentes.

Estos primeros capítulos reafirman la posición de LACLAU ante el actual escenario internacional, según el cual se debe procurar un orden jurídico pluralista, en el que cada Estado tenga derecho a darse el ordenamiento jurídico que mejor responda a su concepción de la realidad y de las relaciones sociales que se produzcan dentro de su ámbito, y los demás Estados tendrán que respetar su soberanía evitando intervenir en esferas propias de su vida interna.

Seguidamente, plantea el autor la necesidad de precisar conceptualmente la noción de “Estado de derecho”. Para ello, dedica un artículo destinado a reflexionar sobre esta noción, su origen y su papel en la actual problemática jurídica. Así pues, parte de un análisis histórico y filosófico desde las organizaciones jurídicas antiguas, pasando por el ideal clásico del gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres, hasta la noción que fue tomando forma en Alemania y en contraposición, a la que bajo la denominación de *rule of law*, es propia del ordenamiento constitucional inglés. Este recorrido histórico muestra que el concepto “Estado de derecho” es un concepto evolutivo, dependiente de las cambiantes valoraciones que se van imponiendo en la vida de las sociedades, pero en el cual queda descartado el ejercicio arbitrario y discrecional del poder, el cual solo podrá actuar legítimamente conforme a pautas legales preestablecidas. Anticipando los análisis que encontraremos en los próximos capítulos, LACLAU aclara que una nueva reducción a la expresión “Estado de derecho” se da en las organizaciones políticas liberales, cuyas constituciones proclaman la existencia de derechos propios de los individuos, contra los cuales los órganos del gobierno no pueden avanzar. El “Estado de derecho” se constituye, así, en un eficaz resguardo de la libertad y la autonomía del individuo. A su vez, durante el siglo xx, estos derechos humanos otorgan un nuevo con-

tenido material a la expresión “Estado de derecho”, dado que merced al reconocimiento de los derechos sociales, ya no solo se trata de poner límites a la acción estatal, sino de ampliar su intervención en ayuda de los sectores más necesitados de la población, dando lugar al “Estado de derecho social”.

En los artículos siguientes, el autor se detiene en el estudio de la fundamentación filosófica de los derechos humanos y los aspectos de la filosofía política y la antropología filosófica que se verán comprometidos en esta indagación. En este sentido, el autor comienza por analizar la noción de derechos del hombre que fuera formulada por las escuelas iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII, que derivan los principios jurídicos de la naturaleza humana. De acuerdo con el autor, en la noción de derecho natural subyacen diferentes teorías que, sistematizadas en tres grupos, atento a la diversidad de concepciones de la realidad, les sirvieron de fundamento. Así distingue derecho natural de base cosmológica, derecho natural de base teológica y derecho natural antropológico. Se detiene en el estudio del iusnaturalismo moderno, concretamente, en el análisis de las obras de HUGO GROCIO, THOMAS HOBBS y JOHN LOCKE. Este estudio acaba por dar cuenta de un proceso de subjetivización de los contenidos del derecho natural, proceso que se inicia cuando GROCIO deduce los preceptos del derecho natural de la naturaleza social y racional del hombre; HOBBS habla del derecho natural perteneciente a cada individuo y lo diferencia de la ley natural, con lo cual nace la moderna teoría de los derechos subjetivos, y LOCKE que formula la doctrina de los derechos del hombre como un conjunto de principios cuya vigencia no puede ser desconocida por la organización estatal, que tiene por finalidad la creación de un aparato que los ampare (p. 115 y 116). De esta manera, se delinea la noción según la cual los derechos humanos abarcan un conjunto de facultades que se consideran inherentes a todos los individuos y de las cuales estos no pueden ser despojados. El proceso histórico nos muestra cómo se fue ampliando progresivamente el campo de los derechos humanos en pos de su efectiva realización.

Otro artículo aborda la problemática de los derechos humanos en la filosofía kantiana. Para ello entiende que la teoría de la libertad como único derecho innato del hombre formulada por KANT puede ser correctamente comprendida en la medida en que se establece su relación con los imperativos morales y jurídicos que lo fundamentan. De esta manera, a partir de un riguroso examen de las obras del pensador alemán, el autor establece que la fórmula de la ley universal halla su fundamento en la fórmula del fin en sí, esto es, el principio de que todo ser racional es un fin en sí mismo constituye el límite de la libertad de las acciones de todo hombre. Así, que una máxima sea universalizable significa que es compatible con la noción de que todo ser racional vale como un fin en sí mismo. El valor de un ser racional deriva de su libertad, es decir, radica en su autonomía. Por su parte, la dignidad humana ha de entenderse en el sentido de que es la responsabilidad, la circunstancia de que al hombre le puedan ser

imputadas sus acciones, lo que le confiere su eminente dignidad y permite diferenciarlo de los restantes animales y entidades físicas. La existencia de esta responsabilidad será posible en la medida en que reconozcamos en el hombre a un ser capaz de libre arbitrio (p. 123). En este escenario, una comunidad integrada por seres enteramente racionales sería una comunidad armónica, carente de conflictos. Por otra parte, destaca el autor que, dentro de la filosofía kantiana, resulta pertinente distinguir entre una libertad interna, propia de la moral, y una libertad externa, propia del campo del derecho. El derecho se refiere a la exterioridad de las acciones, es decir, a las diversas relaciones intersubjetivas que se entablen entre dos o más arbitrios. En suma, para KANT un sistema jurídico justo es aquel en que los diversos individuos que se encuentran sujetos a él posean una esfera de libertad dentro de cuyos límites puedan desarrollar su personalidad. De esta manera, la libertad, entendida como independencia del arbitrio de otro, es el único derecho natural o innato al cual pueden ser reducidos los diversos derechos naturales del hombre (p. 128).

El trabajo siguiente consiste en una completa exposición de los aportes más significativos para la construcción de la noción de sujeto a lo largo de la historia de la filosofía occidental, profundizando el estudio de la obra de los iusfilósofos alemanes del siglo XIX, que sentaron las bases de la dogmática, en cuyo marco conceptual la noción de derecho subjetivo es central para la teoría jurídica.

Los últimos cuatro artículos comparten la preocupación por establecer los límites y precisar el concepto de la interpretación del derecho y la naturaleza de la función judicial. La vigencia de estos planteos, en una época como la actual de cambio de paradigma respecto de los alcances de la actividad judicial, lleva al autor a afirmar que nuestro tiempo ofrece posibilidades inéditas para desarrollar una teoría de la interpretación, que supere los reduccionismos de un esquema normativo, formal. Así, la interpretación debe atender a una serie de contenidos materiales, derivados no solo de la situación social imperante en el momento en que la ley se aplica, sino también del horizonte vital a partir del cual el intérprete realiza su interpretación (p. 239), esto es, conforme a una concepción del derecho donde se perciba que las normas intentan regular comportamientos humanos y que la correcta comprensión de estos nos introduce, necesariamente, en el mundo cultural y valorativo dentro del cual ellos aparecen.

Estamos frente a un libro completo que cumple, acabadamente, con el propósito de esclarecer las nociones de soberanía, Estado de derecho, derechos humanos e interpretación, conforme se indica al comienzo de la obra. Merece destacarse la claridad en la exposición del autor, los sólidos argumentos y la sistematicidad de los temas abordados, así como también la cuidada edición de ASTREA. En suma, *Soberanía y Estado de derecho* es un libro de consulta y referencia obligada para quienes transitamos el camino de la filosofía del derecho y la filosofía política.

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 tie-

nen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría francesa al inicio de cada obra. Se usará el guión 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*, 4ª ed., 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 al 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); nº 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*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

c) *Artículo de revista*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula sólo 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 nº 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, nº 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, nº 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 nº, 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, nº 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, Año 20, nº 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 sólo 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, CLASO, 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 "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.

⁵ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

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”, (en cursiva o bastardilla); 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”*, Us-huaia, 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 Secretaría (si corresponde); Fecha: dd/mm/aa; 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/aa; Carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de Fallos publicados en la revista de la CSJN colocar únicamente, n° de tomo: 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 (ley 24.240). Las leyes provinciales se citan indicando y 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. 6287/96CD 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 (1.000) 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 párrafo § 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 a ideasderecho@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

De mi mayor consideración:

Ref. Autor/a del artículo /Título del artículo

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 a 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 medio 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.

