

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**



Colección de Ciencias Jurídicas

---

# TOMANDO LAS CONSECUENCIAS EN SERIO

Ensayos en homenaje a  
**MARTÍN DIEGO FARRELL**



THOMSON REUTERS  
**LA LEY**



Colección de Ciencias Jurídicas

---

# TOMANDO LAS CONSECUENCIAS EN SERIO

Ensayos en homenaje a  
**MARTÍN DIEGO FARRELL**

---

JOAQUÍN MILLÓN QUINTANA  
MARÍA FLORENCIA SAULINO  
Coordinadores

---

Palabras preliminares de **OWEN FISS**

A series of light gray, wavy lines that flow across the width of the page, positioned between the text 'Palabras preliminares de OWEN FISS' and the logos.

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

Tomando las consecuencias en serio: ensayos en homenaje a Martín Diego Farrell / Marcelo Alegre... [et al.]; coordinación general de Joaquín Millón Quintana; María Florencia Saulino. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2022.

512 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-4393-6

1. Homenajes. I. Alegre, Marcelo. II. Millón Quintana, Joaquín, coord. III. Saulino, María Florencia, coord

CDD 340.092

© Joaquín Millón Quintana, 2022  
© María Florencia Saulino, 2022  
© de esta edición, Thomson Reuters, 2022  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada 250 ejemplares

ISBN 978-987-03-4393-6

SAP 43077999

Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las emiten.

**ARGENTINA**

## AUTORES

Marcelo Alegre  
Sonia Ariza Navarrete  
Martín F. Böhmer  
Diego Botana  
José Sebastián Elías  
Roberto Gargarella  
Mariano Garreta Leclercq  
Lucas S. Grosman  
Máximo Lanusse Noguera  
Jaime Malamud Goti  
Ezequiel Malarino  
Joaquín Millón Quintana  
Julio Montero  
Leonardo Gabriel Pitlevnik  
Agustina Ramón Michel  
Eduardo Rivera López  
Carlos Rosenkrantz  
Andrés Rosler  
Roberto Saba  
Rodrigo Sánchez Brígido  
María Florencia Saulino  
Hugo Omar Seleme  
Horacio Spector  
Eduardo Stordeur (h)  
Hugo R. Zuleta





## *Agradecimientos*

*Este libro ha sido posible gracias al esfuerzo y dedicación de Guillermo Holsman y Ana Lucía Miranda que colaboraron en la edición de los trabajos; y al generoso aporte de Ricardo Popovsky, Leandro Vergara y Lorena Cvitanich que nos acompañaron con entusiasmo en el proceso de publicación.*



# ÍNDICE GENERAL

## PALABRAS PRELIMINARES

### UN FILÓSOFO QUE RESULTA SER TAMBIÉN ABOGADO

<i>Owen Fiss</i> .....	3
------------------------	---

## I. ÉTICA

### EL BIENESTAR COMO ÚNICO VALOR Y LA MÁQUINA DE NOZICK

<i>Eduardo Rivera López</i> .....	11
1. Planteo del problema .....	12
2. El argumento de Farrell .....	14
3. La objeción de Rodríguez Larreta y posibles respuestas .....	15
4. ¿Un bienestarismo mínimo? .....	19
5. La Máquina de Nozick nuevamente .....	21
6. Conclusión .....	23

### LAS TRIBULACIONES DEL PROFESOR DEMORÓN Y LA TERAPIA DE MARTÍN FARRELL

<i>Horacio Spector</i> .....	25
1. Introducción .....	25
2. El primer vínculo: consecuencialismo/actualismo, deontologismo/posibilismo .....	30
3. El segundo vínculo: actualismo/internalismo, posibilismo/externalismo .....	33

4. El deontologismo y la tolerancia limitada a las debilidades humanas .....	38
5. Posibilismo y utopía.....	43
6. Conclusión .....	45
<b>MARTÍN FARRELL Y UN HEROICO SENTIDO DE LA VIDA</b>	
<i>Jaime Malamud Goti</i> .....	47
1. Por qué este artículo .....	47
2. Razones, justificación y significado: Emma y Otto zur Linde ( <i>De los cuentos de J. L. Borges, Emma Zunz y Deutsches Requiem</i> ). .....	48
3. En definitiva: Martín Farrell y el heroísmo .....	58
<b>EXPERIENCIA Y TEORÍA MORAL</b>	
<i>Hugo Omar Seleme</i> .....	61
1. Introducción .....	61
2. Una teoría desgajada de la experiencia.....	62
3. Las causas del problema.....	64
<b>INTERNALISMO, EXTERNALISMO Y LA NATURALEZA DE LA NORMATIVIDAD</b>	
<i>Rodrigo Sánchez Brígido</i> .....	71
1. Introducción .....	71
2. El argumento de Farrell .....	73
3. Primer paso del argumento. El internalismo y sus compromisos .....	74
4. Segundo paso del argumento de Farrell: la defensa del internalismo. Normatividad y costos .....	79
5. Algunas conclusiones .....	83
<b>SI TAN SOLO FUERA UNA DECISIÓN: LA AUTONOMÍA EN LA EUTANASIA</b>	
<i>Agustina Ramón Michel</i> .....	85
1. Introducción .....	85
2. Las decisiones médicas al final de la vida: múltiples términos y regulaciones .....	88
3. Debates al fragor de los cambios en la ciencia y en relación médico-paciente.....	93
4. <i>Zoom out</i> : el enfoque predominante .....	95

5. <i>Zoom in</i> : las formas de la autonomía en la vida de las personas .....	97
6. Más que una sola decisión: reconceptualizaciones de la autonomía .....	104
7. Conclusión .....	113

LA ÉTICA CLÍNICA: DEL PATERNALISMO FIDUCIARIO A LA AUTONOMÍA RELACIONAL

<i>Sonia Ariza Navarrete</i> .....	117
1. Las raíces liberales de la ética clínica contemporánea .....	117
2. El cambio de la teoría moral: de la teología cristiana al liberalismo .....	118
3. El liberalismo contemporáneo basado en la autonomía .....	119
4. Una caracterización posible de la visión liberal de la autonomía en materia sanitaria .....	121
5. Una propuesta superadora.....	124
6. Notas finales.....	127

## II. FILOSOFÍA POLÍTICA

MARTÍN FARRELL, MARXISTA

<i>Roberto Gargarella</i> .....	131
1. Introducción .....	131
2. Una nota autobiográfica.....	131
3. Tres virtudes de Farrell .....	133
4. Sobre el marxismo analítico .....	135
5. Temas del “marxismo analítico” .....	137
6. Un balance sobre la discusión, un balance sobre el libro.....	139

¿ES LA IGUALDAD UN VALOR OPACO? UNA DISCUSIÓN SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS VALORES

<i>Julio Montero</i> .....	143
1. Introducción .....	143
2. ¿Es la igualdad un valor opaco? .....	144
3. Valores, conceptos y concepciones .....	148

4. Opacidad, bienes y valores.....	149
5. Liberalismo y utilitarismo como concepciones de la igualdad ..	152
DEMOCRACIA, RELATIVISMO Y RIESGO	
<i>Mariano Garreta Leclercq</i> .....	157

### III. TEORÍA DEL DERECHO

LA OBLIGACIÓN DE LAS JUECES DE APLICAR EL DERECHO: UNA RÉPLICA KANTIANA A MARTÍN FARRELL	
<i>Carlos Rosenkrantz</i> .....	179
REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN LA OBRA DE MARTÍN FARRELL	
<i>José Sebastián Elías</i> .....	191
LA ÉTICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL Y LAS CONSECUENCIAS. ALGUNAS CONSIDERACIONES	
<i>Eduardo Stordeur (h)</i> .....	209
1. Introducción .....	209
2. Primera parte: utilitarismo indirecto y función judicial.....	211
3. El sistema legal y la búsqueda directa de utilidad: una guía simple .....	223
4. Conclusiones .....	238
¿POR QUÉ CUESTA TANTO ACORDAR UNA DECISIÓN CONJUNTA? ALGO MÁS SOBRE LA CONFORMACIÓN DE MAYORÍAS EN LOS TRIBUNA- LES COLEGIADOS	
<i>Leonardo Gabriel Pitlevnik</i> .....	241
1. Introducción .....	241
2. Primera cuestión: ¿Toda sentencia debe exponer las razones de hecho y de derecho que fundan la decisión adoptada?.....	244
3. Segunda cuestión: ¿Es la deliberación una condición nece- saria para arribar a una decisión? .....	248

4. Tercera cuestión: ¿es necesario que los jueces coincidan en sus razones? .....	251
5. Cuarta cuestión: ¿la coincidencia en las razones debe cumplirse respecto de todo aquello que es materia de resolución? .....	254
6. Quinta cuestión: ¿condiciona el modo u orden en que se formulan las cuestiones el resultado de la decisión?.....	258
7. Sexta cuestión: ¿por qué a los jueces les cuesta formar mayorías? .....	259
8. Última cuestión: ¿cuánto debe exigir un tribunal revisor en la conjunción de razones de quienes dictaron una sentencia? .....	261
9. La función judicial de decidir o de cómo no <i>fallar</i> en el intento	265
¿SON <i>PRIMA FACIE</i> LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS?	
<i>Hugo R. Zuleta</i> .....	267
1. Introducción .....	267
2. Las obligaciones <i>prima facie</i> .....	268
3. Obligaciones <i>prima facie</i> y derrotabilidad.....	272
3.1. La derrotabilidad como problema teórico .....	273
3.2. La derrotabilidad como problema práctico.....	275
4. Obligaciones jurídicas y proceso judicial .....	277
5. Sujeto de las obligaciones jurídicas .....	279
6. Conclusión .....	281
EL FARRELL QUE NOS PERDIMOS	
<i>Martín Böhmer</i> .....	283
DESACUERDOS EN EL MODELO DE LAS REGLAS	
<i>Joaquín Millón Quintana</i> .....	295
1. Introducción .....	295
2. La crítica de <i>The Model of Rules</i> , tal y como fue comprendida por Hart y Carrió.....	301
3. Farrell contesta a Dworkin.....	309
4. La crítica de <i>Law's Empire</i> .....	316
5. Reconsiderando la versión original de la crítica .....	323
6. Conclusión .....	331

INTEGRIDAD MODERADA: ENTRE EL DIÁLOGO CON EL PASADO Y EL  
ARREPENTIMIENTO

<i>Roberto Saba</i> .....	333
1. El juez de Farrell no juega al cadáver exquisito .....	336
2. ¿Arrepentirse de qué? .....	340
3. De utopías y pesadillas .....	342

NUESTRO DWORKIN: POR QUÉ LEER A MARTÍN FARRELL

<i>Marcelo Alegre</i> .....	345
-----------------------------	-----

IV. TEORÍA CONSTITUCIONAL

EN DEFENSA DE UN DERECHO INDIVIDUAL AL AMBIENTE SANO

<i>María Florencia Saulino</i> .....	351
1. Introducción .....	351
2. La Corte Suprema y la titularidad del derecho al ambiente sano .....	353
3. El derecho al ambiente sano como derecho subjetivo .....	357
3.1. Teoría de la voluntad .....	360
3.2. Teoría del interés .....	365
4. ¿Pueden existir derechos individuales sobre bienes públicos? .....	368
5. Conclusión .....	378

ENTRE LA ESPADA Y LA BALANZA: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA ETERNA  
INCOMODIDAD DEL JURISTA NORMATIVO

<i>Lucas S. Grosman</i> .....	381
1. Introducción .....	381
2. Las acciones privadas y el derecho penal liberal .....	382
3. Dr. Farrell y Mr. Hyde: ¿el caso <i>Arriola</i> estuvo bien decidido? ..	384
4. Carlos Nino y la interpretación liberal del art. 19 .....	388
5. De abogados, jueces y juristas: un difícil juego de roles .....	391
5.1. Abogados .....	391
5.2. Jueces .....	392
5.3. Juristas .....	396
6. Dos juristas en una encrucijada .....	402



ARRIOLA, DR. FARRELL Y MR. HYDE. EL ART. 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y DOS LECTURAS DEL PRINCIPIO DEL DAÑO	
<i>Ezequiel Malarino</i> .....	405
LA RELIGIÓN EN LA OBRA DE MARTÍN FARRELL	
<i>Diego Botana</i> .....	421
1. Introducción .....	421
2. Los textos constitucionales en juego .....	422
3. Un poco de historia .....	424
4. En materia religiosa, la Constitución no fue liberal, y hoy arrastra esa inercia .....	432
5. El dilema del mal y la existencia de Dios (a propósito de Farrell y la teodicea) .....	440
6. ¿Un “dios liberal”? .....	443
TRES CUESTIONES SCHMITTIANAS EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO DE ROBERT ALEXY	
<i>Andrés Rosler</i> .....	445
1. El argumento de la injusticia o la defensa de la constitución ....	447
2. El argumento de los principios o la apertura a la trascendencia .....	452
3. Nazismo y positivismo .....	459
4. Conclusión .....	463
DEBER, PODER Y QUERER. EL <i>CONATUS</i> DE SPINOZA Y ESOS TRES REGISTROS SOBRE EL FILO DE LA AUTONOMÍA Y LA HETERONOMÍA	
<i>Máximo Lanusse Noguera</i> .....	465
1. Gratitud a quienes nos enseñaron .....	466
2. Normas <i>versus</i> Decisiones .....	468
3. Nadie sabe lo que puede un Tribunal .....	472
4. La contingencia de lo político .....	475
5. La imaginación política .....	479
6. La constitución como concepto límite. Hacia una mirada sacramental de las instituciones .....	482
7. Conclusiones: hacia un horizonte post institucional .....	484



# **PALABRAS PRELIMINARES**



## UN FILÓSOFO QUE RESULTA SER TAMBIÉN ABOGADO

Martín Farrell formaba parte de un grupo de argentinos que el presidente Raúl Alfonsín había apodado “los filósofos”. Estas personas, casi todos profesores de derecho, habían prestado su apoyo a Alfonsín durante su campaña de 1982 para convertirse en presidente de la Argentina y, tras su elección en 1983, trabajaron en su administración o fueron nombrados en cargos públicos prominentes. “Los filósofos” era un término cariñoso, casi una chanza. Alfonsín los admiraba mucho, pero al llamarlos filósofos dejaba claro que su pensamiento era demasiado abstracto o utópico para llevarlo a la práctica sin una mayor reflexión, refinamiento o, por decirlo delicadamente, ajuste. Alfonsín amaba las ideas, incluso las grandes, pero su uso del rótulo transmitía de forma amable y diplomática que él, y no ninguno de estos intelectuales, era el presidente. Sabía que la gobernabilidad, sobre todo en aquellos tiempos turbulentos, requería acción, no solo pensamiento.

Aunque los miembros del grupo de “los filósofos” nunca fueron definidos clara y específicamente, estoy seguro de que incluían a varias de las figuras más extraordinarias de la historia de Argentina: Genaro Carrió, a quien Alfonsín nombró miembro de la Corte Suprema y que fuera su presidente; Eduardo Rabossi, que fue Subsecretario de Derechos Humanos de Alfonsín; Eugenio Bulygin, que llegó a ser juez de la Cámara Federal y también Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; y Andrés D’Alessio, que formó parte del tribunal que juzgó a las juntas militares en 1985, luego, Procurador General de la Nación y, aún más tarde, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. A ellos se unieron algunos intelectuales más jóvenes, como Carlos Nino, Jaime Malamud Goti y, por supuesto, Martín Farrell. Nino y Malamud Goti fueron los asesores de Alfonsín especialmente en materia de derechos humanos. Alfonsín tenía otros planes para Martín Farrell. Fue nombrado juez de la Cámara Federal en

1984 y se desempeñó en ese cargo hasta 2012. Como “los filósofos” eran todos profesores, algunos muy carismáticos, sus alumnos solían acompañarlos para escuchar y quizás hasta participar en muchas de las discusiones del grupo. Uno de ellos, Carlos Rosenkrantz, ha sido recientemente elegido como presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina.

Una vez que Alfonsín fue electo presidente, recurrió a menudo a “los filósofos” para dar forma y gestionar la transición a la democracia que entonces estaba en marcha. Por lo tanto, fue natural que cuando, en junio de 1985, un pequeño grupo de filósofos y abogados de Estados Unidos e Inglaterra fueron invitados a Buenos Aires para asesorar al gobierno de Alfonsín en cuestiones relacionadas con la transición, se reunieran con muchos de “los filósofos”, quienes probablemente habían propuesto la visita, en primer lugar, y fueran recibidos por ellos. Tuve la suerte de formar parte de este grupo de visitantes —los otros eran Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Thomas (Tim) Scanlon y Bernard Williams— y fue durante esta visita inicial a Buenos Aires cuando conocí a Martín Farrell. Luego nos convertimos rápidamente en amigos y colegas, y disfrutamos de la compañía mutua durante casi cuarenta años.

En los años inmediatamente posteriores a la visita de junio de 1985 a Buenos Aires, los vínculos entre la Facultad de Derecho de Yale y el gobierno de Alfonsín se profundizaron y ampliaron. Argentina estaba en pleno proceso de recuperación luego de los siete años de la dictadura más brutal que el país haya soportado y había mucho que aprender de esa experiencia. El presidente Alfonsín visitó Yale en dos ocasiones y pronunció allí importantes conferencias públicas. El Centro Schell de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de Yale patrocinó conferencias sobre la transición que tuvieron lugar tanto en Buenos Aires como en New Haven y, durante este período, varios profesores de Yale viajaron a Buenos Aires para dar conferencias o participar de encuentros académicos. En varias ocasiones, uno de los asesores de Alfonsín, Carlos Nino, se desempeñó como profesor visitante en la Facultad de Derecho de Yale.

Estas reuniones y actividades acercaron a la Facultad de Derecho de Yale y al gobierno de Alfonsín, con su íntimo grupo de expertos, y en todas ellas Martín Farrell emergió como una figura única. Casi todos los abogados que he conocido en Argentina, incluido Martín, decían

estar especializados en filosofía del derecho, pero Martín era diferente. Mientras que los demás utilizaban principalmente la filosofía para iluminar el derecho y abordar las cuestiones más profundas que el Estado de derecho planteaba, Martín Farrell utilizaba el derecho como plataforma o recurso para iluminar las cuestiones más profundas de la filosofía moral. Martín es, ante todo, un filósofo moral que resulta ser también abogado. Su análisis filosófico tiene la claridad y la precisión que caracteriza el trabajo de los mejores abogados del mundo, pero lo ha utilizado, como revelan los ensayos de este volumen, para abordar dilemas éticos y para preservar y tal vez renovar los principios asociados al liberalismo clásico.

En agosto de 1993, la historia dio un giro extraño y trágico. Otro de “los filósofos”, Carlos Nino, que entonces solo tenía 49 años, murió mientras viajaba a Bolivia para trabajar en la nueva constitución de ese país. La muerte de Nino fue una enorme pérdida para todos los que lo conocían. También tuvo el efecto de dejar sin hogar a los muchos jóvenes académicos que se habían agrupado a su alrededor. Este grupo incluía a Carlos Rosenkrantz, Roberto Gargarella, Gabriel Bouzat, Agustín Zbar, Roberto de Michele, Marcela Rodríguez, Marcelo Alegre, Roberto Saba y Martín Böhmer. Durante varios años, estos abogados —en realidad casi niños— habían trabajado con Nino en el Consejo para la Consolidación de la Democracia y luego, una vez que Alfonsín dejó la presidencia en 1989, en el Centro de Estudios Institucionales. A principios de 1993, Nino, en busca de apoyo financiero para sus proyectos académicos, había tratado de forjar una relación entre el Centro de Estudios Institucionales y una de las facultades de derecho de financiamiento privado de Buenos Aires. Solo unos meses antes de su muerte, la Universidad de San Andrés lo rechazó. El consejo directivo de San Andrés pensaba, según Nino, que él y sus seguidores eran demasiado radicales. Solo Dios sabe por qué.

En septiembre de 1994, Linda Rottenberg, con el apoyo de la Facultad de Derecho de Yale, viajó a Buenos Aires para colaborar en el proceso de búsqueda de un hogar para los jóvenes abogados que trabajaban con Nino. Linda Rottenberg se había graduado en Yale en mayo de 1994 e inmediatamente después había realizado una breve estancia en Santiago de Chile como parte de un programa de intercambio —conocido como *Linkages*— que la Facultad de Derecho de Yale había puesto en marcha recientemente con dos facultades de derecho

chilenas. Conforme a la práctica de los mejores estudiantes de Yale, Linda, aunque se graduó en mayo, no había encontrado en agosto un trabajo que pudiera colmar sus ambiciones (en 1995 empezaría a trabajar para Ashoka, y unos años más tarde ayudó a fundar Endeavor, hoy una institución de fama mundial que apoya a jóvenes empresarios innovadores). En Buenos Aires, Linda trabajó como catalizadora y facilitadora y, a principios del siguiente curso académico, se puso en marcha el programa de Maestría en Derecho —uno de los primeros de Argentina— en la Universidad de Palermo.

Martín Farrell, junto a varios de “los filósofos”, especialmente Eugenio Bulygin y Eduardo Rabossi, desempeñó un papel vital en el establecimiento del programa de maestría en Palermo. Martín aportó gran prestigio y distinción al desarrollo de este programa y, al hacerlo, reveló su compromiso con el proyecto multigeneracional de nutrir y fortalecer la notable comunidad de abogados y filósofos de Argentina. En los últimos años, también dio clases en San Andrés, pero durante décadas, fue profesor en el programa de posgrado de derecho en Palermo y jugó un papel importante en su configuración. Martín tenía el oído del rector de Palermo, Ricardo Popovsky, y a menudo utilizaba su influencia para apoyar las numerosas iniciativas de los dos jóvenes académicos, Martín Böhmer y Roberto Saba, que dirigían el programa de posgrado y que se desempeñaron, en diferentes momentos, como decanos de la Facultad de Derecho de Palermo. En ocasiones, el rector también recurrió a dos profesores de Yale, Robert Burt y yo, para que le asesoraran sobre el desarrollo del programa de derecho en Palermo. Burt y yo nos reuníamos a menudo con Popovsky cuando estábamos en Buenos Aires. Con el tiempo, iniciamos la tradición de encontrarnos con Popovsky en New Haven, cada noviembre, con ese propósito. Martín Farrell siempre estaba presente en esas reuniones.

La muerte de Carlos Nino en 1993 dio lugar al desarrollo de otra institución —el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)— que puso de manifiesto las cualidades de Martín. En marzo o abril de 1995, Robert Burt y yo nos reunimos con tres estudiantes de posgrado en la Facultad de Derecho de Yale. Uno era de Argentina (Roberto Saba), otro de Chile (Lucas Sierra) y el tercero de España (Víctor Ferreres Comella). Una mañana, mientras tomábamos un café en el local *Au Bon Pain*, decidimos crear una nueva organización para fortalecer los vínculos entre la Facultad de Derecho de Yale y las



principales facultades de derecho de América Latina. La esperanza era sostener y alimentar el tipo de intercambios intelectuales que habían evolucionado desde junio de 1985 y que habían sido puestos en peligro por la muerte de Nino. La reunión inicial del SELA tuvo lugar en agosto de 1995 y en ella participaron profesores y profesoras de Argentina, Chile, Paraguay y España, así como varios colegas de Yale. Estuvieron presentes unas 35 personas en total. Hoy en día, más de 25 años después, el SELA cuenta con unos 125 participantes, con académicos de toda la región, no solo de Argentina, Chile, Paraguay y España, sino también de México, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, Jamaica, Perú, Puerto Rico y Venezuela.

En su primera reunión, la delegación argentina del SELA contó con un buen número de jóvenes académicos —llamémosles “los jóvenes filósofos”—: Carlos Rosenkrantz, Roberto Gargarella, Gabriel Bouzat, Martín Böhmer, Roberto Saba, Marcela Rodríguez y Agustín Zbar. Además de Martín Farrell, estuvieron presentes algunos de los “filósofos” originales, en particular Eugenio Bulygin, Eduardo Rabossi y Andrés D’Alessio. Durante los siguientes 25 años, el SELA continuó reuniéndose anualmente, aunque cambiamos la fecha de nuestra reunión de agosto a junio. Debido a la pandemia de COVID-19, el SELA no se reunió en junio de 2020, por lo que la reunión más reciente fue la celebrada en Buenos Aires en junio de 2019. La mayoría de “los jóvenes filósofos”, ya crecidos, estuvieron allí, así como un buen número de sus alumnos (uno de ellos ha llegado a ser rector de San Andrés). Sin embargo, el único miembro presente de la generación senior fue Martín Farrell, quien, en verdad, asistió a casi todas las reuniones del SELA en los últimos 25 años.

La reunión de junio de 2019 del SELA estuvo dedicada al tema “Género e Igualdad”, y Martín formó parte del programa. Su intervención estaba programada a las 9:00 de la mañana del domingo 9 de junio de 2019, a fin de comentar dos ponencias que habían sido distribuidas a los participantes del seminario con antelación. Una ponencia se titulaba “La nueva Constitución de Cuba”; la otra, “La despatologización de las prácticas corporales autoimpuestas en Argentina”. Cuando Martín Farrell tomó la palabra, la mayoría de nosotros todavía nos estábamos despertando. Sin embargo, a medida que hablaba, todo cambió. Durante los siguientes veinte minutos, más o menos, todos nos encontramos absortos, incluso cautivados, por su presentación. Martín habló

sobre “La autonomía como valor constitucional” —el título de esta sesión del seminario— y lo hizo con una elocuencia, pasión y pura brillantez que yo, y sospecho que todos los que le escucharon entonces, recordamos hasta hoy. Sus observaciones tenían la claridad del mejor cristal del mundo.

Mientras le escuchaba y observaba esa mañana de domingo, pensé en nuestra amistad que comenzó durante aquellos turbulentos días de junio de 1985. Recordé las innumerables horas que pasamos juntos y comprendí plenamente las notables cualidades de carácter e intelecto que han hecho de Martín Farrell una figura tan singular en la historia de Argentina y, por ende, en el reino de las ideas.

OWEN FISS

Profesor Emérito de Derecho Sterling

Universidad de Yale

Noviembre 2021

# I. ÉTICA



## EL BIENESTAR COMO ÚNICO VALOR Y LA MÁQUINA DE NOZICK

*Eduardo Rivera López*

En un ensayo sobre Nathaniel Hawthorne<sup>(1)</sup>, Jorge Luis Borges distingue dos tipos de escritores: aquellos que son más proclives a escribir novelas y los que muestran mejor su talento a través de cuentos o relatos breves. Los primeros suelen describir innumerables sucesos y circunstancias para que conozcamos bien a sus personajes (Don Quijote, Jean Valjan, Julien Sorel). Los segundos piensan, más que en personajes, en argumentos. Los personajes son solamente piezas en una trama ya prefijada de antemano. Hay grandes escritores que escribieron en ambos géneros, desde ya, pero Borges sugiere que siempre uno de los dos talentos predomina (según él, Hawthorne, a pesar de haber escrito una novela perdurable como *La Letra Escarlata*, muestra su mejor vena en cuentos breves y enigmáticos, como *Wakefield*).

Con las licencias de este tipo de comparaciones, me permito hacer un paralelo con la filosofía. También entre los filósofos hay quienes se expresan mejor a través de obras extensas, y los que lo hacen mediante trabajos breves (dejo al lector la elección de ejemplos de uno y otro tipo). La obra filosófica de Martín Farrell es prolífica y abarca tanto libros completos, concebidos como tales, como artículos más o menos breves. Pienso que, al igual que Hawthorne (y el propio Borges), su mente brillante e incisiva, que tantas veces nos ha sorprendido en los innumerables seminarios compartidos, se revela mejor en sus ensayos breves y sobre temas muy específicos.

---

(1) Jorge Luis Borges, "Nathaniel Hawthorne", en *Otras inquisiciones* (Buenos Aires: Emecé, 1966), pp. 71-95.

Quisiera homenajear la extensa obra y la extensa carrera filosófica de Martín comentando y discutiendo uno de esos artículos breves (incluso una parte de él): “La satisfacción de las preferencias y los límites del utilitarismo”<sup>(2)</sup>. Este breve artículo recibió, en su momento, una réplica de Juan Rodríguez Larreta, a la cual, obviamente, me referiré. Ellos fueron amigos entrañables, de modo que estoy seguro de que Martín aprobará que sienta mi pequeña contribución al diálogo que ellos mantuvieron durante años también como un modesto y casi secreto homenaje a Juan.

## 1. PLANTEO DEL PROBLEMA

El problema que convoca a Martín Farrell (desde ahora, MF) en este artículo es en qué medida puede ser intuitivamente plausible una teoría utilitarista que no viole una tesis básica del utilitarismo, que MF denomina “Principio de Sidgwick”: la tesis de que no puede haber nada que tenga valor intrínseco si no afecta a algún ser sensible. En los *Methods of Ethics* Sidgwick expresa esta idea del siguiente modo:

Queda por considerar por cuál estándar el valor de la conducta o el carácter, que intuitivamente se juzga como algo bueno en sí mismo, debe ser coordinado y comparado con el de otras cosas buenas. No intentaré ahora establecer ese estándar; pero una pequeña reflexión nos puede permitir limitar considerablemente el rango de comparación requerido para establecerlo. Pues creo que, si consideramos cuidadosamente esos resultados permanentes que son juzgados comúnmente como buenos, fuera de las cualidades de los seres humanos, no podemos encontrar nada que, luego de reflexionar, aparezca como poseyendo esta cualidad de ser bueno sin relación con la existencia humana, o al menos con algún tipo de conciencia o sensibilidad.

Por ejemplo, juzgamos comúnmente algunos objetos inanimados, paisajes, etc. como buenos por poseer belleza, y otros malos por ser feos: sin embargo, nadie consideraría racional pretender la producción de belleza en la naturaleza exterior fuera de alguna posibilidad de contemplación por seres humanos. De hecho, cuando se sostiene que la belleza es objetiva, normalmente no se quiere decir que existe fuera

---

(2) Martín Farrell, “La satisfacción de las preferencias y los límites del utilitarismo”, *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 4, nº 1 (1995), pp. 41-50.

de toda relación con alguna mente, sino solamente que hay algún estándar de belleza válido para todas las mentes<sup>(3)</sup>.

Una teoría que adopta lo expresado por Sidgwick en este pasaje (y que, como dije, MF denomina “Principio de Sidgwick”) puede considerarse como una teoría “personal”. Una teoría es personal (en la terminología de David Brink, que MF cita) si “reconoce como intrínsecamente valiosas cosas que son valiosas solo en la medida en que contribuyen al valor de la vida de las personas (o, en general, de la vida de seres sentientes); una teoría es puramente personal si reconoce únicamente tales cosas como valiosas”<sup>(4)</sup> Una teoría que respeta el Principio de Sidgwick es una teoría puramente personal.

MF analiza tres diversos modos en que una teoría utilitarista, buscando dar cuenta de ciertas intuiciones del sentido común o intentando responder a objeciones basadas en esas intuiciones, corre el riesgo de violar el Principio de Sidgwick y dejar de ser, entonces, una teoría verdaderamente utilitarista. El primer modo consiste en intentar enfrentar la conocida objeción de Robert Nozick y su Máquina de Experiencias, a través de la incorporación de la satisfacción objetiva de las preferencias. El segundo es el de recurrir a las llamadas preferencias contrafácticas para lidiar con el problema de que muchas de nuestras preferencias son irracionales (mal informadas o resultado de una deliberación insuficiente). Por último, MF analiza los intentos de incorporar consideraciones distributivas al principio de maximización de la utilidad. Los tres problemas son terreno fértil para la discusión, pero me detendré en el primero de ellos. Me concentraré entonces en la teoría axiológica del utilitarismo, que considera que el único valor intrínseco es el bienestar (llamaré a esta teoría “bienestarismo”) y en la pregunta de hasta qué punto una teoría bienestarista puede dar cuenta de las intuiciones que están detrás de la famosa objeción de Nozick y, al mismo tiempo, respetar el Principio de Sidgwick<sup>(5)</sup>.

---

(3) Henry Sidgwick, *The Methods of Ethics*, 7ma. ed. (Toronto: Palgrave Macmillan, 1962 [1874]), p. 114. Mi traducción.

(4) David Brink, *Moral Realism and the Foundations of Ethics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), pp. 218-219.

(5) Utilizo la palabra “bienestarismo” (por “*welfarism*”) para referirme a la teoría del valor del utilitarismo. Podría usar el término utilitarismo (como hace MF), pero prefiero bienestarismo porque enfatiza que estoy focalizando mi análisis estrictamente sobre la teoría del valor, dejando de lado otros aspectos del utilitarismo, como la idea de maximización del bienestar o su consecuencialismo.

## 2. EL ARGUMENTO DE FARRELL

Con algunas variaciones terminológicas y de énfasis, reconstruyo el planteo de MF del siguiente modo<sup>(6)</sup>. Como indiqué, para el bienestarismo lo único que tiene valor intrínseco (o disvalor intrínseco) es el bienestar (o la falta de bienestar) de todos aquellos individuos capaces de experimentarlo. Esta concepción del valor, conviene recordar, no solamente es una pieza clave de la visión utilitarista de la moral, sino uno de los aspectos más atrayentes y, en su momento, revolucionarios. En efecto, la idea de que solo es valioso el bienestar de las personas es profundamente igualitaria y antiautoritaria (o antiperfeccionista): el bienestar de todo individuo vale por igual (no hay castas, no hay personas que valgan más que otras), y lo que vale es lo que las personas consideran valioso para sí mismas, no lo que se les impone desde alguna autoridad política, moral o religiosa.

Una variante clásica del bienestarismo es lo que denominaré “bienestarismo de estado mental”, según el cual lo valioso es el estado mental del sujeto que experimenta la satisfacción de sus deseos (dejo de lado lo que podría denominarse “bienestarismo de estado mental específico”, es decir, teorías focalizadas en un determinado estado mental, como el hedonismo ético de Bentham o el hedonismo cualitativo de Mill).

Ahora bien, el bienestarismo de estado mental está sujeto a la conocida y discutida objeción de Robert Nozick basada en el ejemplo hipotético de la “Máquina de Experiencias”. No me detendré a explicar los detalles de la objeción, que es muy conocida. En resumen, lo que sostiene es que, cuando somos expuestos a la decisión de conectarnos de por vida a una máquina que nos hará experimentar subjetivamente la satisfacción de todos nuestros deseos (mientras flotamos en un tanque con electrodos conectados a nuestro cerebro), la reacción intuitiva es que no lo haríamos, aun cuando la realidad sea menos satisfactoria. Y la razón que está detrás de esta intuición es que otorgamos un valor a que los deseos, aspiraciones y fines que tenemos en nuestra vida se cumplan realmente, no meramente a que experimentemos (falsamente) que se cumplen.

Si fuera verdad que el bienestarismo de estado mental sucumbe frente a la objeción de la Máquina de Experiencias, se podría intentar

---

(6) Farrell, “La satisfacción de las preferencias y los límites del utilitarismo”, pp. 42-47.



superar esta objeción postulando que lo que es intrínsecamente valioso no es la experiencia subjetiva de la satisfacción de los deseos, sino la satisfacción *objetiva* de los deseos (que suele denominarse “satisfacción de preferencias”)<sup>(7)</sup>. De este modo, la intuición que está detrás de la objeción se vería claramente satisfecha.

Obviamente, el problema de esta salida es, como bien indica MF, que viola el Principio de Sidgwick. Si lo valioso no es la experiencia de satisfacer un deseo sino el hecho objetivo de que ese deseo se satisface, entonces sería valiosa esa satisfacción, aun cuando el sujeto nunca lo supiese (y no experimentase ninguna satisfacción). Algo objetivo, sin ninguna conexión con un sujeto sentiente, estaría dotado de valor en sí mismo. Ello es incompatible con el Principio de Sidgwick. La teoría dejaría de ser puramente personal<sup>(8)</sup>.

MF considera que una versión que combine ambos requisitos (el estado mental de satisfacción del deseo y el hecho objetivo correlativo a ese estado mental) elude la objeción de la Máquina de Experiencias y, simultáneamente, respeta el Principio de Sidgwick<sup>(9)</sup>. Cada uno de los requisitos vendría a ser una condición necesaria y ambos conjuntamente suficientes para que la satisfacción del deseo tenga valor desde el punto de vista del bienestarismo. Llamemos a esta versión del bienestarismo (que no es puramente subjetivo o de estado mental, ni puramente objetivo o de satisfacción objetiva de preferencias, sino que combina ambos requisitos) “bienestarismo combinado”.

### 3. LA OBJECIÓN DE RODRÍGUEZ LARRETA Y POSIBLES RESPUESTAS

Esta solución, claro está, es sospechosa, dado que, si bien no es puramente objetiva como la anterior (la del bienestarismo de satisfacción objetiva de preferencias), incorpora un elemento que podría estar en

---

(7) En general, cuando se agrega el elemento objetivo a la satisfacción de los deseos, se suele utilizar la expresión “satisfacción de preferencias”. De hecho, esta es la terminología que utiliza MF. Dado que el cambio terminológico (de deseos a preferencias), al menos en este caso, no parece agregar ningún matiz relevante, prefiero en general utilizar la palabra “deseos”.

(8) Farrell, “La satisfacción de las preferencias y los límites del utilitarismo”, p. 45.

(9) *Ibid.*, p. 46.

tensión con el Principio de Sidgwick. Este es, precisamente, el punto sobre el que presiona Juan Rodríguez Larreta (desde ahora JRL) en su réplica <sup>(10)</sup>.

JRL comienza por señalar, con razón, que la cita de Sidgwick es vaga y podría recibir diversas interpretaciones. JRL opta por una interpretación fuerte con la idea de que es esta la que MF tiene en mente. En palabras de JRL, según esta interpretación, “los hechos que no son conocidos y, por lo tanto, no inciden en ningún estado mental de un sujeto no deben ser tomados en cuenta para calcular su utilidad” <sup>(11)</sup>. La crítica de JRL es, como adelanté, que el bienestarismo combinado que defiende MF sí viola el Principio de Sidgwick. Y lo hace por la simple razón de que, de acuerdo con bienestarismo combinado, un hecho objetivo, totalmente desvinculado y desconocido por el sujeto, sí puede modificar el cálculo de utilidad de ese sujeto.

JRL propone que imaginemos que un individuo desea ganar la lotería y, en su último día de vida, escucha en la radio la noticia errónea de que su número salió sorteado, viviendo ese último día feliz. El hecho (totalmente desvinculado de sus estados mentales y desconocido por él) de que la noticia es falsa (es decir, de que es otro el número ganador, no el suyo), hace, según el bienestarismo combinado, que su experiencia de satisfacción (su felicidad) no tenga ningún valor y, por lo tanto, que el cálculo de utilidad no compute dicha satisfacción. Esto es, precisamente, lo que excluye el Principio de Sidgwick bajo esta interpretación fuerte.

¿Es posible superar la objeción de JRL? Un primer punto a advertir es que la versión fuerte del Principio de Sidgwick contemplada por JRL no es la única posible (JRL no contempla otras). Uno podría interpretar dicho principio de una forma más débil como diciendo únicamente que no hay ningún hecho o estado de cosas objetivo que sea valioso en sí mismo, es decir, sin que esté conectado de algún modo con los estados mentales de un sujeto sentiente. En este sentido, la belleza, para tomar el ejemplo del propio Sidgwick, solo es valiosa en la medida en que es

---

(10) Juan Rodríguez Larreta, “El utilitarismo de satisfacción de preferencias y el ‘Principio de Sidgwick’”, *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 4, nº 2 (1995), pp. 145-151.

(11) *Ibid.*, p. 146.

valorada o gozada por un sujeto para el cual el objeto en cuestión es bello.

Si adoptáramos esta interpretación más débil, se podría pensar que la objeción de JRL en contra del bienestarismo combinado defendido por MF no logra su objetivo, porque no sería cierto que dicha versión viola el Principio de Sidgwick. En efecto, en esta interpretación más débil, lo único que proscribe este principio es que un evento del mundo que no tiene ninguna vinculación con una mente sentiente tenga un valor en sí mismo. Ahora bien, cuando un evento de este tipo se vincula con un estado mental de un sujeto, por ejemplo, haciendo verdadera (o falsa) una creencia de ese sujeto, ese evento puede modificar el valor de los estados mentales de ese sujeto. Entonces, para volver al ejemplo de JRL, no es que la noticia falsa del resultado de la lotería tenga un (dis)valor intrínseco o independiente de la experiencia del jugador. Más bien, lo que ocurre es que la satisfacción del sujeto por haber ganado la lotería solo cobra valor en la medida en que su creencia de que ganó sea verdadera, es decir, en la medida en que un hecho del mundo se corresponda con dicha creencia e impacte sobre el sujeto. Pero si esa misma persona, en su último día de vida, ganara la lotería y muriera antes de enterarse, este hecho no tendría, en sí mismo, ningún valor (al menos en lo que respecta al bienestar de ese sujeto en particular). Es esto último lo único que excluye el Principio de Sidgwick.

JRL seguramente habría objetado que hay una trampa en esta defensa del bienestarismo combinado. Veamos la cuestión más detenidamente. Supongamos que el sujeto S tiene el deseo de ganar la lotería (GL). Tenemos el siguiente cuatro situaciones posibles:

- (1) S cree que GL y no se da GL;
- (2) S cree que GL y se da GL;
- (3) S cree que no GL y se da GL; y
- (4) S cree que no GL y no se da GL.

Lo que dice el bienestarismo combinado que adopta la interpretación débil del Principio de Sidgwick es que solo la situación (2) es valiosa, porque se satisfacen los dos requisitos necesarios para que se genere un estado de cosas valioso. Si pasáramos de la situación (4) a la (3), es decir, si ocurriera que S, en un momento, gana la lotería,

pero no se entera, ese pasaje no aumentaría el valor de la situación (no aumentaría la utilidad de S). Ahora bien, la trampa se revela cuando advertimos que, si pasáramos de (1) a (2) (es decir, si ocurriera que S cree erróneamente que ganó la lotería, pero luego se entera de que realmente ganó), sí se produciría un cambio en el valor de la situación (aumentaría su utilidad). Y ese cambio, continuaría la objeción, solo se puede deber a que el hecho objetivo de haber ganado la lotería tiene un valor en sí mismo, capaz de hacer valiosa una situación que, hasta ese momento, no lo era. En otras palabras, si bien esta teoría no le estaría otorgando un valor positivo intrínseco al hecho de ganar la lotería, sí le estaría otorgando un valor *negativo* intrínseco al hecho de no ganarla. De hecho, si en lugar de pasar de (1) a (2) imaginamos el camino inverso, de (2) a (1) (S se entera correctamente que ganó la lotería y es feliz por ello, pero luego, sin que él se entere, se le quita el premio), el valor que existía en el (2) se pierde.

Quizá es posible dar una respuesta a esta objeción. Se podría afirmar, en defensa de esta versión del bienestarismo, que lo único que excluye el Principio de Sidgwick es que algo objetivo desconectado del sujeto tenga valor, positivo o negativo. Pero no excluye que un evento objetivo y desconectado del sujeto sea parte de un evento más complejo que sí tiene valor positivo o negativo. Ese evento más complejo incluye, además, la satisfacción subjetiva del deseo (o su frustración). Obviamente, cuando el evento objetivo correlacionado falta, la mera satisfacción subjetiva no cuenta positivamente. Pero no es que la ausencia del evento objetivo tenga un “disvalor” intrínseco (cuenta “negativamente”), sino que un requisito para que la experiencia de satisfacción del deseo sea considerada como algo valioso no se produjo.

Para evaluar mejor esta alternativa, pensemos en otro ejemplo. P desea estar sano y no padecer una enfermedad grave o mortal. Si P cree erróneamente estar sano, pero en realidad padece una enfermedad que (sin que él se dé cuenta) hace que tenga los días contados, la satisfacción subjetiva proveniente de su creencia ilusoria no sería, de acuerdo con esta versión del bienestarismo, valiosa. Tampoco intrínsecamente disvaliosa. Solo contribuiría a conformar una situación intrínsecamente disvaliosa en el momento en el que P se enterara de su enfermedad y sufriera por ello. Ahora bien, supongamos que P está sano (sabe que lo está) y en un momento enferma gravemente sin notarlo. En este caso, el valor (utilidad) de la satisfacción de la preferencia

se pierde. Pero solo se transforma en un disvalor, cuando P se entera de ello. En definitiva, lo que esta versión diría es que la satisfacción de solo uno de los aspectos de la utilidad (el subjetivo o el objetivo) es valorativamente neutral (no mueve el balance en ninguna dirección), desde el punto de vista del valor. Mientras que solo la satisfacción de ambos aspectos es valiosa positivamente y la no satisfacción posee un valor negativo.

#### 4. ¿UN BIENESTARISMO MÍNIMO?

Supongamos que a través de estas maniobras la objeción de JRL pudiera ser superada. Queda, sin embargo, un segundo aspecto de su crítica, que es más sustantivo. Hacia el final de su artículo, JRL se pregunta, además, si el bienestarismo combinado es plausible como teoría del valor<sup>(12)</sup>. El punto es que resulta antiintuitivo, o al menos contrario al espíritu del utilitarismo, pensar que la satisfacción del que se cree erróneamente ganador de la lotería, la felicidad que experimenta durante su último día de vida, carece completamente de valor, por el solo hecho de que la noticia fuera falsa. Del mismo modo, si P cree estar sano y es feliz por ello, resulta ajeno al utilitarismo sostener que ello carece completamente de valor, aun cuando la realidad sea que padece de una enfermedad mortal.

Si no quisiéramos traicionar el espíritu básico del bienestarismo, pero tampoco quitarle completamente valor a la satisfacción objetiva de los deseos, podríamos proponer una versión aún más débil del bienestarismo combinado, algo así como un “bienestarismo combinado mínimo”. Lo que diría el bienestarismo combinado mínimo es que, si bien la satisfacción puramente subjetiva de los deseos posee valor en sí misma, dicho valor se acrecienta cuando el deseo es, además, satisfecho objetivamente. Esta posición es similar (aunque no igual) a la que ha defendido más recientemente Richard Rowland, con el nombre de “Pleasure-Weighted Non-Hedonism”. Rowland lo caracteriza del siguiente modo:

El placer no es todo lo que es bueno no instrumentalmente para nosotros; otras cosas, como vivir una vida real, también son no instrumentalmente buenas para nosotros. Pero una vida de gran placer que

---

(12) *Ibid.*, p. 150.

no es real es mejor para nosotros que una vida real de mucho menor placer, porque la bondad no instrumental para nosotros del placer es mayor que la bondad no instrumental para nosotros de cualquier otro bien<sup>(13)</sup>.

La idea expresada en esta forma de bienestarismo es que la satisfacción objetiva (y conjuntamente subjetiva) de nuestros deseos tiene un valor intrínseco. Pero la satisfacción puramente subjetiva también (solo la satisfacción puramente objetiva es valorativamente neutra). Y ambos tipos de valor pueden ser comparados. De modo que una vida con satisfacciones objetivas (que se correlacionan con las correspondientes satisfacciones subjetivas) tiene más valor que otra puramente ilusoria (conectada a la Máquina de Experiencias), siendo todo lo demás igual. Pero una vida real miserable puede tener menos valor que una vida ilusoria muy satisfactoria (dado que, en este caso, todo lo demás *no* es igual).

Un ejemplo más puede ilustrar esta posición. Supongamos que tengo el deseo de escribir una gran novela. Si mi experiencia de estar escribiendo una gran novela (o, dicho de otro modo, si la satisfacción subjetiva de mi deseo de escribir una gran novela) se corresponde con el hecho de estar haciéndolo (es decir que es verdadera mi creencia de estar escribiendo una gran novela), entonces, dicha experiencia puede tener un valor mayor al que posee la mera experiencia. Por otro lado, el hecho objetivo de que esté escribiendo la gran novela, en sí mismo, no tiene valor (por ello no se violaría el Principio de Sidgwick), sino únicamente en conexión con mi experiencia (estado mental) de satisfacción del deseo de escribirla. Ahora bien, si la realidad es que mi novela es espantosa y la frustración derivada de ello me condenará a una vida miserable, entonces, quizá preferiríamos la ilusión de estar satisfaciendo mi deseo de ser un gran escritor.

El bienestarismo combinado mínimo tendría, entonces, varias ventajas. En primer lugar, no viola el Principio de Sidgwick (dado que no le otorga un valor independiente a la satisfacción objetiva). En segundo lugar, es plausible y compatible con el espíritu utilitarista, para el cual las experiencias subjetivas de satisfacción son, en sí mismas, valiosas

---

(13) Richard Rowland, "Our intuitions about the experience machine", *Journal of Ethics and Social Philosophy*, vol. 12, nº 1 (2017), p. 113. Mi traducción.

(la felicidad del ganador ilusorio de la lotería en su último día vida tiene valor). Por último, parecería que logra superar la objeción de la Máquina de Experiencias, dado que otorga un valor al hecho de satisfacer objetivamente nuestros deseos, cosa que parece coincidir con la intuición de Nozick de que no nos conectaríamos a la Máquina.

## 5. LA MÁQUINA DE NOZICK NUEVAMENTE

Este último punto, sin embargo, no es tan claro. En efecto, no resulta obvio que esta versión del bienestarismo no sucumba a la objeción de la Máquina de las Experiencias. El bienestarismo combinado mínimo les otorga un valor intrínseco a las experiencias, aun cuando no se correlacionen con ningún evento objetivo. Se limita a excluir del ámbito del valor (es decir, no valora ni positiva ni negativamente) eventos que no se correlacionan de ningún modo con experiencias o deseos. Entonces, si bien el bienestarismo combinado mínimo valora el hecho de creer que un deseo se satisface (es decir, la experiencia de satisfacción de ese deseo), sostiene que la satisfacción objetiva de ese deseo (es decir, el hecho correlacionado) es relevante y agrega valor a esa experiencia. Por ejemplo, el hecho de que yo realmente esté escribiendo una gran novela agrega valor a mi experiencia de escribirla. Pero, ¿cuánto valor agrega esa correspondencia con lo real? ¿Es suficiente como para excluir la posibilidad de que la mera experiencia subjetiva que nos provee la Máquina sea tan intensa o duradera como para preferirla, cuando la comparamos con las experiencias de satisfacción reales, aun cuando estas se correspondan con hechos reales? Ya concedimos que, si mi novela fuera muy espantosa y ello me ocasionara grandes frustraciones, preferiríamos la Máquina.

Aquí se abren varias posibilidades. Una posibilidad es emular al hedonismo cualitativo de John Stuart Mill y sostener que la satisfacción subjetiva de los deseos que cuenta, además, con la correspondiente satisfacción objetiva posee un valor cualitativamente diferente (y superior) a la mera satisfacción subjetiva. Esta posición hereda, naturalmente, los problemas conocidos del hedonismo cualitativo (al menos para una posición que quisiera ser monista valorativa). Otra posición, que sugiere (pero no desarrolla) JRL al final de su artículo, es abandonar el bienestarismo combinado mínimo (que él llama “mixto”) y retornar al bienestarismo de estado mental. Para ello, es necesario lidiar

exitosamente con la objeción de la Máquina de Experiencias con otros argumentos.

Si uno adopta esta última alternativa, se abren, a su vez, dos posibilidades. Una es aceptar la objeción (“morder la bala”) y conceder que es racional (y moral) conectarse a la Máquina, pero defender que ello, después de todo, no es un problema insuperable<sup>(14)</sup>.

Otra posibilidad es sostener que el rechazo a conectarse es compatible con el bienestarismo de estado mental. Puede haber diversas líneas argumentales en esta dirección. Una de ellas es más bien empírica y consiste en sostener que el ejemplo de la Máquina está mal diseñado, de modo que la razón por la que no nos conectaríamos no tiene que ver con la intuición filosófica acerca de qué es intrínsecamente valioso, sino con la influencia de ciertos sesgos con los cuales tendemos a tomar decisiones, por ejemplo, el sesgo a favor del status quo, entre otros<sup>(15)</sup>.

Otra línea de argumentación orientada a hacer compatible nuestro rechazo a conectarnos con el bienestarismo de estado mental es más filosófica. Permítaseme concluir reseñando brevemente esta posición, que defendí en un artículo publicado hace casi 15 años<sup>(16)</sup>. El núcleo del argumento es que uno debe distinguir entre la teoría del valor que una determinada teoría moral postula desde el punto de vista imparcial (en este caso, el bienestarismo de estado mental postula que la experiencia subjetiva de satisfacción de deseos es lo único intrínsecamente valioso), por un lado, y, por otro, el tipo de deseos que las personas legítimamente pueden tener. Entre estos se encuentran los que denomino “deseos centrados en la realidad”: deseamos que ocurran cosas en la realidad, aun cuando no experimentemos su existencia. Un ejemplo extremo de esto es que deseamos que ocurran cosas luego de nuestra

---

(14) Federico Abal, “El utilitarismo y el valor de la objetividad”, *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. 20, nº 1 (2015), pp. 85-101.

(15) Ver Felipe De Brigard, “If you like it, does it matter if it’s real?”, *Philosophical Psychology*, vol. 23, nº 1 (2010), pp. 43-57; Dan Weijers, “Nozick’s experience machine is dead, long live the experience machine!”, *Philosophical Psychology*, vol. 27, nº 4 (2014), pp. 513-535. En la posición opuesta: Rowland, “Our intuitions about the experience machine”, pp. 110-117; Juan Rodríguez Larreta, “Valor intrínseco, estado mental y la máquina de Nozick”, en T. Moro Simpson, N. Sigol e I. Zuberbühler (comp.) *Metafísica, Ética y conocimiento* (Buenos Aires: Prometeo, 2013).

(16) Eduardo Rivera López, “Are Mental State Welfarism and our Concern for Non-Experiential Goals Incompatible?”, *Pacific Philosophical Quarterly*, vol. 88, nº 1 (2007), pp. 74-91.



muerte (por ello, bregamos por la causa medioambiental o acumulamos riquezas para legarlas a nuestros hijos). O, para citar un ejemplo que le gustaba a JRL, imaginemos que una tribu adora un tótem y desea que nunca se destruya. La tribu, sin embargo, se ve obligada a emigrar para siempre. Resulta perfectamente legítimo que su deseo de que el tótem no se destruya continúe luego de abandonar el sitio en que se encuentra, aun cuando sepan que nunca podrían enterarse si ello ocurre (no sería lógico que dijeran “Ahora que nos fuimos, ya no nos importa que se destruya, con tal de que no nos lo digan”). Si estos deseos son legítimos (¿por qué no habrían de serlo?), entonces, la razón por la que no entraríamos en la Máquina de Experiencias no es, centralmente, que esté mal diseñada o explote sesgos cognitivos o actitudinales, sino que no es capaz de satisfacer nuestros deseos centrados en la realidad.

¿Por qué tenemos este tipo de deseos? Puede haber diferentes explicaciones. Podría haber una explicación evolutiva:<sup>(17)</sup> permanecer afechado a la verdad y rechazar el engaño, en el mundo real (en el que no existen máquinas de experiencia perfectas), ayuda a la supervivencia. Independientemente de que esta explicación sea correcta, lo cierto es que no podemos evitar tener este tipo de deseos y que no nos conectaríamos a la Máquina, no solamente porque no es perfecta, sino también porque creeríamos que una vida de engaño no tendría sentido. Si la razón por la que no nos conectaríamos a la Máquina está basada en el tipo de deseos que tenemos (*podríamos* tener solo deseos subjetivos, como tener placer, pero no es así), entonces ello resulta enteramente compatible con la idea del bienestarismo de estado mental, según el cual el bienestar subjetivo es lo único valioso objetivamente.

## 6. CONCLUSIÓN

He querido homenajear a Martín repasando un diálogo que tuvo hace años con Juan, e imaginando su posible continuación. El diálogo racional es el ámbito en el que mejor se desenvuelve la filosofía analítica, y Martín es un discutidor brillante, capaz sin duda de hacer decenas de observaciones y críticas a esta posible continuación. Habrá seguramente oportunidades futuras en las que podremos satisfacer (quizá solo ilusoriamente) nuestro deseo de avanzar, mediante el diálogo, hacia la verdad moral.

---

(17) Hace años, esta explicación me fue sugerida por Juan Rodríguez Larreta.



# LAS TRIBULACIONES DEL PROFESOR DEMORÓN Y LA TERAPIA DE MARTÍN FARRELL

*Horacio Spector*

## 1. INTRODUCCIÓN

En su colección de ensayos más reciente, Martín Farrell explora un problema muy interesante<sup>(1)</sup>. Suponga que usted puede elegir entre dos opciones, una que como posibilidad es la mejor, pero de hecho será (probablemente) la peor, y otra que de hecho será (probablemente) la mejor, pero como posibilidad es la peor. ¿Cuál es su deber moral elegir? La posición ética que prescribe la primera opción se llama *posibilismo*, y la que dicta la segunda se denomina *actualismo*, dos términos acuñados por Frank Jackson y Robert Pargetter<sup>(2)</sup>. Martín presentó su ensayo en la VII edición del Coloquio Carlos S. Nino realizado el 2 de diciembre de 2016. En esa oportunidad tuvimos ocasión de intercambiar ideas sobre el debate entre el actualismo y el posibilismo. En este ensayo, voy a desarrollar el punto de vista que apenas esboqué en esa reunión argumentando que el deontologismo moral provee las soluciones adecuadas para dilemas morales en los cuales el agente prevé que la que podría ser la mejor opción de hecho no lo será por su propio error, incapacidad o debilidad de la voluntad.

---

(1) Martín Farrell, "Mostrando vínculos: actualismo y posibilismo", en *Filosofía Moral, Política y del Derecho* (Buenos Aires: La Ley, 2019).

(2) Frank Jackson y Robert Pargetter, "Oughts, Options, and Actualism", *The Philosophical Review*, vol. 95, n° 2 (1986), pp. 233-255.

Una buena parte de la discusión de Farrell se centra en el caso hipotético de Jackson y Pargetter, que él traduce al castellano del siguiente modo:

El profesor Demorón recibe una invitación para hacer el comentario bibliográfico de un libro. Él es la persona más capacitada para hacerlo, y tiene tiempo disponible. Lo mejor que puede pasar es que él diga que sí, y que escriba el comentario cuando le llegue el libro. Pero supongamos que también es el caso que si Demorón dijera que sí, de hecho él no escribiría el comentario. No por incapacidad, o por interferencia externa, sino porque pospondría la tarea, lo que ha ocurrido en el pasado. De modo que, aunque lo mejor que podría ocurrir es que Demorón dijera que sí, y luego escribiera el comentario, lo que pasaría de hecho si dijera que sí es que no escribiría el comentario. Supongamos que esto es lo peor que podría pasar, porque el libro no sería comentado o el comentario se retrasaría largamente<sup>(3)</sup>.

Este es un dilema ético, porque, como aclara Farrell, la decisión del profesor Demorón involucra a otras personas (sus colegas, estudiantes, el autor del libro, etcétera). Frente a este dilema, Demorón tiene dos caminos: o bien acepta la invitación y se compromete a escribir el comentario, o bien declina la invitación (evitando comprometerse). Permítaseme agregar un poco de mi propia ficción a este relato. Si Demorón acepta la invitación, luego incumplirá su obligación de cumplir la promesa de escribir el comentario y se sentirá atormentado por la culpa. Si no acepta la invitación, incumple su obligación de ejecutar la acción óptima, es decir, la acción que produce las mejores consecuencias. Como resultado natural, Demorón también se sentirá culpable. Haga lo que haga, Demorón no puede evitar la culpa. Imaginemos que, para aliviar su culpa anticipada, Demorón va a la consulta de un reputado psicoanalista, el doctor Martín Farrell. Este lo recibe y le pregunta: ¿cuál es su problema, profesor? Demorón le cuenta sus tribulaciones y, en lugar de un largo psicoanálisis, el doctor Farrell aplica una terapia breve y simple: “No se haga problema, profesor. Lo peor que le podría pasar es asumir compromisos que usted sabe que no podrá cumplir. Usted no tiene ninguna razón moral para aceptar la invitación. ¡Decline y despreocúpese!”.

La terapia moral del verdadero Farrell no es muy diferente de la del psicoanalista, pero se funda en un análisis filosófico de este dilema.

---

(3) Farrell, “Mostrando vínculos”, pp. 3-4.

Como de costumbre, el análisis es versado e ingenioso. Después de leer cualquiera de los ensayos de la vasta obra de Martín, uno puede llegar a conclusiones diferentes (como me ocurre en este caso), pero siempre disfruta y aprende. Consideremos los detalles de su argumento. De las dos opciones del profesor Demorón (aceptar la invitación o declinar), la primera sería la mejor porque, si Demorón acepta y cumple su promesa, él producirá las mejores consecuencias. En cambio, la segunda opción es claramente subóptima, porque el resultado de esta alternativa es que el comentario no será escrito por el especialista más capacitado. Esta situación, podemos imaginar, tendrá consecuencias adversas para la profesión y, especialmente, para el autor del libro. Entonces, desde el punto de vista del posibilismo, es decir, considerando las consecuencias posibles de su decisión, Demorón debería aceptar la invitación. No obstante, Demorón sabe que él pospondrá el trabajo y finalmente no escribirá el comentario, incumpliendo así su promesa de hacerlo (lo que equivale a producir las peores consecuencias en la situación). Así, desde el punto de vista del actualismo, es decir, tomando en consideración las consecuencias posibles en la práctica (como cosa distinta de las consecuencias posibles en un sentido amplio), Demorón debería elegir la segunda opción, es decir, la opción subóptima.

Es conocida la adhesión de Farrell a un utilitarismo ético pluralista y limitado por los principios del Estado liberal neutral<sup>(4)</sup>. Las dos teorías éticas que Farrell considera en este ensayo son el *deontologismo* y el *consecuencialismo*. En tanto que el deontologismo afirma que una persona debe decidir de conformidad con los principios y normas morales aplicables a cada caso, el consecuencialismo sostiene que no hay obligación moral que no sea una mera consecuencia del principio que requiere producir en cada decisión el mayor bien posible. Frente a dilemas como el de Demorón, Farrell adopta el actualismo como su alternativa favorita y, naturalmente, justifica su elección sobre la base de su posición consecuencialista (utilitarista). Así dice: “Voy a abandonar la neutralidad [entre el consecuencialismo y el deontologismo] y a invocar consideraciones consecuencialistas, las que se inclinan a decidir a favor del actualismo”<sup>(5)</sup>. O sea que Farrell considera que Demorón

---

(4) Véanse, por ejemplo, Martín Farrell, *Utilitarismo, ética y política* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983); *Utilitarismo, liberalismo y democracia* (México: Fontamara, 1997).

(5) Farrell, “Mostrando vínculos”, p. 4.

debe declinar la invitación (y evitar asumir el compromiso de escribir el comentario) y que esta solución se deriva del utilitarismo.

Farrell trata de mostrar dos vínculos entre el actualismo y otras dos posiciones en filosofía moral. El primer vínculo es con una teoría normativa, a saber, el consecuencialismo. Así, Farrell dice: "...el partidario del consecuencialismo está naturalmente dispuesto a optar por la solución actualista; aunque no descarto totalmente versiones posibilistas del consecuencialismo, creo que la reacción espontánea del consecuencialista es —en principio— inclinarse hacia el actualismo"<sup>(6)</sup>. Farrell dice que es más difícil que el deontologista defienda la postura actualista. Afirma que el deontologista reclamaría que Demorón haga la acción correcta, es decir, aceptar la invitación y escribir el comentario, "sin considerar las consecuencias de esa acción"<sup>(7)</sup>. En otras palabras, según Farrell, el deontologista sería posibilista.

El segundo vínculo que trata de mostrar Farrell es entre el actualismo y una posición filosófica sobre la moral: el *internalismo metaético*. Los internalistas son subjetivistas: sostienen que la existencia de principios morales (por ejemplo, razones o deberes morales) dependen de las actitudes o motivación de las personas; si no hay algún tipo de motivación a hacer X, no hay un deber o razón moral para hacer X. La posición internalista clásica es la de David Hume, quien sostuvo que no hay virtudes naturales o sociales que no dependan de los sentimientos naturales o actitudes socialmente adquiridas. En cambio, el externalismo metaético (u objetivismo) afirma que las razones y deberes morales son independientes o externos a la motivación de las personas (y, por lo tanto, compatibles con cualesquiera actitudes o motivos que el agente pueda tener). Farrell afirma que el actualista debería adoptar el internalismo: "Creo que la mejor opción para el actualista —si no la única— consiste en endosar el internalismo en términos de razones morales; si acepta la posición externalista no puede dar cuenta de la objeción de que el agente deja de lado a su antojo sus obligaciones morales..."<sup>(8)</sup>.

En este ensayo voy a examinar los dos vínculos que establece Farrell. Si bien me parece que el primer vínculo es más intuitivo que el

---

(6) *Ibid.*, pp. 4-5.

(7) *Ibid.*, p. 29.

(8) *Ibid.*, p. 17.

segundo, al final de cuentas pienso que ninguno de los dos se mantiene. En la sección siguiente, me ocupo del primer vínculo. El actualismo y el posibilismo son dos posiciones normativas frente a un cierto tipo de problemas morales caracterizados por el impacto que las debilidades futuras de los actores tienen en la evaluación moral de una decisión anterior en el tiempo. Pienso que el actualismo y el positivismo pueden encontrar cabida tanto dentro de teorías consecuencialistas como deontologistas. Sin embargo, considero que es el deontologismo moral, más que el consecuencialismo, la posición que permite ofrecer las soluciones más plausibles para este tipo de dilemas.

En la sección 3 considero el segundo vínculo. Aunque reconozco que hay posibles conexiones entre la metaética y la ética normativa, estas conexiones no pasan por la cuestión del actualismo y el posibilismo, sino más bien por la plausibilidad del absolutismo ético (un tema que no puedo tratar acá). Así, creo que el problema metaético es ortogonal a la presente cuestión. Con esto quiero decir que uno puede ser externalista y adherir a una postura actualista, y ser internalista y defender una postura posibilista. Según Farrell, estas combinaciones no son teóricamente posibles, pero yo pienso que nuestra elección metaética no prejuzga sobre nuestra posición con respecto al problema específico que el actualismo y el posibilismo buscan solucionar.

En la sección 4 capitalizo una conclusión a la que arribé en la sección 2, a saber, que el deontologismo moral es combinable con el actualismo y el posibilismo. De hecho, voy a argumentar que ambas posiciones son falsas cuando se las defiende para el universo de todas las decisiones afectadas por nuestras debilidades futuras. En cambio, creo que la posición correcta es matizada y depende de las circunstancias. En algunos casos, el actualismo es la posición correcta; en otros casos, el posibilismo es la solución más razonable. Voy a mencionar cuáles son las consideraciones que fortalecen o debilitan una respuesta actualista o posibilista.

En la sección 5 exploraré sucintamente cómo se aplican las conclusiones que alcancé en la sección anterior a la toma de decisiones políticas. Cuando nuestra comunidad política padece debilidades, errores o incapacidades que hacen que la implementación de la mejor teoría política devenga en el peor escenario posible, ¿es correcto el actualismo o el posibilismo? En otras palabras, ¿debemos apoyar la teoría política

verdadera, o bien seguir una teoría política subóptima que de hecho evitará las peores consecuencias?

Finalmente, voy a presentar algunas conclusiones en la sección 6.

## **2. EL PRIMER VÍNCULO: CONSECUENCIALISMO/ACTUALISMO, DEONTOLOGISMO/POSIBILISMO**

Farrell considera que el consecuencialismo conduce al actualismo porque esa teoría ética exige que el sujeto evalúe las consecuencias de cada alternativa disponible y escoja aquella que producirá las mejores consecuencias. Demorón tiene dos opciones: (1) declinar la invitación, y (2) aceptar la invitación y comprometerse a escribir el comentario. Un Demorón consecuencialista evaluaría las consecuencias de una y otra opción. Él sabe que la opción (2) causará un mal resultado, es decir, una situación en la cual Demorón no cumple con su obligación y el comentario tampoco es encargado a otro colega. Entonces, el comentario no se escribe, los interesados quedan decepcionados y además Demorón se sentirá mal porque posiblemente tenga una disposición a cumplir con su deber. Considerando todas las consecuencias de (1) y (2), el Demorón consecuencialista concluye que debe optar por (1) (es decir, rechazar la invitación).

Sin embargo, esta conexión es problemática. El Demorón consecuencialista debe evaluar las consecuencias de todas *sus* alternativas disponibles. Él también tiene la alternativa de aceptar la invitación, prometer escribir el comentario y cumplir su promesa. Si esta es una posible cadena causal a partir de su decisión, ¿por qué no debe escoger la opción que producirá las mejores consecuencias? El punto es que un agente debe considerar las consecuencias de sus opciones tomando en cuenta las restricciones causales de su entorno y también las restricciones impuestas por otros actores. Supongamos que Demorón no puede escribir el comentario directamente porque padece del síndrome del túnel carpiano y solo puede dictar el comentario en ucraniano. Situemos el ejemplo en 1986. En la región hay un solo hablante de ucraniano, Borys, quien podría oficiarle de escriba, pero no va a aceptar porque es misántropo. Obviamente, es legítimo que Demorón considere la imposibilidad de obtener la aceptación de Borys como una razón para no aceptar la invitación. Si esto es así, ¿por qué no puede considerar



su propia debilidad (procrastinación) como una razón para rechazar la invitación? La razón es que un consecuencialista no puede equiparar las restricciones derivadas de las debilidades del propio agente con las restricciones que le imponen otros actores cuya colaboración es necesaria para llevar a cabo una opción. El consecuencialista no puede mirar su acción como mira la acción de otros. Frente a su propia acción, su posición es deliberativa y decisoria.

Farrell es consciente de que sería extraño que fuera literalmente imposible para Demorón escribir el comentario. De hecho, él rechaza una interpretación determinista del ejemplo. El actualismo permite brindar, a un sujeto reticente a producir las mejores consecuencias *posibles*, una causal de justificación lista para cualquier ocasión. La justificación es simplemente que no tiene el deber de realizar la alternativa óptima porque está fuera de sus posibilidades. Esta es, por supuesto, una manera de condonar masivamente las conductas subóptimas por la propia debilidad de los actores. Por este motivo, Farrell propone una versión del actualismo basada en el *consecuencialismo subjetivista*, entendido como la postura que le exige a un actor escoger la alternativa que producirá el mayor valor moral esperado, considerando la probabilidad de éxito en la ejecución<sup>(9)</sup>. Farrell supone que reemplazando el concepto de imposibilidad o incapacidad por el de probabilidad (o, mejor dicho, improbabilidad), puede presentarse al actualismo como una consecuencia normativa del consecuencialismo subjetivista.

Consideremos una variante probabilista del caso de Demorón. En esta variante, la probabilidad de que Demorón escriba el comentario es solo del 10% (habiendo, por consiguiente, una probabilidad complementaria del 90% de que no lo escriba). Frente a esta versión del caso de Demorón, el gambito de Farrell consistiría en decir que, dado que la probabilidad de que Demorón escriba el comentario es solo del 10%, cualquier valor que tenga la secuencia “aceptar la invitación + escribir el comentario” debería ser descontado por el desvalor resultante de que el comentario no se escriba multiplicado por el 90% de probabilidad de que ese escenario se materialice. Este análisis es parecido al que haría un teórico de las decisiones. Evidentemente, esta variedad de consecuencialismo (consecuencialismo decisional o subjetivo) le diría a Demorón que actúe igual que lo que prescribe el actualismo.

---

(9) *Ibid.*, p. 10.

En otras palabras, el consecuencialismo subjetivista le diría a Demorón que rechace la invitación.

Mi impresión es que el consecuencialismo subjetivista es diferente del actualismo, por más que en algunos casos puedan recomendar la misma opción. En efecto, el consecuencialismo subjetivista como tal no le permite al agente moral descontar el valor que producirá una alternativa invocando causas imputables a su propio error, incapacidad, o debilidad de la voluntad. Por consiguiente, es discutible que las prescripciones consecuencialistas subjetivas puedan ser usadas para incluir en la deliberación los efectos adversos de no cumplir y así reducir el valor esperado de la opción (2) (o aumentar su desvalor esperado). En efecto, si el consecuencialismo subjetivista no permitiera reducir el valor esperado de una opción sobre la base de consecuencias negativas cuyo acaecimiento es imputable al propio agente, la solución que recomendaría sería coincidente con el posibilismo. Así, aceptar la invitación (opción 2) produciría el mayor valor esperado. Ello demuestra que no es el consecuencialismo (en cualquiera de sus variantes) lo que conduce al actualismo sino un principio moral independiente que permite equiparar las propias falencias con restricciones externas al agente (atribuibles a su entorno o a otros agentes). Por lo tanto, el consecuencialismo (incluida la variante subjetivista) es neutral frente a la disyuntiva actualismo/posibilismo.

Lo que hace que una teoría consecuencialista lleve al actualismo o al posibilismo es el criterio de posibilidad que da sentido a la expresión “mejores consecuencias posibles” que define la prescripción consecuencialista. En realidad, el debate entre el actualismo y el posibilismo es una disputa interna al campo consecuencialista; es un debate entre consecuencialistas acerca de la forma correcta de definir el concepto de posibilidad moralmente relevante para cualquier variante consecuencialista. Tanto el consecuencialismo objetivista (basado en información cierta acerca de las consecuencias que traerán aparejadas las diferentes opciones del agente), como el consecuencialismo subjetivista (basado en la distribución de probabilidades asignadas a las consecuencias de las diferentes opciones) pueden combinarse con un criterio que admita reducir el valor o valor esperado de una alternativa por causas imputables al agente, o bien con un criterio que rechace esa posibilidad. Que el consecuencialismo en cualquiera de sus variantes tenga consecuencias normativas que se superpongan con las

consecuencias del actualismo o posibilismo *no* depende, entonces, de que el procedimiento decisorio del consecuencialismo se funde en información cierta o probabilística. Antes bien, depende del hecho de que el consecuencialismo adopte un criterio de posibilidad más amplio o estrecho para admitir como posibles consecuencias aquellas que se producirían por causas imputables al propio agente.

### **3. EL SEGUNDO VÍNCULO: ACTUALISMO/INTERNALISMO, POSIBILISMO/EXTERNALISMO**

Farrell sostiene que el actualismo se vincula con el internalismo de razones y el posibilismo, con el externalismo de razones. Él no se explica sobre el tipo de conexiones que ve, pero al parecer las relaciones se dan a través del objetivismo de valores y el subjetivismo de valores. Así, dice:

La creencia en las razones morales internas proviene de la creencia en la subjetividad de los valores; la secuencia es esta: valores subjetivos-razones morales internas. A su vez, la creencia en el actualismo proviene de la creencia en las razones morales internas, de donde una secuencia más completa es ahora: valores subjetivos-razones morales internas-actualismo<sup>(10)</sup>.

Agrega, “[e]n este caso, Demorón carece de razones para escribir el comentario y, si carece de razones morales, carece de obligaciones morales, puesto que las razones morales son el sustento de las obligaciones morales”<sup>(11)</sup>. Más adelante afirma la relación inversa: “Si los valores son objetivos, las razones morales son externas al agente”<sup>(12)</sup>. Farrell afirma que para el posibilista “la mejor opción” es defender el objetivismo de valores y el externalismo de razones morales.

La conexión que ve Farrell es que para el actualista “la mejor opción —si no la única— consiste en endosar el internalismo en términos de razones morales; si acepta la posición externalista no puede dar cuenta de la objeción de que el agente deja de lado a su antojo sus obligaciones morales...”<sup>(13)</sup>. Farrell piensa que, si el actualista no adoptara el

---

(10) *Ibid.*, p. 17.

(11) *Ibid.*, p. 17.

(12) *Ibid.*, p. 28.

(13) *Ibid.*, p. 17.

internalismo, carecería de recursos para contestar a la objeción de que el prever que uno no podrá cumplir una obligación no puede brindarle una justificación para eximirse de la obligación. El actualista libera a Demorón de la obligación de escribir el comentario sobre la base de su propia debilidad de la voluntad. Pero si hubiera una justificación de no cumplir con la obligación de hacer X basada en el mero hecho de que uno anticipa que no hará X, no quedaría ninguna obligación moral en pie. La justificación serviría también para licuar cualquier otra obligación moral. Entonces, el actualista necesita justificar la inexistencia de un deber moral de Demorón de escribir el comentario por razones independientes de la propia debilidad de Demorón.

Los vínculos que encuentra Farrell entre el actualismo y el internalismo, y entre el posibilismo y el externalismo, son opinables. El actualista afirma que Demorón no tiene el deber de aceptar la invitación y cumplir su promesa de escribir el comentario, porque Demorón sabe que no escribirá el comentario. Farrell asume lo que suele llamarse el *racionalismo moral*: toda obligación moral genera una razón para cumplir con la obligación. Asumiendo el racionalismo moral, su razonamiento parece discurrir del siguiente modo. Si Demorón tuviera el deber de aceptar la invitación y escribir el comentario, tendría una razón moral para aceptar la invitación y escribir el comentario (esto, por el supuesto del racionalismo moral). Optando por el internalismo, el actualista puede afirmar que Demorón no tiene una razón para aceptar la invitación y escribir el comentario porque Demorón no tiene un estado motivacional que mantenga la relación adecuada con la existencia de una razón para realizar esas conductas. Puesto que él no tiene una razón para aceptar la invitación y escribir el comentario porque no tiene el estado motivacional apropiado, no tiene tampoco el deber de aceptar la invitación y escribir el comentario, que es justamente lo que afirma el actualista.

A la inversa, el posibilista afirma que Demorón tiene el deber de aceptar la invitación y escribir el comentario, aun cuando sabe que no escribirá el comentario. El razonamiento de Farrell es paralelo al anterior. De vuelta, si Demorón tuviera el deber de aceptar la invitación y escribir el comentario, tendría una razón moral para realizar esas acciones (esto, por el supuesto del racionalismo moral). Optando por el externalismo, el posibilista puede afirmar que Demorón tiene una razón para aceptar la invitación y escribir el comentario, aun cuando no tenga

un estado motivacional que mantenga la relación adecuada con la existencia de una razón para hacer esos actos. Puesto que Demorón está obligado a aceptar la invitación y escribir el comentario (esto es lo que afirma el posibilista), tiene una razón para aceptar la invitación y escribir el comentario y la existencia de esta razón no es incompatible con el hecho de que Demorón no posea el estado motivacional apropiado.

Farrell considera una variante contrafáctica del internalismo, propuesta por Bernard Williams, de acuerdo con la cual un agente tiene una razón para hacer X si él *estaría motivado* a hacer X si se diesen determinadas condiciones (por ejemplo, una reflexión atenta sobre todos los aspectos del caso)<sup>(14)</sup>. Esto muestra que el actualismo no puede basarse en el internalismo para rechazar la existencia de la obligación moral de Demorón de escribir el comentario. De hecho, hay muchas variantes internalistas según las cuales Demorón puede saber que no escribirá el comentario, aun cuando posea las condiciones motivacionales (actuales o contrafácticas) relevantes para afirmar que tiene una razón para escribir el comentario (y que, por ende, puede tener una obligación moral de hacerlo). El internalismo de razones (al menos en muchas de sus variantes) no garantiza que Demorón no posea el deber moral de aceptar la invitación y escribir el comentario. Claro, Farrell podría decir que el vínculo que se da entre *algunas variantes* internalistas y el actualismo. Estas variantes son aquellas que aseveran que la existencia de una razón para hacer X requiere que el sujeto tenga un deseo o motivación real de hacer X. En este caso, podría continuar Farrell, Demorón no tiene una razón para escribir el comentario porque no tiene el deseo o motivación de hacerlo.

Sin embargo, hay otras dificultades que afectan a este segundo vínculo. En realidad, el ejemplo de Jackson y Pargetter no afirma que Demorón no tenga el deseo o motivación de escribir el comentario. Lo único que dice es que Demorón sabe que no lo escribirá, pero saber que no lo hará es compatible con que tenga el deseo o la motivación de hacerlo. En mi narrativa, Demorón va a la consulta del psicoanalista Farrell porque tiene sentimientos de culpa. Si Demorón no tuviera un estado motivacional proclive tanto a escribir el comentario como a cumplir la promesa una vez contraída, no tendría ningún problema de culpa. El hecho de que juzgue que su elección es un dilema ético se

---

(14) Farrell, "Mostrando vínculos", p. 18.

debe, justamente, a que él tiene propensiones motivacionales a aceptar la invitación y cumplir su promesa si la hace. En muchas variantes del internalismo, estas propensiones son suficientes para hacer verdadera la proposición de que Demorón tiene razones morales para realizar ambas acciones. En consecuencia, el internalismo no le sirve al actualista como fundamento para negar que Demorón tenga una razón moral para aceptar la invitación y escribir el comentario.

De todas maneras, el internalismo no es necesario para el actualismo. En efecto, un actualista externalista podría decir que Demorón no tiene ni la obligación moral de escribir el comentario ni razones para hacerlo. ¿Por qué no tendría la razón si su existencia no depende de que Demorón tenga el estado motivacional adecuado? El actualista podría simplemente decir que Demorón no tiene una razón para aceptar la invitación y escribir el comentario porque no tiene el deber de hacerlo, y que no tiene este último deber porque, en las circunstancias del ejemplo, nadie tiene una obligación moral de comprometerse a hacer algo que uno sabe que no hará (con independencia de cuáles sean los estados motivacionales de uno). Exploraré esta alternativa deontológica en la sección siguiente.

En sentido contrario, un posibilista internalista podría afirmar (1) que Demorón tiene razones morales para escribir el comentario, y (2), por el internalismo, que la existencia de estas razones depende de que Demorón tenga el deseo de escribir el comentario, aun cuando él sabe que no lo escribirá. De hecho, un posibilista internalista podría analizar el ejemplo del siguiente modo. Demorón debería escribir el comentario y tendría razones para hacerlo. El dilema de Demorón es que sabe también que, si aceptara la invitación, tendría razones para cumplir la promesa y, además, el deseo de hacerlo, solo que por restricciones psicológicas (procrastinación) no podrá satisfacer su razón de hacerlo. ¿Es esta situación tan poco común? Consideremos el famoso caso de Ulises y las sirenas de acuerdo con la postura internalista. Ulises tiene motivos sobrados para desoír el canto de las sirenas. No obstante, predice que no podrá satisfacer esas razones. De acuerdo con el internalismo, para afirmar que tiene razones para ignorar el canto de las sirenas, debemos poder afirmar que tiene un estado motivacional adecuado (cuyo contenido varía según la postura internalista) proclive a ignorar el canto de las sirenas. De hecho, Ulises tiene esos motivos y también los tendrá al momento de escuchar el canto. Por consiguiente, podemos

afirmar que Ulises tiene razones para rechazar a las sirenas, pero su hechizo será más poderoso si Ulises no toma algún recaudo preventivo. La conclusión que podemos extraer de este ejemplo es que el hecho de que Ulises sabe que no podrá desoír a las sirenas no significa que no tenga el estado motivacional adecuado para afirmar, de acuerdo con el internalismo, que él tiene razones para hacerlo. En consecuencia, Ulises también tiene razones para tomar medidas previas (por ejemplo, atarse al mástil) que eviten que su debilidad le impida actuar como dictan sus razones. En forma similar, Demorón podría reservar y pagar sin reembolso una habitación cara en un hotel donde no encuentra nada para hacer excepto escribir el comentario, actuando así de conformidad con lo que le dice el posibilismo.

De todos modos, aun cuando el vínculo entre actualismo e internalismo fuera plausible, el objetivo polémico de apelar al internalismo no podría lograrse. Recordemos que Farrell introduce el tema del internalismo de razones como una manera de liberar a Demorón de la obligación de escribir el comentario sin tener que apelar a su propia imposibilidad, incapacidad o debilidad de la voluntad. Farrell considera que el internalismo le permite al actualista decir que Demorón no tiene una razón moral para escribir el comentario ni, por consiguiente, la obligación moral de hacerlo sin tener que invocar una justificación basada en las debilidades humanas, la cual tendría el inconveniente de ser útil también para justificar cualquier incumplimiento moral. Pero, como vimos, el internalismo no sirve para negar que Demorón tenga una razón moral (ni un deber), porque el hecho de que Demorón no cumplirá la promesa no implica que no tenga el estado motivacional requerido por el internalismo. Sin embargo, el actualista podría decir que en aquellos casos en los cuales el agente moral no tiene el estado motivacional adecuado, el internalismo le brinda herramientas para afirmar (vía el racionalismo moral) que el agente no tiene la obligación moral de escribir el comentario porque no tiene la motivación a hacerlo. Pero por más que *en esos casos* el actualista tenga herramientas para fundar su conclusión de un modo alternativo, sigue siendo cierto que el agente moral puede liberarse de la obligación simplemente por su falta de motivación, y una justificación moral basada en la falta de motivación del agente es tan o más inconveniente que una justificación basada en las debilidades humanas. En efecto, una justificación basada en la falta de motivación también licuaría cualquier obligación moral. Por lo tanto, el internalismo no puede cumplir el rol polémico que Farrell le asigna.

#### 4. EL DEONTOLOGISMO Y LA TOLERANCIA LIMITADA A LAS DEBILIDADES HUMANAS

En la sección 2 concluí que la diferencia entre actualismo y posibilismo es interna al campo consecuencialista. Si esta hipótesis es correcta, entonces, la distinción entre el actualismo y el posibilismo es una falsa dicotomía si se acepta el deontologismo moral. Farrell no comparte este enfoque. Él dice sobre la relación entre el deontologismo y el dilema de Demorón lo siguiente:

El deontologismo no proporciona aquí una solución decisiva: Demorón no está obligado a prometer pero, una vez que prometió, está obligado a cumplir su promesa. Como al deontologista no le preocupan especialmente las consecuencias, el resultado del incumplimiento no incide en lo correcto o incorrecto del prometer de Demorón: él solo se comporta incorrectamente para el deontologista cuando no cumple luego de haber prometido<sup>(15)</sup>.

Como se dijo, de acuerdo con el deontologismo moral, la evaluación de un acto como moralmente obligatorio u opcional depende de las normas y principios morales y no del bien que producirán las consecuencias del acto. A los fines de establecer si el agente moral tiene el deber de hacer X, o la opción de hacer X o no-X, el deontologista afirma que el examen de obligatoriedad de X (que deriva de las normas y principios morales) tiene primacía sobre el examen axiológico de la totalidad de los resultados de X. En el párrafo transcrito arriba, Farrell considera una sola norma moral, a saber, aquella que implica que, si Demorón prometió escribir el comentario, está obligado a hacerlo. Ciertamente, es difícil imaginar una teoría ética deontologista que no implique la consecuencia normativa de que, si uno promete hacer X, entonces, está obligado a hacer X. Pero no es esta la única consecuencia normativa relevante en el dilema de Demorón. Cuáles sean las normas y principios morales aplicables a la decisión de Demorón depende del contenido de la teoría deontológica que adoptemos. No es el objetivo de este trabajo elaborar una teoría moral deontológica, pero podemos esbozar las normas y principios que un deontologista podría razonablemente aceptar. De acuerdo con este boceto, la posición de un deontologista actualista es perfectamente inteligible (a diferencia de lo que afirma Farrell).

---

(15) Farrell, "Mostrando vínculos", p. 5.



Para comenzar, el principio moral que exige el cumplimiento de las promesas puede ser interpretado de dos modos diferentes. En el primer modo, simplemente exige que, una vez que una promesa fue hecha, el promitente tiene el deber de cumplirla. En el segundo modo, el principio dice que un agente moral tiene la obligación de que sea el caso que, si hizo la promesa de hacer X, entonces hace X. En esta interpretación, el contenido de la obligación es condicional<sup>(16)</sup>. Así entendido, el principio moral sobre las promesas dice que uno tiene la obligación de, o bien no prometer o bien cumplir con lo prometido. (Efectivamente, el condicional “Si P, entonces X” es lógicamente equivalente a la disyunción “O bien no P o bien X”). Esto significa que el ámbito del deber no solo abarca el acto de cumplimiento luego de que la promesa fue contraída sino también el propio acto de prometer. En esta concepción amplia de los deberes relacionados con el prometer, el principio ya tiene consecuencias al momento de decidir si prometer o no prometer. En otras palabras, de acuerdo con esta concepción, Demorón tiene el deber de que sea el caso que o bien no hace la promesa o bien la cumple. Entonces, si Demorón no cumplirá la promesa, tiene el deber de no hacerla. Esta consecuencia contrasta con el análisis de Farrell, que se limita al deber de Demorón una vez que ya hizo la promesa. Por lo tanto, aceptando una norma moral que tenga un contenido condicional/disyuntivo como el indicado, la solución del deontologismo moral para el dilema de Demorón coincide con la solución del actualismo, que es la que daría un consecuencialista que sostenga un criterio de posibilidad estrecho (que excluya como consecuencias posibles aquellas que no son factibles debido a circunstancias propias del agente).

La conclusión anterior no significa que el deontologismo moral tenga consecuencias normativas idénticas al actualismo en todos los casos de dilemas morales en los que el agente moral anticipa que la elección óptima no es factible debido a su propio error o debilidad de la voluntad. En muchos casos, la solución del deontologismo moral podría no coincidir con el actualismo sino con el posibilismo. Para ilustrar esta afirmación, consideremos el siguiente caso hipotético:

---

(16) Esta es una aplicación al caso del deber del promitente de lo que Carlos Alchourrón llamaba la “concepción isla” de la obligación condicional: Carlos E. Alchourrón, “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic”, *Studia Logica*, vol. 57, nº 1 (1996), p. 8. En la filosofía moral anglosajona, a estos condicionales deónticos se los llama “*wide-scope conditionals*”.

El doctor Lerdo es el mejor obstetra del pueblo. No obstante, tiene un defecto de carácter. Le cuesta mucho prepararse para salir de su casa con rapidez. Normalmente, Lerdo atiende partos planificados y lo hace con puntualidad. El problema se le presenta cuando, debido a una urgencia, tiene que apurarse para concurrir al hospital. En estos casos, normalmente Lerdo solicita que vayan al parto otros obstetras. Sin embargo, en esta ocasión recibe un llamado de urgencia para atender a una de sus pacientes que, por la presencia de eclampsia, requiere la asistencia de un obstetra experimentado. El doctor Lerdo sabe que él es el único obstetra en el pueblo que tiene la experiencia adecuada para asegurar la vida de la madre y del bebé. Tiene ahora dos opciones: aceptar la urgencia sabiendo que le resultará difícil llegar al sanatorio con rapidez o rechazar la urgencia y pasarla a un colega menos experimentado.

Un consecuencialista subjetivista como el que propone Farrell le aconsejaría al doctor Lerdo que compare el desvalor esperado de no llegar con rapidez al sanatorio con el desvalor esperado de que atienda a la paciente un colega menos experimentado. Por un lado, debería mensurar la probabilidad de llegar tarde y el riesgo que ello representa para la madre y el bebé y, por el otro, el riesgo que representa que intervenga un obstetra menos experimentado (y la probabilidad de que ese colega llegue con rapidez al sanatorio). Si el riesgo de la demora en la atención desbalancea el resultado, este consecuencialista le aconsejaría a Lerdo que pase la urgencia a uno de sus colegas. Esta variante consecuencialista recomendaría la solución actualista porque acepta un criterio de posibilidad que permite excluir como consecuencia posible un escenario en el cual Lerdo va al hospital con rapidez.

En contraste, un deontologista debería considerar las normas y principios morales aplicables. Hay varios principios morales relevantes en esta situación que implican que Lerdo está obligado a aceptar la urgencia. Por ejemplo, un médico tiene el deber moral de atender las urgencias, especialmente aquellas que no puede derivar a otros colegas sin un riesgo significativo para la vida del paciente. Además, un médico tiene un deber especial de atender a su paciente cuando este presenta una urgencia, entre otras razones porque la relación de confianza médico-paciente hace que sea difícil que otro colega pueda infundir al paciente una tranquilidad comparable. No cabe duda de que el defecto de carácter de Lerdo no implica un permiso moral para rechazar la urgencia. Él está moralmente obligado a aceptarla. En este caso sí la solución del deontologista coincide con la que recomienda el posibilista.

Una pregunta natural es por qué el deontologista recomienda soluciones actualistas en algunos casos (por ejemplo, el caso del profesor Demorón) y soluciones posibilistas en otros casos (por ejemplo, el caso del doctor Lerdo).

En el caso de Demorón, no hay un principio o norma moral que implique que él está moralmente obligado a aceptar la invitación. La razón es que el deontologista rechaza las demandas morales del consecuencialista. Él no acepta que una persona deba maximizar el bien colectivo en todos los casos. El deontologismo acepta principios que imponen deberes morales negativos y positivos a las personas. Pero estos principios contemplan la importancia de los intereses en juego. En el caso del doctor Lerdo, poner en riesgo la vida de un paciente es moralmente inadmisibile. La inadmisibilidad de esta acción está vinculada con el deber moral del médico de prestar a su paciente todos los cuidados que sean requeridos para asegurar su salud. Ahora bien, en el caso del profesor Demorón no hay intereses que revistan similar importancia moral a los de la madre y el bebé. Tampoco la descripción del ejemplo informa sobre la existencia de una relación especial entre Demorón y el autor del libro que pueda justificar un deber especial. Entonces, en el marco de la teoría deontologista que estoy bocetando, no podemos afirmar sin más que Demorón esté obligado a aceptar la invitación. Sin embargo, sí es cierto que Demorón *debería* aceptar la invitación. Afortunadamente, el castellano ofrece un modo potencial para el verbo “deber”, que el inglés no ofrece para el verbo “*ought*”. El punto es que Demorón debería aceptar la invitación, pero no tiene una obligación moral de hacerlo. Analizar el significado de “debería” en este contexto no es el objeto de este trabajo. Baste decir que suena como que Demorón tiene buenas razones para aceptar la invitación. Por otro lado, como dije antes, tiene el deber moral de no hacer la promesa si sabe que no la va a cumplir. En un conflicto entre el “debería” y el “debe”, prevalece el “debe”. Por lo tanto, Demorón debe rechazar la invitación. La situación de Lerdo es diferente. Él está moralmente obligado a aceptar la urgencia. El decir que Lerdo *debería* aceptar la urgencia no alcanza para hacer justicia a la gravedad moral de no aceptarla. Entonces, una teoría deontológica plausible ofrecería una solución actualista para Demorón y una solución posibilista para Lerdo.

La comparación entre Lerdo y Demorón no debería hacernos pensar que un dilema como el de Demorón nunca reclama una solución

posibilista. En algunas situaciones tendría sentido pensar que Demorón tiene un deber moral de aceptar la invitación. Cambiemos un poco el ejemplo de Jackson y Pargetter. Ahora la invitación a Demorón no es para escribir el comentario de un libro sino para escribir un capítulo en este volumen en homenaje a Farrell. Demorón es un discípulo de Farrell y le debe a este una buena parte de sus éxitos profesionales. (Durante la mayor parte de su carrera Demorón no tenía problemas de procrastinación). Si no hubiera sido por Farrell, Demorón no habría podido conseguir una beca para hacer su doctorado; no habría podido conseguir su actual cargo de profesor; etcétera. La deuda de gratitud de Demorón hacia Farrell hace que la invitación tenga una importancia moral que la invitación a escribir el comentario en el ejemplo de Jackson y Pargetter no tiene. En todos los demás aspectos, se reproduce el dilema del Demorón de Jackson y Pargetter. Demorón sabe que, si acepta la invitación, incurrirá en procrastinación y casi con seguridad no escribirá el capítulo en homenaje a su maestro. En contra de la solución actualista de Farrell, mi impresión es que el Demorón discípulo sí tiene el deber moral de aceptar la invitación. La deuda de gratitud es una consideración moral muy fuerte que justifica que Demorón haga un enorme esfuerzo y supere la procrastinación.

Una teoría ética deontologista plausible debería tener una tolerancia limitada hacia las debilidades humanas. En algunos casos, cuando los intereses morales en juego no tienen una gravedad extrema y el defecto de carácter es de difícil superación, la teoría podría tolerar la debilidad y permitir al agente una solución actualista. En otros casos, cuando los intereses morales en juego sí tienen gran entidad moral, y el agente podría superar su debilidad ante el peso de su deber moral, una teoría deontologista recomendaría una solución posibilista. Una parte de esta conclusión sí coincide con la observación de Farrell. El deontologista no tiene una “solución decisiva” para este problema. Pero tal vez sea más preciso afirmar que el deontologista no tiene una solución *uniforme* para este problema. Lo que el deontologista recomienda es estudiar las circunstancias del caso y ver cuáles son los principios y normas morales aplicables. Él no tiene una tolerancia ilimitada frente a las debilidades humanas (como el actualista). Tampoco carece de tolerancia (como el posibilista). Su actitud es más bien la de una tolerancia limitada según las circunstancias del caso.

## 5. POSIBILISMO Y UTOPIÍA

Consideremos el siguiente caso:

La amplia mayoría de la población de la República de Ruritania considera que es verdadera una teoría de la justicia cuya implementación permite justificar la intervención robusta del Estado en el sistema económico y social. Naturalmente, esa mayoría considera que la teoría del Estado mínimo o *laissez faire* es falsa. Lamentablemente, las políticas públicas justificadas sobre la base de la teoría de la justicia considerada verdadera han producido crisis económicas recurrentes en los últimos setenta años. Básicamente, la causa de esas crisis es que el Estado interventor es tomado por grupos rentísticos que lo convierten en un instrumento de sus intereses personales y sectoriales. Como resultado de estas crisis, la situación de la República de Ruritania cada vez se aleja más de los resultados que prescribe la teoría de la justicia. Ahora la Sra. López, que pertenece a la mayoría, analiza su disyuntiva electoral de esta forma: si acompaña con su voto de vuelta a la mayoría, anticipa que los resultados que obtendrán se apartarán aún más de las prescripciones de la teoría. Si vota junto a la minoría del Estado mínimo, vota por una teoría falsa, pero tiene una posibilidad de evitar un daño mayor a sus compatriotas. ¿Qué debe hacer?

Imaginemos que la Sra. López no tiene ningún interés personal. Ella tiene un trabajo profesional cuyas retribuciones resultan relativamente inalteradas por la adopción de una u otra teoría. Sin embargo, sí tiene convicciones morales. Nótese que la situación de la Sra. López es parecida a la del profesor Demorón. Ella está convencida de que debe (o debería) votar con la mayoría porque esa es la alternativa que tiene las mejores consecuencias posibles. Por otro lado, anticipa que, si se comprometen como comunidad política a continuar implementando la teoría de la justicia, en la práctica no la implementarán, sino que, por defectos de carácter, incapacidad o debilidad de la voluntad de los miembros de la comunidad, producirán resultados que se alejarán cada vez más de la teoría que ella considera verdadera.

Supongamos que, como es probable que ocurriera en la práctica, la Sra. López considera que el escenario óptimo es posible. Si es posibilista, ella concluirá que debe votar en dirección al escenario óptimo. No juzgará que puede excluir de su deliberación aquellas consecuencias que no son factibles por causas atribuibles a la mayoría. Para la Sra. López su deber es alcanzar la situación óptima, aun cuando de hecho

los resultados que se alcanzarán son fuertemente subóptimos. Como vemos, el posibilismo político se parece al pensamiento social utópico.

El actualismo de Farrell le ofrece a la Sra. López una terapia simple y breve. "Vote por el partido del Estado mínimo". El análisis actualista está basado en el hecho de que el escenario óptimo, es decir, "votar por la justicia + obtener la justicia" no es factible para la República de Ruritania. Si López vota por la justicia contribuirá a alcanzar este otro escenario "votar por la justicia + obtener mayor injusticia". Paradójicamente, Farrell le recomendaría a López que no vote por la teoría política verdadera sino por una teoría política falsa. Pero, entonces, ¿en qué sentido podemos decir que la teoría de la justicia es verdadera? Una teoría normativa verdadera impone deberes morales, y una teoría normativa falsa no los impone. Pero para el actualista, la teoría de la justicia, aunque verdadera, no implica en esas circunstancias la obligación de apoyarla. El actualista político se parece mucho a un pragmata social.

Habíamos dicho que el deontologismo no provee una solución uniforme (actualista o posibilista) para todos los casos. Imaginemos ahora que la Sra. López es deontologista. Como tal, ella estudiará las circunstancias del caso y considerará las normas y principios morales relevantes. Está convencida de que la teoría de la justicia es verdadera. Siendo verdadera, está obligada a seguir sus principios. Estos principios imponen votar por el partido de la justicia. Por otro lado, ella también está obligada a evitar un daño a sus compatriotas. Este otro deber no proviene de su teoría política sino de sus principios éticos. ¿Qué deberes prevalecen, los deberes derivados de su teoría política o aquellos impuestos por sus principios éticos? La Sra. López ha seguido hasta ahora las elecciones políticas que dicta el posibilismo. Pero la terapia de Farrell para las tribulaciones de López es decirle que apoye la teoría política que ella y la mayoría consideran falsa.

Esta disyuntiva tiene una afinidad con la distinción planteada por Max Weber en términos de una ética de la responsabilidad y una ética de la convicción. La ética de la responsabilidad atiende a las consecuencias. La ética de la convicción es, básicamente, el deontologismo moral. En este caso, sin embargo, la distinción de Weber no se aplica (totalmente) porque estamos suponiendo que la Sra. López es deontologista,

de modo que tiene convicciones morales encontradas (a favor de su teoría política y a favor de sus principios morales).

Si la Sra. López se ve en una posición paralela a la de Demorón, juzgará que su deber es el establecido por la solución actualista. Si se ve en una posición parecida a la de Lerdo, la conclusión es ambigua, dependiendo de si equipara el riesgo médico con el riesgo de que la sociedad sea injusta o con el riesgo de daño. Una ciudadana que visualiza sus convicciones políticas como Lerdo visualiza sus deberes profesionales elegirá en forma posibilista. Pero una ciudadana que visualiza sus principios éticos como Lerdo concibe sus deberes profesionales elegirá en forma actualista.

## 6. CONCLUSIÓN

En su ensayo Farrell persigue un doble propósito. Primero, trata de mostrar que hay vínculos entre el actualismo y el posibilismo y dos pares de teorías más abstractas (el consecuencialismo y el deontologismo, y el internalismo y el externalismo de razones). Considerando sus argumentos, mi conclusión es que sí hay un vínculo con el primer par (consecuencialismo y deontologismo), aunque el vínculo es diferente que el que encuentra Farrell. El consecuencialismo puede ser ora actualista, ora posibilista, dependiendo del criterio de posibilidad que adopte. En cambio, el deontologismo no puede ser ni actualista ni posibilista. En cada caso atenderá a las circunstancias y a las normas morales relevantes, adoptando una u otra solución.

Segundo, Farrell se propone defender el actualismo como la posición ética más sensata. Simpatizo con esta postura, especialmente cuando se trata de elecciones políticas como la de la Sra. López (que Farrell no aborda). Sin embargo, la posición deontológica que exploré no puede adoptar una solución uniformemente actualista. Depende de las circunstancias. En algunos casos, como el de Demorón de Jackson, la solución actualista es ciertamente la más sensata. En otros casos (Demorón en el volumen de homenaje y doctor Lerdo), la postura posibilista es plausible porque resulta razonable imponer al agente el costo de sobreponerse a sus debilidades en atención a la importancia moral de la mejor alternativa. Una teoría deontológica debería mostrar, en mi opinión, una tolerancia no ilimitada a las debilidades humanas. Cuando las debilidades no son exclusivamente personales, sino compartidas

con una comunidad política (como en el caso de la Sra. López), cobra mayor sentido aceptar la solución actualista con el fin de evitar las peores consecuencias. Paradójicamente, esta solución exige en algunos casos apoyar una teoría política que uno no vacila en considerar falsa.



# MARTÍN FARRELL Y UN HEROICO SENTIDO DE LA VIDA

*Jaime Malamud Goti*

## 1. POR QUÉ ESTE ARTÍCULO

Escribí este ensayo entre mayo y junio del 2021 con la desesperanza que impregna a casi todas las caras de quienes residen en lo que fue algunos años atrás la Ciudad de Buenos Aires. Es sabido que un político se propuso transformar ese nombre y la iniciativa concluyó agregándole al nombre tradicional de la ciudad una de sus reales o supuestas calidades. Si imitaran estos cambios de nombres en la Argentina, hoy viajaríamos a “La Imponente Ciudad de Nueva York” o a “La Inusitadamente Espléndida Ciudad de París”. Como muchos a quienes veo a diario, intento evitar caer presa de la depresión. Vivir en Argentina, como lo hago desde hace unos cuantos años, es muy difícil. Pero este es, creo, un momento crucial. Son pocos los que no advierten que el país ha sido incapaz de progresar en algún sentido sustancial durante el período posdictatorial. Se encuentra ahora, más vale, en bancarrota moral y económica. Solo un optimista implacable, algo cercano a un loco, puede suponer que la lastimosa situación se aliviará en un futuro cercano. Esta realidad está hoy más cerca de nuestra piel de lo que estuvo en uno de los tantos aprietos en que lo colocaron administraciones ineptas desde el final de la horrible dictadura del 1976-83. De esta manera, mientras otros celebran su progreso, aquí solo se oye el estridente escándalo de nuestros altos funcionarios que se culpan unos a otros por una amplia variedad de errores y fracasos, ya que no hay casi nada que en el país ande bien. Todo anda, en cambio, muy mal. Para culminar con un pueril dato autobiográfico aclaro que escribir en estos momentos demanda una energía que me resultaría muy difícil de lograr en estos tiempos que corren. Pero escribir para un homenaje a Martín Farrell me ha compelido con placer a superar el desánimo. La empresa

de contribuir con un trabajo a un libro dedicado a Martín Farrell<sup>(1)</sup>, mi viejo y querido amigo, dispó en buena medida mi malestar. En medio de una vasta indecencia nadie ha trabajado los temas centrales de la ética con la destreza y constancia con que lo hace Martín Farrell.

Esta es la manera en que decidí escribir este artículo. Lo que sigue a esta especie de introducción consiste en esbozar algunas cavilaciones sobre el sentido y la justificación de segmentos de nuestra vida o, a veces, de toda ella, sobre la base de lo que significan, para Jorge Luis Borges, la traición y el heroísmo. Prefiero dejar el tema en este punto y aclarar que me ocupo de él en la segunda sección.

## **2. RAZONES, JUSTIFICACIÓN Y SIGNIFICADO: EMMA Y OTTO ZUR LINDE (*DE LOS CUENTOS DE J. L. BORGES, EMMA ZUNZ<sup>(2)</sup> Y DEUTSCHES REQUIEM<sup>(3)</sup>*)**

Me ocupo aquí de lo que yo entiendo por la idea de Borges de lo que significa “justificar” o “darle un sentido sustancial” a nuestra existencia a partir de dos de sus cuentos. Parto del intento de esclarecer la reflexión que Borges pone en boca de Otto zur Linde, el personaje central de *Deutsches Requiem*. El personaje afirma: “Nadie puede ser, digo yo, nadie puede probar una copa de agua o partir un trozo de pan, sin justificación. Para cada hombre esa justificación es distinta; yo esperaba la guerra inexorable que probaría nuestra fe...”<sup>(4)</sup>. No puedo abordar el tema sin incurrir en especulaciones abstractas, inevitables cuando se trata de entender frecuentes narrativas de J. L. Borges. En este caso, comienzo con el proceso de la construcción de un mundo a través de aquello a lo cual le adjudicamos sentido o la capacidad de justificar. Pienso en un ámbito en el cual las cosas y los hechos adquieren significado para alguien cuando el ojo de su mente los privilegia de

---

(1) No agrego el nombre “Diego” para distinguirlo de otros Farrell(s). Es un esfuerzo inútil. Dos descendientes de Martín se llaman también Martín Diego Farrell.

(2) Jorge Luis Borges, “Emma Zunz”, *Obras completas*, t. 1 (Barcelona: Emecé, 1996), pp. 564-568.

(3) Jorge Luis Borges, “Deutsches Requiem”, *Obras completas*, pp. 576-581.

(4) *Ibid.*, p. 577.

modo que, de alguna manera, pasan tener un sentido, a importarle, aún a pesar suyo<sup>(5)</sup>.

Aludo aquí al “sentido” y la “justificación”; más especialmente, la “Justificación”, con mayúscula. Esta distinción obedece a la importancia de lo que justificamos. Puede tratarse de un evento en particular, como aquellos que tomo del propio Borges, de acontecimientos que se extienden a un segmento significativo de nuestra vida o de esta última de principio a fin. Más acotadamente, me interesa especialmente la Justificación colectiva. Esto es, la de aquello que tiene un especial significado compartido por los miembros de una comunidad y que contribuye a adquirir o enfatizar la justificación de la existencia colectiva. En los cuentos de Borges, hay temas recurrentes que el autor utiliza para jugar con nosotros a riesgo de confundirnos (o confundiéndonos, sin más). Aquí, me ocupo particularmente de héroes y traidores<sup>(6)</sup>. Así como censuramos con resentimiento al traidor por quebrantar la lealtad que le exigimos, lo contrario ocurre con el héroe. Me refiero, de más está decirlo, a aquel que se sacrifica por nosotros, ya que su acción contribuye en cierto modo a justificarnos como individuos o miembros de la comunidad auxiliada por el héroe. En el último caso, su sufrimiento suscita un marcado reconocimiento colectivo. Pero ambos, traidores y héroes, afectan dramáticamente la trama de significados que comparten los miembros de un grupo.

Paso aquí al tema de la Justificación a partir de dos cuentos de Borges: *Deutsches Requiem* y el personaje central, Otto zur Linde, y de Emma, la protagonista del cuento *Emma Zunz*.

---

(5) Hay que tener en cuenta que Borges no solo advierte esta peculiaridad con relación al espacio sino también al tiempo. La paradoja de Aquiles y la tortuga admite para el autor, un tiempo infinitamente divisible también (Jorge Luis Borges, “La perpetua carrera de Aquiles y la tortuga”, *Obras completas*, pp. 244-248).

(6) Es interesante la ambigüedad del Borges con respecto a descripción del traidor. Esto se advierte en varios de sus cuentos, pero en ninguno se hace patente esta duplicidad como en “El tema del traidor y del Héroe”, *Obras completas*, pp. 496-498. El supuesto traidor, cabecilla de la resistencia irlandesa contra el Imperio Británico, debe morir de modo que el final no desanime a los revolucionarios. El acusado de traidor acepta y su muerte insufla nuevas energías entre sus seguidores. Este solo hecho muestra que el traidor es, al mismo tiempo alguien dispuesto al sacrificio para la causa a la que le ha sido desleal. Este juego de Borges no puede evitar la sospecha de que su narrativa es un ingenioso juego en el que resulta difícil escapar. Ver también, Jorge Luis Borges, “La marca de la espada”, *Obras completas*, pp. 491-495.

Antes de comenzar la guerra, zur Linde se propone continuar el camino de la casta de militares heroicos a la que él pertenece. Pero un hecho imprevisible ocurrido en Tilsit<sup>(7)</sup>, aniquila su proyecto. Me ocupo de estos hechos más adelante. En lugar de un soldado de Alemania, zur Linde termina por revistar como carcelero en un campo de concentración. Finalizada la guerra, Zur Linde es condenado a muerte por torturador y asesino y espera su inminente ejecución<sup>(8)</sup>. Me dedico ahora, brevemente, a la trama de Emma Zunz.

La narrativa comienza con la carta de un vecino de su padre en la que informa a Emma que este ha muerto, exiliado en el sur del Brasil. La causa de su muerte, dice la carta, fue el negligente exceso en el consumo de Veronal. Entonces, un barbitúrico habitualmente utilizado para poder dormir. Hacía unos años que Emmanuel Zunz vivía bajo un nombre supuesto en esa pequeña ciudad en la que encontró refugio después de ser condenado (o solo procesado) por un desfalco cometido en Buenos Aires. Con relación a lo último, antes de escapar de Argentina, Zunz le jura a Emma que el verdadero autor del fraude fue un tal Aarón Loewenthal, quien, en ese entonces, era el contador de la empresa. Cuando, algunos años más tarde, la noticia de su muerte llega a manos de Emma, Loewenthal se ha convertido en uno de los dueños de la empresa en cuya fábrica ella es una operaria.

Emma es apenas mayor de veinte años y reside en Buenos Aires donde Borges describe una vida solitaria, monótona y trivial. Es una joven temerosa y ha cultivado rutinas severas. A pesar de que Borges no alude a evidencia alguna que incrimine a Loewenthal, Emma da por sentado que su padre ha sido sentenciado por la deslealtad del contador y —ella supone— fue ese desgraciado trance el que empujó a su avergonzado padre al suicidio. A partir de las cavilaciones que la carta provoca, la vida gris de Emma de repente cobra sentido y este radica en ejecutar un plan para matar a Loewenthal sin correr el peligro de verse incriminada. La joven piensa que su misión obedece al dictado de la Justicia Divina que resplandece por encima de las iniquidades de

---

(7) De acuerdo con la narrativa Tilsit debería ser una ciudad en Bohemia. He procurado ubicarla en un mapa, pero el único lugar con este nombre se encuentra en Rusia, en el Noreste.

(8) Bossart sugiere que el nombre David Jerusalem simboliza al prisionero de un campo. Ver, William H. Bossart, *Borges and Philosophy: Self, Time and Metaphysics* (Nueva York, Lang, 2003), p. 129.

los hombres. De acuerdo con el narrador, la muerte del padre de Emma es para ella “lo único que había sucedido en el mundo, y seguiría sucediendo...”<sup>(9)</sup>. Ahora, su vida es diferente, verdadera o falsa, la traición de Loewenthal y verdadero o falso el suicidio que Emma da por sentado, el hecho ha quedado emplazado en el centro de su mundo.

Los cuentos *Emma Zunz* y *Deutsches Requiem* tienen en común la peculiar manera en que los personajes centrales —Emma, en el primero y Otto zur Linde en el último— nos proveen de razones para creer que están dispuestos a incurrir en actos de singular violencia. Están persuadidos de que cumplen con imperativos que justifican, si no sus vidas, al menos segmentos de estas: la verdadera *Justicia* que es, para Emma, la dictada por la divinidad. En *Deutsches Requiem*, zur Linde persigue la generación del hombre nuevo que exige *un mundo mejor*, como lo pregonara el nazismo. Como explica el personaje para defender su incorporación al Partido a pesar de que en este encuentra que sus nuevos camaradas “toscos” y “violentos”. Zur Linde ha cultivado en realidad las calidades opuestas. Fue un sensible amante de la música de Brahms y las obras de Shakespeare. Igual que Emma, Borges nos cuenta que detesto siempre la violencia.

Así como Emma se vuelca a lograr la Justicia Divina, zur Linde concluye que el destino le ha deparado la misión más difícil que puede demandar su causa. Morir en combate, explica, es un hecho fácil; no lo es, en cambio, consagrar cada día a la miseria de los calabozos. “Me bastaba saber que sería un soldado en sus batallas (...) El azar, o el destino, tejió de otra manera mi porvenir...”<sup>(10)</sup>. Un hecho apenas conocido torció el resto de su vida y zur Linde Justifica este cambio de rumbo.

Dos balazos en una pierna, seguidos de su amputación, impelen a zur Linde a preguntarse por el íntimo designio que lo condujo a transformarse en carcelero. “¿Qué ignorado propósito (cavilé) me hizo buscar ese atardecer, esas balas y esa mutilación?... Al fin creí entender. Morir por una religión es más simple que vivirla con plenitud...El 7 de febrero de 1941 fui nombrado subdirector del campo de concentración de Tarnowitz”<sup>(11)</sup>. Detrás de la decisión de zur Linde de unirse al Partido

---

(9) Borges, “Emma Zunz”, p. 564.

(10) Borges, “Deutsches Requiem”, p. 577.

(11) *Ibid.*, p. 578. En el cuento, Borges incurre, seguramente por decisión propia, a interpretar a Schopenhauer más allá de lo que este escribió. Seguramente, Borges

Nazi, al comenzar el relato, yace la de prodigar su vida a su Alemania. Pero la guerra se acerca a su fin con una contundente derrota. El Tercer Reich “*muere acosado por vastos continentes*”, zur Linde cree comprender su desconcertante alegría. Concluye que lo Justifica haber servido a la humanidad entera en lugar de perseguir el triunfo de su amada Alemania como lo creyó hasta entonces.

Es de esta manera que Borges nos muestra el punto hasta el cual rechaza la idea de que actuamos con base en auténticas razones. Tanto Emma como zur Linde revelan una visible incapacidad para obrar de acuerdo con estas y nos fuerzan a entender, en cambio, que las acciones se originan en deseos y pasiones, ocultas con frecuencia. Dicho de otra manera, los personajes nos muestran su convicción de que obran por motivos que su deliberación ha puesto frente a su mirada para justificar sus actos. En este sentido, se dice que una razón para actuar cumple, en líneas generales, con un doble propósito. En primer lugar, da cuenta de lo que hacemos, lo hace inteligible para nosotros mismos y para terceros con la expectativa de que estos encuentren comprensible que hayamos actuado como lo hicimos. En segundo término, la razón justifica nuestras creencias y las consiguientes acciones que ejecutamos sobre la base de estas de modo que, según el caso, suponemos que hay convicciones sustentables que explican y apuntalan lo que hacemos. Este no sería el caso si, en lugar de actuar a consecuencia de razones, lo hiciésemos compelidos por pasiones, muchas de ellas ocultas hasta para el mismo agente mismo<sup>(12)</sup>.

Al servicio de la primera misión, las razones *explicativas*<sup>(13)</sup> publican los motivos que nos mueven de modo permitir que otros logren po-

---

exageró su interpretación del texto de Arthur Schopenhauer. Ver, Arthur Schopenhauer, “Transcendent Speculation on the Apparent Deliberateness in the Fate of the Individual”, en *Parerga and Paralipomena*, vol. 1, traducido por F. Payne (New York: Oxford University Press, 1974), pp. 199-223.

(12) Esta es una versión estándar de cualquier creyente en la razón, para empezar con el lugar que esta ocupa en un autor como Kant. Véase, Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, traducido y editado por M. Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1996).

(13) Tomo la expresión de John Gardner, “Justification and Reasons”, en *Harm and Culpability*, ed. por A. P. Simester *et al.* (Oxford: Clarendon Press, 1996), pp. 103-129. En este trabajo, Gardner distingue las *razones explicativas* de las *razones guía*. Mientras las últimas hacen referencia a razones externas a nuestros deseos y estados mentales, la primera se refiere a los motivos que damos para explicar nuestra actuación. Las primeras, de más está decirlo, responden a la idea de que las razones se encuen-

nerse en nuestro lugar como es el caso de Otto zur Linde en *Deutsches Requiem*. Este no busca ganar nuestra aprobación moral y menos aún que lo imitemos. Pretende sí "...ser comprendido aunque no haya culpa en él"<sup>(14)</sup>. Utilizo el "deben" con referencia a un sistema normativo del que esperamos, según el caso, provea de sentido a nuestras acciones y, eventualmente, Justifique nuestra existencia. Sí es necesario, en cambio, que la conducta que juzgan resulte comprensible como lo espera zur Linde de quienes accedemos a escucharlo ya muy cerca de su fin. Para esto último hace falta que nuestro interlocutor tenga a su alcance los motivos que lo mueven. De esta manera, Borges parece rechazar la idea de que nuestra conducta se apoya en genuinas razones. Esto implicaría, antes que nada, que gobernamos el curso de nuestra propia existencia si es que las pasiones se subordinan al supuesto dominio de nuestra razón. Es por esto mismo que las razones cesan cuando nuestra voluntad alcanza a ser nada más que en una pieza en el curso de acontecimientos que ocurren más allá de nuestra deliberación. Y Borges, según mi juicio, abona esta última tesis, con la aclaración de que su concepción nos muestra los cursos arbitrarios que nos impone el azar para demandarnos cursos de acción que nos justificarían si nuestros motivos fuesen en verdad racionales.

La doble tarea, sin embargo, lleva implícita la existencia de una comunidad de significados. Borges lo describe así: "...(U)n lenguaje es un alfabeto de símbolos cuyo ejercicio presupone un pasado que los interlocutores comparten..."<sup>(15)</sup>. En los casos examinados el papel supuestamente justificante de lo que consideramos razones no es, de cualquier manera, prudencial, estético y, menos aún, ético en el sentido en que Farrell y nosotros entendemos a lo último. La supuesta justificación sirve al propósito de mostrar que la acción -el desarrollo de un proyecto- se ve, al menos, libre de contradicciones manifiestas para alinearse con principios, valores y planes más comprensivos en la vida del proyecto. Que nos ofrezcan razones para que logremos entenderlos significa que su conducta concuerda con cierta finalidad que en su propia vida le impuso "su" voluntad, que, en el caso de zur Linde, obedece a su propia esencia. No así su voluntad racional. En este punto,

---

tran fuera de nuestro aparato motivacional de modo que pueden o no ser aprehendidas y adoptadas por el agente.

(14) Borges, "Deutsches Requiem", p. 576.

(15) Ver, Jorge Luis Borges, "El Aleph", en *Obras Completas*, p. 624.

Borges sigue la idea de Arthur Schopenhauer según la cual nos guía un carácter que nos impone sus designios<sup>(16)</sup>. Conocemos este carácter, piensa Schopenhauer, solo a través de la experiencia. Ni Emma ni Otto intentan convencernos de que los tribunales son injustos ni que su acción se ajusta mejor a alguna versión vigente de lo que entendemos por moral, por Derecho, o por la satisfacción de nuestras más íntimas aspiraciones. La finalidad que se proponen alcanzar Emma Zunz y Otto zur Linde, se originan en la exigencia de justificar sus vidas en la situación en que se encuentran y que escapa a lo que han podido prever. Por lo que nos revela la conducta de ambos, parece ser el caso de lo que llamaría “justificaciones existenciales”; de encontrar que sus vidas tienen sentido. Con mayor fuerza, que lo que hacen los Justifica.

En los cuentos como los que acabo de referir, alcanzar al *hombre nuevo* al que zur Linde consagra su vida, y la *Justicia Divina* que Emma se propone imponer persiguen el propósito de *justificarse* como lo enseñan los dos personajes al volcarse a perseguir estos fines<sup>(17)</sup>. Así, piensa zur Linde cuando declara “...Nadie puede... probar una copa de agua o partir un trozo de pan sin justificación. Para cada hombre esa justificación es distinta...”<sup>(18)</sup>. Pero esta afirmación no debe confundirnos, ya que no se refiere a un sustento moral. Al aludir a esta justificación, es obvio que zur Linde no se refiere a la corrección de una conducta como solemos juzgar la moralidad de nuestros actos. Zur Linde rechaza explícitamente la posibilidad de justificar sus actos moralmente. Acaba de decirnos que defender su comportamiento ante el

---

(16) Otto Dietrich Zur Linde piensa en Schopenhauer, a quien le hace decir que todas las circunstancias por las que atraviesa la vida de un hombre fueron en verdad queridas y orquestadas por él. La idea de Schopenhauer, sin embargo, es que existe en cada uno esa voluntad pero que solo podemos acceder a esta voluntad interior que nos gobierna a través de la experiencia ya que es resistente a la simple introspección (Ver al respecto, Arthur Schopenhauer, *Transcendent Speculation on the Apparent Deliberateness in the Fate of the Individual*, pp. 201-223). No hay frase que refleje esta idea tan claramente que la del mismo autor: “Un hombre podrá hacer lo que quiera, pero no podrá querer lo que quiera” (ver especialmente su ensayo “Prize Essay on the Freedom of the Will”, editado por G. Zöllner, traducido por E. Payne. (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).

(17) La idea que adjudico a Borges es afín con la noción de justificación de nuestra vida, según Bernard Williams, “Moral Luck”, en *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981), p. 20.

(18) Borges, “Deutsches Requiem”, p. 577.



tribunal que lo condena “hubiese entorpecido el dictamen y hubiese parecido una cobardía...”<sup>(19)</sup>.

Como lo intento explicar casi al comienzo, Otto zur Linde piensa que el destino le ha deparado luchar como un soldado de Alemania como lo hicieron, como soldados, sus valientes antepasados. Sin embargo, circunstancias que no ha podido siquiera imaginar, lo arrastran en una nueva dirección y que él debió considerar, hasta ese momento, bastante menos memorable. La pérdida de una pierna y su ulterior castración (apenas sugerida en el cuento) le imponen abandonar la carrera militar para dedicarse a vigilar prisioneros como segundo comandante de un campo de concentración. Es esta actividad el nuevo punto de partida para Justificar su vida. Así describe Borges las cavilaciones a las que conduce este arduo propósito que ahora se le ha vuelto difícil. El trecho que separa al soldado del carcelero es muy amplio:

“El ejercicio de ese cargo no me fue grato; pero no pequé nunca de negligencia. El cobarde se prueba entre las espadas; el misericordioso, el piadoso, busca el examen de las cárceles y del dolor ajeno. El nazismo, intrínsecamente, es un hecho moral, un despojarse del viejo hombre, que está viciado, para vestir el nuevo. En la batalla, esa mutación es común, entre el clamor de los capitanes y el vocerío; no así en un torpe calabozo, donde nos tienta con antiguas ternuras la insidiosa piedad. No en vano escribo esa palabra; la piedad por el hombre superior es el último pecado de Zarathustra. Casi lo cometí (lo confieso) cuando nos remitieron de Breslau al insigne poeta David Jerusalem”<sup>(20)</sup>.

Estas mismas circunstancias, que escapan por completo a su dominio, le imponen urdir la Justificación de su vida. Su inminente ejecución como un criminal de guerra para nosotros, significa algo muy diferente para el protagonista. Zur Linde se ve ahora a sí mismo como “un símbolo de las generaciones del porvenir”<sup>(21)</sup>. Concluida su carrera entre los combatientes del Reich, este hombre, que fue culto y sensible, se entrega a la sórdida tarea de vigilar prisioneros para transformarse en un guardián despiadado. Es allí, parece ser, donde encuentra su verdadero lugar, porque encuentra que el nazismo —cuyos miembros son, “toscos y violentos”— encarna el momento de la historia en que el Hombre está a punto de experimentar un cambio inflexible: “com-

---

(19) *Ibid.*, p. 576.

(20) *Ibid.*, p. 578.

(21) *Ibid.*, p. 578.

prendí, sin embargo —dice zur Linde— que estábamos al borde de un tiempo nuevo y que ese tiempo, comparable a las épocas iniciales del Islam o del Cristianismo, exigía hombres nuevos...” (22). De esta manera, zur Linde logra verse como un héroe o un mártir que ha decidido inmolarse (eso piensa zur Linde) por su país, primero, y luego, como veremos, por la humanidad entera (23). Con aspiraciones menores, Emma también se considera destinada al sacrificio en aras de un valor superior que es la Justicia Divina.

Emma Zunz descubre (en realidad, *crea* descubrir) que su vida está ligada a la desdichada suerte de su padre humillado, a quien —supone Emma— la vergüenza que trajo consigo la injusticia de un tribunal de Buenos Aires lo forzó a quitarse la vida. La supuesta deslealtad de Loewenthal le impuso la suerte de reivindicar esa infamia. Al recibir la carta que le informa de la muerte de Emmanuel Zunz, Emma se ve presa de un “malestar en el vientre y en las rodillas” y de “ciega culpa”. En este momento advierte “que la muerte de su padre era lo único que había sucedido en el mundo, y seguiría sucediendo sin fin” (24). De que estas suposiciones, lo que pone en evidencia el narrador es que la vida de Emma se ve ahora presa del significado de la muerte que atribuye al real o supuesto traidor. La acción que sigue se limita a respetar al pie de la letra los alcances de esta suposición.

Emma Zunz y zur Linde encuentran la Justificación de sus vidas en la ejecución de actos que calificamos de reprehensibles; pero de una manera, los dos se ven, a su manera, héroes, individuos que se brindan en sacrificio (25). Ambos ofrecen razones que suenan claramente a pretextos escrupulosamente articulados. Lo último finca en adjudicar-

(22) *Ibid.*, p. 578.

(23) Ver, Bossart, *Borges and Philosophy*, p. 128.

(24) Se han ensayado ingeniosas interpretaciones respecto significado y origen del malestar y de la ciega culpa de Emma (ver, en especial, Herbert Morris, “What Emma Knew: The Outrage Suffered in Jorge Luis Borges’s ‘Emma Zunz’”, *Indiana Journal of Hispanic Literatures* 10-11 (1997), pp. 165-202. Los ensayos son variados y muchos de ellos llaman la atención del lector sobre la ausencia de la madre de Emma que aparece mencionada de un modo tangencial en el texto, de su rechazo a los hombres y del recuerdo del acto carnal como aquello “...que su padre le había hecho a su madre la cosa horrible que a ella ahora le hacían” (Borges, “Emma Zunz”, p. 566).

(25) Ver, Bossart, *Borges and Philosophy*, p. 128. El autor advierte esta característica en zur Linde nos advierte que el epígrafe del cuento se refiere al sacrificio que Dios le exige a Job. El último piensa “Though he shall slay me I will trust in him” (“Aunque haya de matarme, en él he de creer”).

nos propósitos que no son en verdad los genuinos motivos que nos mueven a actuar. La primera, porque mata con la mayor frialdad a un hombre sin contar con la evidencia suficiente para dar por sentado razonablemente que la muerte de su padre hubiese sido un suicidio, en primer lugar, y, en segundo término, que este suicidio se hubiese inspirado en la traición de Loewenthal. Por otra parte, muy pocos lectores apoyarían la idea de que, aún en la hipótesis de haber traicionado a Emmanuel Zunz, Loewenthal merecería el castigo más severo que es el que Emma le aplica. En cuanto a Otto zur Linde, no está claro que el destino que este adjudica a su propia voluntad de acuerdo con su propia interpretación de Schopenhauer: pensar que “todos los hechos que pueden ocurrirle a un hombre...han sido prefijados por él...”<sup>(26)</sup> responde a la verdad. Ocurre, más vale, lo contrario. El cuento nos mueve a sospechar que su desempeño como subcomandante del campo de Tarnowitz no es más que el producto de la suerte; y adviértase, de lo que entendemos por mala suerte. Sin embargo, son el mártir y el héroe aquellos cuya justificación, en el sentido que examino aquí, cobran el mayor vigor. Ambos contribuyen a la Justificación de la existencia de la comunidad a la que pertenecen y son, de esta manera, afortunados. Lo son, en tanto suscitan —o merecen al menos despertar— un enfático reconocimiento colectivo. Esto es lo que cree Otto zur Linde hasta el fin. Es importante recordar que es un hombre culto y sensible y que su condena es la consecuencia de torturar a David Jerusalem, un poeta quien él mismo parece venerar.

No quiero cerrar esta tercera sección del ensayo sin referir brevemente una experiencia personal. Sin que fuese una sorpresa para mí, me conmovieron hace pocos años las confidencias de dos de quienes fueron mis estudiantes que recién regresados de servir como soldados en la Guerra de Irak. Forzados a actuar cerca de Bagdad, ambos expresaron su inicial rechazo de la guerra que juzgaron como una aventura inadmisible. Esta ponía en riesgo la vida de muchos jóvenes

---

(26) En el cuento, Borges cita un pasaje del primer tomo de *Parerga y Paralipomena* de Arthur Schopenhauer. La tesis de Schopenhauer, muy escuetamente, nos habla de una Voluntad que rige la vida de cada humano y guía todos sus actos. Esta Voluntad es solo conocible a través de la observación de nuestro propio comportamiento. No antes. En “Deutsches Requiem”, Borges interpreta a Schopenhauer como si este sostuviese que cada acto que realizamos, cada situación por la que atravesamos, fuese el producto de esa voluntad. “todo casual encuentro una cita... toda muerte un suicidio”. Borges, “Deutsches Requiem”, p. 578.

norteamericanos a resultas de una muestra de fuerza desplegada por los Estados Unidos sin una justificación veraz. Este trágico sentimiento de futilidad cesó, no obstante, el día en que, detrás de las líneas, uno de sus compañeros fue despedazado por una bomba mientras comía detrás de la línea de fuego. Como por arte de magia, la guerra cobró sentido para ambos pues, de una desgraciada aventura, a ser *su propia guerra*. Si no hubiese sido así, “*si no combatiésemos con él in mente*—pensaron en su amigo muerto— su fin hubiera sido en vano; un hecho más sin sentido”. No puedo ofrecer una explicación satisfactoria que explique el cambio de actitud de estos veteranos de guerra, aunque, de alguna manera, intuyo que nos hubiese parecido una explicación razonable y hasta predecible. Aquí, me limito a referirme al sufrimiento como una propiedad inherente a la idea de una víctima, en cualquiera de sus dos sentidos entre otras lenguas, en castellano, inglés y francés<sup>(27)</sup>. Primero, como alguien que sufre por una causa que no provocó. Segundo, el que se ofrece en sacrificio por otros y a las actitudes que esta suscita entre nosotros. Me interesa, más especialmente, la clase de sufrimiento que alguien padece deliberadamente *por o para* otros, sean estos individuos o asociaciones. Nos enteramos a diario de personas que ofrecen su vida por su país, su religión o por un amigo desvalido, enfermo o atrapado en un enredo. Pienso que es muy probable que estos actos obedezcan al impulso de la víctima en Justificar su propia vida. Alguien destacó que parece paradójal que aquello que le da sentido a nuestra existencia con la mayor firmeza sea, al mismo tiempo, eso mismo por lo cual estaríamos decididos a perderla.

### 3. EN DEFINITIVA: MARTÍN FARRELL Y EL HEROÍSMO

Con una evidente falta de originalidad, adelanto que Martín Farrell es demasiado conocido para justificar introducciones elogiosas de sus actividades y logros. Es el autor de una muy vasta obra académica dedicada mayormente a la ética. Conocemos una gran parte de esa obra, libros y artículos. También escuchamos sus charlas y conferencias. Martín Farrell ha hecho un singular y fecundo esfuerzo destinado a enseñarnos a deliberar de una manera moralmente correcta antes que cualquier otra cosa y nos ha enseñado a pensar y actuar en términos

---

(27) Ver, George P. Fletcher, *Loyalty: An Essay on the Morality of Relations* (New York: Oxford University Press, 2001).

morales<sup>(28)</sup>. Es cierto que caben dudas sobre el peso de saber ética como un paso decisivo para obrar conforme a sus posibles dictados. De lo que no dudo es que los buenos académicos nos enseñen acerca de ella es siempre una contribución para dirigirnos en el sentido correcto.

Sabemos bastante del recorrido de Martín Farrell: de las variadas distinciones que obtuvo como académico y del nombre que dejó atrás en la justicia. No quiero olvidar aquí su desempeño como juez. Quien ha tenido la oportunidad de consultar sus sentencias no solo las ha encontrado ajustadas y precisas, sino también redactadas en un lenguaje envidiablemente claro, sobrio. No sobran palabras como es tan habitual en el medio judicial en el que impera una lengua muy difícil de entender.

Para mí resulta importante agregar que no deja de asombrarme la ágil inteligencia de Martín y su fantástico sentido del humor. Además de considerarme su amigo desde los veintiocho años, de haber viajado juntos y compartido un sinnúmero de ocasiones académicas y sociales, no recuerdo siquiera un instante tedioso en su compañía. Me ha ocurrido más vale lo contrario. Sus ingeniosas y creativas observaciones me han forzado a reírme hasta el punto de extenuar mis músculos faciales. Esta creatividad, debo reconocer, no se extiende para nada a su apariencia social. Su vestimenta merece un capítulo aparte. Es imposible sospechar que Martín sea negligente en elegir su vestuario y que su apariencia diaria sea el producto de alguna negligencia. Es deliberada y cuidadosamente conservadora. No es, definitivamente, ni un hippie ni un indolente. En el terreno indumentario Martín se ha vuelto un tradicionalista hasta tal punto de transformarse en el continuador de un estilo casi extinto. Es cierto que se extinguen costumbres muy valiosas. En la ciudad, Martín no abandona nunca el uso de una sobria corbata, sin duda un accesorio cuya utilidad jamás llegué a entender. Del bolsillo superior de sus blazers azules brota invariablemente un pañuelo de un color que armoniza con su corbata. El color borra de vino es quizá su mayor osadía.

Pero aquí me cabe explicar la relación entre Martín Farrell y la segunda sección de este ensayo dedicada a la justificación de nuestra existencia con especial referencia a héroes y traidores. Lo hago, esencialmente, sobre la base de articular una tesis innecesaria a partir de

---

(28) Trato aquí indistintamente los términos “ética” y “moral”.

dos cuentos de Borges, *Deutsches Requiem* y *Emma Zunz*. Quiero ahora explicar por qué encuentro que Martín Farrell es particularmente afín al heroísmo para lo cual apelo a mi propia caracterización de lo que significa ser el héroe de una comunidad. Menciono allí el sacrificio que alguien dedica a sus congéneres. A través de sus innumerables y trabajosas publicaciones, Martín nos ha enseñado ética. El lector podrá aprobar o rechazar su apego al utilitarismo, a la tenaz convicción de Martín de que la moralidad de nuestros actos yace más que nada en los cambios ventajosos que estos logran en el mundo. No se centra, como lo hacen muchos otros autores, en los propósitos e intenciones de quienes actuamos. Pero esta aceptación es irrelevante. Quien lo escucha, aprende; aprende a razonar en términos éticos. La lucidez de Farrell le permite brindarnos respuestas esclarecedoras de modo que los debates con él son invariablemente provechosos. Creo haber perdido todos.

Martín Farrell ha invertido un gran esfuerzo para enseñarnos a entender cómo debemos razonar y comportarnos si queremos ser morales. Ha incurrido en un auténtico sacrificio en beneficio de quienes estamos convencidos de que aprendimos a razonar moralmente, aunque no a vestirnos de acuerdo con el criterio imperante en épocas mejores entre los habitantes de esta ciudad.

# EXPERIENCIA Y TEORÍA MORAL

*Hugo Omar Seleme*

## 1. INTRODUCCIÓN

En los años recientes, ha existido en Argentina un creciente desarrollo de las reflexiones de teoría moral en conexión con la filosofía del derecho. Tal como señala Manuel Atienza, hasta el año 1976 “...la única obra de filosofía moral con influencia en la filosofía del derecho fue la de Rabossi...”<sup>(1)</sup>. Desde entonces, continúa Atienza, el peso de la filosofía moral y política ha aumentado debido a la obra de destacados juristas, entre los que Martín Farrell ocupa un lugar prominente.

Dos principios guían las reflexiones morales que Farrell ha plasmado en sus obras. El primero, sirve para determinar cuál es la filosofía moral correcta. Según este principio para determinar la corrección o incorrección de una acción debemos atender únicamente a sus consecuencias. Si la acción promueve las consecuencias valiosas —la utilidad, en la concepción moral defendida por Farrell— su realización es correcta y su omisión está prohibida. Este principio es la regla maestra corporizada en la filosofía moral correcta que sirve de guía para determinar cómo actuar en cualquier circunstancia.

El segundo, sirve para determinar cuál es la manera correcta de hacer filosofía moral. Según este principio la reflexión filosófica solo debe ser sensible a los argumentos racionales. Hacer filosofía moral exige una actitud vigilante sobre los propios prejuicios y convicciones irreflexivas, con el objeto de impedir que nuestras deliberaciones acerca de cuál es el modo correcto de actuar se encuentren bajo su influencia invisible. Hacer filosofía moral exige prestar especial atención a los

---

(1) Manuel Atienza, “Una nueva visita a la filosofía del derecho en Argentina”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 7, n° 14 (2009), p. 17.

sesgos que pueden ser producidos por las convicciones religiosas que se posee, la clase social de origen, el grupo de pertenencia, etc.

De estos dos principios creo que, sin duda, el más importante es el último. En primer lugar, porque el mejor camino para encontrar cuáles son los principios morales correctos es hacer filosofía moral de manera correcta. En segundo lugar, porque la integridad de un filósofo moral no depende de que defienda la filosofía moral correcta, sino de que haya practicado el modo correcto de hacer filosofía. En este sentido, Martín Farrell es un ejemplo de integridad.

Farrell es un argumentador incansable que siempre está dispuesto a explorar las ideas del otro, especialmente si no coinciden con las suyas. Ninguna posición es para él absurda o no merecedora de análisis. Con él aprendí que la forma más profunda de generosidad consiste en donar al otro tiempo. Tiempo para escuchar lo que tiene para decir, para reflexionar sobre lo que nos ha dicho, para acordar o debatir. He sido beneficiario de muchos de estos actos de donación, por los que me siento honrado y agradecido.

Con la convicción de que nuestros acuerdos — acerca del modo correcto de hacer filosofía moral — son más importantes que nuestras discrepancias — acerca de cuál es la filosofía moral correcta — en lo que sigue pretendo concentrarme sobre estas últimas. Específicamente me interesa reflexionar sobre una de las razones por las que considero que el Utilitarismo es incorrecto.

## **2. UNA TEORÍA DESGAJADA DE LA EXPERIENCIA**

Una de las dificultades del Utilitarismo es que alienta una manera de enfrentar los problemas morales concretos que aparece como inadecuada. Se trata de una especie de “filosofía aplicada” que consiste en tomar un principio moral general, o conjunto de principios, y pasarlos como un tamiz por todos los problemas morales para obtener respuestas. Según esta visión, resolver los problemas morales humanos requiere solo de una operación de subsunción del caso particular en el principio general, o una operación de especificación del principio general para obtener respuesta frente al caso particular.



Primero, se resuelven los asuntos de importancia teórica. Luego, con los principios generales a mano, se desciende a aplicarlos a los problemas concretos. Como ya las cuestiones de importancia han sido resueltas, no existe nada en el momento de la aplicación que pueda hacer variar los principios generales. Se trata de un modo cuasilegalista de enfrentar los problemas morales concretos. Esto ha permitido que, según Bernard Williams:

All the philosophical journals are full of issues about women's rights, abortion, social justice, and so on. But an awful lot of it consists of what can be called in the purely technical sense a kind of casuistry, an application of certain moral systems or principles or theories to discussing what we should think about abortion...<sup>(2)</sup>.

Williams pone un ejemplo de esta manera de enfrentar los problemas morales concretos y los resultados contraintuitivos a los que conduce. Señala:

I recall a notorious article written by a moral philosopher who argues that if abortion is legitimate, then so is infanticide. That is an inference which Catholics have used in the past, but they have always used it to show that abortion was wrong. He uses it to show that infanticide is permissible. I regard his argument as simply fallacious, unsound. But the point is that there is something mildly grotesque about the idea that one can arrive at a conclusion of that human magnitude by pushing around a few quick arguments in a philosophical journal. There is just something odd about that. The moral philosopher has to be reflective about the kind of discourse he is engaged in, the kind of dialogue he is engaged in with the public<sup>(3)</sup>.

Como señala Williams, existe algo grotesco en que alguien pueda concluir a partir de unas cuantas premisas que el infanticidio está moralmente justificado. Lo grotesco es que pueda llegarse a una conclusión de tal "magnitud humana" sin que esto provoque la revisión de algunas premisas del argumento. Lo inaudito es que la conclusión no funcione como una reducción al absurdo del argumento completo. Es extravagante que pueda concluirse a partir de unas pocas premisas que el infanticidio es permisible —tal como decía el artículo que Williams tuvo ocasión de leer— o que el aborto o la extinción de los

---

(2) Bernard Williams, "The uses of Philosophy" (entrevista realizada por Donald McDonald), *The Center Magazine* (1983), p. 44.

(3) *Ibid.*, p. 44.

animales carnívoros es, en ciertas circunstancias, un deber moral —tal como tuve ocasión de escuchar alguna vez en un seminario<sup>(4)</sup>.

El problema general reside en que esta manera de enfrentar los problemas morales concretos desgaja a la filosofía moral de la experiencia moral. Una reflexión filosófica que no parte de una conciencia agudizada del drama humano que subyace a los problemas morales y no está abierta a variar sus conclusiones por más alejadas que se encuentren de la experiencia moral, es un modo viciado de reflexión. La Filosofía Moral debe comenzar en la experiencia moral, y aunque arribe a principios generales, debe culminar en ella.

El Utilitarismo comienza en la experiencia moral. Su punto de partida es la experiencia de que el placer, el bienestar, la satisfacción de preferencias —o cualquier otro modo en que se conciba la utilidad— es algo valioso. De allí concluye, aplicando exigencias de razón instrumental, que la utilidad debe ser promovida. El problema reside en que una vez arribado a este principio general que prescribe maximizar la utilidad, luego se lo utiliza para corregir y descartar las experiencias morales que lo contradicen. La reflexión moral comienza en la experiencia moral pero no culmina en ella.

### 3. LAS CAUSAS DEL PROBLEMA

Bernard Williams no solo identificó el problema, sino que, adicionalmente, ensayó una posible explicación de su causa. Según Williams lo que provoca que la reflexión filosófica que conduce al Utilitarismo se distancie de la experiencia moral es la aspiración de brindar una teoría omnicomprendensiva. Lo que se pretende es encontrar una “...philosophical structure which, together with some degree of empirical fact, will yield a decision procedure for moral reasoning...”<sup>(5)</sup>. El problema

---

(4) El argumento consideraba que, si el placer era valioso y el dolor algo malo, entonces debía extinguirse de manera indolora a los animales carnívoros que causaban dolor a otros animales. Con la misma premisa, otro ponente concluyó que, si continuar con un embarazo iba a causar malestar a la madre o al futuro niño, entonces abortar no era solo permisible moralmente sino obligatorio. La madre que en esas circunstancias decidía continuar con su embarazo estaba transgrediendo una obligación moral.

(5) Bernard Williams, *Moral Luck* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981), p. x.

radica, según Williams, en que una teoría semejante indefectiblemente termina desconectándose de la experiencia moral. Peor aún, la teoría se erige como una especie de legisladora de los sentimientos morales.

Aunque la crítica de Williams se dirige a todo tipo de teoría moral, creo que una vez que uno advierte las razones que subyacen a la misma es posible afinarla precisando su objetivo. El blanco de la crítica son aquellas formas de reflexión moral que no reconocen que ciertas prácticas de ofrecer consideraciones como razones morales no necesitan ser respaldadas a su vez por razones morales más generales. Si uno se embarca en esta búsqueda lineal de razones —sostiene Williams— “...there will have to be at least one practice of reason-giving for which no reason is given and which holds itself up. Looked at in one way, this result may encourage the simplification principle I mentioned before: if having an unrationalized principle is irrational, it is good to have as little irrationality as posible”<sup>(6)</sup>. Quien realiza esta inferencia, no obstante, está en un error. No ha advertido el carácter central de algunas de nuestras experiencias morales.

Esto no implica que el criterio para decidir qué convicciones morales son correctas deba apelar a la “opinión pública”, o a lo que la mayoría considera correcto. La mayoría puede ser tan insensible a la “magnitud humana” de los problemas morales o tan irreflexiva en sus convicciones, como quien realiza el tipo de Filosofía Moral que acertadamente Williams critica. El error denunciado por Williams no consiste en que los filósofos morales que critica no realicen encuestas de opinión<sup>(7)</sup>. Tampoco consiste en una mera acusación de regreso al infinito. El error reside en creer que una convicción moral es irreflexiva, y no

---

(6) Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (New York, Routledge, 1985), p. 113.

(7) Adam Swift ha criticado de modo acertado esta apelación a la «opinión pública» para validar los juicios morales acerca de la justicia. Swift sostiene que esta —en parte— la posición defendida por David Miller. Swift piensa que esta “relación constitutiva” entre la “opinión pública” y la validez de los juicios de justicia es falsa. No obstante, piensa que existen otros tipos de vinculación que son válidos. La “opinión pública” es relevante para determinar si es posible llevar una concepción de justicia a la práctica, para determinar si sería legítimo hacerlo, o para determinar el contenido de las exigencias de justicia si los principios de justicia correctos son deferentes con las expectativas de los individuos. Ver, Adam Swift, “Social Justice: Why Does it Matter What the People Think”, en D. Beel y A. De-Shalit (eds.), *Forms of Justice: Critical Perspectives on David Miller’s Political Philosophy* (Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, 2002), pp. 13-28.

puede ser utilizada como una razón, a menos que exista una razón para utilizarla de esta manera. Lo equivocado es desgajar la reflexión moral de la experiencia moral, para concluir que toda creencia moral que no puede justificarse a partir de una razón ulterior es por ese mero hecho un prejuicio que no debe ser atendido<sup>(8)</sup>.

Este modo erróneo de concebir cuándo una creencia moral está injustificada conduce de modo natural a una concepción fundacionalista de la justificación moral. Toda creencia moral —para no ser irreflexiva y prejuiciosa— debe estar justificada en otra creencia o principio moral de mayor grado de generalidad. Mientras más general es un principio, más fundamental o importante es el valor al que se refiere. Cuando un principio entra en conflicto con una creencia moral particular —por ejemplo, que matar a este niño es inmoral o provocar la extinción indolora de este animal carnívoro es incorrecto— es la intuición moral particular la que debe ceder, a menos que encontremos un principio general que la justifique. Solo en este caso la profundidad de los valores en conflictos será comparable.

Esta deriva fundacionalista posee dos variantes. La primera, más extrema, niega a las creencias o intuiciones morales particulares cualquier valor. Estas no tienen siquiera valor epistémico para descubrir cuáles son los principios morales correctos. Los principios morales son autoevidentes —de modo que no es necesario apelar a las convicciones morales particulares para de allí elevarse a los principios generales que las justifican— y las creencias morales particulares solo están justificadas si derivan de estos principios generales. Peter Singer, un cultor de este modo de hacer Filosofía Moral, deja clara su concepción cuando afirma que un filósofo moral debería “...search for undeniable fundamental axioms; build up a moral theory from them; and use particular moral judgments as supporting evidence, or as a basis for ad hominem

---

(8) Señala Williams al respecto: “Prejudice’ is a powerful and ambiguous word, and its relations to theory are equally ambiguous. It has played a large role in the Cartesian tradition, in which any belief counts as a prejudice that has not yet been given a foundation. In this sense, it is certainly contrasted with theory, but in this sense, as I have already said, everything is a prejudice, in science as in ethics. In another and narrower sense, it means any belief one holds only because one has not reflected on it. In this sense, it may well be that we inevitably have prejudices, but at any rate the reflection demanded, which some beliefs will survive, need not be the reflections of ethical theory...” (Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, p. 117).

arguments, but never so as to suggest that the validity of the theory is determined by the extent to which it matches them..."<sup>(9)</sup>.

La segunda concede a las creencias morales particulares un rol epistémico. Las intuiciones morales son irreflexivas e injustificadas a menos que estén respaldadas por un principio general que las funde. En esto no se diferencia de la posición anterior. Tampoco se diferencia en la mayor importancia que concede a los principios generales frente a las creencias morales particulares, cuando entran en conflicto. Jeff McMahan, un defensor de esta segunda variante, afirma que "...the principles seem to be epistemically more basic, more secure. They articulate our core values which unify, explain, and justify our intuitive judgments... In short, the principles are foundational with respect to the intuitions..."<sup>(10)</sup>. Sin embargo, se diferencia de la posición anterior en tanto sostiene que "...it does not regard the foundational principles as self-evident..."<sup>(11)</sup>. Los principios fundacionales son descubiertos a través de un proceso de equilibrio reflexivo cuyo punto de partida son las intuiciones o creencias morales particulares<sup>(12)</sup>.

Lo relevante es que ambas posiciones comparten la idea errónea de que es irreflexivo e injustificado tomar algo como una razón, a menos que exista una razón para utilizarla de esta manera. El tipo privilegiado de reflexión moral es de orden subsuntivo. De acuerdo con esta visión, "[w]hen one's moral intuition is challenged by another person, it is natural to respond by appealing to claims of a higher level of generality that imply or explain the intuition. The assumption is that the credibility of the intuition is enhanced if it can be subsumed under a plausible

---

(9) Peter Singer, "Sidgwick and Reflective Equilibrium", *The Monist*, vol. 58, n° 3 (1974), p. 517. Peter Singer sostiene que este método fundacionalista es el utilizado por Henry Sidgwick. Disputa así la afirmación de Rawls en *A Theory of Justice* en el sentido que Sidgwick utilizaba como método de justificación el equilibrio reflexivo.

(10) Jeff McMahan, "Moral Intuition", en H. LaFollette e I. Persson (eds.), *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, 2da. ed. (Chichester: Wiley-Blackwell, 2013), p. 114.

(11) *Ibid.*

(12) *Ibid.*, p. 111. Aunque este modo de hacer Filosofía Moral se aleja de lo que Williams denominaba "filosofía aplicada", comparte con esta la convicción de que solo es racional o reflexivo considerar a algo como una razón si existen razones más generales para hacerlo.

moral principle...”<sup>(13)</sup>. De acuerdo con la visión, el principio general nos da razones para tomar como una razón el contenido de nuestra intuición particular.

Un ejemplo puede ayudar. Supongamos que tengo la intuición de que es moralmente incorrecto matar seres humanos. Supongamos, adicionalmente, que alguien cuestiona que el hecho de que algo sea un ser humano es una razón para no matarlo. Según este modo viciado de hacer Filosofía Moral tal desafío me obligaría a buscar un principio más general que justificase la intuición particular que tengo en relación con los seres humanos<sup>(14)</sup>. Por ejemplo, uno que señalase que es moralmente incorrecto matar seres sintientes. Si no puedo encontrar un principio general que respalde mi intuición con respecto a los seres humanos, entonces, afirmar que la mera humanidad es una razón para no matar es una afirmación irreflexiva. No es más que la manifestación de un tipo de prejuicio especista<sup>(15)</sup>.

Una vez que se abandona la idea errónea de que es irreflexivo tomar algo como una razón a menos que existan razones para hacerlo —y la necesidad de unificar la moral en principios generales (en el límite, un único principio)— desaparece la falsa conexión entre generalidad e importancia o profundidad. Las creencias morales particulares no son irreflexivas por el mero hecho de que no pueda brindarse un principio general en su respaldo, y los principios generales no poseen indefectiblemente mayor importancia que las creencias morales particulares<sup>(16)</sup>.

---

(13) *Ibid.*

(14) Es necesario enfatizar que lo señalado en el texto no implica afirmar que todo tipo de fundacionalismo es un modo viciado de hacer Filosofía Moral. Lo viciado es la idea de reflexión subsuntiva que conduce a apartarse de la experiencia moral en busca de principios cada vez más generales. Aunque este modo de concebir a la reflexión moral conduce naturalmente al fundacionalismo, esto no significa que sea la única manera de llegar a él. Pueden brindarse razones a favor del fundacionalismo que no tengan nada que ver con este modo viciado de concebir la reflexión moral.

(15) Utilizo este ejemplo debido en parte a que es uno al que el mismo Williams hace referencia. Williams pensaba que era absurdo sostener que existía algo como el prejuicio especista, creo que en parte por las razones que ofrezco en el texto. Ver, Bernard Williams, *Philosophy as a Humanistic Discipline* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2006).

(16) Este modo de concebir las intuiciones morales, como dotadas de una importancia comparable a la de los principios generales, es acorde con el modo en que Rawls entiende la justificación moral. Tal como Rawls entiende el equilibrio reflexivo, a diferencia de como lo hace McMahan, este debe incluir “...our conside-

El carácter reflexivo de una creencia no le viene dado por el hecho de estar justificada en otra creencia general que corporiza un valor moral de mayor importancia. A riesgo de decir lo obvio, es necesario señalar que una creencia es reflexiva cuando ha sido objeto de reflexión, esto es, cuando ha sido examinada y no se han encontrado razones para sospechar que ha sido generada por factores que hagan dudar de su corrección, tales como el autointerés, la indoctrinación, la manipulación, la presión de grupo, etcétera.

No hay nada que garantice que los principios generales sean más inmunes a este tipo de factores distorsionantes que lo que son las creencias morales particulares. Así, un principio tan general como el que sostiene que el carácter sintiente de un ser posee relevancia moral con independencia de si este es o no un ser humano, puede perfectamente haber sido adoptado fruto de un mecanismo espurio. Si existe un grupo unido por este credo, alguien podría haber llegado a suscribirlo como un modo de lograr aceptación y contención. O podría tratarse de una manera de cobrar notoriedad en un ambiente donde las posiciones más extremas son las más escuchadas. O de una manifestación de desprecio y resentimiento hacia otros seres humanos. O de un afán de verse como superior moralmente a la mayoría que no

---

red convictions at all levels of generality; no one level, say that of abstract principles or that of particular judgments in particular cases, is viewed as foundational. They all may have an initial credibility..." (Rawls, *Political Liberalism*, Expanded Edition [New York: Columbia University Press, 1993], p. 8). Más adelante agrega "...it is a mistake to think of abstract conceptions and general principles as always overriding our more particular judgments..." (*Ibid.*, p. 45). Este es un punto sobre el que el pensamiento de Rawls ha ido evolucionando. El papel concedido a los juicios o intuiciones morales particulares es mucho más importante en sus primeros escritos. Allí Rawls proponía un procedimiento para validar principios generales cuyo punto de partida era seleccionar los juicios morales particulares que pudiesen pasar el test de la reflexión. Luego se pasaba a obtener principios generales cuya aplicación a los casos concretos diese como resultado los juicios particulares de los cuales se había partido (John Rawls, "Outline of a Decision Procedure for Ethics," *The Philosophical Review*, vol. 60, n° 2 (1951), pp. 177-197. Por lo que respecta al método del equilibrio reflexivo, cabe destacar que Williams también suscribe la idea de que se trata de la herramienta adecuada en materia moral. Así, afirma que "...to the extent that we are thinking about the systematic representation of the content of ethics, the right method is something like reflective equilibrium... I think that aspect of Rawls's project is admirable..." (Bernard Williams, "Seminar with Bernard Williams," *Ethical Perspectives*, vol. 6 [1993]: p. 245).

acepta esta posición extrema<sup>(17)</sup>. Elevarse de las creencias morales particulares a principios generales no es equivalente a reflexionar. Menos aún lo es ser insensible a la experiencia moral.

---

(17) Refiriéndose a quienes defienden la posición antiespecista, y en consonancia con el tipo de explicaciones que sugiero en el texto, Williams señala: "In many, more limited, connections hopes for self-improvement can lie dangerously close to the risk of self-hatred. When the hope is to improve humanity to the point at which every aspect of its hold on the world can be justified before a higher court, the result is likely to be either self-deception, if you think you have succeeded, or self-hatred and self-contempt when you recognize that you will always fail. The self-hatred, in this case, is a hatred of humanity..." (Williams, *Philosophy as a Humanistic Discipline*, p. 152).



# INTERNALISMO, EXTERNALISMO Y LA NATURALEZA DE LA NORMATIVIDAD

*Rodrigo Sánchez Brígido*

## 1. INTRODUCCIÓN

Ciertas acciones son reprobables, incorrectas, equivocadas. Por ejemplo, torturar a una persona inocente por placer es gravemente inmoral. Afirmaciones de este tipo parecen exhibir dos rasgos característicos. Por un lado, son afirmaciones acerca de lo que deberíamos hacer u omitir (en el ejemplo, abstenernos de torturar) y por consiguiente parecen suponer que hay una razón para ello. En otras palabras, las razones morales nos indican qué acción u omisión es requerida. Son normativas. Por otro lado, parece plausible también que, si realmente creemos que hay una razón para actuar de cierto modo o para omitir hacerlo, ello se manifestaría de algún modo en la manera en que estamos dispuestos a comportarnos. Las razones morales tienen, por llamarlo de algún modo, un carácter práctico. En el ejemplo, si juzgamos sinceramente que hay razones para abstenernos de torturar por placer, deberíamos estar dispuestos a abstenernos de hacerlo si se presentara la ocasión.

Estos dos rasgos de las razones morales están en tensión recíproca. El carácter práctico de las razones morales nos inclina a pensar que necesariamente tienen alguna clase de poder motivacional. Si hay una razón moral para actuar de cierto modo u omitir hacerlo, debería motivarnos a comportarnos de modo acorde. Sin embargo, la normatividad de las razones morales nos inclina a pensar que dichas razones podrían estar perfectamente desconectadas de su capacidad para motivarnos. Después de todo, si hay una razón para abstenernos de torturar, esa razón es válida independientemente de qué estamos motivados a hacer u omitir.

Esta tensión ha dado lugar a distintos enfoques teóricos sobre la naturaleza de las razones morales. Una familia de teorías sostiene que lo que en verdad caracteriza a dichas razones es su normatividad. Las razones existen independientemente de cuál sea el conjunto de nuestras inclinaciones, intenciones y disposiciones, es decir, de nuestro conjunto motivacional subjetivo<sup>(1)</sup>. Las razones son, por así decirlo, externas respecto de dicho conjunto. Esta familia de teorías, a la que se denomina “externalismo”, enfrenta obviamente el problema de dar cuenta de cómo las razones morales pueden motivarnos. Debe explicar cómo las razones externas se podrían conectar con nuestras motivaciones para llevarnos a actuar. El internalismo, por contraste, privilegia el otro rasgo de las razones morales (su carácter práctico) y en consecuencia afirma que no hay razones más allá de nuestro conjunto motivacional subjetivo. Las razones son internas. Esta familia de teorías enfrenta, como resultará claro también, la dificultad de dar cuenta del sentido en que las razones son normativas.

La disputa entre internalismo y externalismo ha ocupado un lugar central en la filosofía moral. Aunque el debate es muy antiguo, su tratamiento se volvió especialmente importante en la metaética contemporánea anglosajona. En “¿Son las razones morales internas o externas?”<sup>(2)</sup>, Martín Farrell se pronuncia sobre varios aspectos de esa discusión. El texto es estimulante por su claridad y profundidad. Propone una clasificación sugestiva de los distintos tipos de internalismo y de los compromisos que cada uno asume y argumenta en favor de una manera muy directa de evaluar ambas teorías, en términos de alternativas tajantes entre las que debe optarse con base en sus costos relativos. Según Farrell, el balance es claramente favorable al internalismo por una razón crucial: si bien el internalismo no puede dar cuenta de la normatividad de los juicios morales, ello no es una desventaja teóricamente grave. Pues admitir que hay normatividad tal como sugiere el externalismo aparejaría, en definitiva, un compromiso ontológico con la existencia de un mundo sospechoso.

En lo que sigue intentaré evaluar dicha defensa del internalismo. Creo que enfrenta dos problemas centrales. Por un lado, más allá de

---

(1) La expresión es de Bernard Williams. Bernard Williams, “Internal and External Reasons”, en *Moral Luck* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981), p. 102.

(2) En Martín Farrell, *Entre el derecho y la moral* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), pp. 261-321.

si el hecho de no dar cuenta de la normatividad constituye una desventaja relativamente poco costosa, el internalismo tal como Farrell lo caracteriza tiene otros problemas cuya relevancia el autor ha minimizado. Ello determina que el balance entre ambas teorías no quede definitivamente inclinado en favor del internalismo. Por otro lado, la postura según la cual admitir que existe normatividad es ontológicamente sospechoso no ha sido, en mi opinión, debidamente justificada. De hecho, hay razones para pensar que el internalismo que el propio Farrell defiende adopta compromisos ontológicos muy parecidos.

La discusión está organizada en cinco secciones. Comenzaré reseñando el argumento general de Farrell en favor del internalismo, que se divide en dos partes (sección 2). La primera de ellas constituye una caracterización del internalismo. A mi entender, dicha caracterización ya implica que el internalismo enfrenta ciertas dificultades teóricas que Farrell ha subestimado (sección 3). La segunda parte de su argumento es una defensa del internalismo destinada a mostrar que la teoría rival adopta compromisos ontológicos inaceptables. No es claro, sin embargo, en qué sentido dichos compromisos serían inaceptables y, en todo caso, el internalismo que Farrell adopta tiene problemas similares (sección 4). Concluiré con algunas consideraciones esquemáticas sobre el alcance de la crítica (sección 5).

## 2. EL ARGUMENTO DE FARRELL

Farrell caracteriza al internalismo como una familia de teorías sobre la naturaleza de las razones en general (sean morales, prudenciales, jurídicas, etc.). Según Farrell, el internalismo es la tesis según la cual, “para que exista una razón, ella debe motivar al agente. En otras palabras, lo que sostiene la razón, lo que provoca su existencia misma, es el deseo del agente... Si el agente no está motivado la razón no existe”<sup>(3)</sup>. Por su parte, el externalismo sostiene que las razones existen de manera independiente a los deseos del agente: “La razón está allí, fuera del agente. El agente puede (¿debe?) percibirla, independientemente de que él esté o no motivado”<sup>(4)</sup>.

---

(3) *Ibid.*, p. 264.

(4) *Ibid.*, p. 267.

Farrell advierte inmediatamente que, así entendidas, ambas posiciones enfrentan problemas en el campo de las razones morales. En la medida en que para el internalismo solo existen razones si hay estados mentales motivacionales (paradigmáticamente los deseos, aunque para el autor las creencias también pueden motivar), no sería posible dar cuenta de la normatividad de las razones morales porque estas involucran necesariamente la idea de que un agente *debe* adoptar determinado curso de acción independientemente de si lo desea<sup>(5)</sup>. Que haya normatividad implica que hay cursos de acción requeridos con independencia de si el agente desea adoptarlos. Según el internalismo, no obstante, no puede haber tales razones, precisamente porque no hay razones sin el estado mental correspondiente. Por su parte, el externalismo puede dar cuenta de la normatividad, pero no del carácter práctico de la moral. Por eso Farrell se pregunta: “si la moral forma parte de la filosofía práctica, ¿qué sentido tiene sostener que hay una razón cuando ella no motiva? La filosofía práctica apunta sin duda a influir en la conducta de los agentes morales en el mundo real”<sup>(6)</sup>.

Farrell cree que, en esta disyuntiva —o bien dar cuenta de la normatividad o bien del carácter práctico de las razones morales—, la mejor alternativa teórica es la del internalismo. Ello sería así porque no dar cuenta de la normatividad es mucho menos grave de lo que parece. Para mostrarlo, Farrell propone un argumento en dos pasos. Primero caracteriza al internalismo y sus compromisos con más precisión y después examina por qué no dar cuenta de la normatividad es una desventaja relativamente poco costosa. En lo que sigue examinaré cada paso del argumento.

### **3. PRIMER PASO DEL ARGUMENTO. EL INTERNALISMO Y SUS COMPROMISOS**

Farrell distingue entre distintos tipos de internalismo, calificándolos como más radicales o más moderados en función de cuánto se acerquen al externalismo. En un extremo del segmento aparece el internalismo en su versión más radical, que siguiendo una tradición extendida Farrell atribuye a Hume. Para este internalismo radical solo los deseos

---

(5) *Ibid.*, p. 262.

(6) *Ibid.*, p. 269.

actuales motivan y solo hay razones si hay un deseo actual correspondiente<sup>(7)</sup>. Luego aparecen versiones intermedias que, si bien afirman que solo hay razones si hay un deseo correspondiente, admiten que puede haber deseos contrafácticos, es decir, deseos que tendríamos dado un conjunto de circunstancias relevantes. Dichos deseos tienen en algún sentido poder motivacional. Algunas de estas versiones caracterizan a las circunstancias relevantes por referencia a la constitución psicológica que el agente de hecho tiene. La propuesta de Bernard Williams sería un ejemplo de dicho enfoque según Farrell pues, para Williams, se trata de deseos que aparecen luego de la reflexión a partir del conjunto motivacional subjetivo que el agente de hecho tiene<sup>(8)</sup>. Otras versiones comienzan a volverse menos moderadas en la medida en que afirman que las circunstancias relevantes tienen que ver con condiciones ideales. Por ejemplo, si se sostiene que se trata de deseos que tendríamos *si fuésemos racionales* más allá de nuestra constitución psicológica real. Un ejemplo de esa versión es la teoría de Michael Smith, quien sostiene que, si creemos que tenemos una razón para cierto curso de acción, entonces, racionalmente deberíamos adoptarlo, donde la creencia de que hay una razón es la creencia de que deberíamos desear adoptar dicho curso de acción si fuésemos completamente racionales<sup>(9)</sup>. Farrell piensa que estas últimas versiones en realidad abandonan la visión internalista, pues están muy cerca del extremo opuesto del segmento. Allí se ubica, en efecto, el externalismo, para el cual las razones son completamente independientes de los deseos o de nuestra constitución psicológica real. Farrell afirma acertadamente que los dos extremos de este segmento representan las dos posiciones que pueden adoptarse frente al dilema de Eutifrón, es decir, frente al dilema de si deseamos algo porque es deseable o de si algo es deseable solo porque lo deseamos. Por eso afirma que, para el externalismo, “cuando hacemos A existe una razón por la cual uno desea hacer A, y esta razón —desde el punto de vista lógico— será por completo independiente del hecho de que uno desee A; no es porque

---

(7) Farrell no emplea la noción de deseo contrafáctico ni caracteriza al internalismo y sus versiones en exactamente los mismos términos que uso en el texto. Creo, no obstante, que esa caracterización es fiel a lo que Farrell quiere decir y también más clara.

(8) Farrell toma como referencia al clásico artículo de Williams, “Internal and External Reasons”, pp. 101-113.

(9) Michael Smith, *The Moral Problem* (Oxford: Blackwell Publishers, 1994), p. 62.

uno desea A que uno lo encuentra deseable”<sup>(10)</sup>. En cambio, para el internalismo radical o humeano, “la razón por la cual uno hace A, la única razón que tiene para hacer A, es proporcionada por completo por nuestro deseo de hacer A, y nuestra razón para hacer A es simplemente ese deseo: nunca hay una razón por la cual uno tiene un deseo que produce razones”<sup>(11)</sup>.

El otro aspecto relevante de la caracterización de Farrell del internalismo y de sus compromisos está vinculado con la existencia de déficits de racionalidad práctica. El autor admite que ciertos estados psicológicos, como la depresión, pueden producir en el agente una falta de atención, cuidado o interés, de modo que dicho agente puede tener un deseo que no motive. Se trata de la debilidad de la voluntad. Farrell da un tratamiento muy sumario a este asunto, limitándose a afirmar que no tiene “inconveniente en aceptar que el internalista humeano no puede dar cuenta de la debilidad de la voluntad”<sup>(12)</sup>. Más adelante afirma:

[E]l internalista debería tomar en cuenta la debilidad de la voluntad cuando describe la motivación... No estoy seguro de que el internalismo pueda dar cuenta de este fenómeno; el internalismo humeano —claramente— no puede hacerlo, como ya he dicho. La versión internalista más moderada que sea capaz de incorporar la posibilidad de la debilidad de la voluntad tendrá una gran ventaja respecto de sus posibles competidoras<sup>(13)</sup>.

Farrell admite, además, que un agente puede tener otras deficiencias de racionalidad. En particular, constituye un déficit que un agente que desea lograr ciertos fines no adopte los medios adecuados para satisfacerlos. Por eso Farrell sostiene:

Hay una gran variedad de circunstancias que pueden interferir en ciertos casos con la transmisión motivacional: la ira, la pasión la depresión, la distracción, la tristeza, la enfermedad; todas estas cosas nos pueden hacer actuar irracionalmente, haciendo que no podamos apreciar que algo es un medio para el fin deseado... No creo que esta

---

(10) Farrell, “¿Son las razones morales internas o externas?” p. 288.

(11) *Ibid.*

(12) *Ibid.*, p. 273.

(13) *Ibid.*

posibilidad sea rechazada por los internalistas, ni siquiera por los internalistas humeanos<sup>(14)</sup>.

En suma, el internalismo de Farrell es una teoría según la cual, si hay una razón (moral, prudencial, jurídica o de otro tipo), ella debe necesariamente motivar al agente (paradigmáticamente a través de un deseo). Toda razón depende únicamente del conjunto motivacional subjetivo del agente. En el campo de la moral, el internalismo puede ser radical (como en el caso de Hume, para quien solo los deseos actuales motivan) o más moderado (si se admite que puede haber deseos contrafácticos, es decir, deseos que tendríamos dadas ciertas circunstancias vinculadas a nuestra constitución psicológica real). En lo que respecta a déficits de racionalidad práctica, son posibles la debilidad de la voluntad y otras formas de irracionalidad práctica instrumental como desear un fin, pero no los medios.

En mi opinión, el internalismo así entendido ya enfrenta inconvenientes teóricos serios vinculados a la explicación de déficits de racionalidad práctica.

En lo que respecta a la irracionalidad instrumental, tal como Farrell admite es posible que varios defectos (distracción, tristeza, pasión, etc.) produzcan que no deseemos adoptar los medios para satisfacer nuestros deseos. Ello constituye una imperfección en nuestro razonamiento práctico. Para el internalismo radical, sin embargo, es imposible explicar por qué ello constituiría una deficiencia en la medida en que no puede sostener que *hay razones* para adoptar los medios. Si no hay deseo de hacerlo, no hay tales razones. Eso implica que debería adoptarse alguna forma de internalismo moderado, pero, como es claro, tiene que tratarse de alguna versión según la cual tenga sentido decir que deberíamos hacer algo (incluyendo desear los medios para satisfacer nuestros objetivos), aunque aún de hecho no lo deseemos. Farrell no se pronuncia acerca de cuál sería la versión del internalismo correcta y parece dejar abierta la cuestión. Así, por ejemplo, a la hora de criticar a una versión del externalismo extremo de corte platónico según la cual las razones existen independientemente del conjunto motivacional del agente, pero tienen el poder de motivar necesariamente

---

(14) *Ibid.*, p. 285.

(una alternativa que, por supuesto, a Farrell le parece implausible), el autor sostiene:

[un] agente puede examinar la razón, y alguna de las propiedades de la razón puede motivarlo. Pero no la propiedad de motivar, sino otro tipo de propiedad, como la de reflejar algún valor del agente, por ejemplo. Si consideramos a la propiedad platónica de motivar como algo formal, las propiedades en las que estoy pensando ahora son propiedades sustantivas. Si el agente reflexiona acerca de alguna propiedad sustantiva de la eventual razón, *y se siente motivado, entonces sí estamos en presencia de una razón interna*. Porque a otros agentes, con otros valores, esa misma “razón” podría no haberlos motivado<sup>(15)</sup>.

Como puede verse, Farrell no quiere admitir que puede haber motivación sin deseo actual correspondiente. Aun si la deliberación reflexiva lleva al agente a pensar que debería desear algo, según Farrell ello no constituye todavía una razón hasta que de hecho no motive. En momento alguno sostiene que *debería* motivar. Pero entonces es difícil ver en qué sentido *deberían* adoptarse los medios, es decir, en qué sentido es irracional desde el punto de vista práctico un agente que no desea adoptar los medios para lograr la satisfacción de sus deseos.

Estas dificultades podrían intentar solucionarse afirmando que un rasgo necesario de todo agente *racional* es que en su conjunto motivacional hay un deseo general de adoptar los medios adecuados para satisfacer sus deseos. Un agente empírico que no desea los medios sería, por referencia a dicho modelo, irracional. Farrell dice algo en esta línea al sostener que “es verdad que cualquier agente deliberativo racional tiene en su conjunto motivacional un interés general en estar fáctica y racionalmente informado de manera correcta”<sup>(16)</sup>. Sin embargo, esta salida implicaría asumir, como el propio Farrell reconoce, la existencia de una razón o normatividad prudencial externa<sup>(17)</sup>. Pues el modelo de racionalidad mencionado estaría funcionando como un *standard* evaluativo, es decir, un *standard* que determina qué *debe* hacerse y qué no más allá de que lo de hecho deseemos o estaríamos dispuestos a desear dada nuestra constitución psicológica real. Pero entonces no es verdad que la noción general de razón sea interna. Habría razones

(15) *Ibid.*, p. 287. Énfasis agregado.

(16) *Ibid.*, p. 295.

(17) *Ibid.*, p. 263.



independientes de los estados mentales. Y eso es una versión del externalismo<sup>(18)</sup>.

En lo que respecta a la debilidad de la voluntad el problema para el internalismo es similar. Farrell reconoce acertadamente que el internalismo radical no puede dar cuenta de este fenómeno, que sería conceptualmente imposible. El autor no nos dice, sin embargo, cómo un internalismo moderado podría superarlo, dejando la cuestión completamente abierta. Se trata de una desventaja evidente porque, tal como el propio Farrell admite, hay una variedad de circunstancias (ira, depresión, angustia, etc.) que ponen seriamente en duda que los deseos tengan poder motivacional necesariamente. El problema suele intentar resolverse afirmando que un rasgo necesario de todo agente *racional* es que no sea débil de voluntad<sup>(19)</sup>. Ese tipo de soluciones, sin embargo, son ofrecidas por autores como Michael Smith, es decir, por autores a quienes el propio Farrell considera externalistas encubiertos en la medida en que sostienen que las razones son independientes de los deseos o de nuestra constitución psicológica real.

En definitiva, creo que el internalismo tal como Farrell lo caracteriza tiene serios problemas para explicar déficits de racionalidad práctica que el autor subestima cuando, en verdad, deberían seriamente considerados en el balance con el externalismo.

#### **4. SEGUNDO PASO DEL ARGUMENTO DE FARRELL: LA DEFENSA DEL INTERNALISMO. NORMATIVIDAD Y COSTOS**

Independientemente de estas dificultades, Farrell podría estar en lo cierto al sostener que el internalismo todavía tiene ventajas teóricas respecto del externalismo. Su argumento central es que el externalismo está comprometido con la existencia de la normatividad y que ello resulta ontológicamente sospechoso. En consecuencia, lo que aparece inicialmente como un defecto del internalismo (a saber, no dar cuenta

---

(18) Esto es lo que, en el fondo, sostiene Christine Korsgaard en “The Normativity of Instrumental Reason”, en *Ethics and Practical Reason*, G. Cullity y Berys Gaut (eds.) (Oxford: Clarendon Press, 1997). Es notorio que Farrell dé un tratamiento muy sumario al argumento de Korsgaard. Farrell, “¿Son las razones morales internas o externas?”, p. 283).

(19) Sarah Stroud, “Introduction”, en S. Stroud y C. Tappolet (eds.), *Weakness of the Will and Practical Irrationality* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 7.

de la normatividad) en realidad es para Farrell una virtud. El autor se pregunta: “¿Qué quiere decir que existe un mundo normativo? ¿Qué estatus ontológico se supone que tiene? Me imagino que si una teoría meta-ética no da cuenta de la normatividad no enfrenta una dificultad de la magnitud que enfrentaría una teoría física que no diera cuenta de la gravitación”<sup>(20)</sup>.

Farrell considera dos respuestas de externalistas reconocidos a su pregunta sobre el estatus ontológico de la normatividad. Una de ellas es la de Parfit, sobre la que afirma lo siguiente<sup>(21)</sup>:

Parfit nos informa cándidamente lo que él piensa que es el estatus ontológico de la normatividad. Los conceptos normativos constituyen una categoría, al igual que los conceptos temporales, o los lógicos. Así como no esperamos que se pueda explicar el tiempo en términos no temporales, o la lógica en términos no lógicos, tampoco esperamos que el conocimiento de las verdades normativas sea similar al conocimiento del mundo que nos rodea, ya que se trata de un tipo de verdades muy distinto a las verdades ordinarias, naturales...La normatividad, entonces, se ocupa de verdades morales —irreductiblemente normativas— que no son hechos brutos, sino que son verdades acerca de lo que tenemos razón para querer, o de lo que deberíamos racionalmente creer<sup>(22)</sup>.

**Esa respuesta no satisface a Farrell, quien replica:**

Parfit está interesado en una exploración metafísica, sin contacto con la realidad, mientras que el internalista se interesa por la motivación, que habita en el mundo real. (Por otra parte, ¿dónde deberíamos encontrar la normatividad sino en una exploración metafísica; siempre una de sus preocupaciones ha de ser separar el “ser” del “deber ser”). El mundo metafísico de Parfit puede estar poblado de hechos morales, y esos hechos morales pueden determinar —por correspondencia— la verdad de ciertos juicios morales. Este es el mundo de la normatividad, y para quien lo habita, como Parfit, es razonable ser un externalista<sup>(23)</sup>.

---

(20) Farrell, “¿Son las razones morales internas o externas?” p. 290.

(21) Farrell considera la posición de Parfit en su ensayo “Normativity”, en *Oxford Studies in Metaethics*, vol. 1, R Schaffer-Landau (ed.) (Oxford: Clarendon Press, 2006), p. 331.

(22) Farrell, “¿Son las razones morales internas o externas?” p. 291.

(23) *Ibid.*

Creo que esta réplica de Farrell no da en el blanco y no muestra que el externalismo tenga el problema que le adjudica.

En efecto, Farrell está empleando expresiones como “sin contacto con la realidad” o “irreal” de modo ambiguo. Uno de los sentidos en que la normatividad sería “irreal” es que los hechos normativos de Parfit son irrelevantes para nosotros, personas de carne y hueso, porque esos hechos no tienen poder motivacional o influencia alguna. Por eso Farrell alude a la motivación y le atribuye habitar en el mundo real, es decir, en el mundo en que los agentes empíricos nos sentimos motivados a actuar solo si de hecho tenemos ciertos estados mentales (paradigmáticamente, deseos). Que este es uno de los sentidos en que Farrell emplea la noción se ve confirmado cuando el autor examina la otra respuesta de un externalista (Raz) a su pregunta sobre el status de la normatividad. Raz cree que los deseos son racionales si pertenecen a un agente racional, son apropiados de acuerdo con las razones disponibles y están sujetos a un control adecuado en el sentido de que existe una capacidad para reconocer las razones y responder a ellas<sup>(24)</sup>. Farrell entiende que esta idea tiene un problema similar a la de Parfit, a saber, no concentrarse en la moral para el mundo real sino para el imaginario mundo normativo:

El externalismo de Raz aparece implicado en su afirmación —extraordinariamente contra-intuitiva al par que dogmática— de que los deseos dependen de las razones. Si esto fuera así en el mundo real, la tesis internalista no podría sostenerse, pero Raz no puede estar hablando del mundo real, sino del mundo normativo. Si hablara del mundo real, lo alcanzarían nuestros reclamos de una mínima introspección psicológica, pero él no los atendería porque —como Parfit— está pensando en otro mundo. ¿Debemos pensar la moral para el mundo real, o para el imaginario mundo normativo, donde dominamos nuestros deseos y los controlamos con razones? El internalismo piensa en el primer mundo y el externalismo en el segundo<sup>(25)</sup>.

Como puede verse, Raz está hablando de un modelo de racionalidad, no de agentes empíricos. Farrell cree que ello es “irreal” en el sentido de que resulta irrelevante porque, en el mundo de los agentes

---

(24) Joseph Raz, “Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason”, en *Normativity*, ed. J. Dancy (Oxford: Blackwell Publishers, 2000), pp. 35 y ss.

(25) Farrell, “¿Son las razones morales internas o externas?”, p. 294.

empíricos, solo los estados motivacionales que de hecho tenemos nos motivan.

A mi entender, esta crítica al externalismo fundada en la pretendida irrelevancia de la normatividad para agentes empíricos no puede funcionar porque presupone lo que tiene que probar. Farrell no puede afirmar que el internalismo está mejor situado teóricamente que el externalismo en virtud de que la normatividad es ontológicamente sospechosa si ello solo significa que las conclusiones externalistas son irrelevantes porque solo los estados mentales que de hecho tenemos pueden motivarnos. Pues la cuestión de si solo los estados mentales que de hecho tenemos pueden motivarnos es justamente lo que está en discusión. Por otro lado, conviene recordar que Farrell supone que existe algo como la racionalidad instrumental, es decir, un conjunto de estándares sobre qué debe desearse si se persigue la consecución de ciertos fines (los medios) aunque, de hecho, no se los desee. Más aún, según he sugerido, Farrell necesita de un modelo de racionalidad instrumental si es que pretende dar cuenta de la existencia de déficits de racionalidad práctica en agentes empíricos. Pero este modelo de racionalidad práctica es tan irreal, en el sentido que estoy considerando, como los hechos normativos de Parfit o los deseos racionales de Raz.

El otro sentido en que Farrell parece estar empleando la expresión “irreal” es estrictamente metafísico. Farrell acusa a Parfit de asumir que existen ciertos hechos cuya naturaleza y status son sospechosos. No es claro, sin embargo, por qué Farrell piensa que serían sospechosos. Si el autor cree que una teoría se compromete con entidades “irreales” en el sentido metafísico debería suministrar alguna concepción de qué considera real y por qué. Pero no hay ninguna indicación de ello en el texto. Supóngase que la acusación se base en el argumento habitual según el cual los únicos hechos cuya existencia podemos admitir metafísicamente —los únicos hechos reales— son aquellos que resultan compatibles con una visión científica del mundo a la luz de nuestras mejores teorías actuales. Si esa es la idea de Farrell, no parece que su crítica sea decisiva. Parfit está afirmando que hay ciertas categorías conceptuales como los conceptos lógicos o los temporales que son irreductibles y que la normatividad es como ellos. Un modo de interpretar esa idea de irreductibilidad es que los conceptos lógicos y los temporales no solo son compatibles con la mejor visión científica del mundo disponible, sino que son parte de ella. Integran el arsenal de

las mejores teorías científicas que tenemos. De hecho, supongo que Farrell estaría dispuesto a sostener que la noción de racionalidad instrumental que defiende también es parte integrante de nuestras mejores teorías científicas. Sin ellas, gran parte de disciplinas como la economía, las ciencias sociales y la psicología no tendrían sentido. De modo que, para mostrar que la normatividad de Parfit es ontológicamente sospechosa, Farrell debería mostrar que no es una noción irreducible —en el sentido indicado— como los conceptos lógicos, temporales o el propio concepto de agencia racional<sup>(26)</sup>.

En definitiva, en cualquiera de los dos sentidos de “irreal”, no parece que comprometerse con la normatividad moral sea particularmente problemático.

## 5. ALGUNAS CONCLUSIONES

El argumento que acabo de proponer muestra que el balance no parece inclinado en favor del internalismo de modo concluyente en absoluto. El problema es que parece inevitable presuponer algún modelo de racionalidad práctica ideal y dicho modelo está inscrito en el campo de una normatividad que parece externa.

El argumento no es, por supuesto, concluyente y su alcance es muy limitado por dos razones. Por un lado, todo depende de la naturaleza de la racionalidad. Hay que establecer si la racionalidad moral es en algún sentido diferente de la racionalidad instrumental y de otros tipos de racionalidad práctica. También hay que determinar cuáles son las diferencias entre la racionalidad práctica y la racionalidad teórica, cuya normatividad externa parece difícil de negar. Y hay que establecer cómo todas estas categorías están relacionadas entre sí. El argumento que he propuesto es limitado porque no dice nada sobre ello y se circunscribe a señalar algunas tensiones internas en la propuesta de Farrell.

Por otro lado, el argumento tiene un alcance limitado también porque la discusión no depende únicamente de una cuestión abstracta

---

(26) En esa línea, puede sostenerse que la normatividad moral es tan real como la noción de agencia racional empleando un argumento como el que usa Christian List para mostrar por qué la libertad de la voluntad es real. Cfr. Christian List, *Why Free Will is Real* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), pp. 5-9.

como la naturaleza de la racionalidad. Problemas como la naturaleza de la racionalidad nos importan porque, en el fondo, necesitamos una visión unificada y coherente de lo que nos hace humanos. Y eso no puede determinarse sino acudiendo también a las convicciones sustantivas concretas sobre qué cosas son debidas y, en el fondo, valiosas. El argumento que ofrecí tampoco dice nada sobre esto.

# SI TAN SOLO FUERA UNA DECISIÓN: LA AUTONOMÍA EN LA EUTANASIA

*Agustina Ramón Michel*

*Para Martín, con quien,  
en las diferencias y la dedicación,  
construimos una amistad.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Las enfermedades graves, dolorosas e incurables son de esas experiencias que nos recuerdan, con inclemencia, lo frágil de nuestra independencia. La realidad es relacional para la casi totalidad sino todos los sujetos que se encuentran al final de la vida, y para quienes acompañan y cuidan, sea en sus casas, en servicios de salud o en hospicios. Negar esto, construir teoría, presupuestos descriptivos y enunciados normativos que den la espalda a estos hechos, poco hace por honrar la autonomía de las personas enfrentadas a decisiones médicas concernientes al final de la vida (DFV) <sup>(1)</sup>.

La autonomía personal es el principio vertebral de la bioética contemporánea, también de nuestro derecho constitucional. Razones sobran. Las nociones de opciones, elecciones y autonomía concretadas bajo la forma del consentimiento informado y directivas anticipadas fueron antídotos contra el paternalismo médico y el perfeccionismo moral.

---

(1) En este artículo, asumo conciencia por parte del paciente, es decir, dejo por fuera los casos en que está inconsciente, completamente sedado, con demencia o alguna otra situación que le impide comunicar su voluntad. Y adopto una definición amplia de familia que incluye personas emocional o psicológicamente cercanas entre sí, que puede incluir relaciones íntimas no biológicas.

El respeto por la autodeterminación es particularmente importante para los pacientes<sup>(2)</sup> con enfermedades terminales, degenerativas e irreversibles, graves, dolorosas e incurables, pues se enfrentan a decisiones de vida y muerte que involucran no solo, ni, ante todo, el complejo conocimiento médico, sino también valores y preferencias personales. No es lo mismo decidir sobre el tratamiento de un infarto de miocardio en una persona por lo demás sana que sobre un cáncer metastásico ¿La paciente acepta la quimioterapia experimental tras varios intentos anteriores? En ese caso, ¿cómo debe el profesional comunicar esta opción? ¿Debe dar su opinión sobre esta alternativa? ¿Cómo afectará la calidad de vida de la paciente? ¿Qué significa calidad de vida para esta paciente? ¿Tiene quién la cuide a lo largo de este tratamiento? ¿En qué estado se encuentran aquellos seres queridos que la cuidan? Cuando esté cerca de la muerte, ¿se quedará en casa u optará por un hospital con cuidados paliativos? ¿Hay un hospicio disponible y a una distancia razonable para su familia? ¿Le es muy importante lo que opinan los integrantes de la familia que cuidan de ella? ¿Cómo impacta esta relación en su decisión? ¿Quiere tomar sola la decisión acerca de la no reanimación sin informar a sus seres queridos? ¿Quiere tomar ella la decisión de recurrir a la sedación terminal a través de las directivas anticipadas o preferiría no lidiar con esa esa decisión y delegarla en otra persona querida y de confianza?

En la literatura y en buena parte de las normas sobre los procesos de toma de decisiones médicas, la autonomía adquiere un sentido individualista, de raigambre liberal. La idea básica es que las profesionales de la salud deben ayudar a clarificar y a cumplir los deseos de las pacientes. Se asume que los pacientes (siempre y cuando sean “adultos competentes”) son capaces y tienen la potestad de decidir sin influencias controladoras de otros. Ese espacio soberano, de reserva, según términos jurídicos. Para ello, deben recibir información completa, veraz, comprenderla y expresar de manera voluntaria su preferencia con base en las opciones disponibles, ofrecidas neutralmente por el personal de salud.

Hace tiempo, Martín Farrell defiende, de manera progresista, más bien liberal —el primer calificativo probablemente le disgustaría, el segundo es el más preciso— el derecho a la eutanasia justamente sobre

---

(2) Empleo las terminaciones “a” y “o” de forma aleatoria que abarcan cualquier sexo y género.



la base de la autonomía. Y al día de hoy apoyaría, sin dudar, un proyecto de ley de eutanasia en el Congreso argentino —tal como lo hizo con la Ley de Interrupción del Embarazo— con una elegante corbata del color prescripto para la ocasión. A Martín le resulta inconcebible negar la posibilidad de vivir y morir de acuerdo con las preferencias y convicciones personales más profundas.

Si bien pocos discutirían que el principio de autonomía es la justificación elemental para justificar la eutanasia, lo cierto es que este principio puede adquirir varias formas, muchas alejadas de las imaginadas por el liberalismo, en la práctica.

La realidad de los cuidados paliativos, el suicidio médicamente asistido, la eutanasia y otras DFV muestra algo distinto a un sujeto independiente que por sí mismo (incluso a solas) toma una decisión. Hay personas que prefieren no saber en detalle acerca de su enfermedad, otras buscan que sus seres queridos decidan por ellas, hay quienes están bajo condiciones de extrema dependencia, mientras que varios quisieran que sean sus médicos quienes les indiquen qué hacer. En efecto, los trabajos más empíricos sugieren que el último tiempo previo a la muerte es una experiencia ante todo relacional, con emociones, deseos y dinámicas interpersonales complejas. Frente a esta evidencia, el entendimiento más individualista, que se pretende descriptivo y no solo normativamente correcto, debe, creo yo, revisarse si es que acaso queremos evitar la imposición de sufrimientos, sensaciones de extrema soledad y agobio. Las teorías relacionales de la autonomía nos ofrecen pistas.

Este trabajo quiere insistir sobre dos cuestiones. Primero, la relevancia de considerar lo que ocurre en la práctica frente a las DFV para ajustar las nociones liberales clásicas de la autonomía, tanto como ejercicio teórico como un emprendimiento de valía para futuros arreglos regulatorios y pautas de trabajo cotidiano en los entornos médicos. Segundo, insistir en la importancia de introducir “las relaciones” en nuestras reflexiones jurídicas.

El artículo se organiza de la siguiente manera. En la primera parte introduzco lo que son más bien generalidades, pero clave sobre lo que conoce como DFV, en particular los cuidados paliativos y la eutanasia activa. En la segunda sección, enseño los paradigmas sobre la relación médico-paciente y los adelantos tecnológicos para el mantenimiento

de la vida, que generan toda suerte de dilemas y preguntas en torno a la autonomía. En la tercera sección, me adentro en el enfoque predominante de la autonomía. En la cuarta sección, me acerco a las experiencias de quienes enfrentan estos procesos de final de la vida, los pacientes, pero también los profesionales de la salud y los seres queridos de la persona enferma. En la quinta sección, propongo elementos para reconceptualizar la autonomía para un entendimiento que podríamos llamar “relacional”, al desarrollar las maneras en que esto favorece el ejercicio de la autonomía en las DFV.

## 2. LAS DECISIONES MÉDICAS AL FINAL DE LA VIDA: MÚLTIPLES TÉRMINOS Y REGULACIONES

*No aplicaré una droga letal, aunque me lo pidan, ni aconsejaré tal plan.*  
(Juramento hipocrático, siglo V d.C.)<sup>(3)</sup>

*Debemos aceptar que no podemos curarlo todo (...). Cuando no podemos curar, nuestro papel es intentar aliviar al paciente, paliar su dolor.*  
(Yves de Locht, médico inglés)<sup>(4)</sup>

*Se pueden emplear analgésicos o sedantes en la dosis necesaria para alcanzar los objetivos terapéuticos, aunque se pudiera ocasionar indirectamente un adelanto del fallecimiento.*  
(Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, 2003)<sup>(5)</sup>

Las DFV engloban desde los cuidados paliativos hasta la provocación consentida de la muerte de un paciente.

---

(3) Traducción propia. Texto en idioma original: “I will not give a lethal drug to anyone if I am asked, nor will I advise such a plan”.

(4) BBC News Mundo, “‘No siento que esté matando al paciente’: el médico que ha practicado más de 100 eutanasias en Bélgica”, 21 de junio de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48639428> (consultada el 22 de julio de 2021).

(5) Asociación Española de Bioética y Ética Médica, “Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos”, *Cuadernos de Bioética 1* (2003), <http://aebioetica.org/revistas/2003/14/1/50/144.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

Los cuidados paliativos no tienen como objetivo la muerte, sino aliviar y acompañar a la persona cuando no es posible su curación, para evitar el sufrimiento físico, psicosocial y espiritual<sup>(6)</sup>. Estos cuidados se institucionalizaron en el marco de la atención del cáncer y desde allí se extendieron a otras áreas, siendo los hospicios religiosos su antecedente. La mayoría de los adultos que necesitan estos cuidados padecen enfermedades crónicas como cuadros cardiovasculares (38,5%), cáncer (34%), enfermedades respiratorias crónicas (10,3%), sida (5,7%) y diabetes (4,6%), también esclerosis múltiple, Parkinson, entre otras<sup>(7)</sup>.

Pero ni los mejores cuidados paliativos pueden eliminar el sufrimiento, ni siquiera el dolor físico. El 90% de las pacientes que solicitan el suicidio asistido en Oregón y el 72%, en Bélgica, recibieron cuidados paliativos de buena calidad antes de morir<sup>(8)</sup>. Siempre existirán personas que preferirán la eutanasia. La eutanasia y los cuidados paliativos no son excluyentes sino complementarios.

La eutanasia es la conducta (acción u omisión) intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona que padece una enfermedad terminal o grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico. Se habla de eutanasia activa y pasiva, no tanto en la filosofía moral, que objeta la relevancia normativa de esta distinción, sino en los ámbitos médicos y legales<sup>(9)</sup>. La eutanasia activa es la acción intencional de terminar con la vida de una paciente, que involucra, en general, el uso de alguna droga. La llamada eutanasia pasiva, por su parte, es la supresión o la omisión de implementar medidas para mantener con vida a una persona, que abarca el retiro de la

---

(6) Organización Mundial de la Salud (OMS), “Cuidados paliativos”, 20 de agosto de 2020, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care> (consultada el 22 de julio de 2021).

(7) OMS, “Cuidados paliativos”, 2020.

(8) Asociación Federal Derecho a Morir Dignamente (DMD), “Eutanasia y cuidados paliativos son complementarios”, 12 de enero de 2021, <http://derechoamorir.org/2021/01/12/eutanasia-y-cuidados-paliativos-van-de-la-mano/#:~:text=Con%20todo%20derecho%2C%20hay%20personas,a%20lo%20largo%20de%20la> (consultada el 22 de julio de 2021).

(9) James Rachels, “Active and passive euthanasia”, en *Applied ethics*, 6ta. ed., eds. Larry May y Jill B. Delston (Nueva York, Routledge, 2016). Helga Kuhse, Udo Schüklenk y Peter Singer, *Bioethics. An anthology*, 3ra. ed. (Hoboken, Nueva Jersey, Wiley Blackwell, 2015).

hidratación, la desconexión del respirador o los tubos de alimentación, la omisión deliberada de administrar medicamentos o realizar intervenciones que podrían prolongar la vida del paciente.

De la misma manera, el suicidio asistido, también llamada muerte médicamente asistida. A diferencia de la eutanasia, en la que la intervención es ejecutada por un profesional de la salud, en el suicidio asistido la médica se limita a proporcionar al paciente los medios imprescindibles para que él mismo sea quien se produzca su muerte.

Estas distinciones pueden volverse menos claras en la práctica. En el contexto de cuidados paliativos para enfermos con cáncer, por ejemplo, puede aplicarse una sedación paliativa que funciona como una sedación terminal o una que acorta drásticamente la vida.

Sin embargo, estas distinciones persisten en los desarrollos jurídicos. Solo un puñado de países permiten la eutanasia activa y una cantidad un poco más numerosa la eutanasia pasiva. En efecto, solo en siete países la eutanasia activa es legal. Por ley, en los Países Bajos (pionero, 2001)<sup>(10)</sup>, Bélgica (2002)<sup>(11)</sup>, Luxemburgo (2008)<sup>(12)</sup>, Nueva Zelanda (referéndum, 2019)<sup>(13)</sup> y España (2021)<sup>(14)</sup>. En Canadá (2015), el tribunal superior reconoció un derecho a la eutanasia y muerte digna<sup>(15)</sup>, también en Colombia (1997) la eutanasia fue declarada un

---

(10) DMD, “Ley de eutanasia de Países Bajos,” diciembre de 2016, <https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/07/Ley-Eutanasia-Paises-Bajos.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

(11) Alberto II, “The Belgian Act on euthanasia of May, 28<sup>th</sup> 2002,” *European Journal of Health Law* 10 (2003), 329-335, <https://apmonline.org/wp-content/uploads/2019/01/belgium-act-on-euthanasia.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

(12) Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, “Legislation reglementant les soins palliatifs ainsi que l’euthanasie et l’assistance au suicide,” n° 46, 16 de marzo de 2009, <https://web.archive.org/web/20130313173341/http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2009/0046/a046.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

(13) Parliamentary Counsel Office, “End of Life Choice Act” aprobada en el marco del referéndum de octubre de 2020, <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2019/0067/latest/DLM7285905.html> (consultada el 22 de julio de 2021).

(14) Jefatura del Estado de España, “Ley orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia del 24 de marzo de 2021,” *BOE* 72, 25 de marzo 2021, [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4628](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4628) (consultada el 22 de julio de 2021).

(15) Corte Suprema de Canadá, “Carter v. Canada (AG),” 6 de febrero de 2015, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do> (consultada el 22 de julio de 2021).

derecho por la Corte Constitucional<sup>(16)</sup>. Los territorios australianos de Victoria (2017)<sup>(17)</sup> y Western Australia (2019)<sup>(18)</sup> también permiten la eutanasia activa. En Estados Unidos, diez estados cuentan con leyes sobre suicido asistido: Oregón (pionero, 1994)<sup>(19)</sup>, Washington (2008)<sup>(20)</sup>, Vermont (2013)<sup>(21)</sup>, California (2015)<sup>(22)</sup>, Colorado (2016)<sup>(23)</sup>, Washington D.C. (2016)<sup>(24)</sup>, Hawái (2018)<sup>(25)</sup>, Nueva Jersey (2019)<sup>(26)</sup>, Maine (2019)<sup>(27)</sup>

---

**(16)** Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia C-239,” 20 de mayo de 1997.

**(17)** Parlamento de Victoria, “Voluntary Assisted Dying Bill,” 2017, [https://web.archive.org/web/20180108102218/http://www.legislation.vic.gov.au/domino/Web\\_Notes/LDMS/PubPDocs.nsf/ee665e366dcb6cb0ca256da400837f6b/d162e1f2fcc3f7c3ca2581a1007a8903!OpenDocument](https://web.archive.org/web/20180108102218/http://www.legislation.vic.gov.au/domino/Web_Notes/LDMS/PubPDocs.nsf/ee665e366dcb6cb0ca256da400837f6b/d162e1f2fcc3f7c3ca2581a1007a8903!OpenDocument) (consultada el 22 de julio de 2021).

**(18)** Western Australia, “Voluntary Assisted Dying Bill,” 2019, [https://d3n8a8pro-7vhmx.cloudfront.net/dwdwa/pages/39/attachments/original/1580675645/WA\\_Voluntary\\_Assisted\\_Dying\\_Bill\\_2019\\_%28As\\_passed\\_for\\_assent%29.pdf?1580675645](https://d3n8a8pro-7vhmx.cloudfront.net/dwdwa/pages/39/attachments/original/1580675645/WA_Voluntary_Assisted_Dying_Bill_2019_%28As_passed_for_assent%29.pdf?1580675645) (consultada el 22 de julio de 2021).

**(19)** Death with Dignity National Center (DD), “The Oregon Death with Dignity Act,” 1994, <https://deathwithdignity.org/wp-content/uploads/2015/10/1994-OR-Death-with-Dignity-Act.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(20)** Washington State Legislature, “The Washington Death with Dignity Act,” 2008, <https://apps.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=70.245&full=true> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(21)** Vermont General Assembly, “Patient Choice and Control at the End of Life Act,” 2013, <http://www.leg.state.vt.us/docs/2014/Acts/ACT039.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(22)** DD, “End of Life Option Act,” 2015, <https://deathwithdignity.org/wp-content/uploads/2015/10/2015-CA-End-of-Life-Option-Act.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(23)** Colorado Secretary of State, “End of Life Options Act,” 2016, <https://www.sos.state.co.us/pubs/elections/Initiatives/titleBoard/filings/2015-2016/145Final.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(24)** DD, “D.C. Death with Dignity Act,” 2016, <https://deathwithdignity.org/wp-content/uploads/2015/11/DC-Death-with-Dignity-Act.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(25)** Death with Dignity National Center, “Our Care, Our Choice Act,” 2018, <https://deathwithdignity.org/wp-content/uploads/2015/10/2018-HI-HB2739.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(26)** DD, “Aid in Dying for the Terminally Ill Act,” 2019, <https://deathwithdignity.org/wp-content/uploads/2015/10/2019-NJ-Aid-in-Dying-for-the-Terminally-Ill-Act.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(27)** DD, “Death with Dignity Act,” 2019, <https://deathwithdignity.org/wp-content/uploads/2015/10/2019-ME-LD-1313-Approved.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

y Nuevo México (2021)<sup>(28)</sup>; y Montana (2009) que declaro constitucional el suicidio asistido en un fallo (2009)<sup>(29)</sup>. En Suiza, la asistencia al suicidio no es delito siempre y cuando no existan motivos egoístas (Código Penal, 1942)<sup>(30)</sup>. De modo similar en Alemania (2015)<sup>(31)</sup> y Austria (2021)<sup>(32)</sup>. Y un par de países tienen regulaciones sobre eutanasia pasiva, como estados de México (2008)<sup>(33)</sup>, Argentina (2012)<sup>(34)</sup>, Chile (2012)<sup>(35)</sup>,

---

**(28)** Legislative Council New Mexico, “Elizabeth Whitefield End of Life Options Act”, 2021, <https://nmlegis.gov/Sessions/19%20Regular/bills/house/HB0090.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(29)** La Corte Suprema de Montana en “Baxter v. Montana” dictaminó que “nada en la ley estatal prohíbe a un médico atender la petición de un paciente terminal y mentalmente competente recetándole medicamentos para acelerar su muerte”, Corte Suprema de Montana, “Baxter v. Montana”, 31 de diciembre de 2009, <https://deathwithdignity.org/wp-content/uploads/2015/12/Baxter-Decision-December-2009.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(30)** Confederación Suiza, Código Penal de Suiza, art. 115, 1942, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757\\_781\\_799/en#art\\_115](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en#art_115) (consultada el 22 de julio de 2021).

**(31)** Código Penal de Alemania, § 217, 2015, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/28/Germany/show> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(32)** Rahul Garg, “Austria Constitutional Court strikes down ban on assisted death”, Jurist, 14 de diciembre de 2020, <https://www.jurist.org/news/2020/12/austria-constitutional-court-strikes-down-ban-on-assisted-death> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(33)** Gaceta Oficial del Distrito Federal de México, “Ley de Voluntad Anticipada”, 7 de enero de 2008 (<https://drive.google.com/file/d/0B0qDIFGzsYQfaHFCQWQ-0cXZKRzA/view>, consultada el 22 de julio de 2021) admite la “ortonasia” —es decir, la actuación correcta ante la muerte por parte de quienes atienden al que sufre una enfermedad incurable o en fase terminal— mas no la eutanasia activa. Las ciudades que cuentan con esta regulación son: Ciudad de México, Coahuila Aguascalientes, San Luis Potosí, Michoacán, Hidalgo, Guanajuato, Guerrero, Nayarit, estado de México, Colima, Oaxaca, Yucatán y Tlaxcala. ECIJA México, “México: muerte digna y cuidados paliativos en tiempos del COVID-19”, 28 de abril de 2020, <https://ecija.com/sala-de-prensa/mexico-muerte-digna-y-cuidados-paliativos-en-tiempos-del-covid-19-consideraciones-sobre-derechos-humanos-para-empresas-del-sector-salud-y-servicios-relacionados> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(34)** Congreso de la Nación Argentina, Boletín Nacional, ley nacional n° 26.742 conocida como la “Ley de Muerte Digna”, 9 de mayo de 2012, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26742-197859> (consultada el 22 de julio de 2021).

**(35)** Ministerio de Salud de Chile, Subsecretaría de Salud Pública, ley n° 20.584 que “regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”, 24 de abril de 2012, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1039348> (consultada el 22 de julio de 2021).

Uruguay (2013)<sup>(36)</sup>, Francia (2016)<sup>(37)</sup>, Inglaterra (fallo, 2018)<sup>(38)</sup>, India (fallo, 2018)<sup>(39)</sup>, Noruega<sup>(40)</sup> y Suecia<sup>(41)</sup>.

### 3. DEBATES AL FRAGOR DE LOS CAMBIOS EN LA CIENCIA Y EN RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

El debate en torno a las DFV fue cambiando al ritmo de episodios históricos y la introducción de nuevas tecnologías. Desde los juicios de Núremberg, el respeto por la autodeterminación se convirtió en el principio ético que regula la experimentación humana y las decisiones médicas. Se pasó del régimen de custodia médica al de la autodeterminación de los pacientes. Esto impactó en la relación. Por un lado, los médicos, quienes previamente habían ofrecido información seleccionada y tomado decisiones basadas en suposiciones y conocimiento acerca de los valores, preferencias y planes de vida de sus pacientes y

---

(36) Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, ley n° 18.473 conocida como la Ley de Voluntad Anticipada o Ley del Buen Morir, 21 de abril de 2009, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2869798.htm> (consultada el 22 de julio de 2021).

(37) Kasper Raus, Kenneth Chambaere y Sigrid Sterckx, “Controversies surrounding continuous deep sedation at the end of life: the parliamentary and societal debates in France”, *BMC Medical Ethics* 17 (n° 36, 2016), <https://bmcomedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-016-0116-2> (consultada el 22 de julio de 2021).

(38) BBC News, “Supreme Court backs agreed end-of-life decisions”, 30 de julio de 2018, <https://www.bbc.com/news/uk-45003947> (consultada el 22 de julio de 2021).

(39) Tribunal Supremo de la India, fallo “Aruna Ramchandra Shanbaug v. Union of India”, 7 de marzo de 2018 que legalizó la eutanasia pasiva —mas no la eutanasia activa, que no fue autorizada—, Venkatesan, J., “Supreme Court disallows friend’s plea for mercy killing of vegetative Aruna”, *The Hindu*, 30 de septiembre de 2016, <https://www.thehindu.com/news/national/Supreme-Court-disallows-friends-plea-for-mercy-killing-of-vegetative-Aruna/article14939164.ece> (consultada el 22 de julio de 2021).

(40) Código Penal de Noruega, art. 276, 2009, [https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-05-20-28/KAPITTEL\\_2-10#%C2%A7276](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-05-20-28/KAPITTEL_2-10#%C2%A7276) (consultada el 22 de julio de 2021).

(41) La eutanasia pasiva se consideró legal después de una decisión del Sweden’s National Board of Health and Welfare del 2010. Britannica Procon, “Euthanasia & physician-assisted suicide (PAS) around the world”, 3 de diciembre de 2020, <https://euthanasia.procon.org/euthanasia-physician-assisted-suicide-pas-around-the-world>; AFP y The Local, “Woman dies after passive euthanasia ruling”, 6 de mayo de 2010, <https://www.thelocal.se/20100506/26480>; y SAPA-AFP, “Sweden has first passive euthanasia since law relaxed”, Times Live, 5 de mayo de 2010, sección Mundo, <https://www.timeslive.co.za/news/world/2010-05-05-sweden-has-first-passive-euthanasia-since-law-relaxed> (consultadas el 22 de julio de 2021).

también de lo que ellos mismos consideraban correcto, tuvieron que entregar esa potestad a sus pacientes tanto para decisiones clínicas corrientes como para aquellas que, literalmente, involucran la vida y la muerte. Bajo este nuevo paradigma, el deber es informar a los pacientes, respetar sus deseos y formalizar el proceso en el consentimiento informado.

Los pacientes, por su parte, salieron a buscar información —sobre todo cuando se masificó internet—, y a reivindicar la autodeterminación, o al menos un papel más importante en sus propias decisiones médicas. La Declaración de Derechos de los Pacientes es posiblemente el documento que mejor representa este giro: “El paciente tiene derecho a la autodeterminación, a tomar decisiones libres en lo que respecta a sí mismo. La médica le informará al paciente las consecuencias de sus decisiones”<sup>(42)</sup>.

Los cambios en el sistema de salud también impactaron en este régimen de toma de decisiones. Las instituciones sanitarias pasaron a tener un rol preponderante, y a intervenir en lo que históricamente había sido una relación entre una profesional y un paciente. Esto se intensificó cuando la medicina se convirtió en una fuente de negocios de bienes y servicios, y aumentaron los litigios por negligencia médica, que propiciaron la aparición de los seguros y otras precauciones con marcas en la relación médico-paciente.

A su vez, los avances tecnológicos trajeron nuevas opciones para sostener y prolongar considerablemente la vida: la ventilación mecánica, la reanimación cardiopulmonar, las unidades de cuidados intensivos (UCI), la hemodiálisis y otros tratamientos de soporte vital. Estas tecnologías y procedimientos, aplicados al inicio a pequeños grupos de pacientes (con polio, con arritmias ventriculares), se transformaron en terapias estándares para grandes grupos de pacientes para quienes el beneficio era menos evidente. La reanimación es probablemente el caso más drástico: se convirtió en un procedimiento estándar para cualquier persona cuya respiración fallara o cuyo corazón se detuviera, incluidos aquellos pacientes cuya muerte era inminente. Paralelamente se avanzó en otros tratamientos de final de la vida para pacientes con

---

(42) Traducción propia. Texto en idioma original: “The patient has the right to self-determination, to make free decisions regarding himself/herself. The physician will inform the patient of the consequences of his/her decisions”.



enfermedades en etapa terminal, como la sedación paliativa, los tratamientos para el dolor y la extubación paliativa.

Estos desarrollos se tradujeron en debates y situaciones de decisiones difíciles. Así, en los años 70, la discusión fue sobre si retirar o no el respirador. En los años 80, sobre si retirar o no la hidratación y la nutrición. Y desde los años 90 en adelante, crecieron las discusiones sobre el encarnizamiento, las intervenciones para mantener con vida a las pacientes, y los debates sobre la permisibilidad de que una médica ayude a una paciente a morir. La Sociedad Española de Cuidados Paliativos declaró en 2003:

Actualmente se dispone de medidas capaces de dar soporte vital prolongado incluso a pacientes con enfermedades irreversibles, lo cual está generando preocupación al conocer que, a veces, se efectúan intervenciones médicas, diagnósticas o terapéuticas, produciendo sufrimientos inútiles en enfermos incurables o que no cuentan con el adecuado consentimiento informado<sup>(43)</sup>.

Este tipo de declaraciones refleja cómo estos avances en tecnologías y tratamientos no siempre proporcionan un beneficio y que incluso pueden causar un daño desproporcionado, lo que ha generado una mayor insistencia en el régimen de la autodeterminación de los pacientes como arma para evitar estos abusos y malos usos de la ciencia. A este contexto, se suman una serie de hechos: un número limitado de camas de UCI en el mundo (tal como quedó de manifiesto durante el brote de COVID-19), la mayor esperanza de vida y envejecimiento de la población en muchos países desarrollados, y una mayor sobrevida en las enfermedades crónicas agudas, que aumentan las situaciones y debates sobre las DFV.

#### **4. ZOOM OUT: EL ENFOQUE PREDOMINANTE**

Como lo precisó recientemente en una charla por Zoom Martín Farrell: “La permisión de la eutanasia se basa en un principio moral, que es la autonomía”<sup>(44)</sup>. Hay muchas razones para recurrir a este principio.

---

(43) Asociación Española de Bioética y Ética Médica, “Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos”, 2003.

(44) Conferencia: ¿Qué implica morir con dignidad? Miradas éticas sobre la eutanasia. Organizada por Criterio, 8 de julio 2021.

Es un antídoto contra perfeccionismos, intrusiones dogmáticas o abusivas de otros y del Estado, más aún en países como Argentina donde la religión católica ha permeado estas decisiones y, como apunta el profesor Farrell, se asimila lo inmoral con el pecado. La autonomía también ha contribuido a ubicar los valores, las creencias y las preferencias de las personas en el centro de las decisiones médicas, siendo la base de los derechos del paciente. Y ha encontrado una traducción operativa en el consentimiento informado y las directivas anticipadas.

En la teoría liberal clásica, la autonomía se entiende como la capacidad de un individuo racional de darse su propia ley. Son dos los requisitos exigidos, aunque varían en importancia según la versión adoptada: la independencia y la racionalidad. La “independencia” respecto de condiciones externas, una suerte de autosuficiencia y, por lo tanto, la ausencia de dependencias hacia lo externo. La “racionalidad” como aptitud para elegir a través de la razón, o, en términos más kantianos, la autonomía como capacidad del individuo de darse sus propias leyes a través del ejercicio de la razón —no necesariamente asociada a la experiencia—.

En el contexto de la salud, estos requisitos se verifican de distintas maneras. El ideal de independencia a través de la exigencia de la separación entre pacientes y personal de salud, en particular los límites que marcan lo que las profesionales pueden y no pueden hacer a un paciente, y el derecho de las pacientes a decidir sin interferencia de otros. Bajo este enfoque, la sospecha de actitudes paternalistas o abusivas se activa cuando otros intervienen en el proceso de toma de decisión del paciente. Si bien, reconoce Anita Ho<sup>(45)</sup>, lo que originalmente se pretendía era minimizar la coerción médica, luego muto a una preocupación extendida sobre la influencia manipuladora que podrían tener las personas allegadas a los pacientes, en particular en las DFV. Preocupa que familiares tengan intereses en conflicto con los de la paciente y se “metan en su cabeza”, que la paciente otorgue más peso a las preferencias de sus seres queridos que a los propios intereses y termine actuando explotada en su vulnerabilidad<sup>(46)</sup>. Bajo este entendimiento, el centro

---

(45) Ho, “Relational autonomy or undue pressure? Family’s role in medical decision-making”, 2008.

(46) James Lindemann Nelson, “Taking families seriously”, *The Hastings Center Report* 22 (nº 4, 1992), 6-12; Jeffrey Blustein, “The family in medical decisionmaking”,

de atención y priorización es el paciente, con exclusión de otras personas cercanas él y las relaciones entre ellos<sup>(47)</sup>.

El ideal de racionalidad, por otro lado, permitió rechazar la imagen de los pacientes como receptores pasivos de cuidados, y destacar la importancia de del consentimiento para el tratamiento, que requiere información detallada, como una suerte de deber moral de decirle al paciente toda la verdad sobre su enfermedad y las opciones de tratamiento. Se asume un proceso ante todo racional, con un paciente que tiene bajo control su cuerpo y también sus emociones. Este paradigma, finalmente, propone un modelo binario: se es o no se es autónomo, que ofrece una pauta clara para concretar la decisión en un consentimiento informado.

Traducido al ámbito de la bioética, y según los clásicos autores Tom Beauchamp y James Childress<sup>(48)</sup>, la autonomía tiene que reunir tres condiciones: intencionalidad, comprensión y no interferencia de actores externos. De ese modo, si la paciente es competente, fue informada y se encuentra libre de presiones externas, debe seguirse adelante con el tratamiento elegido. Si faltarán una de estas condiciones, un tercero debe subrogar al paciente en la toma de decisión<sup>(49)</sup>.

## 5. ZOOM IN: LAS FORMAS DE LA AUTONOMÍA EN LA VIDA DE LAS PERSONAS

En la práctica, la autonomía en las DFV aparece más compleja, menos nítida, de lo que la perspectiva liberal clásica sugiere.

En primer lugar, tomar elecciones puede no ser lo más relevante ni valioso para una persona gravemente enferma. Este es el caso de quienes no desean elegir el profesional ni el hospital: simplemente

---

*The Hastings Center Report* 23 (nº 3, 1993), 6-13. Citados por Ho, "Relational autonomy or undue pressure? Family's role in medical decision-making", 2008.

(47) Susan Sherwin, ed., *A relational approach to autonomy in health care. In the politics of women's health: exploring agency and autonomy* (Filadelfia, Temple University Press, 1988), 19-47.

(48) Tom Beauchamp y James Childress, *Principles of biomedical ethics*, 7ma. ed. (Nueva York: Oxford University Press, 2013).

(49) Este modelo ha venido siendo fuertemente cuestionado por los enfoques contemporáneos de discapacidad, y también por el avance del principio de autonomía progresiva en niñas y niños.

quieren que ambos sean realmente buenos; en otras palabras, hay pacientes que desean una atención de calidad, pero no necesariamente opciones<sup>(50)</sup>.

En segundo lugar, no todos los pacientes quieren tomar por ellos mismos las DFV, sino que prefieren delegarla o compartirla intensamente con su familia, médica de cabecera o con el personal de enfermería que les cuida cotidianamente. Esto es confirmado por numerosos estudios empíricos<sup>(51)</sup>, donde se relevan testimonios como estos:

Muchas veces, ellos [los pacientes mayores] dicen: “Por favor, hablen con mi hija, por favor, hablen con mi familia, ellos saben más y tienen el control sobre las cuestiones de mi salud” (Médico)<sup>(52)</sup>.

Bueno, profesionalmente en mi médico... confiaría en él... siempre, y en mi esposo, en lo que sería mejor para mí... Mi médico usaría su cabeza, y mi esposo usaría su corazón. (Paciente enfermo terminal)<sup>(53)</sup>.

---

**(50)** Erica Borgstrom y Tony Walter, “Choice and compassion at the end of life: a critical analysis of recent English policy discourse”, *Social Science and Medicine* 136-137 (julio 2015), pp. 99-105. Citados por Luciana Lolic y Kathleen Lynch, “No choice without care: palliative care as a relational matter, the case of Ireland”, *Soundings: an Interdisciplinary Journal* 100 (nº 4, 2017), pp. 353-74.

**(51)** Wendy Levinson, Audiey Kao, Alma Kuby y Ronald A. Thisted, “Not all patients want to participate in decision making: a national study of public preferences”, *Journal of General Internal Medicine* 20 (nº 6, junio 2005), pp. 531-35; Gillian Horne, Sheila Payne y Jane Seymour, “Do patients with lung cancer recall physician-initiated discussions about planning for end-of-life care following disclosure of a terminal prognosis?”, *BMJ Journals* 9 (febrero 2016), pp. 197-201. Citados por Lolic y Lynch, “No choice without care: palliative care as a relational matter, the case of Ireland”, 2017; Elena B. Elkin, Susie H. M. Kim, Ephraim S. Casper, David W. Kissane y Deborah Schrag, “Desire for information and involvement in treatment decisions: elderly cancer patients’ preferences and their physicians’ perceptions”, *Journal of Clinical Oncology* 25 (nº 33, noviembre 2007), pp. 5.275-80; Carlos Gómez Virseda, Yves de Maeseneer y Chris Gastmans, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, *BMC Medical Ethics* 21 (nº 50, 2020); Kenneth E. Rosenfeld, Neil S. Wenger y Marjorie Kagawa-Singer, “End-of-life decision making. A qualitative study of elderly individuals”, *Journal of General Internal Medicine* 15 (nº 9, 2000), p. 620; Elkin *et al.*, “Desire for information and involvement in treatment decisions”, 2007.

**(52)** Traducción propia. Texto en idioma original: “A lot of times, they [elder patients] say, ‘Please talk to my son, please talk to my family, they know more and they are in control of my health matters’”. Dutta *et al.*, “Patient autonomy and participation in end-of-life decision-making: an interpretive-systemic focus group study on perspectives of Asian healthcare professionals”, 2020.

**(53)** Traducción propia. Texto en idioma original: “Well, professionally my doctor... I would trust him... forever, and my husband, for what would be best for me...”

Ellos [los pacientes] realmente no quieren asumir demasiada responsabilidad solos. (Enfermera)<sup>(54)</sup>.

Las familias y el paciente creen más en uno, en la persona que ven que les habla... Entonces le preguntan a uno: —Jefe, usted qué dice: ¿me opero o no me opero?— Entonces, yo digo: —No, ¡ésa no es mi decisión! Yo soy enfermera, a ver, ¿qué le dijo el doctor?—. —Pues que sí, pero dígame usted, ¿me opero o no me opero? (Enfermera jefe de un servicio de cancerología)<sup>(55)</sup>.

En una investigación reciente sobre directivas anticipadas de pacientes pobres con cáncer del Reino Unido, Gillian Horne y coautores<sup>(56)</sup> registraron que estos pacientes no querían tanto discutir el tema de su pronóstico y opciones con sus médicos, sino que ante todo anhelaban una buena relación con su oncóloga, poder confiar en ella, incluso que ella pudiera tomar decisiones médicas en su nombre cuando fuese necesario. En otro estudio que indaga la opinión de personas de más de 80 años, la mayoría manifestó preferir que las decisiones sean adoptadas de manera compartida entre médicos y familiares. El estudio, además, identificó que la autoridad en la toma de decisiones pasa del médico a la familia a medida que el pronóstico del paciente se vuelve más sombrío<sup>(57)</sup>. En otras palabras, para muchos de estas pacientes los

---

my doctor would use his head, and my husband would use his heart". Rosenfeld *et al.*, "End-of-life decision making. A qualitative study of elderly individuals", 2000.

(54) Traducción propia. Texto en idioma original: "They [patients] don't want to actually assume too much responsibility on their side". Oindrila Dutta, Priya Lall, Paul Victor Patinadan, Josip Car, Chan Kee Low, Woan Shin Tan y Anita Ho, "Patient autonomy and participation in end-of-life decision-making: an interpretive-systemic focus group study on perspectives of Asian healthcare professionals", *Palliative and Supportive Care* 18 (nº 4, agosto 2020), pp. 425-30.

(55) María Inés Sarmiento Medina, Sandra Lucía Vargas Cruz, Margarita Sierra de Jaramillo, Claudia Marcela Velásquez Jiménez, Víctor Alberto Quinche Ramírez y Tatiana Mayungo Henao, "Análisis de la toma de decisiones al final de la vida desde una perspectiva teórica contemporánea", *Revista Colombiana de Bioética* 7 (nº 2, diciembre 2012), pp. 18-19, <https://www.redalyc.org/pdf/1892/189225524002.pdf> (consultada el 22 de julio de 2021).

(56) Horne *et al.*, "Do patients with lung cancer recall physician-initiated discussions about planning for end-of-life care following disclosure of a terminal prognosis?", 2016. Citados por Lolich y Lynch, "No choice without care: palliative care as a relational matter, the case of Ireland", 2017.

(57) Rosenfeld *et al.*, "End-of-life decision making. A qualitative study of elderly individuals", 2000.

otros —el personal de salud y seres queridos— no son interferencias sino apoyos fundamentales para decidir autónomamente sobre DFV.

Asimismo, al momento de decidir, hay pacientes que tienen en especial consideración los intereses y sentimientos de sus seres queridos:

[Sobre la eutanasia] No es una decisión unilateral, también está la gente que te rodea. (Hombre de 54 años con cáncer de colon) <sup>(58)</sup>.

Por supuesto que preferiría estar en casa, pero no se trata sólo de mí, ¿cierto? <sup>(59)</sup>.

Su preocupación estaba más en cómo nos consumía a nosotros que en ella misma. (Hermana de paciente diagnosticada de una enfermedad incurable y degenerativa) <sup>(60)</sup>.

Mi familia quiere que este proceso sea lo más en paz para mí, y yo quiero que sea pacífico para ellos también (paciente) <sup>(61)</sup>.

No dije que la eutanasia, pero sí que no lo conecten a uno. Yo también estoy de acuerdo, o sea, es que si ya uno es una carga... a veces sufre más la familia que uno mismo, porque se sienten impotentes. A uno lo agarran y lo duermen, lo desconectan y uno queda muerto cerebralmente. Pero ahí conectado... es terrible, es mejor que lo desconecten. (Paciente con enfermedad en fase terminal) <sup>(62)</sup>.

---

**(58)** Traducción propia. Texto en idioma original: “[On euthanasia] It’s not a unilateral decision, because it’s also got to do with the people around you”. Marit Karlsson, Anna Milberg y Peter Strang, “Dying cancer patients’ own opinions on euthanasia: an expression of autonomy? A qualitative study”, *Palliative Medicine* 26 (nº 1, enero 2012), pp. 34-42.

**(59)** Traducción propia. Texto en idioma original: “Of course I would rather be at home but it isn’t just about me, is it?”. Alex Broom y Emma Kirby, “The end of life and the family: hospice patients’ views on dying as relational”, *Sociology of Health & Illness* 35 (nº 4, mayo 2013), pp. 499-513.

**(60)** M. J. Arias, “No podemos obligar a un enfermo a sufrir durante años’: el relato a favor de regular la eutanasia de quien perdió a su hermana por ELA”, Yahoo Noticias, 13 de agosto de 2020, <https://es-us.noticias.yahoo.com/ley-regular-despenalizar-eutanasia-espana-hilo-twitter-testimonio-andrea-men%C3%A9ndez-faya-090604629.html> (consultada el 22 de julio de 2020).

**(61)** Hombre, en pareja, 61-70 años. Traducción propia. Texto en idioma original: “They [family] want it to be peaceful for me, but I want it peaceful for them [family] as well”. Broom y Kirby, “The end of life and the family: hospice patients’ views on dying as relational”, 2013.

**(62)** Sarmiento Medina *et al.*, “Análisis de la toma de decisiones al final de la vida desde una perspectiva teórica contemporánea”, 2012, 27.

En tercer lugar, hay pacientes que no desean contar con toda la información. No tienen interés en ejercer el derecho a recibir información, que en ocasiones se transforma en una obligación de recibirla. Y, así lo han aprendido, a fuerza de experiencia, varios médicos que tratan personas con enfermedades terminales:

Suelo abordar esta cuestión [del retiro de los tratamientos] preguntando qué saben y qué quieren saber, y quiero que esas cosas vengan del paciente y de sus familiares en forma de preguntas, en lugar de ser yo quien directamente les transmita la información. Así es como me aseguro que la información tendrá un “aterrijaje suave” y que la entenderán. Porque si simplemente “vierto” toda la información sobre ellos, no serán capaces de asimilarla (médico)<sup>(63)</sup>.

Ellos conocen más a la paciente y saben cómo ésta ha lidiado con las malas noticias en el pasado... cuando la familia nos pide que no divulguemos información, es desde un lugar de amor y protección. Y creo que nuestro trabajo es primero saber cuál es su historia y abordarla en consecuencia (médica)<sup>(64)</sup>.

No solo quieren información veraz y objetiva, sino una guía sobre cómo y qué decisión tomar, que tenga en cuenta la situación personal y las preferencias del paciente, con las que probablemente el médico tratante ya esté familiarizado, en particular cuando involucra enfermedades crónicas graves o que requieren cuidados paliativos.

En cuarto lugar, es bastante forzado pensar en términos de todo o nada en materia de autonomía. En pacientes con enfermedades terminales, o crónicas y degenerativas, graves e incurables la autonomía

---

(63) Traducción propia. Texto en idioma original: “I often approach this issue [of withdrawing active treatments] by asking what they know and want to know, and I want those things to come from the patient and the relatives as questions, rather than just me alone taking the info to them. This is how I make sure that the info will have a soft landing and that they will understand. Because if I just pour that info on them, they won’t be able to deal with it all”. H. M. Hilden, M.L. Honkasalo y P. Louhiala, “Finish doctors and the realisation of patient autonomy in the context of end of life decision making”, *Journal of Medical Ethics* 32 (nº 6, junio 2006), pp. 316-320.

(64) Traducción propia. Texto en idioma original: “They know the patient more and how the patient has previously dealt with bad news...when the family requests us to not disclose, it is from an angle of love and protection. And I think our job is to first find out a bit more, where they are coming from and approach it accordingly”. Dutta *et al.*, “Patient autonomy and participation in end-of-life decision-making: an interpretive-systemic focus group study on perspectives of Asian healthcare professionals”, 2020.

para tomar DFV usualmente no está totalmente presente o totalmente ausente, sino que se encuentra comprometida hasta cierto punto<sup>(65)</sup>. Así lo pone un profesional de cuidados paliativos:

Creo que es un poco pretencioso decir que un paciente tiene total autonomía cuando está muriendo. Porque, a menos que otros le ayuden, es muy difícil ser un agente eficiente para uno mismo cuando se está física y mentalmente frágil<sup>(66)</sup>.

En quinto lugar, vinculado al punto anterior, es frecuente que los grados de autonomía cambien a lo largo del tiempo, según el estadio de la enfermedad, la medicación, el conocimiento que la paciente vaya adquiriendo de la enfermedad y los tratamientos, etc. Por esto mismo es que Jennifer Nedelsky insiste en que “la capacidad de autonomía es muy fluida: varía a lo largo del tiempo y entre los ámbitos de nuestra vida”<sup>(67)</sup>. El tiempo es crucial tanto para la paciente como para la médica, y también para los seres queridos<sup>(68)</sup>. Puesto en palabras de un oncólogo:

Usualmente, voy conociendo a los pacientes a lo largo del tiempo, durante su enfermedad, y, por lo tanto, a veces, esas discusiones sobre el final de la vida se desarrollan gradualmente. Y llegas a conocer al paciente... desarrollas una relación y aprendes sobre lo que espera de la atención médica, no sólo sobre el final de la vida<sup>(69)</sup>.

---

(65) Mark R. Tonelli y Cheryl J. Misak, “Compromised autonomy and the seriously ill patient”, *Chest* 137 (nº 4, abril 2010), pp. 926-931. Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020.

(66) Stephanie B. Johnson, Phyllis N. Butow, Ian Kerridge y Martin H. N. Tattersall, “Patient autonomy and advance care planning: a qualitative study of oncologist and palliative care physicians’ perspectives”, *Support Care Cancer* 26 (nº 2, febrero 2018), pp. 565-574. Citados por Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020, 5.

(67) Traducción propia. Texto en idioma original: “The functioning of the capacity for autonomy is highly fluid: it varies across time and spheres of our lives. Autonomy exists on a continuum”. Jennifer Nedelsky, *Law’s relations: a relational theory of self, autonomy, and law* (Nueva York: Oxford University Press, 2012).

(68) Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020.

(69) Traducción propia. Texto en idioma original: “Usually I’ve known the patients for a long time throughout their illness, and so sometimes, those end-of-life discussions unfold in a very graduated way. And you kind of get to know the patient... over a, you know, you develop a relationship and you learn about different aspects of their goals of care, not just the end of life”. Jaap Schuurmans, Romy Bouwmeester, Lamar



A partir de unas entrevistas a pacientes con cáncer de mama, Patti Shih y coautores muestran que, a medida que transcurre el tiempo en la atención médica, los pacientes comienzan a comprender mejor su enfermedad y los tratamientos, y a desarrollar una mayor conciencia de sus propias preferencias y valores respecto a las opciones terapéuticas y, por ende, un sentido de confianza en sí mismos para las decisiones médicas<sup>(70)</sup>. Pero también es cierto que, incluso sin nuevos cambios en la información médica, hay pacientes que cambian varias veces de opinión respecto a las DFV, hasta finalmente decidir en un sentido u otro<sup>(71)</sup>.

En sexto lugar, como ya sugieren los otros puntos, las personas no toman decisiones puramente racionales. No se trata siquiera de una racionalidad incompleta, sino que deciden también según cómo se sienten física y emocionalmente, según cómo se encuentre “su espíritu” incluso. Para sintetizar, la elección, aun una tan determinante como la de poner fin a la vida de uno a través de la eutanasia, no depende solo de factores cognitivos. Pero es más que eso, las personas, no solo la paciente sino también sus seres queridos incluso el personal de salud, pueden sentir una profunda ambivalencia respecto a la decisión de morir de la paciente, que no encaja bien con el régimen de autodeterminación racional<sup>(72)</sup>. El siguiente relato sintetiza algo de esto:

Por un lado, definitivamente quiero morir. Por otro lado, sin embargo, todavía queda en mí simplemente demasiada fuerza vital física e

---

Crombach, Tesaa van Rijssel, Lizzy Wingens, Kristina Georgieva, Nadine O’Shea, Stephanie Vos, Bram Tilburgs e Yvonne Engels, “Euthanasia requests in dementia cases; what are experiences and needs of Dutch physicians? A qualitative interview study”, *BMC Medical Ethics* 20 (nº 1, octubre 2019), pp. 1-9. Citados por Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020.

(70) Patti Shih, Frances Rapport, Anne Hogden, Mia Bierbaum, Jeremy Hsu, John Boyages y Jeffrey Braithwaite, “Relational autonomy in breast diseases care: a qualitative study of contextual and social conditions of patients’ capacity for decision-making”, *BMC Health Services Research* 18 (nº 1, octubre 2018), p. 818. Citados por Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020.

(71) Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020.

(72) Robert Burt, *La muerte es esa mujer que deambula tomando nombres: intersecciones de la medicina, el derecho y la cultura en los Estados Unidos* (Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2015).

intuitiva. (...) Ése es el dilema con el que vivo: racionalmente quieres morir, pero al mismo tiempo existe esa voluntad inquebrantable de vivir, lo que me hace sentir estar tironeado en dos direcciones [simultáneamente]<sup>(73)</sup>.

En séptimo lugar, el contexto social importa. Respecto a los cuidados paliativos, la posibilidad de morir en casa, y, por lo tanto, la decisión de hacerlo, por ejemplo, está vinculada a los recursos económicos, al nivel educativo, la clase social, a la disponibilidad de una red de cuidado, entre otros factores. Así, Luciana Lolich y Kathleen Lynch<sup>(74)</sup>, sobre la base de varios estudios empíricos, afirman que las personas de clase alta o clase media acomodada mueren en sus casas con más frecuencia porque tienen más recursos para participar en la planificación de sus muertes y porque están más dispuestas a discutir sus preferencias con los médicos dado sus recursos culturales y sociales y por tener similitudes sociales con los médicos que acortan la distancia.

## 6. MÁS QUE UNA SOLA DECISIÓN: RECONCEPTUALIZACIONES DE LA AUTONOMÍA

*Yo soy, gracias a ti*  
(expresión ubuntu)<sup>(75)</sup>.

Las teorías de autonomía relacional emergieron en la bioética y derecho como reacción a la incapacidad de las teorías más convencionales de dar cuenta de la relación médico-paciente en la práctica y las decisiones médicas. Los enfoques relacionales ponen, como el nombre sugiere, a las relaciones en un lugar central tanto en sus supuestos

---

(73) Traducción propia. Texto en idioma original: "On the one hand, I definitely want to die. On the other hand, though, there is still simply too much physical, intuitive life force [remaining in me]. (...) That's the dilemma I'm living with: you rationally want to die, but at the same time, there's that unbreakable will to live, which makes me feel like I'm being pulled in two directions [simultaneously]". Els van Wijngaarden, Carlo Leget y Anne Goossensen, "Caught between intending and doing: older people ideating on a self-chosen death", *BMJ Open* 6 (nº 1, enero 2016).

(74) Lolich y Lynch, "No choice without care: palliative care as a relational matter, the case of Ireland", 2017.

(75) Traducción propia. Texto en idioma original: "I am, because of you".

descriptivos y desarrollos conceptuales, como en sus enunciados normativas<sup>(76)</sup>.

Una aclaración, elemental pero necesaria, es que las teorías liberales clásicas no desconocen las condiciones sociales. La autonomía, entendida como la competencia de dar forma a un plan de vida según preferencias auténticas (libres de manipulación y coerción), mediante decisiones concretas que sean consistentes con ese plan a lo largo del tiempo, no supone, para estas teorías, que esas decisiones estén exentas de influencias sociales, sino que el sujeto debe identificarlas y examinarlas, para elegir conforme o no a las mismas<sup>(77)</sup>. Sin embargo, la mayoría de estas teorías sí defienden una idea de la autonomía como capacidad “para desentendernos de cualquier práctica social particular”<sup>(78)</sup> y no quedar atadas a intereses, expectativas o propósitos externos al juicio personal. Las obligaciones morales y los acuerdos sociales no definen directamente lo debido para el sujeto, sino que requieren de una justificación moral dada por el propio individuo<sup>(79)</sup>. Ahí queda retratada la idea del individuo abstracto e independiente, y que las teorías relacionales objetan. O como lo pone Milton Regan, el liberalismo considera que lo que tiene importancia moral en el individuo se define por su capacidad para distanciarse de cualquier compromiso o apego<sup>(80)</sup>.

---

(76) Hay variaciones dentro de estas teorías. Ver Catriona Mackenzie y Natalie Stoljar, eds., “Autonomy refigured”, en *Relational autonomy: feminist perspectives on autonomy, agency and the social self* (Nueva York: Oxford University Press, 2000), 3-31. Para una clasificación está entre las teorías causalistas y las constitutivistas Ver Agustina Ramón Michel, “Reconstruções da autonomia pessoal”, en *Gênero e feminismos: Argentina, Brasil e Chile em transformação*, comps. E. Alterman Blay, L. Mercês de Avelar y P. Duarte Rangel, P. (San Pablo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019).

(77) Agustina Ramón Michel y Sonia Ariza Navarrete, “Entre órdenes y relaciones. Autonomía y objeción de conciencia en la atención de la salud”, en *Acciones privadas y constitución: la autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución nacional*, coords. Roberto Gargarella, Silvana Álvarez Medina y Juan Iosa (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2021).

(78) Will Kymlicka, *Filosofía política contemporánea: una introducción* (Barcelona: Ariel, 1995), 238.

(79) Charles Taylor, *Philosophy and the Human Sciences* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985).

(80) Milton C. Regan, “Getting our stories straight: narrative autonomy and feminist commitments”, *Indiana Law Journal* 72 (nº 2, art. 6, 1997).

Esta centralidad dada al sujeto sin ningún lazo constitutivo ha sembrado la noción de la autonomía como una libertad que debe cuidarse y hasta protegerse de los terceros, de los vínculos que tengamos con otros y de otras condiciones sociales.

Las teorías relacionales, en cambio, sostienen que la autonomía ocurre dentro de, y es posible debido a, las relaciones<sup>(81)</sup>. Combinan la idea de que la agencia humana está embebida de condiciones sociales, la realidad de que las relaciones constituyen una parte importante de la identidad del individuo y la prominencia dada en la sociedad occidental a la libertad. El resultado es un enfoque que, descriptiva y conceptualmente, integra el impacto de las influencias sociales en la capacidad de toma de decisiones<sup>(82)</sup>. Y términos normativos, siguiendo a Nedelsky, la propuesta es “movernos más allá de la concepción que concibe a los seres humanos como exclusivamente individuales”<sup>(83)</sup>.

No se trata de rechazar la idea de elección, tan central en el paradigma de la autonomía clásica, sino de aquellas presunciones asociadas a esa lógica. Una de las presunciones más recurrentes es que las personas pueden ejercer plenamente la elección, aun los moribundos. Esa presunción puede, paradójicamente, provocar, como advirtió Robert Burt, los mismos efectos que quiso evitarse con el paradigma de la autodeterminación: abusos e imposición de sufrimientos<sup>(84)</sup>. Esto resulta especialmente importante en el contexto de las DFV en las que las personas padecen dolores físicos, mentales, cambios anímicos, incluso modificaciones en los estados de conciencia. Poco se gana negándoles la capacidad de tomar decisiones, tampoco asumiendo que pueden ejercerla de manera plena, ni desconocer cómo las relaciones y otras condiciones sociales influyen, aun marcan, su proceso sobre DFV.

En este sentido, la autonomía relacional ha sido más sensible en respetar “la autonomía real”, la que en ocasiones puede verse limitada, y ha brindado los apoyos necesarios para que pueda ser

---

(81) Nedelsky, “Reconceiving autonomy: sources, thoughts and possibilities”, 1989.

(82) Mackenzie y Stoljar, “Autonomy refigured”, 2000.

(83) Nedelsky, “Reconceiving autonomy: sources, thoughts and possibilities”, 1989, 51.

(84) Burt, *La muerte es esa mujer que deambula tomando nombres: intersecciones de la medicina, el derecho y la cultura en los Estados Unidos*, 2015.

ejercida y fortalecida<sup>(85)</sup>. Esta perspectiva no compromete necesariamente la pretensión normativa, sino que, por el contrario, exige esfuerzos para proteger y garantizar el ejercicio de esta autonomía imperfectamente real.

A continuación, identifico modos en los que el enfoque relacional puede servir para dar cuenta y mejorar la autonomía de los pacientes que se enfrentan a DFV.

Poco favor hace la imagen del sujeto “autogobernado” y de la familia ante todo como potenciales amenazas a las decisiones autónomas del paciente en los contextos de final de la vida. Sobre todo, cuando, como afirma Blustein, “los miembros de la familia, en virtud de su cercanía y conocimiento íntimo del paciente, suelen estar especialmente capacitados para reforzar la autonomía vulnerable del paciente y asistirlo en el ejercicio de la toma de decisiones autónomas”<sup>(86)</sup>.

La mayoría de las pacientes no quieren estar aisladas, separadas de su entorno más estrecho, incluso a algunas les resulta una carga insostenible decidir “por sí mismas” enfrentadas a DFV. Esto no significa negar que haya situaciones de presión indebida o sobreestimar el impacto positivo de las interacciones familiares, sino —ni más ni menos— objetar la presunción absoluta en contra de la participación intensa de seres queridos en las decisiones o presunciones similares como la que afirma que los pacientes que consideran especialmente los intereses y opiniones de su pareja o hijos, por ejemplo, están bajo una presión indebida.

La atención debería centrarse no tanto en evitar interferencias indebidas al momento de decidir sobre DFV, sino en identificar cuáles son las relaciones principales que están en juego en esas situaciones del final de la vida, cómo las pacientes se relacionan con su médica de

---

(85) George J. Agich, “Reassessing autonomy in long-term care”, *The Hastings Center Report* 20 (nº 6, 1990), pp. 12-17. Citado por Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020.

(86) Traducción propia. Texto en idioma original: “Family members, by virtue of their closeness to and intimate knowledge of the patient, are often uniquely well qualified to shore up the patient’s vulnerable autonomy and assist him or her in the exercise of autonomous decision-making”. Blustein, “The family in medical decisionmaking”, 1993. Citado por Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020.

cabecera y sus seres queridos, y cómo estas relaciones mejoran o impiden el ejercicio adecuado de la autonomía<sup>(87)</sup>.

Si acaso es cierto que, como alegan algunas teorías relacionales, los sujetos no tenemos un conocimiento transparente e inmediato de los propios valores y preferencias, sino que este ocurre y cambia en interacción con otros, entonces, la participación significativa de personal de salud de confianza y seres queridos se vuelve fundamental en el proceso de decidir autónomamente al final de la vida.

Mas aún, mantener una relación significativa entre médico y paciente en cuidados paliativos, o en otras situaciones de DFV, puede ser una condición necesaria para que la paciente pueda decidir de manera autónoma. Esto es así pues a lo largo del tiempo, la médica se familiariza con las condiciones sociales y personales del paciente, sus valores (por ejemplo, qué considera bienestar); deseos (por ejemplo, ver crecer a sus nietos); y otras preferencias (por ejemplo, no llegar al punto de desconocer a sus seres queridos), de modo que, llegado el momento, puede recomendar los cursos de acción terapéuticos adecuados para honrar esos valores y deseos, y satisfacer esas preferencias del paciente<sup>(88)</sup>.

También, desde un punto de vista relacional, se espera que los profesionales de la salud asuman un rol de promotores de la autonomía y no solo informen y obtengan el consentimiento informado<sup>(89)</sup>. Esto demanda favorecer ciertas condiciones para que los pacientes reflexionen, así como guiarles a ellos y a sus familiares. Este tipo de tareas exige que el personal de salud que trabaja cuidados paliativos o con personas gravemente enfermas sean entrenados en cómo procesar información personal de la paciente, ofrecer recomendaciones y guiar a los pacientes y a sus seres queridos<sup>(90)</sup>.

---

(87) Hay quienes incluso proponen, dada la centralidad que tienen los integrantes de la familia para el cuidado al final de la vida del paciente, tomar como “unidad de cuidado” no al individuo, sino a la familia. Broom y Kirby, “The end of life and the family: hospice patients’ views on dying as relational”, 2013.

(88) Billings y Krakauer, “On patient autonomy and physician responsibility in end-of-life care”, 2011.

(89) Natalie Stoljar, “Informed consent and relational conceptions of autonomy”, *The Journal of Medicine and Philosophy* 36 (nº 4, 2011), pp. 375-384.

(90) Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020. Jennifer K. Walter, Jennifer

Es de lo más común que la persona con una enfermedad terminal, o grave, dolorosa e incurable reaccione a esta y al decaimiento físico y demás limitaciones de manera irregular en el tiempo. Lo mismo sucede con sus decisiones, que pueden ser cambiantes. Como lo explican Carlos Gómez Virseda y coautores:

Esta vacilación afecta directamente a sus deseos y a la toma de decisiones. Desde una perspectiva racionalista estricta, los pacientes pueden ser percibidos como “incoherentes” en sus deseos, a veces se los puede etiquetar de incompetentes o incluso de tener una incapacidad cognitiva. Sin embargo, desde una perspectiva más amplia y comprensiva que tenga en cuenta las variadas dimensiones del paciente, lo que inicialmente podrían parecer declaraciones “contradictorias” en realidad pueden entenderse como parte del proceso de toma de decisiones que se desarrolla a lo largo del tiempo. La ambivalencia forma parte de la historia de vida personal y de la experiencia moral de cada uno, y ambas cosas rara vez encajan en una explicación racional, clara y directa<sup>(91)</sup>.

Las teorías liberales, al abrazar visiones racionalistas, encuentran dificultades para lidiar satisfactoriamente con estas situaciones. En cambio, las teorías relacionales que asumen un yo multidimensional, en el que racionalidad e intelecto se combinan con emociones y atributos como el género, la etnia, y la religión, están mejor equipadas para comprender al paciente, no solo usa la razón al expresar sus decisiones, sino que el cuerpo y las emociones desempeñan un rol indefectible.

Diana Meyers<sup>(92)</sup> emplea un ejemplo clarísimo para mostrar la importancia del cuerpo en la toma de decisiones: cuando una per-

---

Hwang y Alexander G. Fiks, “Pragmatic strategies for shared decision-making”, *Pediatrics* 142 (nº 3, 2018), pp. 157-162.

(91) Traducción propia. Texto en idioma original: “This vacillation directly affects their desires and decision-making. From a narrow rationalistic perspective, patients may be perceived as being ‘inconsistent’ in their wishes; sometimes they may be labelled as incompetent, or even as harboring pathological cognition. However, from a broader, more comprehensive perspective that takes into account many dimensions of the patient, what initially might seem like ‘contradictory’ statements actually can be understood as part of the decision-making process unfolding over time. Ambivalence is part of one’s personal life history and moral experience, both rarely fitting into a neat straightforward rational explanation”. Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020, 6.

(92) Diana T. Meyers, “Personal autonomy and the paradox of feminine socialization”, *The Journal of Philosophy* 84 (nº 11, 1987), pp. 619-628.

sona está en peligro o en una situación de crisis, el cuerpo reacciona liberando adrenalina. Esta reacción le permite a la persona aprovechar sus fuerzas, superar la crisis y actuar autónomamente de un modo que no sería necesariamente posible con el mero uso de la mente. En esta misma línea, y a diferencia de las posiciones racionalistas que desconocen el valor de las emociones al momento de emitir juicios morales, autoras como Christine Tappolet defienden el valor epistémico que tienen las emociones para la propia persona. Incluso postula que aquellas decisiones tomadas a partir de las emociones pueden calificarse de decisiones autónomas<sup>(93)</sup>. En cualquier caso, frente a situaciones tan extenuantes como la de estar muriendo o sometido a dolores horribles, las emociones median las experiencias del individuo y afectan su proceso de decisión. Una teoría que desconoce esto puede convertirse irrelevante para guiar las conductas de las personas.

Adicionalmente a esta concepción multidimensional que ayuda a explicar el porqué de las vacilaciones y cambios de opinión de los pacientes, las teorías relacionales hacen un aporte con la idea de “escalas”. A diferencia del enfoque binario de las teorías clásicas, el concepto de escalas observa y considera a la autonomía en términos de grados, como un continuo que puede ir modificándose<sup>(94)</sup>. Esta perspectiva permite dar cuenta de las condiciones fluctuantes, de las vulnerabilidades y de los cambios físicos, cognitivos y anímicos que suceden en una persona con una enfermedad crónica degenerativa, por ejemplo, y procura el ejercicio de la autonomía al evitar calificar al sujeto simplemente de “capaz” o “no capaz”.

A simple vista, el enfoque binario ofrece ventajas prácticas para el equipo médico que tiene que obtener el consentimiento informado del paciente o subrogarlo, mientras que la idea de escalas parece especialmente engorrosa y poco clara<sup>(95)</sup>. Pero lo cierto es que quienes trabajan

---

(93) Christine Tappolet, “Autonomy and the emotions”, *European Journal of Analytic Philosophy* 2 (nº 2, 2006), pp. 45-59, <https://philpapers.org/rec/TAPAAAT> (consultada el 26 de julio de 2021); Christine Tappolet, “Emotions, reasons, and autonomy”, en *Autonomy, oppression, and gender*, eds. Andrea Veltman y Mark Piper (Nueva York: Oxford University Press, 2014), pp. 163-180.

(94) Nedelsky, *Law’s relations: a relational theory of self, autonomy, and law*, 2012; Mackenzie y Stoljar, “Autonomy refigured”, 2000.

(95) Hay propuestas, según el ámbito, para evaluar esta autonomía. Ver, por ejemplo: Elena Sáenz, “La escala de Lawton y Brody para evaluar la autonomía en el anciano”, *La Mente es Maravillosa*, 10 de enero de 2020, <https://lamenteesmaravillosa>.



en cuidados paliativos, quienes son médicas de cabecera o enfermeros que atienden a pacientes moribundos saben que es ante todo una ficción sentenciar que las pacientes carecen de toda capacidad o gozan de plena autonomía en esas condiciones.

Es que, entre otras cosas, la autonomía es dinámica. Si bien predicarla de actos concretos se alinea con necesidades prácticas —como la firma del consentimiento informado para determinado procedimiento—, lo cierto es que tiene más sentido pensarla temporalmente<sup>(96)</sup>. La autonomía como un proceso que evoluciona en el tiempo puede, en palabras de Holger Bauman, suavizar una visión estática en la que los pacientes quedan “atrapados” en sus propias decisiones. Una visión temporal permitiría habilitar al paciente la posibilidad de un “cambio autónomo” y de una “emancipación autónoma”. Lo primero significa que una decisión siempre puede reconsiderarse, algo que es relativamente común en situaciones del final de la vida, y seguir considerando a esa persona, no obstante este cambio, con capacidad para decidir. Lo segundo, la emancipación autónoma, es la posibilidad de que la paciente se resista, se rebele a las expectativas sociales y grupales que puedan imponerse contra sus auténticos deseos<sup>(97)</sup>.

Partiendo de dos ideas, la de la autonomía como algo que se construye en interacción con los demás, y la de visión temporal, las profesionales que asisten a pacientes en situaciones de FDV pueden llevar adelante esfuerzos para promover la autonomía en el tiempo, a lo largo de la atención, e intentar familiarizarse con sus valores y preferencias. Esto les ayudará a interpretar sus deseos cuando sea difícil para los pacientes expresarlos y así guiarlos y acompañarlos, junto quizás con los seres queridos del paciente<sup>(98)</sup>.

Un pacto fundamental entre médica y paciente se incumple cuando la primera no utiliza el conocimiento y la experiencia por los que el

---

com/la-escala-de-lawton-y-brody-para-evaluar-la-autonomia-en-el-anciano (consultada el 26 de julio de 2021).

(96) Nedelsky, *Law's relations: a relational theory of self, autonomy, and law*, 2012.

(97) Holger Baumann, “Reconsidering relational autonomy. Personal autonomy for socially embedded and temporally extended selves”, *Analyse Kritik* 30 (nº 2, 2008), pp. 445-468. Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020.

(98) Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020.

paciente le consultó, o conociendo la contradicción entre cierto procedimiento y lo que valora la paciente, no se le guie. En este sentido, las teorías relacionales insisten en que respetar la autonomía de los pacientes no debe disminuir la responsabilidad de los médicos hacia los pacientes<sup>(99)</sup>.

Una noción relacional, temporal y escalar de la autonomía implica que la responsabilidad de los médicos de brindar el mejor tratamiento toma diferentes formas dependiendo de si el paciente es autónomo en menor o mayor grado. Aunque la autonomía de pacientes moribundos puede verse comprometida hasta cierto punto, todavía merece respeto y consideración<sup>(100)</sup>. La fragilidad física y cognitiva puede disminuir la capacidad en la toma de decisiones y en la función ejecutiva. Sin embargo, cuando estas capacidades se ven comprometidas, la autonomía puede ejercerse con la ayuda de otros, que incluye a profesionales de la salud.

A diferencia de los abordajes más convencionales en la ética médica, desde un enfoque relacional el respeto a la autonomía no requiere informar “completamente”, sino que exige que la médica explore las preferencias. Y como mostré en la sección anterior, estas preferencias son más variadas de lo que podría esperarse: una paciente prioriza saber a grandes rasgos su situación, otro prefiere tener porcentajes de éxito de las distintas alternativas terapéuticas, otro no quiere saber cuánto tiempo de vida le queda y quiere que la información más detallada la reciba su hijo directamente, otra elige recibir la información acompañada de su amiga y no de su esposo, por ejemplo, en quien confía al punto de seguir sus consejos casi al pie de la letra. Forzar, como dicen Andrew Billings y Eric Krakauer<sup>(101)</sup>, a que el paciente reciba directamente toda la información y en detalle puede no promover su autonomía, sino afectarla. Es que la elección —corazón del régimen de la autodeterminación del paciente— puede transformarse en una carga, sobre todo porque la información siempre es incompleta y sopesar los pros y los contras no es una ciencia exacta, y puede ser especialmente

---

(99) Billings y Krakauer, “On patient autonomy and physician responsibility in end-of-life care”, 2011.

(100) Onora O’Neill, “Paternalism and partial autonomy”, *Journal of Medical Ethics* 10 (nº 4, diciembre 1984), pp. 173-178.

(101) Billings y Krakauer, “On patient autonomy and physician responsibility in end-of-life care”, 2011.

arduo cuando la persona se encuentra agobiada físicamente y emocionalmente por su enfermedad<sup>(102)</sup>.

## 7. CONCLUSIÓN

Es una carga muy grande estar a la altura de lo prescrito por el régimen de la autonomía liberal clásica, principalmente para los pacientes enfrentados a DFV.

Sobran los motivos para defender el principio de autonomía, con una historia repleta de abusos e imposiciones de sufrimientos sobre pacientes. Pero justamente porque la autonomía tiene valía es que debe intentarse que lo prescrito no se aleje demasiado de la experiencia. Así, la insistencia en la separación como algo indispensable para la toma de decisiones autónomas es especialmente complicado para personas con enfermedades terminales, o dolorosas e incurables, que requieren de cuidados constantes de seres queridos, cuidadores pagos y profesionales de la salud.

Creo que ante todo debe dejarse de lado la presunción absoluta de que todas las personas queremos decidir a solas y que podemos hacerlo plenamente.

Al ignorar las relaciones sociales, las interdependencias —incluso las dependencias— y la vulnerabilidad, se corre el riesgo de terminar en el mismo lugar del que se quiso salir.

Las personas están en cuidados paliativos porque han perdido parte o la totalidad de su capacidad para cuidarse a sí mismas, pueden no querer ser un peso para sus familias y tener una capacidad limitada para decidir. Tener en cuenta estas restricciones puede fortalecer la autonomía de las DFV. Así, los profesionales pueden cuidar la autonomía del paciente al compensar las disminuciones provocadas por la enfermedad, ayudándoles a preservar su sentido de sí mismo y dignidad, invitarles a discutir estas restricciones, preguntarles cómo le hace

---

(102) Ian Greener, "Markets in the public sector: when do they work, and what do we do when they don't?", *Policy and Politics* 36 (nº 1, enero 2008), pp. 93-108; y A. Dale Tussing y Maev-Ann Wren, *How Ireland cares: the case for health care reform* (Dublín: New Island, 2006). Citados por Lolic y Lynch, "No choice without care: palliative care as a relational matter, the case of Ireland", 2017.

sentir, reflexionar sobre las mismas, analizar las opciones y cómo estas se acomodan a sus circunstancias, etc.

Como desarrollé a lo largo del trabajo, son varias las objeciones que puede hacerse a los postulados individualistas de la autonomía para los contextos de DFV, que intentaré sintetizar aquí a la vez que mostrar los aportes del enfoque relacional.

Una primera objeción, más general, es la concepción del yo: uno separado/independiente, sin atributos, abstracto, racional. Esto no solo pretende ser una descripción, sino que se pasa a ser también un anhelo normativo de las teorías liberales convencionales. De ahí que tantas veces las personas moribundas, enfermas crónicas y agobiadas de dolor, o con discapacidad intelectual o mental, sean ignoradas o degradadas por estas teorías. Y ese es un problema enorme cuando se las aplica en los contextos de DFV: las personas en estas situaciones se encuentran justamente vulnerables, requieren de los cuidados de otros, están atravesadas por todo tipo de emociones y sensaciones físicas.

Esta visión del yo etéreo es la base sobre la que se construyeron los presupuestos y enunciados descriptivos, conceptuales y normativas de la autonomía clásica. La exaltación de esta concepción ha sido posible bajo el costo de negar las relaciones. Más aun, la autonomía entendida como separación de influencias externas es casi una marca de madurez moral, de dignidad y libertad. Esto derivó en una omisión acerca de los efectos contributivos, ambiguos y destructivos que tienen estas relaciones en la capacidad de actuar autónomamente.

A contrapelo de esta concepción individualista, las teorías relacionales estiman que las relaciones son clave para el desarrollo de la autonomía. No se desconoce la individualidad: sujetos singulares embebidos en relaciones sociales: “Nos apartamos del individualismo, no del valor de la individualidad”<sup>(103)</sup>. Y por esto mismo, conceptualizar la autonomía en términos relacionales no implica el sometimiento de una persona a lo colectivo (familia, comunidad, iglesia, nación, etc.), sino afirmar que la autonomía personal se despliega dentro de esas relaciones.

---

(103) Traducción propia. Texto en idioma original: “We move away from individualism, not from the value of individuality”. Gómez Virseda *et al.*, “Relational autonomy in end-of-life care ethics: a contextualized approach to real-life complexities”, 2020, 12.

La segunda objeción gira en torno a la descripción inadecuada del proceso de toma de decisión. Los estudios empíricos muestran a pacientes con diferentes preferencias: algunos desean recibir información detallada, ponderar y decidir a solos, muchos otros anhelan contar con la guía de sus médicos y que sus familiares más cercanos hagan parte de la decisión, incluso están quienes prefieren dejar la toma de decisiones a su hijo, esposo o mejor amigo, o considerar sus intereses ampliamente al momento de decidir sobre si optar por una sedación terminal, por ejemplo. Para el enfoque relacional esto está bien, y se construye teoría a partir de estas constataciones. Las personas deciden en interacción con personas significativas para su vida, que puede incluir, en determinadas etapas, al personal de salud.

La tercera objeción, concatenada, es el prejuicio en contra de la familia y seres queridos. La teoría individualista incita a mirar con desconfianza a aquellos involucrados intensamente en la toma de decisión de la paciente. Una agencia amenazada por sus relaciones sociales, diría Jennifer Nedelsky. Así, se presume que los pacientes que desean delegar la toma de decisiones a seres queridos se encuentran bajo una presión indebida, y que la acción debida por el personal de salud es procurar su separación, aunque sea momentánea, para, al menos, concretar el consentimiento informado.

La cuarta objeción es la obsesión por la elección, que deja de lado cuestiones como el deterioro del cuerpo, los valores y los entendimientos culturales (que incluyen el entendimiento ambiguo sobre la muerte), las limitaciones estructurales y las desigualdades sociales que afectan la toma de DFV. El foco en la elección, en todo caso, debería incluir las restricciones que tienen las pacientes, para encontrar modos de abordarlas en vez de simplemente ignorarlas o calificar a la paciente como incapaz.

La autonomía relacional es un concepto provechoso para la toma de DFV. Reconoce un componente social integrado en el significado mismo de la autonomía. Reconfigura la comprensión de las relaciones y las perspectivas personales. Su visión de los individuos a partir de la conexión y de la interdependencia, de la multidimensionalidad más allá de lo racional, que no ignora ni el cuerpo ni las emociones, permite tener un entendimiento más preciso que ayuda a respetar y promover genuinamente la autonomía de las personas.

Tomar estos aspectos menos discretos y ordenados, puede, creo yo, hacer más por la autonomía real e imperfecta de las personas enfrentadas a DFV, que incluye, naturalmente a pacientes, pero también a los seres queridos y profesionales de la salud involucrados.

# LA ÉTICA CLÍNICA: DEL PATERNALISMO FIDUCIARIO A LA AUTONOMÍA RELACIONAL

*Sonia Ariza Navarrete*

En esta conversación imaginaria con el querido Martín Farrell le propongo pensar cómo podemos superar la que, en buena parte, ha sido la base de la perspectiva liberal hegemónica en el gobierno de las relaciones de profesionales de la salud y pacientes: la que he dado en llamar el utilitarismo de mercado. Mi sugerencia es visitar las perspectivas relacional y comunitaria, no ya para repensar el paternalismo —cosa que el liberalismo ha hecho ya con buen destino— sino para llegar a una ética basada en la autonomía más allá del individualismo.

Mi propuesta surge de ideas que hemos empezado a desarrollar junto con mi querida Agustina Ramón Michel en otros artículos y que ambas hemos discutido con el Dr. Farrell. Por eso, me parece tan pertinente traer de nuevo este tema a un libro que resulta tan significativo.

## **1. LAS RAÍCES LIBERALES DE LA ÉTICA CLÍNICA CONTEMPORÁNEA**

Si bien la ética siempre ha sido parte de la práctica clínica, el paradigma en el cual nos encontramos se desarrolla recién desde terminada la Segunda Guerra Mundial, como correctivo a los crímenes cometidos en el ámbito médico, principalmente por el nazismo. Sin embargo, el desarrollo de las nuevas tecnologías médicas, así como el avance del enfoque de los derechos humanos, han sido determinantes en la crítica y el desplazamiento del paternalismo subyacente en la clínica tradicional. Dado que la libertad individual se considera el valor social central en las sociedades occidentales, exigir a pacientes y usuarias de servicios de salud confiar y someterse a la indicación médica, basada en las virtudes supuestas de profesionales de la salud y su comportamiento

individual responsable, se mostró no solo una restricción injustificable de la libertad personal sino también un riesgo real a la luz de la historia reciente.

Así, gracias a las teorías liberales que dieron la base a los conceptos contemporáneos de ciudadanía y personalidad jurídica en el marco de los derechos, se fue (re)construyendo la imagen de la paciente como una persona soberana, sujeta de derechos, capaz de realizar elecciones sobre su propio cuerpo, incluso en situaciones de enfermedad y dolencia. Aparecen en este contexto, no solo principios éticos como el respeto a la autonomía del paciente, sino también derechos como el aborto voluntario, allá por la década del 70<sup>(1)</sup>.

Se fue desplazando, entonces, el principio de bienestar (*Salus aegroti suprema lex*), que había servido como regla principal de la acción médica durante siglos y fue propio de una ética médica paternalista más que al marco liberal que empezaba a regir en la práctica profesional de la salud. Ahora bien, este cambio —del paternalismo médico a la autonomía del paciente— impactó también en lo que me interesa resaltar en este artículo, el reemplazo de la teoría moral que sustenta la práctica clínica, esta es al menos una lectura posible.

## **2. EL CAMBIO DE LA TEORÍA MORAL: DE LA TEOLOGÍA CRISTIANA AL LIBERALISMO**

La teología moral cristiana que sustentaba el paternalismo médico, bajo principios y valores absolutos e inmutables (como la santidad de la vida) que justificaban la supresión de la voluntad de la paciente, fue superada por teorías como el utilitarismo o la deontología liberal.

En el paradigma tradicional de la ética médica, el bienestar servía como el principio supremo de las acciones de un médico (varón en la inmensa mayoría de los casos), y estaba determinado predominantemente por el monopolio del conocimiento del médico y posteriormente por la profesionalización de ese saber. Solo un médico por su

---

(1) Agustina Ramón Michel y Sonia Ariza Navarrete, “Entre órdenes y relaciones. Autonomía y objeción de conciencia en la atención de la salud”, R. Gargarella, S. Álvarez Medina, J. Iosa (coords.), *Acciones privadas y Constitución: la autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2021), pp. 531-572.



experticia podría diagnosticar y tratar una enfermedad o dolencia. Solo el conocimiento clínico, monopólico y privilegiado podía desentrañar el misterio del *bienestar*, por eso, su palabra era indiscutible y la opinión de pacientes y familiares innecesaria, incluso disruptiva.

La paciente debe confiar en su médico, en el marco de una relación fiduciaria, para restablecer su equilibrio integral. El término “paciente” implica una pasividad por parte de la persona enferma, lo que supone que su médica sea quien detenta unívocamente la agencia. Como ha argumentado de manera convincente Onora O’Neill, en esta relación, la “confianza” es un elemento necesario, mientras que “la desconfianza es venenosa para una relación que expone a uno de los miembros a intervenciones físicas y psíquicas potencialmente dolorosas del otro”<sup>(2)</sup>.

Es en este sentido que digo que esta relación se basaba en una teología cristiana por cuanto, ya se dijo, se sustenta en la sujeción a valores absolutos, pero, además, porque la caridad, la beneficencia y la actuación del médico en interés exclusivo del paciente fueron cualidades asignadas dogmáticamente a los profesionales de la salud.

### 3. EL LIBERALISMO CONTEMPORÁNEO BASADO EN LA AUTONOMÍA

En la ética médica contemporánea, por el contrario, la autonomía individual es el principio supremo; se define como un derecho de la usuaria de los servicios y una obligación de su profesional tratante. El principio de autonomía significa respeto por los intereses y preferencias de quien acude al servicio de salud, su autodeterminación. Por eso algunas autoras la han llamado autonomía preferencial<sup>(3)</sup>. Entendiendo que la versión liberal de la autonomía acoge todas las preferencias, limitadas únicamente por la obligación recíproca de respetar los intereses y preferencias de las demás personas. El principio de autonomía individual ha reemplazado la noción de beneficencia en la ética médica, con ello también ha reemplazado la comprensión universal del bien en

---

(2) Onora O’Neill, *Autonomy and Trust in Bioethics (Gifford Lectures, 2001)* (Cambridge: Cambridge University Press, New York) Mi traducción.

(3) Hille Haker, “Autonomy and Care in Medicine”, *Societas Ethica Annual Conference, The Future of Medicine/Medicine of the Future* (2011), pp. 39-43.

materia de salud. Ya no podemos determinar el bien con independencia de los deseos y opiniones de quien recibe la atención médica.

Esta concepción de la autonomía buscó, con razón, revertir la asimetría que caracterizó la relación médica/paciente para la toma de decisiones sanitarias. Hoy por hoy, las decisiones sanitarias no solo conciernen a criterios “objetivos” (como la disponibilidad de servicios o de personal médico, el avance de la ciencia y los tratamientos) sino también, y a veces incluso predominantemente, a las preferencias individuales, el plan de vida de cada persona.

Es así que, se modifica también la concepción del daño, el tradicional principio ético de no maleficencia, también se redefine a partir de este cambio de paradigma. El daño, ya no es solo causar un resultado que se considera “objetivamente negativo” como la muerte, sino que este debe ser interpretado a la luz de las preferencias de la usuaria del servicio<sup>(4)</sup>. Este cambio se entiende bien con el ejemplo de la eutanasia, cuya garantía como derecho de pacientes y no prerrogativa profesional surge en la década del 50 y es recién a comienzos de este siglo que empieza a ser reconocida como derecho<sup>(5)</sup>.

Esta posición liberal, tomista, basada en la independencia y autosuficiencia les ubica como “extraños morales”:<sup>(6)</sup> Siguiendo este razonamiento, sería absolutamente irrelevante si médica y paciente están de acuerdo en su comprensión de la salud, enfermedad y bienestar. La profesional de la salud mantiene, entonces, su función como experta que debe “informar” a su paciente y asegurarse de que tenga todos los elementos para tomar a solas una decisión. Los aspectos relacionados con las opciones de vida y otras cuestiones éticas, quedan fuera de la competencia profesional, la médica debe evitar influir indebidamente en su paciente. Se busca así una “neutralización” moral de la relación médica-paciente, en donde el procedimiento (cada vez más estandarizado) de consentimiento informado, evite dichas injerencias y asegure el respeto de la autonomía (la independencia y libertad) de la paciente.

---

(4) Jorge Gómez, *Utilitarismo, pensamiento liberal y salud pública* (Bogotá: Universidad Javeriana, 2020).

(5) Actualmente 8 países en el mundo reconocen la eutanasia activa y solo uno en nuestra región, Colombia.

(6) Erich H. Loewy, “Physicians, friendship, and moral strangers: an examination of a relationship”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, vol. 3, n° 1 (1994), pp. 52-59.

No sería justo, dejar de reconocer que las teorías liberales de la autonomía aplicadas al ámbito médico, han considerado algunos supuestos en los cuales las redes en las cuales se inserta una paciente, son relevantes para el ejercicio de la autonomía, pero se restringe a los casos en que la persona no es capaz de actuar por sí misma, por su edad, condición de salud, entre otras. En estos casos se permite las actuaciones de personas de confianza del paciente para autorizar una práctica o la intervención del equipo en el “mejor interés de la persona”.

Para concluir esta breve caracterización podemos decir que el liberalismo tiene razón al afirmar que el respeto por los derechos de los pacientes, entendido como el derecho negativo a la libertad y el derecho positivo a ser atendido, debe ser un principio rector de la ética médica. Sin embargo, como mostraré en la segunda siguiente sección, está mal al asumir a un paciente como ciudadano o consumidor que invierte en cooperación con otros solo para perseguir su noción de vivir una buena vida.

#### **4. UNA CARACTERIZACIÓN POSIBLE DE LA VISIÓN LIBERAL DE LA AUTONOMÍA EN MATERIA SANITARIA**

La autonomía liberal asume que la paciente es: soberana, libre y capaz de elegir entre varios bienes, que conoce su proyecto de vida y desea ser dejada sola para llevarlo adelante. Esta versión de las personas no puede ser más que una imagen idealizada del ciudadano y consumidor moderno que ha impulsado la filosofía moderna; mientras que el liberalismo político se vuelve hacia la relación del individuo y el Estado, el liberalismo bioético está fuertemente influenciado por su contraparte económica, determinada por algunas versiones del utilitarismo liberal al estilo de Nozick<sup>(7)</sup>.

Incluso en las mejores versiones del utilitarismo liberal, como aquella postulada por Farrell, todavía enfrentaríamos una mercantilización del concepto de individuo liberal, sin negar las grandes virtudes que traerían consigo para evitar el paternalismo médico<sup>(8)</sup>. Es decir, en la

---

(7) Haker, “Autonomy and Care in Medicine” (2011).

(8) Martín Farrell, *Utilitarismo: ética y política* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983); Martín Farrell, “Autonomy and Paternalism: the Political Philosophy of Joseph Raz”, *Ratio Juris*, vol. 4, n° 1 (1991), pp. 52-60.

lucha liberal contra el paternalismo, si bien se privilegia la autonomía individual, de todas formas, se deja de lado la forma en que en la práctica la interdependencia entre las personas surge no solo como modeladora de las preferencias sino también como contexto en el que tienen lugar y efecto las elecciones. Si bien, un modelo mercantil toma en consideración que las preferencias se relacionan con la sociedad en la cual vive la persona, modelo social de consumo, no se preocupa por analizar las condiciones en que se desarrolla y valorarlas. Es decir, se contenta con el rango de elecciones que ofrece el mercado y no las valora o cuestiona.

Así, si bien el utilitarismo de satisfacción de las preferencias modelado por Farrell, exigiría un contacto con la realidad (considera las preferencias reales y no las supuestas o contra fácticas), valora por igual cualquier tipo de preferencia elegida por el individuo. De esta forma el utilitarismo neutral impide, acertadamente, el ingreso de criterios paternalistas, pero deja afuera otros criterios que, desde otro lugar, consideren la formación de preferencias y analizan los límites relacionados con las condiciones para la elección. Así, si todas las preferencias valen y no importa cómo surgieron o en qué contexto se desarrollan, el mercado se convierte en un instrumento apto para satisfacer los planes de vida individuales, en un escenario en el que todas las personas cuenten con los recursos suficientes como para convertir sus preferencias en demanda, tal como lo ha afirmado el autor.

Las sociedades contemporáneas se definen en buena parte como sociedades de mercado, en las que el individuo cooperará con los demás en la medida que ello responda o impulse sus propios intereses, y es este imaginario es el que la bioética liberal parece presuponer del paciente, que es entonces un consumidor ideal. Algunas áreas vinculadas a la salud, parecen reproducir y comportarse bajo esta ficción: la industria farmacéutica, las empresas de medicina prepagada, se manejan con una combinación de estrategias de mercado y sanidad. Estas empresas tienen un gran interés en identificar consumidores potenciales. Así, mucho de lo que se declara que es del "interés" del paciente también es parte y está sujeto a un sistema de incentivos económicos, que obtura la posibilidad de una caracterización verdadera de las motivaciones y comportamientos de pacientes y profesionales de la salud.

La autonomía liberal de corte utilitarista podría ser un concepto apropiado cuando se aplica al mercado de consumo, pero distorsiona la realidad de pacientes que necesitan ayuda, porque no puede atender la vulnerabilidad que acompaña a la enfermedad, y no puede atender el carácter relacional y social constitutivo de la humanidad<sup>(9)</sup>. Imagina una paciente que conoce perfectamente sus intereses y que actúa motivada exclusivamente por su satisfacción.

La distinción entre la autonomía preferencial basada en el deseo de felicidad y la autonomía moral que no solo busca la felicidad sino al mismo tiempo lo bueno, es por lo tanto crucial: las preferencias funcionan como máximas: dependen del agente y, aun cuando se compartan por múltiples agentes, no trascienden ese status. Las preferencias tienen un valor moral relativo en la medida en que sirven como fines particulares que cada persona establece como bienes, de esta forma no requieren razones morales. La autonomía moral es una libertad práctica específica, que exige no solo que un agente actúe moralmente, sino también que los demás lo respeten en esta “dignidad”<sup>(10)</sup>.

El modelo económico se volvió atractivo en bioética precisamente porque la medicina no funciona como deliberación política y pública o al menos no exclusivamente; más bien, se puede decir que se asemeja a la cooperación social de los individuos en la sociedad civil<sup>(11)</sup>. Esta cooperación implica múltiples instituciones diferentes, que a menudo tienen que lidiar con pluralidad, diferencias y asimetrías (de poder): estas existen debido a roles (maestro-alumno; padre-hijo, médico-paciente), debido a desigualdades históricas (sexo, clase, y relaciones raciales), o diferencias culturales y religiosas entre grupos. Un elemento de este modelo general de cooperación social se refiere al intercambio económico de bienes y, como sabemos, en nuestras estructuras actuales de capitalismo, se esfuerza con bastante éxito por invadir más o menos todas las demás formas de cooperación social.

---

(9) Janet Delgado Rodríguez, “The relevance of the ethics of vulnerability in bioethics”, *Les ateliers de l'éthique/The Ethics Forum*, vol. 12. n° 2-3 (2017), pp. 154-179.

(10) Angelo Papacchini, “El porvenir de la ética: la autonomía moral, un valor imprescindible para nuestro tiempo”, *Revista de estudios sociales*, vol. 5 (2000), pp. 32-49.

(11) Silvia Federici, *El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo* (Buenos Aires: Tinta Limón, 2018).

## 5. UNA PROPUESTA SUPERADORA

A pesar de que acuerdo en que los objetivos liberales para la definición de la autonomía sanitaria son correctos creo que debemos encontrar una teoría que los desarrolle superando algunas de las faltas que hemos señalado: la falta de consideración de las relaciones de poder que intervienen la relación médico paciente y su supuesta neutralización normativa a través de la valoración otra vez neutral de la preferencias, así como la exigencia de no interferencia sin más al profesional de la salud en el plan de vida (preferencias) de sus pacientes.

Sin pretender un estudio exhaustivo del autor, tomaré únicamente como punto de partida a Ricoeur quien, sirviéndose del modelo aristotélico de la amistad, plantea la posibilidad de simetría y benevolencia espontánea entre personas. Así, las instituciones justas proporcionan el trasfondo para estos encuentros, mientras que un sentido de justicia supuesto proporciona la base motivacional para la cohesión social<sup>(12)</sup>. La autoestima, el cuidado y el sentido de la justicia son las tres dimensiones de esta mirada teleológica sobre el yo moral o, en la terminología de Ricoeur, el yo ético<sup>(13)</sup>.

En otro trabajo hemos considerado ampliamente la importancia de la perspectiva relacional cuyos distintos enfoques coinciden al poner su atención en las relaciones<sup>(14)</sup>. Así, se preocupan por incluir los vínculos emocionales y la socialización de clase, raza y género dentro de las condiciones que determinan preferencias y resultados del ejercicio de la autonomía. A su vez dan nuevo valor a la dependencia material y emocional que tenemos con otras personas, ya no como una cuestión a resolver sino como el fundamento de lo que somos.

De esta forma, entiendo, el concepto de identidad ético/moral, que surge de la interrelación entre el cuidado de uno mismo, el contexto en el que se habita y el interés por convivir con otros en instituciones justas, constreñido por el reconocimiento del respeto mutuo, parece

---

(12) Annemie Halsema, "The Subject of Critique. Ricoeur in Dialogue with Feminist Philosophers", *Études Ricoeuriennes/Ricoeur Studies*, vol. 4, n° 1 (2013), pp. 21-39.

(13) Cfr. Paul Ricoeur, *Oneself as Another* (Chicago: University of Chicago Press, 1992); Paul Ricoeur, *The Course of Recognition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006).

(14) Ramón Michel y Ariza Navarrete, "Entre órdenes y relaciones", 2012.

ser un enfoque prometedor, porque combina lo mejor de tradiciones liberales, feministas y comunitarias.

Por un lado, una ética del cuidado como la que Ricoeur toma como punto de partida, parece estar bien equipada para responder muchas de las preguntas a las que se enfrenta una ética del cuidado más tradicional. Es una fuerte reformulación del concepto de autonomía moral que obliga al yo a trascender sus propios intereses, por heroicos que sean, y a escudriñar las máximas de sus acciones de acuerdo con la prueba de la universalización y el respeto de la dignidad humana, sin ignorar, porqué realiza este ejercicio, en primer lugar: en última instancia, es una prueba de las propias preferencias (o máximas), que orientan nuestro esfuerzo por la buena vida, con y para los demás, en instituciones justas.

Poder ponernos en relación con otras, implica, entonces, responder al otro como otro implica ante todo soportar su alteridad, la diferencia y la brecha entre ella y yo; soportar la falta de certeza de lo que ella podría exigirme, pero también estar abierto a cómo el encuentro podría cambiar mi propia autocomprensión, mi propia autopercepción e identidad; cuestionar mis juicios morales; interactuar, escuchar, quedarse quieto<sup>(15)</sup>. Este respeto por el otro, que exige la no soberanía del yo, sino al contrario abrazar la dependencia y la pasividad por parte del agente antes de que pueda llevarse a cabo cualquier acción, lo cual resulta muy alejado de los mandatos de la ética liberal<sup>(16)</sup>.

El agente moral liberal “individualista” o “tomista” solo incluye al otro en la medida en que pueda limitar la libertad del agente o en la medida en que el agente pueda limitar la libertad del otro. Este concepto del yo también excluye la pasividad, dependencia y vulnerabilidad del yo frente otras personas contribuyen a la discusión sobre lo que significa ir más allá del individualismo y hablar de relaciones. Quiero enfatizar que, de hecho, es apropiado reinterpretar el yo liberal como un yo que apunta a una buena vida con y para otros en instituciones justas, pero ello no implica tomarlo como un elemento aislado y autosuficiente.

---

(15) Ricoeur, *Oneself as Another*, 1992.

(16) Jennifer Nedelsky, “Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities”, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 1, n° 1 (1989), pp. 7-36.

Ricoeur tiene ciertamente razón al advertir contra una moral que se limita a priorizar al otro frente al cuidado de uno mismo: insiste acertadamente en la necesidad de defender la igualdad y el equilibrio entre los derechos de uno mismo y los demás. Por eso el paternalismo, la idea de actuar en beneficio exclusivo de la paciente, no solo fracasó, sino que debe ser desterrada. Por lo tanto, debemos ir más allá, reconectar con una ética de la igualdad de derechos tanto como una ética del cuidado y también de la responsabilidad<sup>(17)</sup>.

De tal suerte, si el yo moral se constituye tanto en la realización de su agencia como en la impresionabilidad y vulnerabilidad del otro y de sí misma, la moralidad no puede basarse exclusivamente en el respeto de los derechos del otro; pero tampoco puede exigir principalmente una lucha de reconocimiento recíproco. Actuar en respuesta a otra persona y reconocer su alteridad, así como su necesidad de ser cuidada y respetada, no es lo mismo que actuar en “el mejor interés del otro”<sup>(18)</sup>. Más bien, en la respuesta al otro, el agente siempre debe reconocer la brecha inevitable entre ella y el otro, una brecha que de hecho puede desestabilizar al yo en su propia identidad, exponiéndola a su propia vulnerabilidad e impotencia tanto como a la vulnerabilidad del otro, una brecha que mantiene y continúa planteando la cuestión de cómo responder responsablemente, en lugar de simplemente aplicar un concepto normativo general de la ley moral a un caso particular<sup>(19)</sup>.

Es crucial para la comprensión de este enfoque el hecho de que tanto la pasividad como la capacidad de actuar, la incertidumbre sobre la respuesta correcta tanto como la determinación de actuar, son partes necesarias de cualquier interacción moral, y no solo de esas interacciones y relaciones donde la otra no puede articular sus intereses<sup>(20)</sup>. Con esto, los roles aparentemente estáticos del “paciente” y su “médica” que representa la medicina tradicional se transforman en una relación dialéctica de pasividad y actividad en ambos lados, situada en un

---

(17) Marion Young, *Responsibility for Justice* (New York: Oxford University Press, 2011).

(18) Delgado Rodríguez, “The relevance of the ethics of vulnerability in bioethics” (2017).

(19) *Ibid.*

(20) María Jimena Sáenz, “Reformulaciones recientes de la autonomía individual liberal: autonomías relacionales, no soberanas y vulnerabilidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, vol. 43 (2020), pp. 237-257.



contexto particular que es relevante, tiene historia y proyección futura, además de insertarse en ideales de justicia que promueven elecciones cooperativas.

Así, desde una perspectiva relacional, las constelaciones simétricas y asimétricas deben distinguirse, y deben tener en cuenta los contextos de los encuentros, sus trasfondos e historias. Que uno responda “responsablemente”, es decir, de una manera que cumpla con las afirmaciones morales que otro puede hacer legítimamente, depende, por supuesto, de cómo construimos los criterios.

Por ello, sostengo que esta postura, que explora el significado de la dignidad a través de las expresiones de su negación como, la humillación, la degradación, la deshumanización o la instrumentalización, es coherente con la tradición liberal, pero quiero ir más allá para reconocer que la violencia también puede descansar en la inacción o, como la ética del cuidado lo indica, en la negación de cuidar a alguien que depende de nuestra respuesta y acción.

En suma, la perspectiva que he tratado de defender aquí pretende considerar los aportes del liberalismo a la concepción de la autonomía, expandiendo sus límites para integrar aspectos relacionales, temporales y de la justicia que impriman un sentido de la responsabilidad por la actuación “autónoma” individual que nos permita hacernos cargo de los efectos, necesidades y anhelos de quienes se encuentran en una relación clínica. Esta reflexión aplica más allá del campo sanitario, pero allí es urgente.

## 6. NOTAS FINALES

He tratado de mostrar los límites, reconociendo la importancia histórica de la concepción liberal de la autonomía en la relación clínica. Creo que he ido más allá de un individualismo que sin duda ha servido, en primer lugar, para superar el paternalismo médico, pero ha promovido un modelo particular de cooperación social, especialmente de mercado, que resulta problemático cuando se trata de prácticas sociales como la clínica. Por ello, he propuesto combinar algunas de las visiones contemporáneas más prometedoras, a mi modo de ver, para integrar una nueva concepción de la autonomía que permita tanto a profesionales de la salud como a quienes requieren atención,

configurar una relación clínica más sensible a sus realidades y más proclive a un reconocimiento mutuo respetuoso.

Una de las preguntas más desafiantes que la bioética aún tiene que resolver es cómo el concepto de agencia moral y responsabilidad puede integrar los contextos sociales, estructurales e institucionales que definen la autonomía y más allá la justicia<sup>(21)</sup>.

Finalmente, saludo la reflexión que los escritos de Martín Farrell han impulsado y su constante promoción del pensamiento crítico entre estudiantes y amistades que siempre vemos desafiadas nuestras intuiciones, saberes y emociones por la precisión y tenacidad de sus opiniones y posiciones. Me honra hacer parte de este libro y poder, reconocer el lugar que ha tenido en mi formación y una vez más, discutir y equivocarme, seguramente, junto al querido Dr. Farrell.

---

(21) Young quiere que pensemos sobre nuestras responsabilidades específicas como miembros de una sociedad. Con este sentido de responsabilidad, “encontrar responsable no implica encontrar culpable; más bien, se refiere a la realización de actividades por las personas, de acuerdo con su rol en la sociedad velando por que se obtengan ciertos resultados”. Young, *Responsibility for Justice*, 2011.

## **II. FILOSOFÍA POLÍTICA**



# MARTÍN FARRELL, MARXISTA

*Roberto Gargarella*

## 1. INTRODUCCIÓN

Quisiera referirme, en este trabajo, a un breve e importante estudio publicado por Martín Farrell en 1989, destinado a examinar lo que se diera en llamar el “marxismo analítico”. Me refiero, específicamente, a una línea de estudios orientada a re-pensar (y en todo caso, re-elaborar) al marxismo, luego de pasarlo por el tamiz de la filosofía analítica. El libro que escribiera Martín Farrell al respecto resultó lúcido en cuanto a su contenido, y pionero en cuanto al momento de su aparición, al menos en la lengua castellana. Ello así, ya que —hasta la publicación de su libro— casi no existían escritos en el área, traducidos al español. Diré algo, en las páginas que siguen, en cuanto al contenido del libro y las cualidades académicas —y personales— de su autor, pero, en todo caso (quisiera aclararlo desde ya) tomaré a esta obra solo como una excusa para homenajear la interesante e influyente labor desarrollada en todas estas décadas por Martín Farrell, en el área de la filosofía política. En línea con este propósito, comenzaré mi escrito con una breve referencia autobiográfica, destinada a vincular mi propio desarrollo académico con las influencias ejercidas por Farrell, sobre quienes, de un modo u otro, estudiamos cerca de él.

## 2. UNA NOTA AUTOBIOGRÁFICA

En el año 1990, yo estaba terminando mi doctorado en la Universidad de Buenos Aires, de la mano de Carlos Nino, mientras que —a la vez— planeaba la continuidad de mis estudios en el exterior. Por entonces, para la mayoría de quienes trabajábamos con Nino, la opción acerca de dónde proseguir los estudios (de Maestría y Doctorado)

resultaba relativamente obvia: Nino contaba con excelentes vínculos en la Universidad de Yale, donde él enseñaba, por lo que muchos de sus discípulos y colaboradores elegían proseguir allí sus estudios (Carlos Rosenkrantz y Gabriel Bouzat, por ejemplo, habían seguido esa promissoria vía, a mediados de los 80).

Sin embargo, mi decisión se encontraba algo demorada, al momento, por el entusiasmo que habían despertado en mí las lecturas de una diversidad de autores de formación analítica, pero —inusualmente— interesados por el marxismo. Me inquietaban por entonces los estudios producidos por el “marxismo analítico”. Para mí (que, desde 1985 me formaba intelectualmente con Carlos Nino en Derecho, pero a la vez había completado los estudios de Sociología en la UBA, una Carrera por entonces muy afín al marxismo) la combinación que proponían aquellos autores alineados con el “marxismo analítico” era perfecta. En sus escritos encontraba (¡por fin!) las bases de un marxismo serio y preciso (de hechos, los marxistas analíticos definían su actividad de ese modo: “hacemos un marxismo claro”).

Si mi elección académica (¿dónde continuar mis estudios de posgrado?) se había turbado, luego de leer sobre el “marxismo analítico”, ello se debió sobre todo a dos trabajos a los que accedí en aquellos años —dos trabajos que me habían resultado reveladores, y que terminaron por despertar toda mi curiosidad intelectual—. El primero de esos escritos fue un número monográfico dedicado al marxismo analítico, elaborado por la revista española *Zona Abierta*, que en ese tiempo era dirigida por el sociólogo Ludolfo Paramio (por entonces, Paramio era también consejero del presidente Felipe González). El monográfico apareció en el año 1989, con el número 51-52, y su edición quedó a cargo de Andrés de Francisco y Fernando Aguiar. El mismo incluyó una excelente colección de artículos, traducidos, de los principales autores del Marxismo Analítico: “La apropiación en Nozick,” de Gerald A. Cohen; “Un desafío al neolockeísmo,” de John E. Roemer; “Explotación, libertad y justicia”, por Jon Elster; “Explotación y el desafío libertario”, de Philippe van Parijs; “¿Puede el socialismo no ser explotador?” de Robert J. van der Veen y “Marx y la igualdad”, por Allen W. Wood. ¡Una maravilla!

Casi al mismo tiempo en que leí, fascinado, aquel número de *Zona Abierta*, tuve acceso a otro libro, enteramente dedicado al tema del marxismo analítico, publicado en el mismo año (1989), también escrito

en castellano, y que abordaba tópicos muy similares a los que eran tratados en *Zona Abierta* (la justicia, la explotación, los derechos en Marx). El libro en cuestión era *Análisis crítico de la teoría marxista de la justicia*, escrito por Martín Farrell, y publicado por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (desde aquí, *Análisis crítico*)<sup>(1)</sup>.

Más allá de mis acuerdos y desacuerdos con Martín Farrell (a quien consideraba un digno representante del liberalismo conservador, mientras yo me sentía mucho más identificado con el igualitarismo liberal que defendía Nino), el libro me resultó entonces muy atractivo, y solo reafirmó mis deseos de profundizar en esa línea de trabajo, estudiando —en la medida en que ello fuera posible— con los autores que eran por allí mencionados. Son estas influencias las que, finalmente, me inclinaron por la opción de hacer mi Doctorado en la Universidad de Chicago, dejando de lado la alternativa que aparecía como más atractiva, más obvia, y en algún sentido, de más fácil acceso, esto es, la opción que nos ofrecía la Universidad de Yale. En Chicago, por entonces, enseñaba lo que era para mí el “núcleo duro” —lo más interesante— del “marxismo analítico”: Jon Elster, Adam Przeworski, y ocasionalmente John Roemer. Hacia allí me dirigiría entonces, aunque la aventura del marxismo analítico tampoco terminaría por ahí (apenas concluido mi doctorado, en 1994, viajé a Oxford para trabajar junto con la otra gran figura del grupo de los “marxistas analíticos”, el genial Gerald Cohen). ¡Vaya entonces influencia, la que ejercieron sobre mí aquellos escritos inesperados!

### 3. TRES VIRTUDES DE FARRELL

Permítanme dedicar algunas líneas, a continuación, a reflexionar sobre la labor y los aportes de Martín Farrell como filósofo político e intelectual. Farrell ha sido, desde que lo conocí, y hasta la actualidad, uno de los más importantes filósofos políticos argentinos. Afortunadamente, para quienes lo hemos tratado, él supo acompañar dicha vocación con algunos rasgos de personalidad que terminaron beneficiándonos a muchos (ya que se trata de un homenaje a Farrell, ¿cómo no concentrarnos exclusivamente en la mención de algunas de las

---

(1) Martín Farrell, *Análisis crítico de la teoría marxista de la justicia* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

principales virtudes del autor?). Por un lado, mencionaría su curiosidad insaciable, manifestada en una voracidad que, todavía hoy, lleva a Farrell a leer toda buena literatura académica producida en las áreas de su interés. Seguramente es Farrell quien posee la mejor y más actualizada biblioteca de filosofía política del país: libro que conoce (por ejemplo, a través de los avisos que aparecían en sus revistas de lectura obligada, como *Philosophy and Public Affairs* o *Ethics*), libro que reserva, compra e inmediatamente lee. Junto con dicha virtud (la curiosidad intelectual), mencionaría la buena disposición filosófica de Farrell —una disposición que lo ha llevado, recurrentemente, a tomar en serio a quienes piensan diferente de él—. Ello así, al menos, mientras se cumpla una condición necesaria: que Farrell reconozca en su “rival” teórico de ocasión, la misma seriedad intelectual que él exige y expresa en su trabajo. Tal vez no haya mejor ilustración de esta buena disposición de Martín Farrell, que el libro aquí bajo examen. Para un liberal como él, nada parece más en las antípodas que el pensamiento de Marx: encontrar un Farrell marxista parece imposible! (a diferencia de lo que, engañosamente, sugiere el título de este artículo). Y, sin embargo, aquí tenemos al libro en cuestión, en donde Farrell lee y piensa con rigor lo producido por autores que se interesan por temas fundamentalmente desafiantes de sus propias sus inclinaciones teóricas<sup>(2)</sup>. En la meritoria tarea que emprende Farrell, en su libro sobre los “marxistas analíticos”, se advierte una actitud académicamente muy valiosa (en este sentido, similar a la que pudimos encontrar en Rawls): ir en busca de las buenas ideas, más allá de quiénes las hayan ofrecido, o de qué tendencia ideológica provengan.

Finalmente, destacaría de Farrell su generosidad intelectual, expresada en una activa disposición a compartir sus lecturas y conocimientos.

---

(2) Hace pocos días, escribía un elogio similar para el más grande filósofo político de nuestro tiempo, John Rawls. Rawls, como pocos otros autores, dedicó buena parte de su tiempo a reflexionar sobre lo que decían los filósofos políticos a quienes más admiraba —no importando su nivel de acuerdo con ellos—. Su libro *Lectures on the History of Political Philosophy* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2007), da excepcional cuenta de ello. En dicha obra, Rawls repasa el pensamiento de grandes autores de la filosofía política como Hobbes, Locke, Hume, Rousseau, Mill y Marx, tratando de presentar a cada autor “en su versión más fuerte”. En particular —decía— conmueve advertir el respeto y buen trato intelectual dispensado por Rawls hacia un autor como Marx, a quien muchos —dado el liberalismo rawlsiano— quisieron contraponerlo. Dice Rawls, al comienzo de su capítulo sobre Marx, que se trata de un pensador cuyos logros como crítico del capitalismo resultan —dadas las circunstancias en las que escribió— “extraordinarios”, más bien “heroicos”.



Yo mismo, como tantos, me he beneficiado de dicha virtud, a partir de cantidad de libros que obtuve prestados por él, y de otros tantos que recibí de regalo. Esa misma generosidad intelectual es la que Farrell honra —todavía hoy— concurriendo, puntual y religiosamente, a muchos de los seminarios a los que lo invitan (siempre con las lecturas del caso ya hechas); donando parte de su Biblioteca (por ejemplo, a la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico); discutiendo con quien se lo pida; firmando cartas de recomendación; y apoyando las más disímiles iniciativas académicas. Por todo ello, su influencia y contribución han sido significativas, para la formación de un interesante grupo de “jóvenes filósofos analíticos”. Somos muchos quienes le estaremos siempre agradecidos por ello.

#### 4. SOBRE EL MARXISMO ANALÍTICO

Llegados a este punto, haré algunas consideraciones sobre el contenido particular del libro *Análisis crítico*, escrito por Farrell, comenzando con algunas aclaraciones en torno a su objeto de estudio: el “marxismo analítico” (y, en particular, las reflexiones realizadas por los autores de dicha corriente en lo relacionado con la presencia o no de una “teoría de la justicia” en Marx).

Primero, entonces: ¿qué es, y cuándo nació, el “marxismo analítico”? Uno de los escritos fundacionales de dicha corriente fue un libro de Cohen, publicado en 1978: *Karl Marx's Theory of History: A Defense*<sup>(3)</sup>. Desde entonces, explotaron (una vez más) los estudios sobre el marxismo, y comenzaron a generarse (otra vez, y luego de largos años de abandono del área) reuniones de discusión y seminarios orientados a debatir sobre temas que el marxismo había descuidado, y que ahora habían ganado un renovado interés dentro de la filosofía política (en parte, diría, desde la publicación de *A Theory of Justice*, por John Rawls): cuestiones sobre teoría de la justicia, valores, derechos, equidad, reflexiones sobre la igualdad, etc., pero enfocados ahora con una perspectiva marxista. Notablemente, muchos de entre quienes comenzaron a discutir los trabajos de Marx lo hacían informados, ahora, por una diversidad de estudios filosóficos y científicos que les generaban

---

(3) Gerald Cohen, *Karl Marx's Theory of History: A Defense* (New Jersey: Princeton University Press, 1978).

anticuerpos muy resistentes contra los viejos “virus” del dogmatismo y la cerrazón intelectual (“virus” estos que parecían haber “infectado” indebidamente a la vieja “ortodoxia marxista”). Como dijera alguna vez Jon Elster, en una entrevista sobre el tema, “para saber si una persona puede ser caracterizada o no como un marxismo analítico, debe verse su disposición a abandonar las concepciones marxistas en caso de haber conflicto entre ellas y un argumento empírico o lógico”<sup>(4)</sup>.

El principal y más interesante grupo de estudio que empezó a ocuparse de este marxismo no-dogmático, fue el llamado *Grupo de Septiembre* (denominado así, simplemente, en razón del mes en el que sus miembros se reunían para realizar su encuentro anual de debate). El grupo reunió, entre otros, a Jon Elster, Adam Przeworski, John Roemer, Erik Olin Wright, y al mismo Cohen (hoy, el grupo se sigue reuniendo, aunque su composición se ha renovado casi por completo). No por casualidad —dado el rigor analítico extremo, propio de sus principales integrantes— el *Grupo de Septiembre* adoptó, como sobrenombre, el Przeworskiano apelativo de *non-bullshit marxism*, esto, es decir, un marxismo completamente indispuesto a dejarse cegar por la “fe” y los “dogmas” propios de la vieja “creencia”.

En su libro, Farrell se apoya en un texto importante de John Roemer (*Analytical Marxism*, de 1986, para mí una de las mejores y más tempranas expresiones de la corriente)<sup>(5)</sup>, para caracterizar al “marxismo analítico”, y distinguirlo de las formas tradicionales del marxismo<sup>(6)</sup>. Conforme a la descripción del matemático norteamericano, dicha concepción se distingue por tres principios fundamentales: i) *la abstracción*, expresada en el hecho de que el marxismo tradicional difícilmente se separa de la historia real, mientras que el “marxismo analítico” no aparece en absoluto apegado a ella; ii) *la búsqueda de fundamentos*, que parece propia de este marxismo renovado, que apela a “recursos contemporáneos”, frente a una disciplina que había quedado anclada en explicaciones “primitivas” (un hecho que puede verificarse, por caso, en el uso que hacen los “marxistas analíticos” de las múltiples herramientas ofrecidas por las teorías más promisorias de nuestro tiempo,

(4) *Entrevista de Esther Hamburger a Jon Elster, Novos Estudos*, n° 31, CEBRAP, San Pablo (octubre de 1991).

(5) John Roemer, *Analytical Marxism. Studies in Marxism and Social Theory* (New York: Cambridge University Press, 1989).

(6) Farrell, *Análisis crítico de la teoría marxista de la justicia*, p. 13.

incluyendo a la psicología social; la teoría de la elección racional; la teoría de los juegos; etc.); y iii) *la falta de dogmatismo*, que Farrell explica a través de la “reticencia del marxismo analítico a convertir su tarea en una simple exégesis de Marx”<sup>(7)</sup>.

## 5. TEMAS DEL “MARXISMO ANALÍTICO”

De la complejidad de cuestiones abordadas por este “nuevo” marxismo, Farrell toma en su libro solo algunas, como veremos. Sin embargo (me apresuraría a subrayar al respecto), a pesar del poco tiempo de vida que llevaba el “marxismo analítico”, Farrell considera en su trabajo sobre las cuestiones más importantes tratadas por la disciplina, y lo hace apoyado en una lectura sorprendentemente exhaustiva de lo que este renovado marxismo había producido en esos años. Los temas que Farrell escoge tratar en *Análisis crítico* son los relacionados con el lugar de la idea de “justicia” en Marx. Así, luego de caracterizar al “marxismo analítico” en el capítulo 1, el autor dedica largas y entretenidas páginas a revisar las principales polémicas desatadas en torno a si Marx se apoyaba o no en una “teoría de la justicia” (capítulos 2-3-4 y 5); luego dedica un capítulo a la idea de “explotación” (capítulo 6); otro a la idea de los “derechos” en Marx (capítulo 7); y otro al “presunto utilitarismo de Marx” (capítulo 8).

La elección de temas sobre el “marxismo analítico” que presenta *Análisis crítico* resulta parcial (son varios los temas importantes —relacionados con el tema de la justicia— que quedan fuera del examen del libro) pero, sin dudas, atractiva: la controversia que se desató en torno a si Marx suscribía o no una concepción de justicia es de las más características y de las que más impacto ejercieron, de entre todas las contribuciones realizadas por el “marxismo analítico”.

¿Por qué es que la combinación entre “marxismo” y “justicia” resulta tan polémica? Ello es así, según entiendo, porque Marx —desde su pretendido “materialismo”— reservó duros términos para las cuestiones vinculadas con la justicia, a las que tendió a postergar como cuestiones marginales o meramente “super-estructurales”. Sin embargo, los “marxistas analíticos” pusieron en cuestión dicho rechazo aparente, para indagar entonces si —en definitiva, y a pesar del desdén

---

(7) *Ibid.*

demostrado— el marxismo no encerraba, de modo más o menos explícito, su propia concepción sobre lo “justo” —su propia “teoría de la justicia”—. Esta indagación resultó para muchos (para mí también) enormemente sugerente y reveladora, ya que implicaba, por un lado, poner en cuestión algunas de las aparentes “verdades inmovibles” del marxismo (su materialismo, su rechazo a las cuestiones meramente “ideales” y “abstractas”), a la vez que prometía “re-fundar” al marxismo sobre nuevas bases, más compatibles con las reflexiones sobre las “teorías de la justicia” que (desde Rawls) dominaban la filosofía política contemporánea.

*Análisis crítico*, entonces, se dedica en buena medida a resumir y revisar críticamente las riquísimas discusiones desatadas dentro del “marxismo analítico”, acerca de cómo caracterizar el vínculo entre marxismo y teorías de la justicia. La diversidad de posiciones y conclusiones que se ofrecieron en la materia (expuestas con detalle en el libro de Farrell) resulta fascinante. Solo para resumir algunas de esas discusiones, destacaría las siguientes posturas, revisadas en *Análisis crítico*:

i) Algunos autores, como Allen Buchanan, consideraron que Marx simplemente se desentendía de las cuestiones de la justicia, asumiendo que con la llegada del comunismo iban a desaparecer (lo que Hume o Rawls llamaron) las “circunstancias de la justicia”. Ello así, porque a escasez y los conflictos se iban a ver reducidos hasta el punto de tornar innecesaria cualquier apelación a la justicia.

ii) Otros autores, como Richard Miller o Allen Wood, pensaron, en cambio, que Marx sostenía un profundo rechazo hacia las prédicas sobre la justicia y los derechos, cuestiones a las que Marx supo caracterizar como “basura verbal” o “insentido ideológico”.

iii) Otros pensaron que Marx ataba las cuestiones sobre “justicia” a “injusticia” a momentos y contextos históricos particulares, suscribiendo, de ese modo, una versión propia del relativismo moral (del tipo: “la esclavitud era entendida como una práctica justa, en la Antigüedad”).

iv) Algunos más, como Zayid Husami, resistieron análisis como los anteriores, demostrando de qué modo Marx, a pesar de su prédica, mantenía una implícita teoría de la justicia. Esta teoría alternativa, implícita en Marx, podría entrecruzarse en las habituales referencias de Marx al “robo” de los capitalistas sobre los trabajadores, efectivizado

a través de la extracción de plusvalía; o en su defensa de ideales tales como los de comunidad, humanismo, autorrealización, etc.

v) Asimismo, otros autores como Jon Elster, consideraron que Marx proponía una concepción sobre la justicia robusta, más radical, destinada a aplicarse en la “superior” etapa comunista. Este tipo de teorías más densas sobre la justicia, podrían encontrarse, por ejemplo, en las referencias de Marx acerca de la necesidad de tomar “de cada uno, según su capacidad”, para darle a cada uno “según sus necesidades”.

## **6. UN BALANCE SOBRE LA DISCUSIÓN, UN BALANCE SOBRE EL LIBRO**

Luego de toda la indagación que se lleva adelante en *Análisis crítico*, ¿cuál es la conclusión a la que podemos llegar? Según entiendo, el “balance” acerca de cuál es, en definitiva, la postura de Marx sobre la cuestión de la justicia resulta, finalmente, ambigua. Farrell acierta al presentar los debates anteriores, sin pretender “decidirlos”, consagrando un “ganador definitivo” de los mismos (¡que no lo ha habido!). Reproduciendo un esquema sugerido por Steven Lukes, Farrell afirma que la reflexión acerca del vínculo marxismo-justicia, aplicada al capitalismo, parece dar como resultado un final “abierto”. Con Lukes, entonces, Farrell muestra las 4 alternativas principales que quedan disponibles, luego del repaso de aquellos intensos debates, propios de nuestro tiempo<sup>(8)</sup>.

1) Marx pensaba que la relación entre el capitalista y el trabajador era justa.

2) Marx pensaba que esa relación era injusta.

3) Marx pensaba que esa relación era justa en algunos aspectos, e injusta en otros.

4) Marx pensaba que esa relación no era ni justa ni injusta.

Reconociendo la extraordinaria amplitud de este “balance”, alguien podría concluir que el libro que examinamos, tanto como su objeto de estudio, resultan en definitiva decepcionantes. Finalmente, y luego del

---

(8) *Ibid.*, p. 82.

minucioso análisis de decenas de textos y autores sobre el tema “marxismo y justicia”, no podemos siquiera determinar si Marx afirmaba una cosa o la contraria, en la materia (!!!). Mi impresión, sin embargo, resulta más bien la contraria (tal como lo ratifica la intensidad alcanzada por esas discusiones, y mi propia experiencia como joven lector de esos debates). Lejos de provocarnos desazón (por el resultado finalmente impreciso o ambiguo de la indagación) el debate sobre “marxismo y justicia” resultó vital y movilizador, en la medida en que nos permitió poner en cuestión, y finalmente, dejar de lado, ciertas “verdades reveladas” del marxismo; y nos ayudó, a la vez, a acercarnos al marxismo de un modo nuevo —más crítico, más desafiante, más desprejuiciado, más analítico— poniéndolo en diálogo con la mejor filosofía y teoría social de nuestro tiempo.

*Análisis crítico* nos ofreció, entonces, un excepcional panorama sobre el estado de la cuestión sobre la materia. Por supuesto, el libro tiene puntos débiles, y sus enormes virtudes (su claridad, la diversidad de lecturas en las que se apoya, su aproximación siempre crítica al tema), se acompaña de fragilidades que también merecen ser señaladas. En este sentido, podría decirse que el libro de Farrell resulta algo esquemático (como si se tratara de una transcripción de apuntes críticos tomados por el autor, luego de concluir su lista de lecturas en torno al tema); deja afuera, expresamente, temas que fueron cruciales para el “marxismo analítico” (la teoría de la historia en Marx), pero también (injustificadamente) temas fundamentales dentro de las mismas discusiones sobre marxismo y justicia (la revolución, la alienación); y, en ocasiones, corre el riesgo de trivializar o simplificar al extremo las posiciones y los dichos de los autores que estudia (pienso, en particular, en el modo en que el libro examina la postura de Cohen sobre la explotación<sup>(9)</sup>; y en la forma en que trata algunos de los debates que se dieron en el marxismo en torno a la idea de derechos<sup>(10)</sup>).

Más allá de sus debilidades, lo cierto es que, para muchos de nosotros, jóvenes estudiantes de pocos recursos (como dijera la canción, “marginales del fin del mundo”), libros como el de Farrell constituyeron un “puente de oro” indispensable para acceder a debates fascinantes y de otro modo inasibles. Y es que, sin este tipo de intermediación,

(9) *Ibid.*, pp. 123-124.

(10) *Ibid.*, p. 147.

tales discusiones iban a resultarnos ajenas, por completamente fuera de nuestro alcance. Entonces, más que ahora, acceder a revistas, libros, y finalmente debates producidos fuera del país, y en otro idioma, era difícil, caro, ¡casi imposible! No hay exageración, por tanto, ni en el elogio, ni en el agradecimiento. Parte de lo que hoy somos es directo resultado de lo que (gracias a libros como *Análisis crítico*, y autores como Farrell) conocimos y leímos.





# ¿ES LA IGUALDAD UN VALOR OPACO? UNA DISCUSIÓN SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS VALORES

*Julio Montero*

## **1. INTRODUCCIÓN**

Participar de este homenaje es un gran honor. Martín Farrell es uno de los grandes maestros de la filosofía argentina, y aunque no estudié con él también lo considero uno de mis maestros. Conocí a Martín en el año 2000, cuando Florencia Luna lo invitó a dictar una clase magistral en un seminario que cursábamos con ella en la Facultad de Filosofía y Letras. A pesar de que la mayoría de los estudiantes habíamos oído hablar del Dr. Farrell, inmediatamente nos deslumbró con su agudeza, su profundidad filosófica y su extraordinario sentido del humor. En cuarenta minutos redujo al absurdo la novedosa propuesta de Samuel Scheffler a favor de un utilitarismo moderado. Varios años después, Martín fue jurado de mi tesis de doctorado en la Universidad Nacional de La Plata y desde ese momento nos vemos con frecuencia para conversar sobre filosofía, política y otros asuntos más mundanos. La breve discusión que sigue es un modo de agradecerle por sus aportes a la disciplina y, sobre todo, a mi propia felicidad.

La obra de Martín es increíblemente rica. No solamente porque recorre una gran variedad de problemas, sino también porque se compone de una decena de libros, además de numerosos artículos y comentarios aparecidos en revistas especializadas. Prácticamente ningún asunto importante de la filosofía práctica le resulta ajeno. Esta amplitud invita especialmente a la controversia —para no mencionar, por supuesto, la audacia intelectual y el estilo provocativo de Martín.

En esta ocasión me gustaría celebrar la obra de Martín discutiendo su ensayo “La igualdad y el contrato social”, incluido en *Ética en las relaciones internas e internacionales*<sup>(1)</sup>. En ese texto Martín argumenta que ninguna teoría normativa de tipo monista —es decir, montada sobre un único valor— puede fundarse en la igualdad. Esto se debe, de acuerdo con él, a que la igualdad es un valor “opaco”. Si bien Martín desarrolla su crítica a propósito de autores contractualistas como Hobbes, Locke y Rousseau, el alcance de su objeción es mucho más general y abarca potencialmente a cualquier monismo igualitario. Y aunque él no lo dice abiertamente, sospecho que el ataque al contrato social y la igualdad son, en realidad, tiros por elevación contra el deontologismo kantiano, el verdadero gran enemigo de todo utilitarista.

En contra de Martín, sostendré que la igualdad no es un valor especialmente opaco y que una teoría monista bien puede fundarse ella. De hecho, espero mostrar que tanto el liberalismo como el utilitarismo, dos de las teorías normativas contemporáneas más influyentes, pueden reconstruirse como monismos igualitarios. Esto no implica, por supuesto, que el monismo de la igualdad sea la mejor alternativa para justificar estas ni otras posiciones filosóficas. Mi discusión, igual que el ensayo de Martín, se mantiene en un plano puramente conceptual; solamente pretende analizar si el monismo igualitario es viable como estructura filosófica sin pronunciarse sobre asuntos más sustantivos.

## 2. ¿ES LA IGUALDAD UN VALOR OPACO?

La tesis de que la igualdad es un valor opaco puede sonar un tanto esotérica para quienes no están familiarizados con los tecnicismos de la filosofía moral. Por eso quisiera explicarla brevemente antes de discutirla. En palabras de Martín, “...un valor es opaco cuando su realización —incluso maximizada— no permite un cálculo previo de resultados que resulte convincente, cálculo referido al estado de cosas que surgirá como resultado de la realización de este valor”<sup>(2)</sup>.

Como el mismo Martín reconoce, esta fórmula no es del todo satisfactoria. Las nociones de “cálculo” y “convincente” desconciertan un

---

(1) Martín Farrell, “La igualdad y el contrato social”, en *Ética en las relaciones internas e internacionales* (Barcelona: Gedisa, 2003), pp. 137-154.

(2) *Ibid.*, p. 140.

poco, en especial porque Martín no aclara qué sería un cálculo “convinciente” y porque la expectativa de que los resultados de una teoría normativa sean “calculables” resulta bastante extraña cuando uno no es utilitarista. Pero si lo entiendo bien, la idea de Martín es que un valor es opaco cuando no podemos saber de antemano cómo sería un mundo en el que dicho valor estuviera plenamente realizado<sup>(3)</sup>. En la terminología de Martín, lo contrario de un valor opaco es un valor transparente. Y, por supuesto, los valores transparentes sí nos permiten anticipar, al menos aproximadamente, los escenarios que se seguirían de su aplicación.

Para probar que la igualdad es un valor opaco, Martín alega:

Supongamos que yo debo elegir entre dos estados de cosas, A y B, y que el único dato que tengo es que en A existe más igualdad que en B. Ciertamente, no parece que éste sea un motivo suficiente como para preferir A sobre B, y es en este sentido en el que digo que la igualdad es opaca. En cambio, si sé que en A existe más felicidad que en B, éste sí es un motivo relevante para preferir A por sobre B, y es en este sentido en el que digo que la felicidad es transparente<sup>(4)</sup>.

Y un poco después remata:

Como hemos visto, yo no sé lo que puedo esperar de un Estado si el único valor que se toma en cuenta en él es la igualdad, y ni siquiera puedo aumentar la previsibilidad del resultado incorporando el requisito de maximizar la igualdad. La situación es muy distinta, desde luego, si el único valor tomado en cuenta es la felicidad. Ahora sé lo que puedo esperar del Estado en cuestión, de donde la teoría que resulta de la adopción de la felicidad como el único valor es una teoría previsible. Y el grado de previsibilidad aumenta si agrego el requisito de la maximización de la felicidad: ahora puedo esperar un Estado que se preocupe por lograr el máximo de felicidad posible en el conjunto de la sociedad<sup>(5)</sup>.

La conclusión general de Martín se sigue de estas premisas con total naturalidad: si la igualdad es un valor opaco, es obvio que cualquier teoría normativa monista que se funde en ella será muy poco informativa. Y, dependiendo de cuál sea exactamente el aspecto en que

---

(3) *Ibid.*, p. 143.

(4) *Ibid.*, p. 141.

(5) *Ibid.*, p. 147.

la teoría nos iguala, sus resultados podrían ser también moralmente indeseables, incluso aberrantes. Dice Martín: “Nótese que la igualdad es opaca en un sentido fuerte: varios resultados son posibles, incluso aunque se le agregue la exigencia de maximización de la igualdad (y no todos los resultados posibles —desde luego— tienen el mismo grado de aceptabilidad moral)”<sup>(6)</sup>. Y concluye: “En el caso de la distribución de recursos, maximizar la igualdad significa sólo que todos los ciudadanos —sin excepción, y en el mismo grado— deben recibir la misma porción de recursos, sin que exista —no obstante— ninguna garantía respecto del tamaño de esa porción”<sup>(7)</sup>.

Este problema de las teorías igualitarias solo se puede eludir, según Martín, cuando la igualdad se complementa con otros valores —e.g. igual libertad, igual respeto, iguales oportunidades, igual acceso a recursos, etc. Pero en ese caso ya no estamos ante una teoría monista, sino pluralista. En palabras de Martín:

Cuando digo que la igualdad es opaca, no adscribo esta característica sólo al concepto de igualdad. Si alguien pretendiera elaborar una *concepción* de la igualdad —sin unirla empero a otro valor—, esta concepción supongo que resultaría igualmente opaca. (Digo *supongo* porque, en realidad, no puedo imaginarme una concepción plausible de la igualdad que no implique unirla a otro valor)<sup>(8)</sup>.

En la próxima sección voy a retomar la distinción que Martín traza entre *conceptos* y *concepciones*. Pero quiero detenerme antes en un asunto más general: ¿hay, como piensa Martín, valores más transparentes que la igualdad? Consideremos la felicidad, su valor fetiche. ¿Es realmente un valor transparente? De acuerdo con Martín, si alguien me dijera “¡Voy a hacerte feliz!”, su promesa sería “tranquilizadora”; mucho más tranquilizadora que si me dijera “¡Voy a hacerte igual!”<sup>(9)</sup>.

Tal vez Martín se sienta tranquilo porque confía en que lo harán feliz tal y como él se imagina la felicidad —por ejemplo, mediante una combinación de bienestar material, acceso ilimitado a bienes culturales y un marco social signado por la libertad, la tolerancia y la innovación. Pero supongamos que quien nos promete hacernos felices es un

(6) *Ibid.*, p. 146.

(7) *Ibid.*

(8) *Ibid.*, p. 141.

(9) *Ibid.*

sádico, un psicópata o un perverso— por razones de cortesía no agrego a esta lista de psicopatologías al hedonista tipo Bentham. O supongamos que, inspirándose en un celebrado experimento mental, alguien quiere hacernos felices conectándonos a una máquina de experiencias o suministrándonos una potente droga que nos sumirá para siempre en una placentera realidad virtual. Si la promesa de hacernos felices es compatible con todas estas opciones —y en realidad es compatible con muchas más— no es tan tranquilizadora. Todo depende de la concepción de felicidad que adoptemos. Mi recomendación sería que antes de aceptar la oferta Martín pidiera mayores precisiones. Y si se necesitan mayores precisiones es porque la felicidad no es un valor tan transparente después de todo. En rigor, la opacidad ni siquiera disminuye si hablamos de maximizar la felicidad. Así lo reconoce el propio Martín en otro interesante ensayo:

El utilitarismo es una teoría ética que subordina lo correcto a lo bueno, y que sostiene que lo bueno es la felicidad. Lo correcto, a su vez, consiste sencillamente en maximizar la felicidad. Con esta estructura, propia —por otra parte— de cualquier variedad del consecuencialismo, resulta esencial para el utilitarismo caracterizar con precisión a la felicidad puesto que, en caso contrario, no se sabría a ciencia cierta qué es aquello que debe ser maximizado<sup>(10)</sup>.

Me parece que en términos generales el problema de la opacidad se repite con los otros valores que Martín menciona como ejemplos de transparencia, incluyendo la autonomía y la libertad<sup>(11)</sup>. Para ilustrar: alguien podría hacerme más autónomo suprimiendo mis ataduras emocionales, extinguiendo mi religión o sometiéndome a un tortuoso proceso de reeducación moral. Y algún libertario lunático quizá me haría más libre abandonándome en una isla desierta en la que nadie pudiera interferir con mis acciones, cobrarme impuestos ni violar mis sacrosantos derechos de propiedad. Un anarco-capitalista me dijo una vez que su utopía era La Salada, una feria ilegal en la que cualquiera puede comprar y vender lo que quiera sin tributar, solicitar permisos ni superar controles estatales de ninguna naturaleza. En definitiva, el problema de la opacidad es mucho más grave de lo que pensábamos: potencialmente, contamina todo nuestro repertorio moral. Malas noticias para Martín.

---

(10) *Ibid.*, p. 101.

(11) *Ibid.*, p. 141.

### 3. VALORES, CONCEPTOS Y CONCEPCIONES

¿Se resolvería el problema si abandonáramos el monismo? Como vimos, Martín piensa que en el caso de la igualdad esta es la mejor solución. Y hay buenas razones para coincidir con él. Si nuestra teoría normativa contiene más de un valor, su rango de resultados podría volverse más previsible porque cada uno de los valores impondría sus propias restricciones. Imaginemos una teoría fundada en dos valores: la igualdad y el bienestar material. En principio, esta teoría no nos hará más iguales en la miseria, como teme Martín; procurará, en cambio, hacernos iguales y prósperos a la vez. No pretendo negar que las teorías pluralistas tienen sus ventajas. De hecho, parecen mucho más consistentes con la moralidad de sentido común: la mayoría de nosotros vemos el mundo moral en colores, no bajo la imagen en blanco y negro que proyecta el monismo. Pero las virtudes del pluralismo son solo aparentes. Como el propio Martín explica, a menos que los valores de nuestro panteón ético estén jerárquicamente ordenados, la teoría será vulnerable a conflictos que no sabremos cómo resolver. ¿Cómo deberíamos comportarnos si el único modo de alcanzar la igualdad fuera la pobreza universal? ¿O si, a la inversa, la prosperidad solo pudiera lograrse permitiendo una distribución sumamente desigual de los recursos? Más aún, incluso si contáramos con reglas de prioridad para resolver conflictos, el problema podría persistir. Si cada uno de los valores que la teoría pluralista combina es en sí mismo opaco, tendríamos más opacidad, no más transparencia. Para usar el ejemplo de Martín, supongamos que alguien no solo me promete hacerme feliz sino también libre. Ahora tendré que hacerle dos preguntas en lugar de una: ¿feliz al estilo Mill, al estilo Aristóteles o al estilo Bentham? ¿Libre según Locke, según Rousseau o según mi amigo libertario?

El problema, entonces, no son la igualdad ni el monismo. El problema es que hablar de igualdad, libertad o felicidad a secas, es invocar un nombre vacío. A este nivel de abstracción, todos los valores son opacos; y a menos que ofrezcamos una *concepción* específica de ellos, nada bueno obtendremos de su combinación.

A diferencia de los valores abstractos, las *concepciones* de un valor son construcciones complejas. Además del valor general que pretenden promover, incluyen un universo, un dominio, una serie de bienes y un criterio distributivo para esos bienes. El universo se refiere a los

agentes o tipos de agentes relevantes para la teoría: miembros de la especie humana, seres racionales, seres que experimentan placer y dolor, compatriotas, miembros del pueblo elegido, colegas de un mismo departamento, militantes del Partido, etc. El dominio establece el ámbito que la teoría aspira a gobernar, ya sea la moralidad al nivel más general o algún ámbito más restringido, como las instituciones del Estado-Nación, las instituciones internacionales, las relaciones profesionales, los vínculos de amistad, los lazos de pareja, etc. Los bienes, por su parte, pueden ser recursos, capacidades o estados de cosas de alguna manera relacionados al valor fundamental de la teoría. Y, finalmente, el criterio distributivo indica de qué modo deben distribuirse los bienes relevantes para realizar el valor en cuestión. Maximización, optimalidad, igualdad estricta, igualdad calificada son solo algunas opciones.

La distinción entre valores abstractos y concepciones de un valor ilumina algunos aspectos importantes de nuestras prácticas morales cotidianas. Muchas veces nuestros desacuerdos morales se deben a que no compartimos los mismos valores, como cuando un fascista discute con un demócrata o un anacoreta con un hedonista. Pero otras veces, las disputas surgen porque sostenemos concepciones distintas de un *mismo* valor —la amistad, la camaradería, el respeto, la lealtad—. En general, las discusiones internas a una misma tradición suelen ser del segundo tipo; y aunque las posiciones en disputa conserven un aire de familia, pueden imponernos mandatos sumamente dispares, en muchos sentidos incluso opuestos o mutuamente incompatibles.

#### 4. OPACIDAD, BIENES Y VALORES

El origen del problema está mucho más claro ahora: todos los valores admiten diversas *concepciones* de su contenido y sus requerimientos. Todos los utilitaristas valoran la felicidad o, al menos, alguna forma de utilidad, pero a menudo discrepan sobre la clase de bienes que la constituyen: ¿placer?, ¿ausencia de dolor?, ¿bienestar material?, ¿satisfacción de preferencias críticas? Y, del mismo modo, los teóricos de la libertad debaten desde hace siglos si debemos comprenderla como autogobierno, como ausencia de interferencia, o como ausencia de dominación, para mencionar solo las opciones más comunes. Cada valor es, en suma, un rompecabezas que puede armarse de muchas maneras.

En buena medida, el trabajo de la filosofía moral consiste en ordenar las piezas.

Por supuesto, llegados a este punto, un lector agudo como Martín podría interponer una objeción que debemos considerar. Más concretamente, podría argumentar que las concepciones de un mismo valor no son menos opacas por ser concepciones, sino que son menos opacas porque en realidad constituyen estructuras valorativas pluralistas. La idea sería que al incorporar a la teoría otros estándares, como bienes y criterios distributivos, nos hemos desplazado subrepticamente del monismo al politeísmo ético: además de un valor principal tendríamos también otros valores, materializados en los bienes que la teoría distribuye y el criterio que usa para el reparto. Es por la fuerza gravitacional conjunta que todos estos valores ejercen en simultáneo que los resultados de la teoría se estabilizan y se tornan menos imprevisibles.

El principal obstáculo para rebatir esta objeción es que corremos el riesgo de discutir sobre meros rótulos. Si consideramos a una teoría como pluralista o como una concepción específica de un único valor parece en buena medida un asunto terminológico. Pero, aun sin ser concluyentes, quizás podamos decir algo sensato al respecto. Como señala Martín, los bienes que la teoría distribuye son cosas que la teoría considera valiosas —ya se trate de recursos materiales, libertades, estados mentales, etc.—. Estamos de acuerdo en eso. No obstante, esos bienes que se consideran valiosos no son necesariamente valores que la teoría esperara servir. De hecho, en la mayoría de las teorías normativas, los bienes desempeñan un rol instrumental: son valiosos como *medios* para promover un valor más fundamental, no valores últimos, intrínsecos o fundacionales. Creo que así funcionan, por ejemplo, los derechos en la tradición liberal y los medios de producción en la teoría de Marx. Si es así, la inclusión de bienes no basta para concluir que la teoría se ha vuelto pluralista: el valor de esos bienes bien puede ser subsidiario, en el sentido de que se los valora porque contribuyen a promover un valor más fundamental y solo en la medida en que suman a esa meta.

El rol de los criterios distributivos parece más difícil de clarificar. Pero podemos hacer un intento. Imaginemos dos teorías rivales: una propone maximizar la autonomía, mientras que la otra propone garantizar a cada persona un ámbito adecuado de autonomía personal. Es obvio que estas teorías conducirán a mundos muy distintos. Sin embargo, eso



no impide que ambas sean teorías monistas que comprenden la autonomía de maneras distintas. Para la primera, la autonomía es un valor agregativo que se honra al maximizarlo; para la segunda, en cambio, la autonomía se realiza de otro modo: incrementar la autonomía neta no siempre supone una ganancia.

Naturalmente, Martín podría retrucar que la segunda teoría surge de la combinación de dos valores distintos: la autonomía y la igualdad. Si la teoría fuera realmente monista —podría insistir Martín— se limitaría a exigir la maximización de la autonomía. Para decidir si la teoría es monista o pluralista, tendríamos que indagar de qué modo está construida y las premisas que la justifican. Pero no hay por qué pensar que lo único que una teoría monista puede hacer con su valor de referencia es maximizarlo. No todas las personas que valoran la belleza dirían que hay que maximizar la producción de obras de arte. Muchas dirían, quizás, que para honrar la belleza alcanza con preservar el patrimonio artístico del que ya disponemos. Y, del mismo modo, no todos los que valoran la vida creen que haya tener tantos hijos como sea posible, ni siquiera si uno puede garantizarles a todos un alto nivel de vida. Esta gente puede equivocarse, por supuesto; pero no dice algo sin sentido ni incurre en un error categorial.

Las reflexiones anteriores parecen sugerir que los criterios distributivos no siempre son equivalentes a valores. Antes bien, dichos criterios pueden surgir del modo en que la teoría interpreta su mono-valor. En este sentido, me parece, el utilitarismo no combina el valor “felicidad” con el valor “maximización” —¿qué clase de valor sería la maximización? Más bien, el mandato de maximizar la felicidad es consecuencia de una manera especial de comprender el valor de la felicidad— o quizás, como voy a sugerir pronto para espanto de Martín, de una manera especial de comprender el valor de la igualdad.

Esta distinción entre la igualdad como valor y la igualdad como criterio distributivo podría explicar por qué las objeciones de Martín contra la igualdad resultan tan intuitivas en una primera lectura. En rigor, cuando Martín explora el valor de la igualdad parece confundirla con un mero criterio distributivo. Así, sostiene:

La igualdad, entonces, sólo puede figurar como un valor en una teoría pluralista. En cierto sentido, se la puede considerar como un valor parasitario. Cualquier teoría política necesita primero valorar algún bien,

y recién después puede aparecer la igualdad, indicando cómo debe distribuirse ese bien que se valora...<sup>(12)</sup>.

Martín tiene razón en que ninguna teoría monista puede fundarse sobre la igualdad si la igualdad se reduce a un criterio distributivo. Pero el problema es en realidad más general: en ausencia de un bien a ser distribuido, todo criterio distributivo es “opaco” y “parasitario” en el sentido de Martín. No importa si se trata de la igualdad o de la maximización. Imaginemos una teoría que simplemente nos dijera “¡Maximice!”. Ni Bentham sabría qué hacer. Si, en cambio, concebimos la igualdad como un valor y al mismo tiempo proponemos una concepción de su contenido que especifique los bienes de referencia y el criterio para su distribución, el panorama es distinto. Es precisamente contra la igualdad como un valor complejo, no como un criterio distributivo, que Martín debería dirigir su arsenal.

Naturalmente, una vez que aceptamos la distinción entre valores abstractos y concepciones nos compramos un problema importante, a saber: ¿cómo construimos el valor de un valor?, ¿cómo evaluamos concepciones rivales de un mismo valor abstracto? Estas preguntas obviamente exceden los objetivos de mi comentario —y también mi capacidad intelectual—. Excepto por mencionar recursos como el equilibrio reflexivo o la técnica de la interpretación holista de Ronald Dworkin, no tengo respuestas para dar. Pero, de todos modos, las teorías pluralistas también deberían explicarnos cómo elaborar reglas de prioridad y cómo comparar esquemas de reglas alternativos. Así que en el peor de los casos estamos ante un empate técnico.

## **5. LIBERALISMO Y UTILITARISMO COMO CONCEPCIONES DE LA IGUALDAD**

Me gustaría ahora dar un paso más y sostener que tanto el liberalismo como el utilitarismo, dos posturas que Martín suscribe con gran convicción, podrían fundarse en el mono-valor de la igualdad. Empiezo con la primera. El liberalismo no es una posición unívoca, ciertamente; es una familia de teorías y sus fundamentos y principios pueden elaborarse de muchas maneras. Por supuesto, es perfectamente posible proponer un liberalismo pluralista que se sustente sobre la libertad,

---

(12) *Ibid.*, 149.

la igualdad y otros valores. Aclarado esto, al menos desde el punto de vista conceptual, nada impide concebir al liberalismo como un monismo igualitario. Así lo entiende Dworkin en su famoso ensayo “Liberalism”, publicado en *A Matter of Principle* <sup>(13)</sup>. Y, en mi opinión, los liberalismos de Locke y Kant también pueden interpretarse en esta clave.

En su famoso *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Locke afirma que criaturas de un mismo “rango y especie”, dotadas de las mismas capacidades, deben ser iguales entre sí, sin que haya “subordinación o sujeción” de unas sobre otras <sup>(14)</sup>. En mi lectura, esto significa que la igualdad de estatus es el valor fundamental de la teoría de Locke; los derechos naturales constituyen meros medios para su realización. No se trata de bienes últimos o intrínsecos, sino que adquieren relevancia por referencia a la igualdad. El caso de Kant es parecido: el derecho a la libertad-como-independencia que el autor postula en *La metafísica de las costumbres* es, en última instancia, un modo de dar sentido al principio de igualdad entre las personas. Si todos los agentes racionales somos sujetos morales iguales y si, en tanto agentes racionales, todos tenemos un interés fundamental en actuar libremente, entonces, todos tenemos el mismo derecho a una esfera igual de agencia personal al interior de la cual podamos perseguir nuestros proyectos sin vernos sometidos a la interferencia arbitraria del resto <sup>(15)</sup>. En este sentido, Kant mismo presenta el derecho a la libertad como el derecho a ser amo de sí mismo y a que nadie restrinja nuestra libertad de acción de un modo no recíproco o unilateral <sup>(16)</sup>. Cualquiera que infrinja esta regla se arroga un privilegio ilegítimo, nos domina y socava nuestro estatus igual. Por eso su acto es contrario a la justicia.

Muchas teorías liberales más contemporáneas también pueden reformularse como monismos de la igualdad. La justicia como equidad, por ejemplo, parte de una idea de las personas como agentes “racionales” y “razonables”; es decir, agentes capaces de diseñar y concebir

---

(13) Ronald Dworkin, “Liberalism”, en *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985), pp. 181-204.

(14) John Locke, *Two Treatises of Government*, P. Laslett (ed.) (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 269.

(15) Arthur Ripstein, *Force and Freedom. Kant’s Legal and Political Philosophy* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2009), pp. 30-50.

(16) Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, en *Practical Philosophy*, M. Gregor (ed.) (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), pp. 393-394 [6:328].

planes de vida propios y de aceptar las restricciones impuestas por una concepción común de la justicia, si los demás también lo hacen. Y Rawls presupone que, en su condición de agentes racionales, los ciudadanos tienen un interés fundamental en maximizar su dotación de “bienes sociales primarios”, ya que estos son útiles para desarrollar cualquier plan de vida que nos propongamos<sup>(17)</sup>. La pregunta que, bajo esta hipótesis, guía a la investigación de Rawls es cómo deben distribuirse dichos bienes para honrar el estatus igual de los ciudadanos, comprendidos como agentes propositivos. La posición original y el velo de la ignorancia escenifican esta exigencia de igualdad y arrojan como resultado dos criterios distributivos distintos, ambos igualitarios, para el reparto de bienes primarios de distinta clase.

La justicia como equidad está abierta a interpretación, claro está. Y para ser honesto, en el prólogo a la Paperback Edition de *Liberalismo Político*, Rawls explica que, siguiendo a la tradición ilustrada, su objetivo último es lograr un equilibrio adecuado entre la igualdad y la libertad<sup>(18)</sup> sugiriendo así que su teoría de la justicia podría ser pluralista más bien que monista. Pero lo importante para esta discusión no es establecer la lectura correcta de la justicia como equidad, sino mostrar que podemos reconstruirla como un monismo igualitario sin grandes pérdidas ni opacidades. Esto no implica que la teoría esté exenta de problemas e imprecisiones; solo implica que el origen de estos problemas e imprecisiones no es, como quizás diría Martín, el carácter opaco de la igualdad.

Aunque soy plenamente consciente de que la tesis está al borde de la herejía, creo que la interpretación mono-igualitaria se vuelve aún más plausible en el caso del utilitarismo. En general, el utilitarismo suele adoptar una estructura monista, al menos en su variante clásica<sup>(19)</sup>. Y es común pensar, como piensa Martín, que el mono-valor que promueve es la felicidad. No obstante, estoy bastante convencido de que esta manera de entender el utilitarismo lo vuelve una postura poco atractiva, por no decir insensata<sup>(20)</sup>.

---

(17) John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1995).

(18) *Ibid.*, p. IV.

(19) Farrell, “La igualdad y el contrato social”, p. 91.

(20) Para una interesante discusión del asunto, véase Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy: An Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2002), pp. 32-37.

¿Por qué tendríamos la obligación de maximizar la felicidad? Una respuesta posible sostiene que debemos maximizar la felicidad porque la felicidad es en sí misma valiosa. En esta interpretación, la felicidad adquiere el estatus de un valor último; un valor cuya promoción no sirve a su vez ningún otro valor más importante. Esto quiere decir que nuestra obligación de maximizar la felicidad es independiente de cualquier consideración sobre lo que la felicidad hace por nosotros. No descarto que mis prejuicios kantianos me impidan evaluar esta idea con imparcialidad, pero aun haciendo mi mejor esfuerzo no alcanzo a ver el atractivo de una doctrina así. ¿Quién prepararía un banquete por el valor del banquete mismo y no por la oportunidad de comer o de agasajar a otros? ¿Qué clase de teoría moral se interesaría más por la producción de ciertos estados de cosas que por los sujetos morales? ¿En qué sentido es moral una teoría que se concentra en la producción de ciertas situaciones objetivas y se desentiende de lo que nos debemos unos a otros como sujetos morales que merecen igual respeto?

La otra opción, mucho más plausible en mi opinión, es pensar que la obligación de maximizar la felicidad surge de la exigencia de respetar el estatus igual de todos. Si las personas son iguales morales y si todas desean igualmente que sus preferencias sean satisfechas, tratarlas como iguales equivale a darle un peso igual a las preferencias de todos, al margen de cuál sea su contenido o de la relación que tengamos con ellas. Y, ciertamente, un modo posible de satisfacer esta exigencia es hacer tanto como podamos para maximizar la felicidad. En este caso, el utilitarismo se funda en una concepción de la igualdad: la felicidad es el bien a ser distribuido, la maximización es el criterio para su distribución y el estatus igual es el valor último que la teoría espera servir. El precio de transitar este camino es que, contrariamente a los postulados utilitaristas tradicionales, lo correcto deja de ser subsidiario de lo bueno y la relación se invierte. Pero el precio de no seguirlo es reducir el utilitarismo a una religión secular incapaz de justificar racionalmente su regla fundamental. ¿Qué camino elegiría Martín? ¿Será un monista igualitario después de todo?



## DEMOCRACIA, RELATIVISMO Y RIESGO

*Mariano Garreta Leclercq*

Una de las estrategias más usuales de justificación de la democracia apela a consideraciones de orden epistemológico. Cuando dos o más facciones están en desacuerdo acerca de qué política es la que debería ser implementada, cuál es la decisión justa o la que promueve más eficientemente el bienestar de los afectados, con frecuencia parece imposible eliminar por completo las dudas acerca de quienes están realmente en lo correcto. No solo somos agentes falibles, somos agentes propensos a cometer errores. Y, por otra parte, el persistente desacuerdo entre personas que parecen tener capacidades cognitivas normales suele ser interpretado como una señal de que las probabilidades de error son significativas. Es razonable sospechar que algo anda mal, desde un punto de vista epistémico, cuando personas inteligentes e informadas no logran ponerse de acuerdo, aunque lo intenten en reiteradas ocasiones. Este tipo de consideraciones parecen dar apoyo a dos concepciones muy distintas, opuestas en realidad, acerca del valor de la democracia. La primera concepción considera que la democracia tiene un potencial epistémico superior a los otros métodos de toma de decisión conocidos. La democracia ofrece a los ciudadanos las libertades y los incentivos requeridos para que las distintas propuestas sean exhaustivamente analizadas y criticadas desde los más variados puntos de vista. Esta práctica de discusión libre, abierta e inclusiva parece una de las mejores estrategias a las que se puede apelar para descubrir los posibles errores y corregirlos. John Stuart Mill<sup>(1)</sup> apeló a estas ideas como parte de su defensa de la libertad de expresión. John Dewey<sup>(2)</sup>

---

(1) John Stuart Mill, *Three Essays: On liberty, Representative government, The subjection of women* (Londres: Oxford University Press, 1975).

(2) John Dewey, "Creative Democracy: The Task before Us", en *The Later Works of John Dewey. 1925-1953*, vol. 14, *Essays*, J. A. Boydston (ed.) (Carbondale, IL: Southern Illinois University Press, 1981), pp. 224-230.

y, posteriormente, Karl Popper<sup>(3)</sup> las utilizaron explícitamente para explicar las ventajas de la democracia sobre otros sistemas en los que ese ejercicio de la libertad y la crítica tienen más problemas para prosperar. En nuestro medio Carlos Nino<sup>(4)</sup> suscribió también esta línea de argumentación a favor de la idea de que la democracia tiene un valor epistémico.

La otra reacción frente a las dificultades cognitivas que entraña la toma de decisiones políticas es el relativismo ético o moral. Desde esta perspectiva el desacuerdo constante e insuperable en realidad es un síntoma de que en la política no puede haber progreso epistémico real. El desacuerdo nunca cesa porque no hay una dimensión objetiva a la que apelar para resolver las disputas. ¿Pero cómo apoya el relativismo moral la idea de que la democracia es un sistema político adecuado o deseable? Según los defensores de esta línea de argumentación los desacuerdos políticos en última instancia reflejan desacuerdos evaluativos de orden moral. Y los desacuerdos de esta clase, según los relativistas, no pueden ser objeto de una resolución racional o, en algún sentido, objetiva. Cuando dos sujetos realizan juicios de valor incompatibles e intentan buscar el apoyo de sus interlocutores no están realmente luchando por ganar apoyo para la posición verdadera, aunque así presenten y conciben la cuestión, sino que están luchando por imponer sus preferencias subjetivas, sus deseos o sus intereses. Si la competencia política es meramente una confrontación entre voluntades y suponemos que todos los ciudadanos son iguales o merecen igual consideración y respeto, parece perfectamente razonable considerar que la solución adecuada cuando se deben implementar normas comunes es someter la decisión a la regla de la mayoría. Esta es la estrategia de justificación de la democracia que desarrollaron Hans Kelsen<sup>(5)</sup> y Alf Ross<sup>(6)</sup> a mediados del siglo pasado. En los años 90 Martín Farrell<sup>(7)</sup> siguió un camino similar.

---

(3) Karl R. Popper, *The Open Society and its Enemies* (Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1971).

(4) Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1989).

(5) Hans Kelsen, "Foundations of Democracy", *Ethics*, vol. 66, n° 1, parte 2 (1955), pp. 1-101.

(6) Alf Ross, *Why democracy?* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1952).

(7) Martín Farrell, *La Filosofía del Liberalismo* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992).



El núcleo del argumento de Kelsen queda plasmado en las siguientes líneas.

Si se reconoce que solamente son accesibles al conocimiento y a la voluntad humana valores relativos, entonces, solamente es justificable imponer un ordenamiento social a individuos que no lo aceptan de buena gana si este ordenamiento está en armonía con el mayor número posible de individuos iguales, es decir, con el deseo de la mayoría<sup>(8)</sup>.

Farrell se ocupa de dejar en claro que su tesis es más débil que la defendida por Kelsen, lo que intenta probar es que un relativista ético tendrá una disposición psicológica en favor de la democracia. Como afirma Farrell:

Si no hay un fundamento objetivo para los valores de ningún sistema, si ningún juicio ético tiene características semejantes a las de los juicios verdaderos o falsos, entonces —en cierto sentido— todos los sistemas cuentan por igual.

[...] Si todos los sistemas de valores cuentan análogamente, es difícil establecer diferencias relevantes en cuanto a los distintos individuos que los sustentan (diferencias valorativas, claro está). Si no hay diferencias relevantes entre los individuos y hay que adoptar decisiones respecto a la aplicación de ciertos valores (porque los sistemas tienen distintos contenidos), más individuos cuentan más que menos individuos. La regla de la mayoría aparece entonces como el medio más idóneo para elegir entre diferentes sistemas de valores. En el relativismo ético el procedimiento parece contar más que el resultado<sup>(9)</sup>.

¿Cuál es la línea de argumentación correcta? ¿La democracia es el sistema de toma de decisión apropiado por su potencial epistémico, porque garantiza que se tomen las mejores decisiones o, por el contrario, su atractivo y plausibilidad derivan del hecho de que los desacuerdos morales son irresolubles por medios cognitivos? Aunque la concepción epistémica o crítica y la concepción relativista son incompatibles, creo que podemos rescatar aspectos de ambas líneas de argumentación. Ello supone, sin embargo, reinsertar esas ideas en un trasfondo conceptual diferente.

---

(8) Kelsen, "Foundations of Democracy", p. 39.

(9) Farrell, *La Filosofía del Liberalismo*, p. 231.

## 1.

Para presentar mi estrategia de justificación de la democracia es conveniente comenzar por imaginar un caso de controversia política que nos sirva de modelo y que nos permita construir un contraejemplo para las dos concepciones presentadas en la sección precedente.

Imaginemos que hay una intensa discusión en la esfera pública de una nación acerca de qué medidas debería tomar el gobierno para promover el desarrollo económico. Hay tres planes económicos que concitan niveles de apoyo significativo, PE1, PE2 y PE3. PE1 es un proyecto sumamente ambicioso que requiere profundas reformas del sistema impositivo y productivo. Si tiene éxito producirá un incremento drástico en la riqueza de la nación. Pero si fracasa el costo también será muy alto, una porción grande de la población caerá bajo la línea de la pobreza. PE2 es un plan menos ambicioso que supone reformas del sistema impositivo y productivo significativas, pero mucho menos profundas que las que introduce PE1. Si PE2 tiene éxito el resultado será un crecimiento económico moderado. Si fracasa, los costos serán también menores, parte de la población caerá bajo la línea de la pobreza, pero el número de individuos que correrán esa suerte será mucho menor que en el caso de que se aplicara la primera alternativa. PE3 es un plan mucho más modesto que los anteriores. No implica reformas importantes y se concentra en dar apoyo a aquellas actividades que ya son exitosas y a minimizar los riesgos de que la nación sea vulnerable a una crisis económica. Como contrapartida de sus modestos objetivos el costo de que PE3 fracase es mucho más bajo que el que tendría que las otras políticas alternativas corrieran esa suerte. Supongamos que la probabilidad de éxito de las tres políticas es alta.

Con esta información podemos ordenar los seis posibles resultados de la elección en este contexto. La mejor decisión si la política que elegimos tiene éxito es, por supuesto, implementar PE1, la segunda PE2 y la tercera PE3. El orden es el inverso en caso de que la política escogida fracase. En ese caso PE3 es la mejor alternativa, PE2 la segunda mejor opción y PE1 la menos deseable.

Por supuesto, para saber cuál es la mejor decisión, cuál de las tres políticas debería ser efectivamente escogida, necesitamos mucha más información fáctica y hacer una serie de juicios valorativos (prudenciales o morales). Necesitamos saber cuál es la probabilidad de que

tengan lugar los seis resultados posibles y el valor o la deseabilidad de cada uno de esos resultados. A partir de esa información podríamos calcular cuál es el curso de acción al que se debería atribuir la mayor ganancia esperada. Esta es, por supuesto, una de las ideas básicas de la teoría de la decisión. Por razones de simplicidad, imaginemos que tenemos dudas acerca de si deberíamos inclinarnos a favor de PE1 o de PE3, dejemos de lado PE2. Si PE1 tiene éxito el aumento de la riqueza es mucho más alto que si se escoge PE3, lo que redundará en un mayor incremento del bienestar de los afectados y hace a dicha opción preferible sobre la segunda. Sin embargo, PE3 tiene una ventaja que podría ser decisiva y tornarla preferible a su competidora. Si PE3 tiene éxito el aumento de la riqueza es mucho menor que el que reportaría la implementación exitosa de PE1, pero el costo para el bienestar de los afectados de que PE3 fracase es mucho más bajo que el que entrañaría un fracaso de PE1. ¿Cuál es la elección correcta?

Supongamos que las probabilidades de éxito de PE1 y PE3 son, respectivamente, 0,87 y 0,83. Consideremos ahora la cuestión del valor de los resultados que podrían seguirse de nuestra decisión. Si PE1 resulta exitosa el PBI anual per cápita aumenta 1200 dólares. Si fracasa, cae 5000 dólares. Si PE3 tiene éxito el aumento del PBI per cápita es de 500 dólares. Si dicha política fracasa, la caída es de 500 dólares. Cuando se establece un balance entre las probabilidades de éxito y fracaso y el valor positivo y negativo de ambos resultados, medido simplemente a través del valor monetario del resultado, resulta claro que implementar PE1 es una mejor decisión que implementar PE3. El valor monetario esperado de la primera opción es superior al de la segunda. Por lo tanto, podemos concluir que PE1 es la mejor alternativa.

Si entraran en juego otros factores de orden moral o ideológico, seguramente esta conclusión resultaría inapropiada. Supongamos que PE1 produjera inexorablemente una distribución de la riqueza altamente desigual que sería inaceptable para muchos ciudadanos y PE3 no tuviera esas consecuencias indeseables, o que PE1 tuviera un impacto muy nocivo para el medioambiente mientras que PE3 fuera completamente inocua desde esta perspectiva. Pero imaginemos que ninguna de estas consideraciones es relevante en este caso. PE1 y PE3 producirán distribuciones similares de la riqueza y no tienen un impacto nocivo sobre el medioambiente. Los únicos factores que parecen relevantes para juzgarlas, y el electorado comparte este juicio, son los que hemos

tomado en consideración hasta aquí. La única diferencia entre las dos políticas alternativas son sus probabilidades de éxito y fracaso y el valor que se asigna en cada caso a esos resultados posibles.

Ponemos en la balanza la alta probabilidad de éxito de PE1 y la magnitud de la ganancia que reportaría que tuviera efectivamente éxito y le restamos las pérdidas que produciría en caso de fracasar, tomando en cuenta las bajas probabilidades de que ello ocurra. El resultado sigue siendo positivo y es superior al resultado de realizar la misma evaluación entre ganancias y pérdidas y sus respectivas probabilidades en el caso de PE3. En este escenario no parece haber duda de que PE1 es superior a PE3 y que implementarla es la decisión correcta.

Ahora supongamos que pudiéramos escoger el sistema político del que dependerá si se termina implementando PE1 o PE3. Supongamos que tenemos dos opciones. La primera es apelar a un procedimiento democrático en el que todos los ciudadanos tienen un voto y se decide por medio de la regla de la mayoría. La segunda es dejar la decisión a un comité de expertos o a los ciudadanos más educados. La idea básica de esta alternativa elitista o epistocrática es que los ciudadanos que poseen más conocimiento o han desarrollado en un grado mayor las competencias requeridas para tomar buenas decisiones deberían tener más peso en dicho proceso.

Supongamos, adicionalmente, que sabemos que si votan las personas con mayores conocimientos acerca de economía se impondrá PE1. Imaginemos que no tenemos ninguna información concreta —no hay encuestas ni sondeos de opinión disponibles— acerca de qué ocurriría si la decisión queda librada a mecanismos democráticos. Sabemos, o eso parece, que PE1 es la mejor opción, su valor monetario esperado es más alto que el de PE3. ¿Qué deberíamos hacer? ¿Deberíamos dejar la decisión en manos de los expertos o deberíamos arriesgarnos a que la decisión la tome una mayoría no calificada y optar, entonces, por la democracia? Si optamos por la democracia es posible que termine imponiéndose la opción menos deseable.

Como podrá percibir el lector la estrategia relativista no nos ofrece ninguna ayuda en un caso con estas características para defender la solución democrática. Parece haber desacuerdos morales muy profundos involucrados en algunas decisiones políticas. Pero no es siempre el caso. En su búsqueda de amplios consensos y del apoyo de la opinión pública

los políticos normalmente intentan evitar esas controversias profundas y potencialmente intratables cuando es posible. Creo que una reflexión sobre los debates políticos reales mostrará que gran parte de las discusiones tiene lugar en la práctica sobre trasfondos compartidos de valores y se centran en las dimensiones técnicas, de orden fáctico, de las que depende el éxito y el fracaso de las políticas públicas en cuestión. Pensemos en los debates más frecuentes en áreas como economía, seguridad, educación, salud pública, etc. Es relativamente fácil identificar políticas fallidas en esas áreas analizando cosas tan básicas como la evolución del PBI, el incremento o disminución del número de delitos, el rendimiento académico de los alumnos de los distintos niveles, la incidencia de ciertas enfermedades y el número anual de muertes que producen, etcétera. Los juicios morales o éticos sin duda inciden en la evaluación de esos datos, pero tienen mucho menos relevancia política de lo que parecen presuponer los defensores del argumento relativista. Si tuvieran el peso que requiere y presupone esta línea de argumentación no podríamos llegar a consensos significativos acerca del éxito o el fracaso de las políticas de un gobierno. El acuerdo no es nunca pleno y el núcleo duro de fanáticos de un partido o un líder negarán hasta los hechos más patentes. Sin embargo, este problema no es, nuevamente, un resultado de la imposibilidad de llegar a consensos de orden valorativo, sino a distorsiones cognitivas y sesgos que afectan por igual la percepción de los hechos más simples.

¿Qué podría decirse en favor de la democracia en un caso como el presentado? ¿Por qué es mejor que vote la mayoría en lugar de dejar la decisión en manos de los expertos? Para dar una respuesta adecuada a esa cuestión es conveniente considerar un ejemplo estructuralmente similar al caso político que presentamos inicialmente.

Imaginemos una empresa dirigida por tres socios, S1, S2 y S3. Los tres sujetos han invertido el mismo capital y son dueños de partes iguales del negocio. Los sujetos enfrentan una decisión importante. Hay dos proyectos de negocios en estudio que podría implementar la empresa. El primer proyecto puede reportar una ganancia muy significativa, 3 millones de dólares. La probabilidad de éxito es alta (89%), pero es una inversión riesgosa. Si algo sale mal las pérdidas serán muy grandes, 8 millones de dólares. El segundo proyecto en el que pueden invertir es más conservador. Si tienen éxito la ganancia es de 2 millones de dólares. La probabilidad de éxito es también alta (87%). Las pérdidas

en caso de que el proyecto fracasase son considerables, pero mucho más bajas, también 2 millones de dólares.

Como podrá percibirse la estructura del ejemplo es similar a la del caso político introducido inicialmente. Nuevamente la opción que presenta un contraste mayor entre el escenario exitoso y el escenario en que la acción fracasa es la que reporta, sin embargo, el valor monetario esperado más elevado. La utilidad esperada del primer proyecto de negocios es mayor a la del segundo proyecto. Imaginemos que, sin embargo, no hay consenso entre los socios acerca de qué decisión es la correcta. S1 apoya el primer proyecto (PR1), mientras que S2 no se inclina por el momento en favor de ninguna de las dos opciones y S3 apoya la opción más conservadora (PR2). Supongamos que ninguno de los tres sujetos está dispuesto a abandonar la empresa, o que, por alguna razón contractual, ninguno de ellos puede hacerlo. ¿Cómo debería resolverse el desacuerdo entre las partes? Hay dos alternativas. O bien la decisión es tomada en forma unilateral por uno de los socios o bien se apela a la regla de la mayoría.

Supongamos que S1 afirma que él debería tomar la decisión. Dicho agente tiene más experiencia y conocimientos que los otros dos socios y es consciente de ello. S1 posee más educación formal en economía y más experiencia como empresario. Por otra parte, está convencido de que PR1 es la mejor alternativa —es, después de todo, objetivamente la que posee un valor monetario esperado superior— y que el hecho de que él tome la decisión, en lugar de someterla a la voluntad de la mayoría, asegurará el mejor resultado.

Ahora bien, S3 está en desacuerdo con S1. A su juicio la mejor decisión es PR3, la alternativa en la que, si el negocio fracasa, la pérdida es menor. Supongamos que S3 acepta el mismo esquema de atribución de probabilidades para cada uno de los cuatro resultados posibles de la implementación de PR1 y PR2. Dicho agente también acepta la misma estimación de las ganancias y las pérdidas que asume S1.

¿En qué radica entonces el desacuerdo entre los dos agentes? El problema es que S1 y S3 tienen actitudes distintas frente al riesgo. Los afectados enfrentan una decisión bajo riesgo. La posibilidad de que sus acciones no produzcan los efectos deseados, la probabilidad de error, es significativa, y el costo del error es elevado sea cual sea la opción que elijan. Este parece también un rasgo presente en casi cualquier

decisión política que tome un gobierno. Si el estado escoge una política inadecuada en el área económica, sanitaria, militar o relativa a la seguridad de los ciudadanos, los efectos son, normalmente, devastadores para muchos de ellos. Por otro lado, nadie negará que a causa de la gran complejidad y la multiplicidad de variables que afectan el diseño de la política pública, la probabilidad de error, por baja que resulte, será siempre significativa.

Volvamos al caso de los empresarios. En el tipo de escenario en que se encuentran los sujetos es perfectamente racional que S3 argumente del siguiente modo. “Sé que la probabilidad de que PR1 fracase es baja, y que si dicho proyecto resulta exitoso ganaremos más que eligiendo PR2. Sin embargo, lo que podemos ganar eligiendo PR1 no compensa, en mi caso, el daño que me causaría lo que podemos perder. Yo no puedo afrontar ese nivel de pérdidas y no hay modo de excluir la posibilidad real de que tenga lugar. Para mí es más racional ganar menos sin exponerme a una pérdida semejante”. S1 y S3 no están dispuestos a correr el mismo nivel de riesgos. Como resultado de este desacuerdo, mientras la mejor decisión para el primero es PR1, la alternativa que puede reportar la mayor ganancia, para el segundo la mejor decisión es PR2, la alternativa que asegura una pérdida menor si el proyecto fracasa. Ambas decisiones parecen perfectamente racionales. De modo que no parece haber razón para darle prioridad a ninguna de ellas. En particular, la afirmación de S1 de que él debería tomar la decisión porque sabe cuál es la decisión correcta, pierde toda plausibilidad. Si afirma que escoger PR1 es la mejor decisión y quiere decir con ello que es la mejor decisión para todos los afectados, eso es simplemente falso. Es la mejor decisión para él, es decir, dada su actitud frente al riesgo, pero no es la mejor decisión para S3. Ambos agentes pueden estar totalmente de acuerdo —y lo están de hecho— acerca de aquello que pueda determinarse por medios cognitivos, cómo cuánto dinero se ganará o se perderá con cada decisión y qué probabilidades hay de que ello ocurra. Pero ese acuerdo en el plano cognitivo no permite determinar cuál es la mejor decisión para los dos agentes, ni menos aún para todos los afectados. Supongamos que S3 afirma que S1 no debería decidir unilateralmente, sino que los tres deben votar y que la decisión que cuente con el apoyo mayoritario será la correcta. Creo que estas afirmaciones, aunque fáciles de malinterpretar, son válidas también para el caso político que presentamos inicialmente. S3 estaría también en lo correcto si afirmara que por más que todos estén de acuerdo en

que PE1 es la política económica con el valor monetario esperado mayor, implementarla no es necesariamente la mejor decisión y que, para saber cuál es la mejor decisión, la estrategia más apropiada es someter la cuestión a la regla de la mayoría.

Es necesario explicar qué implican las afirmaciones que acabo de hacer. Creo que los lectores estarán de acuerdo en que desde una perspectiva intuitiva en el caso de los empresarios la solución más apropiada es que los tres agentes procedan a votar. Sin embargo, es posible que muchos lleguen a esa conclusión por razones deontológicas que no juegan, como veremos, ningún papel en mi propuesta. Lo que estoy sosteniendo es que si S1 y S2 —es decir, la mayoría— votaran en favor de PR1, llevar adelante dicho proyecto sería la mejor decisión desde un punto de vista estrictamente consecuencialista. Si, por el contrario, S2 y S3 —nuevamente, la mayoría— votaran por PR2, entonces, implementar dicho proyecto sería la mejor decisión. Lo mismo vale, por supuesto, para el caso político. Si la mayoría apoya PE1, implementarla es la mejor alternativa, y lo mismo ocurre si la mayoría apoya PE3. ¿Pero qué significa todo esto? ¿Cómo puede el apoyo mayoritario convertir a la opción que cuenta con él en la mejor alternativa?

## 2.

Para que se comprenda lo que estoy sosteniendo es necesario contar con cierto trasfondo teórico. Procederé a presentarlo ahora.

En 1713 Nikolaus Bernoulli formuló la conocida paradoja de San Petersburgo. En ella se les ofrece a las personas la oportunidad de participar de un juego que posee un valor monetario esperado infinito. La reacción esperable es que las personas inviertan en el juego todos los recursos de los que disponen. Sin embargo, normalmente no ocurre eso. La reacción usual es apostar una suma relativamente pequeña de dinero. En 1738 David Bernoulli, primo de Nikolaus, ofreció la respuesta más conocida al problema en su influyente ensayo “Specimen Theoriae Novae de Mensura Sortis” (“Exposición de una nueva teoría de la medición del riesgo”)<sup>(10)</sup>. La idea central de David Bernoulli (en adelante, simplemente Bernoulli), que tuvo un impacto enorme en el

---

(10) Dada su influencia una traducción al inglés fue publicada en la prestigiosa revista *Econometrica*, más de 200 años después de su publicación original (cfr. David



pensamiento económico y el desarrollo de la teoría de la decisión racional, es que el aumento de la riqueza implica un aumento marginal decreciente del bienestar del agente afectado. En tal sentido, Bernoulli propuso convertir los “valores monetarios” en “utilidad”. Debemos distinguir entre el dinero y el impacto psicológico favorable que produce poseerlo. La evaluación de distintos prospectos de negocios debe realizarse tomando en cuenta la utilidad esperada, no el valor monetario esperado. La tesis es que la divergencia entre el aumento del valor monetario esperado y la utilidad esperada refleja la actitud de los agentes frente al riesgo. El grado de aversión al riesgo de los agentes, que puede variar en un rango significativo, tiene un efecto determinante en la estimación de la utilidad esperada de un juego o una inversión. Bernoulli pensaba que “La utilidad resultante de cualquier pequeño aumento de la riqueza será inversamente proporcional a la cantidad de bienes que ya se poseen”<sup>(11)</sup>. Cuanto más tenemos, menor es la utilidad adicional que produce un incremento de la riqueza. Aunque Bernoulli concede que existen excepciones, el principio general parece plausible. Desde el punto de vista técnico la propuesta del autor fue utilizar una función logarítmica para representar la conversión de dinero en utilidad. La característica de dicha función es justamente que presenta un crecimiento marginal decreciente. Cuando evaluamos el impacto positivo o negativo de sobre la utilidad de pérdidas y ganancias un factor decisivo es la riqueza total previa del agente. Perder 50.000 pesos puede producir un daño enorme a una persona pobre y ser prácticamente irrelevante para una persona rica. El autor creía que la riqueza total de un agente tenía una injerencia decisiva sobre su actitud frente al riesgo. A mayor riqueza total más capacidad de afrontar riesgos y viceversa, a menor riqueza total mayor aversión al riesgo. Esto es en realidad un corolario bastante obvio de aceptar la idea de que el aumento de la riqueza se traduce en un incremento marginal decreciente de utilidad. Cuando disponemos de poco dinero su utilidad es mayor y, por lo tanto, cada pérdida cuenta más. Cuando poseemos mucho dinero su conversión en utilidad es más baja y el impacto de pérdidas que para una persona de menores ingresos resultaría devastadora tiende a ser mucho menos significativo.

---

Bernoulli, “Exposition of a New Theory on the Measurement of Risk”, *Econometrica*, vol. 22, no. 1 [1954]: pp. 23-36).

(11) *Ibid.*, p. 25.

La influyente teoría de la decisión desarrollada por Von Neumann y Morgenstern<sup>(12)</sup> a mediados del siglo pasado rescata la idea central del planteo de Bernoulli. La teoría ortodoxa de la decisión o teoría de la utilidad esperada (UE), como es frecuentemente denominada, también conceptualiza la aversión al riesgo en términos de utilidad marginal decreciente. La manera estándar de caracterizar la actitud frente al riesgo de un agente consiste en testear su respuesta frente a un juego con las siguientes características. Supongamos que el sujeto puede optar entre ganar 500 pesos con certeza o puede optar por la posibilidad de ganar 1000 o 0 con 0.5 de probabilidad. Dado que el valor monetario esperado de ambas opciones es idéntico, 500 pesos, un agente neutral frente al riesgo considerará ambas alternativas indiferentes. Un agente adverso al riesgo preferirá ganar con certeza 500 pesos y un agente propenso al riesgo preferirá exponerse a la posibilidad de no ganar nada para tener la chance de una ganancia mayor, 1000 pesos. Mientras la función de utilidad de un agente neutral frente al riesgo es lineal, la función de utilidad de un agente adverso al riesgo es cóncava, es decir, marginal decreciente, y la de un agente propenso al riesgo convexa, es decir, marginal creciente. Mientras para un agente neutral frente al riesgo el aumento de dinero se traduce en un aumento proporcional de utilidad, esa simetría se rompe cuando se adoptan las otras dos actitudes posibles. Para un agente con aversión al riesgo el aumento de la cantidad de dinero produce una saturación progresiva, cada nueva unidad monetaria incrementa la utilidad que obtiene en menor medida que el dinero obtenido previamente. En el caso del agente propenso al riesgo ocurre exactamente lo contrario, cada nuevo peso que puede ganar le reporta, proporcionalmente, más utilidad que la que le reporta el dinero que ya posee.

UE ha sido blanco de diversas críticas, muchas de las cuales se vinculan con el modo en que dicha teoría conceptualiza las actitudes frente al riesgo<sup>(13)</sup>. Una de las ideas centrales es que UE no reconoce el impacto real de las actitudes frente al riesgo. Por ejemplo, no contem-

---

(12) John Von Neumann y Oskar Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behaviour* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1944).

(13) Uno de los problemas más discutidos es la incapacidad de la teoría para dar respuesta al problema planteado por la paradoja de Allais (cfr. Maurice Allais, "Le Comportement de L'homme Rationnel devant le Risque, Critique des Postulats et Axioms de L'école Américaine" *Econometrica*, vol. 21 [1952]: pp. 503-546). Otra crítica muy influyente es la formulada por Mathew Rabin, en "Risk Aversion and Ex-

pla adecuadamente el predominio generalizado de la aversión al riesgo entre los agentes y no puede dar el peso adecuado al hecho de que la variación entre ganancias y pérdidas sea muy amplia. También parece haber significativas dificultades de orden puramente conceptual y técnico. Este diagnóstico crítico es uno de los puntos de partida de una serie de propuestas que pueden ser agrupadas bajo el rótulo de teorías no ortodoxas (o “Non-expected Utility Theory”). Algunos ejemplos influyentes son las teorías desarrolladas por Kahneman y Tversky<sup>(14)</sup>, Machina<sup>(15)</sup>, Quiggin<sup>(16)</sup> y Yaari<sup>(17)</sup>. Un caso más reciente, especialmente interesante desde la perspectiva que estoy adoptando, es la teoría propuesta por Lara Buchak<sup>(18)</sup>, denominada “risk-weighted expected utility theory” (REU). Profundizando una línea común a muchos de los críticos de UE, Buchak intenta dar expresión teórica a la idea de que las actitudes de los sujetos frente al riesgo juegan un papel decisivo en el razonamiento práctico que es necesario distinguir tanto de la asignación de probabilidad como de la asignación de utilidad. En esta teoría los ejes de evaluación no son dos, como ocurre en UE, sino tres. Junto a las funciones de utilidad y probabilidad, se agrega una función de riesgo. El sujeto no solo debe evaluar cuán alta es la probabilidad de que sus acciones produzcan el resultado o resultados esperados y el valor o grado de deseabilidad que asigna al resultado de distintos cursos de acción. También debe evaluar “la medida en que generalmente está dispuesto a aceptar la posibilidad de algo peor a cambio de una posibilidad de algo mejor”<sup>(19)</sup>.

Si adoptáramos la teoría de Buchak la actitud de los agentes frente al riesgo tendrá una injerencia aún mayor en la decisión que si adoptáramos la teoría ortodoxa. De acuerdo con UE si dos sujetos asignan

---

pected-Utility Theory: A Calibration Theorem”, *Econometrica*, vol. 68, nº 5 (2000), pp. 1281-1292.

(14) Daniel Kahneman, y Amos Tversky, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, *Econometrica* 47 (1979), pp. 263-291.

(15) Mark J. Machina, “‘Expected Utility’ Analysis without the Independence Axiom”, *Econometrica*, vol. 50, nº 2 (1982), pp. 277-323.

(16) John Quiggin, “A Theory of Anticipated Utility”, *Journal of Economic Behavior and Organisation*, vol. 3, nº 4 (1982), pp. 323-343.

(17) Menahem E. Yaari, “The Dual Theory of Choice under Risk”, *Econometrica*, vol. 55, nº 1 (1987), pp. 95-115.

(18) Lara Buchak, *Risk and Rationality* (Oxford: Oxford University Press, 2014).

(19) *Ibid.*, p. 36.

a los resultados de los cursos de acción entre los que deben optar la misma probabilidad y la misma utilidad, deberían arribar a la misma conclusión acerca de cuál es la decisión racional, la utilidad esperada sería idéntica para ambos agentes. Desde la perspectiva de REU, aunque dos agentes asignaran la misma probabilidad y utilidad a las opciones disponibles, podrían llegar a conclusiones opuestas en caso de que su función de riesgo fuese diferente. La introducción de la función de riesgo permite dar una expresión más contundente que la que es posible en UE al hecho de que algunos agentes confieren más peso a las potenciales pérdidas frente a los posibles beneficios, mientras otros, adoptan el patrón contrario. Estas actitudes son perfectamente racionales dentro de un rango de variación significativamente amplio. Lo importante es que no hay un criterio de racionalidad previo o independiente que permita determinar cuál es el balance correcto entre prudencia y propensión al riesgo cuando dos sujetos discrepan. Buchak establece un paralelismo entre las disposiciones prácticas opuestas frente al riesgo y las ideas de William James acerca del balance entre los desiderata epistémicos de conocer la verdad y evitar el error. El predominio de la meta de evitar el error es un equivalente epistémico de la aversión al riesgo, mientras que el predominio de la meta de conocer la verdad es un equivalente epistémico a la disposición al riesgo. Buchak señala que la tesis de James es que la razón “no puede decirnos qué temperamento tener o cómo equilibrar los objetivos de conocer la verdad y evitar el error, por lo que debemos determinarlo por nosotros mismos”. En forma análoga, “en situaciones en las que no podemos estar seguros de cómo resultarán nuestros actos, la racionalidad no puede decirnos cómo equilibrar el objetivo de permitir la posibilidad de lograr algo grande con el objetivo de obtener una garantía de que las cosas no saldrán demasiado mal. Y así, con este reconocimiento de que los que toman las decisiones tienen más libertad de la que creíamos, llega la comprensión de que los que toman las decisiones tienen más responsabilidad de la que creíamos previamente”<sup>(20)</sup>.

Una conclusión común a todas estas teorías, desde Bernoulli hasta nuestros días, es que para determinar cuál es el mejor curso de acción para un agente es necesario tomar en cuenta tres variables: 1) las probabilidades de que tengan lugar los distintos resultados posibles de sus acciones en cada escenario alternativo, 2) el valor o la deseabilidad

---

(20) *Ibid.*, p. 234.

que el agente le asigna a cada uno de esos resultados, y 3) la actitud que adopta dicho agente frente al riesgo involucrado. En la propuesta de Bernoulli y en la teoría ortodoxa de Von Neumann y Morgenstern las variables 2 y 3 se fusionan. El valor final de los resultados posibles, su utilidad, varía drásticamente como resultado de la actitud frente al riesgo que adopta el agente. Como acabamos de ver, en la propuesta de Buchak las tres variables permanecen separadas, lo que permite dar un peso mayor y más diferenciado a la función de riesgo. En la propuesta de Buchak se puede representar de modo más adecuado la idea de que hay ciertos niveles de pérdida que quedan excluidos para ciertos agentes, aunque pudiesen ser compensados por mayores ganancias o, a la inversa, la idea de que hay situaciones en las que es racional correr riesgos que quedarían excluidos en la teoría ortodoxa.

Consideremos por un momento el estatus de cada una de las tres variables involucradas en el proceso de toma de decisión racional. Aunque es un proceso complejo y controvertido que puede dar lugar a desacuerdos, la asignación de probabilidades —ya sean objetivas o subjetivas— a los distintos resultados posibles de los cursos de acción disponibles tiene un estatus cognitivo y fáctico. La asignación de probabilidad a la ocurrencia futura de un hecho depende de la evidencia previa de la que se disponga. La atribución de grados de deseabilidad o de valor a los resultados involucra centralmente juicios evaluativos de distinto orden (instrumental, ético o moral). Algunos suscribirán la tesis de que los juicios valorativos encubren meramente preferencias subjetivas, adoptando alguna variante más o menos sofisticada de emotivismo u otras posiciones metaéticas no cognitivistas. Otros suscribirán la idea de que los juicios valorativos o normativos pueden tener un estatus cognitivo o racional, en algún sentido, quizá diferente al que puede tener lugar en el campo teórico. El estatus del tercer elemento parece poco controvertido, estamos frente a un acto de voluntad, una decisión del sujeto. Sin duda la información de la que dispone el sujeto y su evaluación de la deseabilidad o el valor de las opciones limita el espacio de elección, pero no determinan las elecciones específicas. ¿Hasta qué punto estamos dispuestos a poner en peligro lo que tenemos actualmente, o nuestro grado actual de bienestar, por la posibilidad de una mejora futura? Si la posibilidad de que las cosas salgan mal, por bajas que sean, resultan significativas y el costo de ese resultado es alto, inclinarse por una opción en la que podemos ganar más, una alternativa más riesgosa, o por una alternativa más conservadora

depende de nosotros, no hay investigación, aserción o inferencia de orden fáctico o evaluativo que resuelva la cuestión. Es posible que, como sostuvo Bernoulli, un sujeto más rico esté más dispuesto a correr riesgos en sus inversiones que un sujeto que posee menos dinero. Sin embargo, en razón de sus proyectos, expectativas y temperamento un agente con pocos recursos puede estar dispuesto a correr grandes riesgos. De igual modo, puede resultar racional para un agente con muchos recursos reducir riesgos en ciertas circunstancias. Los parámetros de variación de la razonabilidad de las actitudes frente al riesgo, como dijimos, son significativamente amplios y pueden ser afectados por una amplia gama de factores y circunstancias adicionales.

En contextos en los que la probabilidad de error es significativa y su costo elevado, como suele ocurrir en los negocios y en la política, la variación en las actitudes frente al riesgo produce el mismo resultado que Kelsen, Ross y Farrell atribuían al relativismo valorativo, pero sin presuponerlo. Lo que ocurre es que, con cualquiera de las teorías citadas, desde Bernoulli hasta nuestros días, las discrepancias en la actitud frente al riesgo son suficientes para que varias opciones sean igualmente racionales o, dicho quizá en forma más precisa, para que distintas opciones sean la decisión más racional para distintos sujetos. Y este resultado tiene lugar, aunque coincidan en sus juicios fácticos y valorativos. Sin duda hay desacuerdos acerca de cuestiones fácticas y valorativas al tomar casi cualquier decisión riesgosa moderadamente compleja, y muchos de esos desacuerdos son razonables. Sin embargo, aunque pudiéramos eliminarlos, seguiría siendo posible y frecuente la existencia de desacuerdos razonables e ineliminables por medios cognitivos derivados de las diferentes actitudes frente al riesgo de los individuos.

Supongamos que S1 adopta una actitud neutral frente al riesgo. Perder el monto que se pone en riesgo al aceptar PN1 no tiene un impacto drástico sobre su bienestar. En su caso la conversión del valor monetario del proyecto en utilidad guarda una relación de simetría. Un aumento de la cantidad de dinero se traduce en un aumento proporcional de utilidad. Como consecuencia de ello PN1 posee para él una utilidad esperada mayor que PN2 y es, por lo tanto, la mejor elección. Supongamos que, por el contrario, S3 posee un grado significativo de aversión al riesgo. No está dispuesto a afrontar las pérdidas que podría entrañar PN1 porque no está en condiciones de hacerlo dado su

nivel de riqueza previo a la decisión, o simplemente porque no está dispuesto a arriesgarse tanto. Podemos apelar para explicar este contraste a discrepancias en el nivel de riqueza previa de S1 y S3 o diferencias de temperamento. Podemos dar expresión formal a estos contrastes, como derivaría de adoptar UE, representado la función de utilidad de S1 como una función lineal y la función de utilidad de S3 como una función cóncava, es decir, marginal decreciente. O podemos atribuirle a cada agente diferentes funciones de riesgo, como permitiría la adopción de REU, o apelar a las estrategias seguidas por otras teorías no ortodoxas. Cualquiera de los marcos teóricos que adoptemos nos permitiría presentar la conclusión de que la mejor decisión para S3 es PN2, y no PN1, mientras que dicha opción es la decisión racional para S1.

Como podrá percibirse, las mismas conclusiones se pueden aplicar al caso político que presentamos inicialmente. El hecho de que PN1 tenga un valor monetario esperado mayor que PN2, no implica que tendrá también una utilidad esperada mayor para todos los sujetos. De igual modo, el hecho de que el valor monetario esperado de PE1 sea superior al de PE3, no implica que ocurra lo mismo con respecto a la utilidad esperada de dichas políticas para diferentes sujetos. Cuando entran en juego las tres variables necesarias para determinar la racionalidad de una decisión, probabilidad, asignación de valor o deseabilidad a los resultados y actitud frente al riesgo, puede ocurrir que PE1 sea la mejor decisión para un porcentaje determinado de los ciudadanos mientras que PE3 sea la mejor decisión para otro grupo de ciudadanos.

En este punto llegamos a una situación en la que es posible formular un argumento en favor de la regla de la mayoría estructuralmente similar a los propuestos por Kelsen y Farrell, pero que no supone el problemático compromiso con el relativismo moral o con la idea de que no es posible discriminar entre mejores y peores resultados. Si aceptamos que no hay diferencias de estatus entre los individuos, que todos cuentan por igual, y las opciones en juego son igualmente racionales como resultado de las diferentes y razonables actitudes frente al riesgo de los afectados, la regla de la mayoría parece naturalmente la mejor alternativa para tomar una decisión. El argumento que podía aducir S1 para afirmar que lo mejor sería que él tome unilateralmente la decisión dependía de la idea de que él posee más conocimientos relevantes para determinar qué curso de acción es el más adecuado. Pero, como vimos, dicho agente no puede —ni él ni nadie— determinar

tal cosa por medios puramente epistémicos. En su preferencia por PN1 entra en juego un factor volitivo, su actitud frente al riesgo. ¿Por qué su voluntad debería pesar más que la de los otros sujetos? De este modo pierde toda base para cuestionar la corrección de la decisión mayoritaria aduciendo que él sabe cuál es la mejor decisión.

Este modo de plantear las cosas puede inducir confusiones. La idea no es que la salida adecuada es votar porque no sabemos cuál es el resultado correcto o el mejor curso de acción disponible. Creo que esta interpretación se aplica al argumento relativista, pero no a la estrategia que estoy proponiendo. En el caso del argumento relativista debemos darle prioridad a satisfacer las preferencias de más sujetos por encima de las pretensiones de una minoría que afirma que posee un conocimiento superior acerca de qué políticas deberían implementarse porque esas pretensiones cognitivas son infundadas. No hay una decisión superior a las otras. Desde la perspectiva que estoy proponiendo la situación es distinta. En un sentido es cierto que no sabemos qué ocurrirá realmente luego de tomar una decisión, justamente por eso es una decisión bajo riesgo. Si tuviéramos la certeza de que PN1 o PE1 resultarían exitosos ya no tendría ninguna importancia para nadie lo que hubiera podido pasar si hubieran fracasado. Dado que estas opciones tienen un valor monetario esperado superior a las otras serían sin duda las opciones correctas. Pero eso es justamente lo que no sabemos, no podemos excluir que se den los peores resultados. Justamente por eso una decisión racional bajo riesgo debe tomar en cuenta los tres ejes mencionados, tomar en cuenta las probabilidades de las ganancias y las pérdidas y su valor relativo, lo que involucra tomar en cuenta la actitud de los agentes frente al riesgo. Cuando adoptamos la perspectiva que estoy proponiendo podemos saber cuál es la decisión que maximiza la utilidad esperada para S1, para S2 y para los demás involucrados. También podemos saber cuál es la mejor decisión, desde una perspectiva puramente consecuencialista, que puede tomar la empresa o la comunidad política que delibera acerca de qué política económica implementar. La respuesta es simple, la mejor decisión es aquella que produzca la utilidad esperada neta mayor. La regla de la mayoría, aplicada en un contexto en que los afectados alcanzan un nivel adecuado de competencia epistémica parece un modo fiable y práctico de determinar cuál de los cursos de acción disponibles posee la utilidad esperada neta mayor. En un escenario como el descrito saber qué decisión es apoyada por la mayoría será normalmente equivalente a saber cuál es



la mejor decisión. En el ejemplo de la empresa tenemos tres socios. Sabemos que implementar PN1 es la opción que produce la utilidad esperada mayor para S1. De igual modo sabemos implementar PN2 produce la mayor utilidad esperada para S3. ¿Cuál es la mejor decisión para la empresa? Si S2 vota en favor de PN1 porque es la opción que produce la mayor utilidad esperada para él, esa es la mejor decisión para la empresa, dado que es la opción que producirá la utilidad esperada total mayor. Si la opción que maximiza la utilidad esperada de S2 es PN2, implementar esa opción de negocios es la mejor decisión para la empresa. El resultado de la regla de la mayoría y la mejor decisión colectiva son equivalentes en este tipo de contextos adoptando un enfoque consecuencialista. Si la mayoría de los socios consideran que PN1 supone el riesgo de sufrir pérdidas que no están dispuestos o no pueden afrontar, una opción más conservadora parece la mejor alternativa, aunque implique sacrificar una ganancia mayor. Si la mayoría de los socios están dispuestos a correr un nivel mayor de riesgos, PN1 puede ser la mejor decisión. La situación en el caso político parece equivalente. La política que expresa la actitud predominante frente al riesgo producirá la mayor utilidad neta esperada.

Es importante subrayar que mi propuesta, a diferencia del argumento relativista, presupone que los agentes satisfacen ciertos estándares de competencia epistémica. Mi posición es que los factores epistémicos, aquellos respecto de los cuales podría tener una ventaja un experto respecto de los otros afectados, no bastan para determinar cuál es la mejor decisión. Como vimos, en contextos de decisiones como las que estamos considerando, la actitud frente al riesgo, un factor en última instancia de orden volitivo, juega un papel determinante. De ese modo pierde plausibilidad la idea de que el que posee más conocimiento debería tener mayor influencia política, eso sería quizá plausible si tener mayor conocimiento fuese suficiente para determinar, en el caso de decisiones bajo riesgo, cuál es la mejor decisión. Pero eso, como vimos, no es lo que realmente ocurre. Como vimos, en este aspecto, mi propuesta presenta un parecido estructural con el argumento relativista. El papel que juega la actitud de los sujetos frente al riesgo en sus elecciones tiene un efecto similar, nadie puede establecer por medios puramente epistémicos cuál es la decisión racional. Sin embargo, mi propuesta presupone que la democracia puede funcionar bajo la condición de que satisfaga estándares epistémicos razonablemente exigentes. La capacidad del procedimiento democrático

para identificar la mejor decisión presupone la competencia, o un cierto nivel de competencia epistémica de los participantes. Si la mayoría, en lugar de escoger entre opciones como PE1 y PE3 se inclinara, por ejemplo, en favor de opciones con poca probabilidad de éxito y costo elevado en caso de error bajo la creencia falsa e infundada de que esas pésimas opciones no tienen los rasgos descritos, el resultado sería desastroso. En ese caso no tendría ningún sentido decir que el procedimiento democrático permite identificar la mejor decisión colectiva. De modo que, sobre un trasfondo conceptual muy diferente al usual, la propuesta que estoy defendiendo combina aspectos tanto del argumento relativista como de una concepción epistémica de la democracia.

### **III. TEORÍA DEL DERECHO**



LA OBLIGACIÓN DE LAS JUECES DE APLICAR  
EL DERECHO: UNA RÉPLICA KANTIANA  
A MARTÍN FARRELL <sup>(1)</sup>

*Carlos Rosenkrantz*

1.

Las teorías deontológicas y las consecuencialistas asumen dos actitudes diferentes frente a las reglas. El deontologismo nos exige honrar las reglas aplicables al caso aun en circunstancias en las que, si las ignorásemos, podríamos obtener consecuencias que deseamos y valoramos. Para el deontologismo las reglas reinan en el universo de razones incluso cuando ello implique que algunos estados deseables del mundo no puedan lograrse. El consecuencialismo, por el contrario, nos habilita a tratar de lograr las consecuencias que valoramos incluso cuando ello requiera excepcionar las reglas y hacer lo que ellas demandan que no hagamos o, por el contrario, no hacer lo que nos exigen. Su punto de partida es que siempre debemos hacer lo que es necesario para que lo bueno o lo deseable suceda. Las consecuencias dominan el razonamiento práctico. Por supuesto, no es el caso que los deontologistas sean insensibles a las consecuencias. En este sentido, ningún deontologista dudaría de que las reglas pueden producir consecuencias beneficiosas. Los consecuencialistas, por otro lado, tampoco descreen totalmente de la utilidad de las reglas ni, por lo tanto, son incapaces de entender la racionalidad de actuar de acuerdo con ellas. Ningún consecuencialista dudaría de que para maximizar la probabilidad de obtener buenas consecuencias en general debemos actuar de acuerdo con reglas.

---

(1) Agradezco los lúcidos comentarios de José Sebastián Elías y Rodrigo Sánchez Brígido a versiones anteriores de este trabajo.

Los deontologistas y consecuencialistas parten de dos visiones diferentes de la estructura general de la moralidad. Si bien es algo que no puedo explicar acabadamente aquí, déjenme decir de un modo relativamente dogmático que los deontologistas se resisten a pensar que existe un único mandato moral que nos interpela y nos intima siempre a todos a hacer lo necesario para causar en el mundo las mejores consecuencias en todas las circunstancias, en virtud, de que consideran, ello es exigido por el respeto de nuestra individualidad. Los consecuencialistas, en cambio, son más proclives a aceptar nuestra comunalidad y ven con mayor naturalidad que las reglas que establecen restricciones respecto de lo que cada uno puede hacer en la búsqueda de las mejores consecuencias para todos tengan una menor pregnancia, especialmente cuando ello constituye alguna dificultad para que produzcamos las mejores consecuencias.

De la lectura de la producción más reciente de Farrell se deduce, aunque nunca lo dice de modo explícito, que la distinción entre consecuencialismo y deontologismo —crucial en filosofía moral— debe ser también protagónica, en su visión, de nuestras reflexiones acerca de la teoría del derecho y de la adjudicación judicial. La idea a mí me parece atractiva porque la teoría del derecho y la teoría de la adjudicación que uno vaya a adoptar depende de la actitud que se asuma respecto de las reglas. Un filósofo deontológico seguramente estará más dispuesto a considerar a las reglas jurídicas como imperativos categóricos mientras que un consecuencialista las verán más bien como meras consideraciones normativas que, en ciertas circunstancias muy especiales, podrían ser derrotadas por consideraciones relativas a las consecuencias que habrían de producirse.

## 2.

Farrell es un filósofo consecuencialista que ha escrito mucho y muy bien al respecto, pero, curiosamente, es un jurista deontológico, aunque, como veremos más abajo, es partidario de un deontologismo que podríamos llamar intermitente.

Conviene precisar un poco qué quiero decir cuando adjudico a Farrell la condición de “jurista deontológico”. Como señala Sebastián Elías en su contribución a este homenaje, Farrell sostiene que el “juez debe hacer respetar los derechos, no preocuparse por consideraciones de

utilidad [...] [pues] [...] el sistema jurídico no está diseñado —precisamente— para que el juez obre como un consecuencialista, sino para que el juez se considere un agente moral que está obligado a respetar ciertas restricciones, aun a expensas de la utilidad del estado de cosas resultante”. En otras palabras, Farrell piensa que en principio un juez no debe, al resolver, preocuparse acerca de las consecuencias (buenas o malas) de su decisión. Debe atenerse a las reglas. Así, por ejemplo, Farrell sugiere que el famoso caso de la jurisprudencia americana “Riggs v. Palmer”<sup>(2)</sup> fue mal decidido. En “Riggs” se discutía si quien fuera instituido por su abuelo como heredero podía heredarlo a pesar de haberlo envenenado. Farrell sostiene que Palmer debió haber heredado a su abuelo, pues así lo decía la ley testamentaria, existían precedentes al respecto, estaba vigente una ley que implicaba que un condenado tenía capacidad para heredar y Palmer ya había sido castigado por el homicidio de modo que no podía aplicársele un nuevo castigo<sup>(3)</sup>.

### 3.

Para entender por qué controvierto a Farrell en su homenaje quizá sea oportuno comenzar por mi propia visión del derecho. Yo concibo al derecho como un sistema de reglas que derivan su autoridad del hecho de ser el producto de una decisión comunitaria intertemporal adoptada mediante un procedimiento que respeta el status intrínsecamente valioso e igual de cada agente individual y que pretende dar origen a una práctica social que permita a todos coordinar sus conductas y así hacer posible la cooperación de unos con otros en proyectos comunes para beneficios recíprocos. Dado el punto del derecho —su función y su objetivo— las reglas que lo integran deben ser en honradas por los jueces en general y, en especial, por los jueces que han jurado honrar al derecho, aun si su aplicación a un caso en particular no produce un resultado deseable.

El punto que acabo de señalar acerca de las reglas y la necesidad de coordinar conductas para beneficios mutuos es especialmente importante en sociedades contemporáneas como las nuestras. Un hecho

---

(2) 115 NY 506 (1889).

(3) Ver Martín Farrell, “Positivismismo Jurídico: dejen que herede Palmer”, *Lecciones y Ensayos*, n° 93 (2014), p. 77.

incontrastable de nuestras sociedades es el pluralismo. Disentimos acerca de las concepciones del bien. Carecemos de una visión común acerca de aquello que constituye una vida que merezca ser vivida y disentimos respecto de lo que cada uno de nosotros debe hacer por cada uno de todos los demás. No estamos de acuerdo acerca de lo que tenemos que procurar para otros y qué es lo que tenemos que esforzarnos en evitarles. Para ponerlo en terminología rawlsiana, tenemos distintas concepciones de la justicia. En razón de este disenso, el derecho debe ser entendido como un sistema de reglas pues las reglas son especialmente importantes para coordinar conductas y así encarar proyectos comunes para lograr beneficios recíprocos.

Ahora bien, el pluralismo problematiza el consecuencialismo (y el iusnaturalismo también) como teoría de la adjudicación porque, si las consecuencias dominan el razonamiento jurídico, será mucho menos probable que seamos capaces de generar las reglas necesarias para desarrollar una práctica social que nos permita encarar proyectos comunes para generar beneficios recíprocos. Efectivamente, así como disentimos acerca de casi todo, disentimos también acerca de cuáles son las consecuencias que justifican que un juez se aparte de las reglas que regulan el caso y, si fuera posible que los jueces se apartaran de las reglas, este disenso haría aún más difícil la coordinación.

#### 4.

Para mí, el deontologismo jurídico es, entonces, como anticipé, una concepción atractiva. Farrell también lo entiende así pero el particular tipo de deontologismo que propone, según lo veo, tiene un inconveniente invalidante.

Farrell es partidario de un deontologismo intermitente. Si bien Farrell, como dije más arriba, cree que el “juez está obligado a respetar ciertas restricciones, aun a expensas de la utilidad del estado de cosas resultante”, su deontologismo es intermitente pues cree que las reglas jurídicas no tienen una aplicación incondicionada, no rigen siempre y en todas las circunstancias. En algunos casos los jueces no solo pueden, sino que, además, deben, abstenerse de aplicarlas.

Es verdad que en muchas circunstancias la solución deontológica es difícil de aceptar. Piense en la decisión de la Corte Constitucional



Alemana que declaró inconstitucional la sección 14 de Ley de Seguridad de la Aviación Civil. Esta ley fue sancionada por el Parlamento alemán en 2004 y concebida para evitar atentados como el de las Torres Gemelas de septiembre de 2001. Autorizaba a que el Ministerio de Defensa ordenara el derribo de un avión en vuelo con pasajeros si se suponía que el avión iba a ser usado contra la vida de otros y el derribo era el único medio de prevenir el peligro en cuestión. La sección 14 tenía una lógica bastante convincente. Al derribar el avión se protegía la vida de quienes estaban en peligro sin producir ningún daño adicional para nadie, pues los pasajeros del avión iban a morir de todos modos si el avión no era derribado. No obstante, la Corte Constitucional consideró que la sección 14 era inconstitucional. Encontró que violaba el derecho constitucional a la dignidad y el derecho constitucional a la vida consagrados en los arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental alemana. No sé cuál es la decisión correcta en términos del derecho constitucional alemán. Seguramente sea la que adoptó la Corte Constitucional. Pero sin duda es un caso en el que es difícil resistirse a pensar que quizá la posibilidad de salvar vidas inocentes puede justificar causar la muerte de vidas también inocentes, lo que de todos modos iba a ocurrir. Puede parecernos que el deontologismo prohíbe tal conclusión porque salvar vidas, en ese supuesto, requiere infringir la regla que prohíbe poner otras vidas de inocentes en peligro y la perplejidad de esta prohibición puede hacernos dudar sobre la plausibilidad misma del deontologismo.

Pero la intermitencia del deontologismo de Farrell no se origina en las dudas sustantivas que pueden emerger respecto de la plausibilidad de la solución deontológica en casos como el de la Ley de Seguridad de la Aviación Civil.

Para Farrell el criterio que determina la obligatoriedad para un juez de aplicar una norma es su ejecutabilidad. Así, por ejemplo, Farrell sostiene que los jueces que decidieron la acordada del 9 de septiembre de 1930 reconociendo que el gobierno poseía un título “que no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de la posesión de la fuerza”<sup>(4)</sup> tomaron una decisión jurídicamente correcta<sup>(5)</sup>. Ello es así pues la

---

(4) CSJN, Acordada sobre el reconocimiento del Gobierno de la Nación, *Fallos* 158:290.

(5) Véase Martín Farrell, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, año 2 (2015), ps. 27-29.

decisión judicial, dice Farrell, solo “tiene validez en la medida en que ella pueda ser ejecutada en el mundo real”<sup>(6)</sup>. Esta convicción de Farrell implica que la primera preocupación de un juez debe ser garantizar que las normas sean obedecidas lo que, aunque parezca contradictorio, determina que los jueces deban abstenerse de juzgar el caso de acuerdo con las normas jurídicas que lo regulan cuando, si las aplicasen, no lograrían otra cosa que socavar la probabilidad de que sus decisiones sean acatadas y ejecutadas por otros.

La posición de Farrell es la resultante de una combinación de principios. En primer lugar, el principio que denomina, en virtud de haber sido defendido por Paul Kahn<sup>(7)</sup>, el “Principio de Kahn”. El “Principio de Kahn” prescribe, en la interpretación de Farrell, que “la decisión judicial tiene validez en la medida en que ella pueda ser ejecutada en el mundo real; si puede predecirse con certeza que la decisión judicial no va a ser obedecida ella carece de validez”. De todos modos, el Principio de Kahn es para Farrell demasiado rústico. Por ello, lo combina con dos corolarios que lo limitan. El primer corolario ordena que “cuanto más lejos esté la decisión del Tribunal de ser inevitablemente influida por razones de fuerza, mayor es el deber del Tribunal de ajustar su decisión al ordenamiento jurídico en vigencia”<sup>(8)</sup>. El segundo corolario que Farrell propone, que también limita al Principio de Kahn, indica que “cuando el tribunal no puede adoptar la decisión estrictamente jurídica debe adoptar la decisión que más se aproxime a ella”<sup>(9)</sup>. Los dos corolarios que propone Farrell —combinados— reducen las ocasiones en que el apartamiento del derecho podría justificarse por la imposibilidad de su ejecución pues, de acuerdo con ellos, los jueces tienen el mandato de aplicar el derecho tanto como sea posible y la franquicia de apartarse de él, pero solo cuando ello sea inevitable y del modo más limitado posible. Estos dos corolarios son, además, teóricamente importantes pues le permiten a Farrell dar cuenta de la diferencia entre el derecho y el mero poder y distinguir su teoría de otras similares.

---

(6) *Ibid.*, p. 12.

(7) *Ibid.*, p. 11.

(8) *Ibid.*, p. 25.

(9) *Ibid.*, p. 30.

## 5.

La teoría del deontologismo judicial intermitente de Farrell, configurada por el Principio de Kahn y sus dos corolarios, es —en mi opinión— problemática. Es problemática no, como podría pensarse, por admitir demasiadas intermitencias. Aunque las oportunidades en que Farrell admitiría el cese de la obligatoriedad de las reglas son relativamente imprecisas, su argumento central no es que la imposibilidad de ser ejecutada de cada decisión judicial en particular habilita al juez a apartarse del derecho. Ello difícilmente podría aceptarse. Tendría consecuencias que fulminarían la autoridad del derecho y la teoría de Farrell sin duda aspira a maximizar dicha autoridad (Kelsen vio este problema con claridad cuando sostuvo que la eficacia de una norma no puede ser una condición de su validez, aunque es verdad de que Kelsen creía, correctamente a mi criterio, que no puede haber un sistema jurídico válido que no sea en general eficaz<sup>(10)</sup>). La idea de Farrell es que los jueces deben liberarse de la obligación de honrar el derecho solamente cuando ello sea necesario para salvarlo o defenderlo.

El caso de la Ley de Seguridad de la Aviación Civil Alemana es nuevamente útil. Más arriba sostuve que la decisión de la Corte Federal Constitucional Alemana era perturbadora porque si bien no es en modo alguno apropiado matar para evitar más muertes, tampoco parece del todo apropiado prohibir salvar vidas sin poner en peligro de muerte otras vidas que ya no lo hubieran estado con anterioridad. Ahora suponga usted que en una jurisdicción nacional determinada existiera una ley idéntica a la Ley de Seguridad de la Aviación Civil Alemana que prohibiera salvar vidas en dichas circunstancias y que sometiera a pena a quien lo hiciera. Suponga que usted es un juez de esa jurisdicción y tiene que decidir si imponer pena o liberar a quien ordenó derribar un avión que, secuestrado por terroristas, se dirigía a un estado de fútbol donde se jugaba la final de un campeonato continental.

Asumamos que usted está convencido de que no debe castigar a quien ordenó derribar el avión (obviamente, usted quizá considere que se debe castigar la violación de la Ley de Aviación Civil de la jurisdicción en cuestión o que, dado que el derecho ordena el castigo, debe

---

(10) Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982), pp. 25, 59-60, 101-102, 208-212, entre otras.

renunciar para no desobedecerlo. No analizaré estas opciones porque no me sirven para realizar las distinciones que aquí necesito). En primer lugar, su decisión de no castigar podría ser explicada recurriendo a la idea de que en un caso como este existe una causal de justificación —el estado de necesidad— que puede ser reconocida por haber sido dictada por una autoridad jurídica y que excepciona a toda la legislación penal y, por lo tanto, a la Ley de Seguridad de la Aviación Civil. En segundo lugar, usted podría pensar de un modo distinto y liberar al imputado, pero no en virtud de que en el derecho de la jurisdicción una autoridad jurídica validó de un modo jurídicamente aceptable una causal de justificación sino, más bien, en razón de que una adecuada sensibilidad al análisis y la evaluación de la fuerza relativa de todas las razones aplicables en las extraordinarias circunstancias del caso indican que el castigo sería un error político o moral. Supongamos también que estas son las únicas dos posibilidades.

Los dos modos de justificar la decisión de no castigar pregonan el mismo curso de acción, pero son realmente muy diferentes. Entre ellos hay una diferencia teórica y una diferencia práctica de fundamental importancia.

La diferencia teórica es que el primer modo de justificar la decisión recurre a una regla jurídica emanada de una autoridad jurídica. Llamémoslo, por ello, “el modo jurídico de justificación”. El estado de necesidad aprobado reconocido como parte del derecho por una autoridad jurídica está destinado a crear una excepción de carácter general a la obligación de imponer pena y, en tanto regla general, conlleva la pretensión de regular muchos casos futuros similares. En efecto, cuando usted invoca el estado de necesidad para abstenerse de castigar tal como ello está ordenado por una regla del sistema jurídico no abdica de la obligatoriedad del derecho, pues su razón para no castigar no es que el derecho no sea aplicable, sino que existe otra regla del sistema que excepciona la regla que impone el castigo.

El segundo modo de justificar la decisión es radicalmente diferente (recuerde que no está basado en una autorización legal). Cuando para decidir si castigar o no usted analiza no solo las reglas jurídicas sino todas las razones pertinentes dadas las extraordinarias circunstancias del caso y llega a la conclusión de que, no obstante que el castigo está jurídicamente ordenado sin condicionamientos, castigar sería un error político o moral, usted no sustenta su decisión en una regla jurídica

emanada de una autoridad jurídica. Por el contrario, lo primero que hará en ese caso será ignorar lo que el derecho le ordena (si aplicase el derecho su análisis debería terminar en la identificación de lo que exigen las reglas jurídicas emanadas o reconocidas por autoridades jurídicas y no podría analizar ninguna otra razón porque, como lo ha afirmado adecuadamente Raz, las reglas jurídicas salvo que conlleven autorizaciones explícitas, funcionan como reglas excluyentes, esto es, como reglas que nos impiden tener en consideración otras reglas diferentes a las reglas jurídicas<sup>(11)</sup>). Luego, y una vez ignorado el derecho, justificará su decisión en otras razones relevantes y concluirá que las reglas jurídicas no pueden controlar el caso. Usted podría decir, por ejemplo, que lo que controla el caso, para decirlo algo metafóricamente, es la necesidad que, como lo sostuvo Santo Tomás, “no reconoce al derecho”<sup>(12)</sup>. En tanto este segundo modo de justificación no recurre a una norma jurídica, llamémoslo “el modo no jurídico de justificación”.

La diferencia práctica, que es la que más me interesa destacar, por su parte, es la siguiente. Como sugerí más arriba, el modo jurídico de justificar la decisión de no castigar es una justificación en la que se invoca una regla jurídica emanada de alguna autoridad jurídica y destinada a operar dentro del contexto de las reglas jurídicas creando una excepción reglada a la aplicación de dichas reglas. Ahora bien, el resultado práctico de este modo de justificar su decisión de no castigar es que usted, en tanto toma una decisión jurídica, puede reclamar la protección que el derecho concede a quienes actúan dentro de sus límites. Después de todo, no fue usted el que decidió, sino que lo hizo la regla jurídica que usted simplemente aplicó al caso que debió adjudicar. (Obviamente, si usted incurrió en un error jurídico y el derecho de su comunidad no es como usted lo entiende —por ejemplo, si la justificación del estado de necesidad no es aplicable a un caso como este en su jurisdicción— deberá seguramente afrontar el reproche de ser un pésimo juez).

Si usted justifica su decisión usando una justificación no jurídica, por el contrario, lo que haga no será la consecuencia de una excepción

---

(11) Uno de los últimos textos del autor sobre el tema es “On Exclusionary Reasons”, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3933033> (visitada por última vez el 11 de mayo de 2022).

(12) Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, First Part of the Second Part, question 96, art. 6.

jurídica reglada sino de la previa decisión de no aplicar el derecho combinada con la comprobación de que existen razones para actuar del modo en que lo hizo. En virtud de que su decisión necesariamente presupone su previa negativa a aplicar el derecho, cuando usted recurre al modo de justificación no jurídico se encontrará inhabilitado para reclamar la protección que el derecho concede a quienes actúan dentro de sus límites. Usted, por haber actuado al margen del derecho, carecerá de la posibilidad de contar en defensa de su decisión de la fuerza, mayor o menor, que todo lo jurídicamente válido tiene en toda sociedad. En otras palabras, jurídicamente hablando, y a diferencia de lo que sucede entre quienes justifican su actuación jurídicamente, usted no podrá invocar regla jurídica alguna y será el responsable de mostrar por qué estuvo bien apartarse de la regla jurídica que ordena castigar.

## 6.

Volvamos ahora a Farrell. El Principio de Kahn y sus dos corolarios pretenden excepcionar de un modo reglado, pero no jurídico, la validez de otras reglas del sistema. No es el caso que Farrell sostenga (si lo hiciera se trataría de un error) que el principio y sus corolarios son reglas que necesariamente forman parte de todo sistema jurídico. No pueden ser reconocidos como reglas jurídicas en tanto no han sido dictados por una autoridad jurídica, tal como surge de la propia enunciación del principio y sus corolarios. Se trata, entonces, de estándares que en sentido estricto no son normas jurídicas sino meta-normas no jurídicas que nos indican más bien que, cuando no se pueda adoptar la decisión estrictamente jurídica porque ella no será ejecutable, debe adoptarse la que más se le aproxima.

El problema central que yo veo en la teoría que Farrell nos ofrece, y la razón por la que creo que debemos rechazarla, no es necesariamente que habilite a los jueces en ciertas circunstancias a abstenerse de adoptar la decisión jurídicamente obligatoria. Después de todo, el Principio de Kahn y los corolarios son mandatos invalidantes que buscan el loable objetivo de evitar que la autoridad del poder judicial sea socavada y que operarán únicamente cuando la decisión jurídica no podría ser ejecutada por los jueces. Su ámbito de aplicación seguramente será bastante restringido y la excepción que crea será bastante inusual. El problema, más bien, es que el Principio de Kahn y los corolarios son

presentados como principios en algún sentido legales<sup>(13)</sup>, como modos de justificación jurídica, cuando, en realidad, justifican la decisión de no aplicar el derecho en los términos del segundo modo de justificación, modalidad que no constituye una justificación de ese tipo.

La extrapolación en que incurre el deontologismo intermitente de Farrell lo hace inaceptable. No se trata simplemente de una discusión verbal acerca de cómo denominar la justificación a la que se recurre para apartarse de lo que ordena una regla jurídica en determinadas circunstancias. El problema que yo veo es que el modo en que Farrell justifica el apartamiento de las reglas genera incentivos para presentar como casos en los que se justifican excepciones a la aplicación del derecho algunos en donde ninguna excepción debería justificarse. La intermitencia que pregona Farrell no hace otra cosa que socavar al deontologismo que defiende. En virtud de que en esos casos no hay ninguna excepción justificada jurídicamente, el deontologismo intermitente habilita excepciones a la aplicación de las reglas que no son sino violaciones al derecho vigente, lo que socava la estabilidad de las reglas jurídicas y con ello la posibilidad del derecho de realizar su objetivo y función en un mundo plural como el que habitamos. Más aun, la teoría de Farrell permite ocultar la verdadera naturaleza de lo que hacen los jueces cuando se abstienen de aplicar el derecho. En esos casos la justificación no puede ser jurídica y, por lo tanto, los jueces no podrán justificar su proceder invocando el derecho, como parece autorizar el deontologismo intermitente, por lo que, en todo caso, deberán hacer explícitas las razones que los llevan a pensar que, aun cuando han jurado aplicar las leyes en el caso en concreto, han decidido apartarse de lo que ellas exigen.

## 7.

En su *Lecciones de Ética*<sup>(14)</sup>, Kant sostuvo que si nosotros hacemos más o hacemos menos de lo que nos es requerido podemos ser hechos responsables por las consecuencias, pero no podemos ser hechos

---

(13) Farrell sostiene que su posición arriba a una conclusión legal y que los principios de su teoría establecen deberes jurídicos. Ver Martín Farrell, "Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema", p. 34.

(14) Ver Emanuel Kant, *Lecture on Ethics*, p. 59, citado por Christine Koorsgard, "Taking the Law into Our Own Hands: Kant on the Right to Revolution", en *The Cons-*

responsables por dichas consecuencias si solo hacemos lo que es requerido de nosotros, ni más ni menos. Mi crítica al deontologismo intermitente de Farrell no se basa en que permita en ciertas circunstancias excepcionar la obligación de aplicar alguna regla jurídica. Ello, como cree Farrell, quizá esté justificado en ocasiones como, por ejemplo, y como también cree Farrell, cuando es la única manera en que se puede conservar la autoridad del derecho. Mi crítica es diferente, se inspira en Kant y parte de la convicción de que cuando un juez decide no aplicar el derecho, aunque lo haga por las razones más loables que se puedan imaginar, se le debe asignar la responsabilidad (el reproche o el mérito) por la decisión que toma. El problema es entonces que la teoría de la adjudicación que Farrell defiende considera que la resistencia a aplicar el derecho, aunque no haya una norma jurídica que lo habilite, es "legal". Por ello, a pesar de ser defendida por un filósofo y jurista brillante, la debemos rechazar.

---

*titution of Agency: Essays on Practical Reason and Moral Psychology*, Oxford University Press, January 2009.



# REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN LA OBRA DE MARTÍN FARRELL

*José Sebastián Elías*<sup>(1)</sup>

Martín Farrell es, sin dudas, uno de los juristas más destacados del último medio siglo en nuestro país. Dotado de una aguda inteligencia y de un vasto conocimiento, en el que se conjugan su labor judicial y académica, ha dedicado varios trabajos a reflexionar sobre el modo en que los jueces desempeñan (¿deben desempeñar?) su función. En estas breves páginas analizaré algunos aspectos de lo que, según entiendo, es la teoría de Farrell sobre la decisión judicial. Me tomaré la libertad de reconstruir sus ideas considerando conjuntamente los argumentos que ha expuesto en tres textos que —debo advertir de antemano— persiguen finalidades parcialmente distintas<sup>(2)</sup>. Creo no incurrir

---

(1) Agradezco especialmente la paciente lectura a Rodrigo Sánchez Brígido y Marina Prada, cuyos comentarios y observaciones contribuyeron a mejorar el análisis que presento. Los errores que, inevitablemente, subsisten en el texto son responsabilidad mía.

(2) Véase, por ejemplo, Martín Farrell, “La Corte Suprema y los planes económicos”, en *Filosofía del Derecho y Economía* (Buenos Aires: La Ley, 2006), pp. 1-18; Martín Farrell, “Disidencia del juez Martín D. Farrell”, en J. S. Elías, J. C. Rivera (h.) y D. Azrak (coords.), *¿Cómo podría haber sido decidido el caso “Peralta”? Repensando la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2013), pp. 170-177; Martín Farrell, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, en *Enseñando ética* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2015), pp. 209-235. Estos tres textos serán la base de mi análisis. En el primero de ellos, Farrell esboza una ética de la función judicial y la aplica al modo en que la Corte Suprema debe encarar la revisión de la constitucionalidad de planes económicos de emergencia. En el segundo texto, Farrell aplica aquellas ideas para enfrentar un ejercicio académico consistente en decidir el conocido caso “Peralta” (*Fallos*, 313:1513), como si hubiera sido juez del Tribunal en ese momento. Por último, en el tercer trabajo se fija la misión de presentar una teoría descriptiva de la decisión judicial en el marco de la discusión entre Carl Schmitt y Hans Kelsen durante la República de Weimar. Los tres trabajos se encuentran dentro de un mismo marco conceptual y lo desarrollan, lo que les brinda unidad suficiente para su abordaje conjunto. Para la visión de Farrell sobre otros aspectos de la decisión judicial, vinculados al funcionamiento de los tribunales colegiados en ge-

en injusticia alguna al adoptar este enfoque puesto que, a mi modo de ver, los tres textos son complementarios y contienen las piezas básicas de una teoría relativamente completa, descriptivamente ajustada y a la que no puede negársele un fuerte atractivo inicial.

De modo muy sintético, la idea de Farrell es que los tribunales funcionan de una manera básicamente dicotómica: en situaciones de normalidad se rigen por una ética deontológica y sus decisiones se basan en hacer respetar los derechos que el ordenamiento jurídico contempla;<sup>(3)</sup> en otro tipo de situaciones, en cambio, las decisiones reflejan una ética consecuencialista y las consideraciones relativas a la utilidad general resultan dominantes. Se trata de los casos en que el respeto de un derecho provocaría consecuencias trágicas y, marginalmente en su desarrollo argumental, de aquellos supuestos en los que existe una colisión de derechos de igual jerarquía<sup>(4)</sup>. Para Farrell, entonces, los jueces comúnmente actúan de un modo deontológico y está bien que así sea<sup>(5)</sup>. También es correcto que, en ciertas situaciones, principalmente

---

neral, puede consultarse Martín Farrell, “La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos”, *La Ley*, 2003-F, 1161.

(3) Centraré mi análisis en los derechos constitucionales, ya que en ellos pone su atención el autor y lo hace por buenas razones: son los derechos que están fuera del ámbito de disposición del legislador a través de la política ordinaria, más allá de las facultades de reglamentación.

(4) Farrell, “La Corte Suprema y los planes económicos”, p. 17. Vale destacar que los casos que ocupan la atención de Farrell, los casos “de excepción”, son aquellos que la jurisprudencia de la Corte Suprema encuadra dentro de la doctrina de la emergencia, en sus diversas variantes (véase, por ejemplo, *Fallos*, 136:161; 137:47; 144:219; 150:150; 172:21; 200:450; 211:162; 243:467; 254:116; 269:416; 307:326; 312:1706; 313:1500, 1513, 1638; 316:1066; 320:2786; 325:28; 326:417; 328:690; 329:5913; 343:726; 344:809, 1137, 1451; entre muchos otros). Anticipo, además, que la idea de que el consecuencialismo puede jugar un rol determinante en los casos de colisiones entre derechos de igual rango o jerarquía genera ciertas tensiones con el argumento básico de Farrell según el cual la ética judicial es (y debe ser) normalmente deontológica.

(5) Farrell, “La Corte Suprema y los planes económicos”, pp. 8-9 (“Para dejar de lado un derecho no basta con mostrar que este desplazamiento del derecho produce un estado de cosas tal que contenga más felicidad. El juez debe hacer respetar los derechos, no preocuparse por consideraciones de utilidad...el sistema jurídico no está diseñado —precisamente— para que el juez obre como un consecuencialista, sino para que el juez se considere un agente moral que está obligado a respetar ciertas restricciones, aun a expensas de la utilidad del estado de cosas resultante. El sistema jurídico —en otras palabras— exige que el juez obre como un deontologista”); *ibid.* p. 17 (“Si la ley se considera como una regla, hay buenas razones consecuencialistas para que el juez la obedezca, puesto que es probable que de la obediencia estricta del juez a la ley se sigan, precisamente, las mejores consecuencias”); Farrell, “Disidencia

aquellas que involucran circunstancias de emergencia o excepción, lo hagan de una manera consecuencialista<sup>(6)</sup>.

Farrell está preocupado por defender la existencia de un espacio relativamente acotado, aunque no por ello menos significativo, para el consecuencialismo en las decisiones judiciales:<sup>(7)</sup> piensa, con razones plausibles, que el cálculo consecuencialista no puede estar ausente en ninguna teoría de la decisión judicial<sup>(8)</sup>. Esta reconstrucción parcial, esquemática, del esqueleto de la teoría de Farrell no parece ser objetable desde el plano descriptivo. Es casi un lugar común que el derecho de emergencia valida restricciones a los derechos que no serían aceptables en épocas de normalidad<sup>(9)</sup> y que las consecuencias juegan un rol

---

del juez Martín D. Farrell”, p. 173 (“Los jueces se encuentran obligados a hacer respetar los derechos...”). Esta descripción de la ética judicial parece ajustarse bien a la práctica de otros países, como los Estados Unidos (Cass R. Sunstein, “If People Would Be Outraged By Their Rulings, Should Judges Care?”, *Stanford Law Review* vol. 60, nº 1 [2007]: pp. 213-240, quien observa que “la adjudicación kantiana parece ser la teoría informal funcional de jueces y abogados”).

(6) Farrell, “Disidencia del juez Martín D. Farrell”, pp. 173-174 (“La obligación del juez de hacer respetar los derechos —incluso los derechos constitucionales— no es una obligación absoluta. Ninguna Constitución está diseñada para exigir su cumplimiento irrestricto en aquellos casos en los que el hacerlo conduciría a una catástrofe social [...] la regla *fiat iustitia et pereat mundus* está explícitamente excluida de todo texto constitucional, pues lo contrario implicaría suponer que el constituyente estaba poseído de un fanatismo tal que prefería proteger el texto constitucional a proteger la sociedad a la cual dicho texto estaba destinado a regular [...] si el respeto del derecho en cuestión conduce a una catástrofe social, el juez está obligado a proteger a la sociedad, no al derecho en juego. Las sociedades no se suicidan para hacer respetar sus derechos”).

(7) La teoría de Farrell no es meramente descriptiva o, en todo caso, su teoría ideal no sería demasiado distinta de sus descripciones, como él mismo admite (Farrell, “La Corte Suprema y los planes económicos”, p. 17; y su aplicación de la teoría en “Disidencia del juez Martín D. Farrell”). En cualquier caso, la defensa del consecuencialismo, como elemento que no puede faltar en ninguna teoría de la decisión judicial, muestra las aspiraciones normativas del autor sobre este punto.

(8) Farrell, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, p. 209; Farrell, “La Corte Suprema y los planes económicos”, pp. 10-14; Farrell, “Disidencia del juez Martín D. Farrell”, p. 174.

(9) Véase, por ejemplo, “Nadur v. Borelli”, *Fallos*, 243:449; “Cena”, *Fallos*, 322:2817; entre otros. He argumentado en otro lugar que el escrutinio explícitamente diferenciado de normas reglamentarias de derechos constitucionales fundado en la existencia de una situación anormal y de las consecuencias que se siguen de ella puede rastrearse al nacimiento mismo de la doctrina de la emergencia económica en el famoso fallo “Ercolano” (*Fallos*, 136:161). José Sebastián Elías, “Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación di-

preponderante en tales circunstancias<sup>(10)</sup>, generando así el esquema de dos carriles (deontológico-consecuencialista) que describe el autor<sup>(11)</sup>. Por lo demás, el pasaje del deontologismo al consecuencialismo en si-

---

fícil”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año II, n° 1 (2013), pp. 120-123.

(10) A modo de simple ejemplo y, entre otros, véase “Peralta”, *Fallos*, 313:1513; “Bustos”, *Fallos*, 327:4495. En “Peralta” se afirmó: “Es obvio que afectan a la sociedad argentina características que bien se han calificado como patológicas, como es el deterioro, continuado por décadas, de la economía argentina —hecho de público y notorio— unido a un desconocimiento empecinado por la sociedad en admitirlo, pretendiendo conservar sistemas otrora factibles, aun al extremo de romper con los lazos mínimos de solidaridad para mantener la indispensable cohesión de la comunidad. Es evidente que nadie puede pagar con recursos de los que no dispone; es también evidente que del deterioro antes señalado no cabe detraerse, aduciendo derechos individuales, nobles principios en sí mismos, pero no menos nobles que los que interesan a la subsistencia de las instituciones sociales que son precisamente las únicas que puedan asegurar eficazmente la vigencia de aquellos. Es una actitud de enfermiza contradicción social la que pretende que dichas instituciones sociales cumplan con la prestación de beneficios con los que no puedan cumplir, o previstos en épocas distintas, al costo de verse confrontadas con la imposibilidad de su subsistencia” (considerando 59) y que “la constitución de la unión nacional implica también la de asegurar su continuidad y supervivencia. Este es un principio que proporcionará una guía segura y perdurable. Cuando los sucesos que conmuevan a la vida de la sociedad amenacen llevarla a la anomia y la inviabilidad de la vida política organizada, como puede ser hoy el resultado del descalabro económico generalizado, del mismo modo que ayer lo fue la discordia entre las provincias, allí deben actuar los Poderes del Estado para evitar que se malogren aquellos esfuerzos, dilatados y penosos, retrotrayendo al país a estadios superados de fragmentación, desorden, falta de un imperio extendido del derecho. La tarea permanente de ‘constituir la unión nacional’ tiene por problema central hoy asegurar la supervivencia de la sociedad argentina. La sanción del decreto en cuestión debe verse como un capítulo actual de esa tarea, diferente a la propuesta en el pasado, como diferentes son sus protagonistas. Pero en todas las épocas, la finalidad de esa tarea es en sustancia igual. Son las exigencias de la vida política de un país, la razón de ser de las constituciones. La vida real del país, su situación económica, política y social son la fuente eficaz del texto; la existencia o no de antinomias entre el texto y la vida real, daría lugar a que el país —en definitiva— desenvuelva su existencia dentro o fuera de la Constitución. Las constituciones son fuentes de derecho. Las realidades políticas son hechos. Cuando las primeras no interpretan a las segundas, estas fracasan, cuando las reflejan, triunfan. Las más bellas creaciones, las más justas aspiraciones, las más perfectas instituciones no suplen la naturaleza de las cosas” (considerando 35).

(11) Por supuesto, no existe una vinculación necesaria entre validar restricciones severas a los derechos y el consecuencialismo ni, a la inversa, entre invalidar tales restricciones y el deontologismo. Es posible pensar en razones consecuencialistas para respetar los derechos, incluso en situaciones de emergencia y también, aunque resulte menos intuitivo, pueden existir razones deontológicas para convalidar restricciones a los derechos.

tuaciones extremas es algo que, como bien destaca Farrell, casi todos los deontologistas admiten<sup>(12)</sup>. Finalmente, la Corte Suprema ha desarrollado un canon interpretativo que otorga a las consecuencias un lugar importante en las decisiones judiciales y esa línea jurisprudencial se ajusta bien a las ideas de Farrell: abre la puerta a decisiones en las que las consecuencias cobran un peso especial en la determinación del resultado final, de la decisión misma, y no simplemente en la interpretación del material legal relevante para decidir<sup>(13)</sup> y, sin dudas, puede justificar la decisión de dar preponderancia a un derecho frente a otro de igual jerarquía en caso de conflictos.

Sobre esto último quisiera destacar algo: la Corte maneja el canon de interpretación consecuencialista bajo, al menos, dos formulaciones distintas. En ocasiones, utiliza expresiones como la siguiente: “entre los *criterios de interpretación posibles*, no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de la adopción de cada uno, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma”<sup>(14)</sup>. Esta primera forma de integrar la consideración de las consecuencias en la interpretación (legal o constitucional) puede dar lugar a decisiones en línea con la propuesta secundaria de Farrell<sup>(15)</sup>: en las colisiones entre derechos de igual jerarquía, debe preponderar aquel cuyo

---

(12) Para un panorama general respecto del “deontologismo de umbral”, véase Larry Alexander, “Deontology at the Threshold”, *San Diego Law Review*, vol. 37, n° 4 (2000), pp. 893-912.

(13) Para un análisis que distingue la tarea interpretativa de otra consistente en implementar las normas resultado de la interpretación, véanse Richard H. Fallon, Jr., “Foreword: Implementing the Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 111, n° 1 (1997), pp. 51-439; Mitchell N. Berman, “Constitutional Decision Rules”, *Virginia Law Review*, vol. 90, n° 1 (2004), pp. 1-168; Larry Solum, “The Interpretation-Construction Distinction”, *Constitutional Commentary*, vol. 27, n° 1 (2010), pp. 95-118. Para otra perspectiva del asunto, que considera que la visión estándar distingue entre determinar los contornos y contenidos de un derecho y, en su caso, disponer un remedio concreto ante su violación, véase Daryl J. Levinson, “Rights Essentialism and Remedial Equilibration”, *Columbia Law Review*, vol. 99, n° 4 (1999), pp. 857-940.

(14) *Fallos*, 328:53 (el destacado es propio). En el mismo sentido y, entre muchos otros, *Fallos*, 331:1262; 327:769; 324:1481; 311:1925. La misma idea aparece bajo formulaciones ligeramente distintas: “uno de los índices más seguros para verificar la *razonabilidad de la inteligencia de una norma* y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias” (*Fallos*, 338:1504) (destacado añadido).

(15) Su atención está focalizada en el segundo supuesto, el de los casos de emergencia y, por ende, la mía también lo estará.

respeto conduce a las mejores consecuencias. Cabe mencionar, antes de continuar avanzando con el tema central (la emergencia), que esta propuesta de Farrell introduce una tensión en su teoría: los conflictos entre derechos de igual rango o jerarquía son relativamente frecuentes en la práctica judicial<sup>(16)</sup> y, por ello, si fuera cierto que tales colisiones deben resolverse atendiendo a las consecuencias de dar primacía a uno u otro derecho, entonces —contrariamente a lo que afirma Farrell con insistencia— la ética judicial no sería normalmente deontológica y excepcionalmente consecuencialista, sino probablemente el resultado de una mezcla de proporciones bastante más parejas. En suma, de admitirse la propuesta secundaria de Farrell, el consecuencialismo tendría un lugar bastante más prominente y usual que aquel que el autor le asigna en su descripción de la práctica judicial. Dicho esto, paso a analizar un modo alternativo en que la Corte presenta el canon consecuencialista como pauta de interpretación.

En ocasiones, la Corte recurre a una formulación que, lingüísticamente, es muy similar a la anterior pero que, mirada con atención, lleva a conclusiones bastante diferentes: “[...] los jueces, en cuanto servidores de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución del conflicto, pues de lo contrario aplicar la ley se convertiría en una tarea incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, tarea en la que tampoco cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de los fallos, pues ello constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su *decisión*”<sup>(17)</sup>. En esta segunda formulación las consecuencias sirven para medir la razonabilidad del resultado mismo. Aunque asumimos que el resultado deriva, al menos en una medida considerable, de la interpretación de las normas

---

(16) Ciertamente son bastante frecuentes en los casos que deciden tribunales de última instancia, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y no parece que sean demasiado infrecuentes en la casuística de los tribunales inferiores. Por supuesto, uno podría tener una postura “no conflictivista” frente a este tipo de supuestos (véase, por ejemplo, Pedro Serna y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de los derechos* (Buenos Aires: La Ley, 2000); Juan Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales* (Pamplona: EUNSA, 2000), pero esta no es la visión de Farrell, ni —en general— la que exhibe la Corte Suprema argentina en sus sentencias.

(17) *Fallos*, 344:3156. El destacado es propio. En el mismo sentido y, entre muchos otros, *Fallos*, 344:2901; 314:1764; 313:664.

legales<sup>(18)</sup> y, en ese sentido, podría pensarse que ambas fórmulas son idénticas, pienso que hay un matiz importante que no debe perderse de vista: si lo que importa es la razonabilidad de la decisión misma, y no solamente la del criterio interpretativo adoptado, puede pensarse que se abre la puerta a decisiones bastante más alejadas del derecho positivo<sup>(19)</sup>. Puesto en otros términos, se amplía la brecha entre interpretar la Constitución e implementarla o aplicarla. Y en esa brecha se filtran razones normalmente excluidas del razonamiento jurídico, aun-

---

(18) En cualquier visión no escéptica del derecho existe una relación más o menos íntima entre la interpretación y el resultado al que se arriba. Cuán estrecha ha de ser esa relación no es algo que resulte relevante en el marco del argumento que desarrollo en el texto principal.

(19) Adviértase que no estoy afirmando que el canon interpretativo necesariamente conduzca a admitir soluciones contrarias al derecho, entendido en un sentido que exceda las normas positivas. Lo relevante no es que tal o cual interpretación de cierta norma aplicable sea razonable y coherente con el sistema en el que está engarzada aquella, sino que la decisión misma sea, considerada desde la perspectiva de las consecuencias, razonable. Mi interpretación podría ser cuestionada desde, al menos, dos perspectivas. Una, basada en la práctica misma de la Corte, que rara vez ha sostenido que puedan tomarse decisiones extralegales (una excepción posible es “Química Merck”, *Fallos*, 211:162, donde se afirmó que los poderes de guerra son “anteriores y aún superiores a la propia Constitución”) sobre la base de las consecuencias que se siguen de un resultado. Así, en “Saguir y Dib” (*Fallos*, 302:1284) convalidó una decisión claramente contraria a la ley, pero consideró que era conforme a los principios del ordenamiento jurídico en general, incluida la Constitución (que, podría pensarse, contendría una interdicción de dictar sentencias que provoquen resultados notablemente disvaliosos). En *Fallos*, 313:532 recordó la pauta sentada en “Saguir y Dib” y señaló que los jueces deben ponderar las consecuencias de sus decisiones y, *siempre que la ley lo consienta*, prescindir de aquellas que verosímilmente sean notoriamente disvaliosas. La segunda línea de cuestionamiento podría hacer pie simplemente en que la referencia a que la decisión, una vez ponderadas las consecuencias, sea “razonable” supone el mínimo de juridicidad requerido para considerar que no se trata de una decisión contraria a derecho. Es lógico que así sea, pues se trata de un canon interpretativo del derecho y sería extraño, en principio, que condujese a justificar decisiones que se consideran ilegales. Sin embargo, ninguna de las objeciones desvirtúa mi afirmación: que esta segunda forma de interpretar el canon consecuencialista permite que las decisiones judiciales tomen algo más de distancia respecto de las normas positivas y hagan pie en otro tipo de consideraciones (por ejemplo, el disvalor del resultado, de acuerdo con alguna teoría valorativa). Sería, de algún modo, abrir el razonamiento judicial a consideraciones que normalmente se encuentran excluidas de él. Esto sin perjuicio de que el propio Farrell, entre otros autores, propugnen precisamente eso: un modelo de “medidas extralegales”, en el que la respuesta apropiada ante situaciones de crisis es, justamente, ir más allá del derecho. Para un desarrollo de esta idea, véase Oren Gross, “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?”, *Yale Law Journal*, vol. 112, nº 5 (2003), pp. 1011-1134.

que puedan ser parte de un juicio de razonabilidad en sentido lato. En esta variante, el canon consecuencialista que aplica la Corte da pie a la idea principal de Farrell: en circunstancias de excepción, los tribunales abandonan la ética deontológica y adoptan una posición centralmente consecuencialista<sup>(20)</sup>. Sobre este último punto, creo que —al menos en lo que se refiere al derecho argentino— no habrá demasiados objetos a la posición de Farrell.

La teoría, en la reconstrucción que propongo, se completa con la mirada del autor sobre la polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en torno a qué órgano debe ser el defensor de la constitución. Según Farrell, el normativismo kelseniano resuelve las situaciones normales, las que constituyen la regla, mientras que el decisionismo schmittiano resuelve las situaciones anormales, aquellas que constituyen la excepción<sup>(21)</sup>. De ese rico debate, Farrell extrae un principio y dos corolarios que apuntan a ofrecer ayuda para guiar las decisiones que se toman en el marco de situaciones excepcionales. El primero de ellos, que el autor llama el “Principio de Kahn”, afirma que “[l]a decisión judicial es sólo tan fuerte como la promesa de defender la decisión si surge algún conflicto acerca de ella”<sup>(22)</sup>. Pero el principio —de clara raíz schmittiana— no es puramente descriptivo; no aspira a informarnos acerca de cómo funcionan en realidad los tribunales. Por el contrario, el principio condiciona la validez de las sentencias judiciales a que no exista certeza acerca de que ellas serán desobedecidas o ignoradas. La posibilidad de hacer cumplir una sentencia es condición de su validez<sup>(23)</sup>. Los corola-

---

(20) Por cierto, esta segunda formulación del canon consecuencialista no excluye, por sí misma, su aplicación a decisiones que no son de emergencia. Me interesa analizar, sin embargo, las posibilidades que presenta para las ideas de Farrell en torno al comportamiento de los jueces ante normas de emergencia.

(21) Farrell, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, p. 3. Por supuesto, no hay una correspondencia necesaria entre el decisionismo y el consecuencialismo, ni entre el normativismo y el deontologismo. Pero es cierto que en tanto el decisionismo supone trascender las normas positivas existentes, se lleva bien con las ideas consecuencialistas, que también permiten dejar de lado, cuando ello es necesario, las restricciones derivadas de las normas. Es lo que ocurre habitualmente con las situaciones de emergencia que interesan a Farrell.

(22) *Ibid.*, pp. 11-12. La denominación obedece a que Farrell toma el principio de la obra de Paul Kahn, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty* (New York: Columbia University Press, 2011).

(23) Farrell, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, p. 9. La cuestión es más compleja de lo que Farrell parece asumir. Si esto fuera así, una buena parte de



rios tienen —según el propio Farrell— una inspiración distinta, normativista, y dicen lo siguiente: “cuanto más lejos esté la decisión del Tribunal de ser inevitablemente influida por razones de fuerza, mayor es el deber del Tribunal de ajustar su decisión al ordenamiento jurídico en vigencia” (“Primer Corolario”)<sup>(24)</sup> y “cuando el Tribunal no puede adoptar una decisión estrictamente jurídica, debe adoptar la decisión que más se aproxime a ella” (“Segundo Corolario”)<sup>(25)</sup>.

El “Principio de Kahn”, que no es otra cosa que una especificación del consecuencialismo general ya propugnado en los primeros textos de Farrell sobre el tema<sup>(26)</sup>, abre la decisión a consideraciones

---

las decisiones de tribunales internacionales serían jurídicamente inválidas, como por ejemplo la reciente decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre medidas provisionales respecto de la invasión de Rusia a Ucrania (ICJ, “Allegations Of Genocide Under The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide [Ukraine V. Russian Federation]”, 16 de marzo de 2022) cuya ejecutabilidad actual es nula, sin que existan dudas razonables al respecto. Ello, no obstante, decisiones de esta naturaleza pueden tener algún tipo de efectos en el mundo real en un momento distinto y bajo condiciones diferentes. Farrell todavía podría alegar que en esas circunstancias diferentes la decisión, antes inválida, adquiriría validez, pero un argumento de ese tipo no aparece siquiera insinuado en los textos analizados.

(24) Farrell, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, pp. 20-21.

(25) *Ibid.*, p. 25. Curiosamente, el “Segundo Corolario” guarda cierta analogía con la idea de Robert Alexy según la cual los derechos son “mandatos de optimización”, que deben ser realizados en la mayor medida posible dentro de las condiciones fácticas y jurídicas (Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), p. 86). Esta propuesta de Farrell parece colocar, en situaciones de emergencia, al derecho en general como un “mandato de optimización”, una suerte de normatividad residual o subsidiaria que debe ser realizada en el mayor grado posible, dentro de las restricciones impuestas por el “poder normativo de lo fáctico”.

(26) En sus primeras intervenciones en el tema, Farrell se contenta con que los jueces hagan un “buen cálculo consecuencialista”, o sea “el que conducirá a un estado de cosas que contenga la máxima utilidad posible”, aclarando que “prevalecen directamente las consideraciones de utilidad” (“La Corte Suprema y los planes económicos”, p. 17). En sus reflexiones basadas en la teoría jurídica alemana durante la República de Weimar, el tipo de consideraciones consecuencialistas que domina es otro: la posibilidad o no de hacer cumplir una sentencia frente a la resistencia de un pretense “soberano” (en la terminología de Schmitt). De la utilidad general (que supone una visión moral crítica de fondo) se pasa a los hechos duros, a una sociología jurídica basada en la distribución real de poder (que no supone valoración moral alguna, más que eventualmente aquella vinculada con el valor del orden impuesto de cualquier modo por quien cuenta con los medios para hacerlo).

extrajurídicas y aún antijurídicas<sup>(27)</sup>. El “Primer Corolario” determina la astringencia del deber de los jueces de sostener el ordenamiento jurídico, aun frente a situaciones de excepción. El “Segundo Corolario” manda a minimizar el apartamiento del derecho, dentro de lo posible en las circunstancias que rodean una decisión determinada.

Llegados a este punto, en el que uno se encuentra con una teoría que, aunque incompleta como el propio autor señala, cuenta con una fisonomía propia, pueden formularse algunas consideraciones.

La primera, ya insinuada en las páginas anteriores y que puede parecer trivial, es que más allá de las advertencias del autor en sentido contrario, la teoría tiene una fuerte aspiración normativa. ¿Qué otra cosa podría significar las afirmaciones en el sentido de que las ideas de Schmitt “resuelven de manera *correcta*” las situaciones de excepción y de que la teoría ideal del propio Farrell no sería “tan diferente” de su descripción de la práctica jurídica en el caso argentino? Si la teoría descriptiva ofrecida en dos de los textos<sup>(28)</sup> tiene una suerte de contracara normativa no tan alejada de aquella, vale preguntarse qué tipo de teoría podría ser esta última y qué recomendaría a los jueces que hicieran —particularmente, en circunstancias de excepción—.

¿Es la teoría de Farrell una posición que fija para los jueces una regla de deferencia hacia los poderes políticos, a quienes les correspondería por razones de legitimidad, epistémicas o de otro tipo, determinar el alcance de los derechos en la excepción?<sup>(29)</sup> ¿O se trata de una teoría que posiciona a los tribunales como decisores consecuencialistas, con independencia de lo que hagan otros poderes? En su análisis de la juris-

---

(27) Como señalé antes, Farrell mismo es partidario de un modelo de “medidas extralegales” (“La Corte Suprema y los planes económicos”, p. 13; “Disidencia del juez Martín D. Farrell”, pp. 174-175).

(28) En rigor, son dos teorías que me he atrevido a tratar de manera conjunta, aunque haciendo algunas distinciones, cuando corresponde.

(29) Como se dijo expresamente en “Peralta”: “Que esto no significa que, en relación a los que aducen haber sido afectados por el decreto en cuestión, no se deberá tener en cuenta sus derechos personales, pero que debe aceptarse que su determinación se haya efectuado por los poderes públicos atendiendo al rol que cumplían en el mecanismo existente en la economía argentina, y que aparecía de público y notorio como negativo y perjudicial para la sociedad toda, en la que se incluyen los propios actores” (considerando 54). De la lectura del fallo completo surge que razones de legitimidad política subyacen al decisorio, aunque razones epistémicas no resultan tampoco ajenas a los fundamentos últimos de la sentencia.

prudencia argentina, Farrell parece adoptar la segunda posición, lo que le permite elogiar el fallo “Peralta” y sembrar dudas sobre el acierto de “Bustos”<sup>(30)</sup>. En efecto, si se tratase de una cuestión de deferencia, “Bustos” debería ser tan merecedor de elogio como “Peralta”. Las diferencias que justifican, para el autor, un juicio evaluativo distinto respecto de cada uno de esos fallos, se asientan en el dispar grado de acierto del cálculo consecuencialista efectuado por los jueces que los firmaron (lo que —cabe presumir— incluye, entre otros factores, la falta de seguimiento de “Bustos” por los tribunales inferiores, la imposibilidad de su repetición por la propia Corte, el tremendo desquicio social y las protestas que este generó, etc.). Es interesante, aunque no inconsecuente, que la imposibilidad de hacer cumplir el fallo (elemento vinculado al “Principio de Kahn”, que Farrell trata en su elaboración teórica en el marco de la República de Weimar) por falta de acatamiento judicial y social resulte en una crítica a “Bustos” desde la óptica del consecuencialismo utilitarista. Sin más explicaciones acerca de por qué “Bustos” no sería un buen ejemplo de “cálculo consecuencialista”<sup>(31)</sup>, en las que se diera cuenta de otros posibles factores maximizadores de la utilidad general que pudieran haber derivado de ese fallo<sup>(32)</sup>, no queda más que pensar que la teoría ideal de Farrell, no tan distinta de la práctica argentina en materia de emergencia económica, daría cuando menos

---

(30) Farrell piensa que “Peralta” es un fallo correcto, naturalmente, dado que votó como la mayoría de los jueces del fallo real en el ejercicio académico ya mencionado (“Disidencia del juez Martín D. Farrell”, pp. 170-177). Afirma que ese precedente “es un buen ejemplo de cálculo consecuencialista” y que “[a] diferencia de ‘Peralta’, no podría afirmar con igual convicción que ‘Bustos’ sea también un ejemplo de buen cálculo consecuencialista” (“La Corte Suprema y los planes económicos”, pp. 17-18). También afirma que “Bustos” “intentó resucitar el acto de soberanía”, deshaciendo el precedente “Smith” (*Fallos*, 325:428; fallo que había invalidado parte de las medidas de emergencia enjuiciadas luego en “Bustos”), pero encontró una “resistencia inesperada, especialmente de los tribunales inferiores”, lo que “condujo a la necesidad pragmática de resolver el tema mediante una ecuación que considerara la equivalencia peso-dólar y la complementara con la tasa de interés que resultaba necesaria para convertir a la cuestión en abstracta, decisión adoptada, por último, en el caso ‘Massa’” (“Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, pp. 29-30).

(31) Farrell, “La Corte Suprema y los planes económicos”, p. 18; Farrell, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, p. 36.

(32) Para un argumento en defensa de “Bustos”, desde una perspectiva fundamentalmente utilitarista, puede verse Carlos F. Rosenkrantz, “Restricciones a los derechos de propiedad en circunstancias de escasez”, en AA.VV., *Derecho y propiedad (SELA 2008)* (Buenos Aires: Librería, 2008).

un lugar importante dentro de la evaluación de las consecuencias al resultado de aplicar el “Principio de Kahn”<sup>(33)</sup>.

Una segunda consideración tiene que ver con el rol que los jueces cumplen en la teoría de Farrell. Como mencioné antes al pasar, hay dos posibles posiciones para los jueces en el marco de los argumentos ofrecidos por el autor en los textos analizados:<sup>(34)</sup> ser decisores utilitaristas de última instancia, lo que puede o no traducirse en una regla de fuerte deferencia hacia los poderes políticos<sup>(35)</sup>, o ser de alguna manera detectores de la existencia (o inexistencia) de un verdadero “soberano” (en términos schmittianos) en acción y, al mismo tiempo, la última barrera de contención del poder de lo fáctico sobre lo normativo<sup>(36)</sup>. El análisis de los deberes que surgen para los jueces en cualquiera de las dos posiciones muestra que, contrariamente a lo que su énfasis en la conside-

---

(33) Por supuesto, Farrell podría argumentar que la maximización de la utilidad general requiere el acatamiento y efectividad del fallo en el mundo real.

(34) Existen, sin embargo, conexiones entre ambas posiciones y estas pueden influirse recíprocamente.

(35) En la práctica argentina ha funcionado generalmente como una regla de fuerte deferencia, con algunas excepciones aisladas. Pero la teoría de Farrell no exige necesariamente deferencia, sino que los jueces cumplan con su obligación de salvar a la sociedad de la catástrofe (“Disidencia del juez Martín D. Farrell”, p. 174) o, al menos, hagan explícito su cálculo consecuencialista en el que basan su (hipotética) conclusión de que el respeto del derecho en juego no conduce a la catástrofe temida (“La Corte Suprema y los planes económicos”, p. 15). Esto supone que las decisiones judiciales pueden ser consecuencialistas y, al mismo tiempo, no ser deferentes hacia las medidas adoptadas por los poderes políticos. Una lectura posible del fallo “Massa” (*Fallos*, 329:5913) es entenderlo como una decisión consecuencialista en el primero de los sentidos referidos en el texto principal y como una excepción, bien que parcial, a la regla de la deferencia: la Corte toma la decisión que efectivamente regirá y producirá efectos en el mundo real, “retocando” las medidas tomadas por los poderes políticos como un decisor último que, sin dudas, tiene a la vista las consecuencias de su fallo (en el caso, la desaparición del riesgo de caída del sistema financiero y el posible apaciguamiento de la situación social en torno a los depósitos bancarios, como consecuencia de la restitución del capital que allí se ordenaba).

(36) A la manera de la teoría de Ackerman sobre el cambio constitucional, en la que los jueces juegan generalmente un rol “preservacionista” de los entendimientos constitucionales vigentes y “señalan” el intento de modificación de estos por los actores políticos, disparando así el paso de la política ordinaria a la política constitucional (Bruce A. Ackerman, *We The People: Foundations* [Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993]: pp. 263-265; del mismo autor, *We The People: Transformations* [Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998], p. 312), los jueces de Farrell deben determinar si se encuentran en presencia de un auténtico caso de excepción y de un verdadero soberano y “señalarlo” al sistema político (“Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, p. 26).

ración de las consecuencias (y, entre ellas, la utilidad) nos puede llevar a pensar en una primera aproximación a estos textos, Farrell no es un “consecuencialista fanático”<sup>(37)</sup>. Así como sus argumentos hacen pie en que el deontologismo admite umbrales, pasados los cuales deja lugar —descriptiva y normativamente— al consecuencialismo, ellos también muestran que la consideración de las consecuencias, aún en circunstancias de excepción, no desplaza completamente al derecho positivo. De otro modo, no se entiende la preocupación por complementar el “Principio de Kahn” con sus corolarios (en especial, con el “Segundo Corolario”), puesto que, aun detectada la existencia de un auténtico caso de excepción y la actuación de un verdadero soberano, los jueces tienen el deber de maximizar la observancia del orden jurídico establecido, dentro de los límites impuestos por la facticidad.

Ese deber puede explicarse de diversas maneras, pero una interpretación plausible de las ideas de Farrell es que lo que debe dominar es el cumplimiento del derecho, la normalidad y, por ello, los jueces deben tratar de contener el desborde decisionista al que abre la puerta su teoría (o los hechos), en primer lugar. Hay un valor importante en la preservación de la vigencia del derecho positivo, incluso desde la perspectiva del consecuencialismo de reglas, como el propio Farrell señala<sup>(38)</sup>. Pero esto, por sí solo, no basta para dar cuenta de la existencia del “Segundo Corolario”: uno bien puede reivindicar el valor del derecho e intentar circunscribir la decisión consecuencialista señalando que el derecho está siendo *violado*, como propone Farrell, y explicando la excepcionalidad de la situación que justifica dicha violación<sup>(39)</sup>. Por supuesto, es posible pensar que eso no basta para evitar sentar un mal precedente y generar incentivos para la repetición de situaciones de emergencia. Pero esa dificultad tampoco es resuelta por el “Segundo

---

(37) Parafraseando al fallecido juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, Farrell bien podría considerarse un “consecuencialista de corazón débil”, un “consecuencialista moderado”. La expresión original en inglés, que Scalia se aplica a sí mismo, es “faint-hearted originalist”. Véase Antonin Scalia, “Originalism: The Lesser Evil”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, nº 3 (1989), p. 864 (“I hasten to confess that in a crunch I may prove a faint-hearted originalist. I cannot imagine myself, any more than any other federal judge, upholding a statute that imposes the punishment of flogging”).

(38) Farrell, “La Corte Suprema y los planes económicos”, p. 17.

(39) Farrell, “Disidencia del juez Martín D. Farrell”, pp. 174-175; Farrell, “La Corte Suprema y los planes económicos”, p. 13.

Corolario”, de modo que su justificación no puede derivar de su utilidad para atacar el problema.

En mi opinión, el “Segundo Corolario” se explica por la necesidad de preservar un mínimo de deontologismo en la ética de la función judicial, incluso en circunstancias de excepción<sup>(40)</sup>. Los jueces deben continuar actuando con algún grado de sujeción al derecho, en la medida en que esto resulte posible, para poder ser calificados como tales. No hay jueces sin un derecho que sujete sus decisiones. Los jueces no son, siquiera en circunstancias extremas, “soberanos”. No es la mera facticidad, el poder desnudo, lo que crea la autoridad de un juez, que solo deriva de la existencia de un ordenamiento jurídico que no puede consistir en la simple existencia de órdenes excepcionales, las que —según Schmitt— mantendrían el núcleo mínimo de juridicidad<sup>(41)</sup>. Cualquiera que sea nuestra teoría del derecho, considerar que estamos en presencia de un orden *jurídico* requiere algo más que la existencia de órdenes emitidas por quien posee medios para hacerlas cumplir<sup>(42)</sup> (el acatamiento generalizado con convicción acerca de su obligatoriedad; la legitimidad de su contenido; etc.). Dado que los jueces son concebidos normalmente como sujetos al derecho, su función no puede consistir simplemente en convalidar medidas extralegales sobre la base de su supuesta conveniencia o utilidad. Esta exigencia de la teoría, que manda a los jueces preservar el derecho positivo en la medida de lo posible, no debería, sin embargo, llamarnos la atención: al fin y al cabo,

---

(40) Farrell se encarga de enfatizar que la ética de la función judicial es, y debe ser, normalmente deontológica, con resquicios para el consecuencialismo (“La Corte Suprema y los planes económicos”, p. 16).

(41) En rigor, Schmitt no afirma que el ordenamiento jurídico pueda constituirse simplemente por una sumatoria de decisiones soberanas, desprendidas de toda normatividad preexistente, sino que ellas mantienen un elemento mínimo de juridicidad que es, precisamente, el elemento de la decisión. Carl Schmitt, *Teología política* (Madrid: Trotta, 2009), p. 18 (“[...] Ante un caso excepcional, el Estado suspende el derecho por virtud del derecho a la propia conservación. Los dos elementos que integran el concepto del orden jurídico se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su autonomía conceptual. Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila. Sin embargo, el caso excepcional sigue siendo accesible al conocimiento jurídico porque ambos elementos —la norma y la decisión— permanecen dentro del marco de lo jurídico [...] Lo excepcional es lo que no se puede subsumir; escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la decisión”.

(42) Salvo que abracemos la teoría de Austin, largamente superada.

todo lo que Farrell pretende de ellos es que “no sean más kantianos que Kant”<sup>(43)</sup>.

Desde otra perspectiva, la teoría de Farrell tiene los problemas propios de todo consecuencialismo:<sup>(44)</sup> ¿Qué tipo de consecuencias cuentan como relevantes, de entre las muchas que pueden seguirse de una decisión judicial? ¿Cómo calcular con un mínimo de precisión si las consecuencias, reales o esperables<sup>(45)</sup>, satisfacen el estándar que requiere la teoría para concluir que la decisión refleja “un buen cálculo consecuencialista”? Los jueces, en esta mirada, resuelven los casos de un modo algo tosco y relativamente a ciegas respecto de la corrección (consecuencialista) de la decisión. Se trata, en este sentido, de una visión fuertemente intuicionista, que requiere de cierto “olfato judicial” para anticipar lo que ocurrirá en el mundo como efecto de una sentencia. Farrell conoce, por supuesto, estos problemas, y admite que los jueces carecen de los medios apropiados para un cálculo preciso de las consecuencias (o, en la alternativa, para determinar si el pretense “soberano” efectivamente lo es), pero confía en el talento y la intuición de

---

(43) Farrell, “La Corte Suprema y los planes económicos”, p. 14.

(44) Para un análisis general del consecuencialismo y de las principales objeciones a la teoría, véase Samuel Scheffler (ed.), *Consequentialism and Its Critics* (Oxford: Oxford University Press, 1988).

(45) Algunos pasajes de los textos analizados parecen sugerir que Farrell tiene en mente a las consecuencias reales de las decisiones, las que le permiten, por ejemplo, criticar el fallo “Bustos” como un ejemplo de dudoso cálculo consecuencialista, a la luz de la desobediencia generalizada que disparó en los tribunales inferiores. Asimismo, en el ejercicio académico consistente en decidir el caso “Peralta”, Farrell utiliza referencias a las consecuencias reales que, en su opinión, se siguieron del decreto 36/90, norma cuya constitucionalidad se discutía (“Disidencia del juez Martín D. Farrell”, pp. 175-176). Esto resulta, por lo demás, consistente con el utilitarismo clásico que suscribe el autor (“La Corte Suprema y los planes económicos”, pp. 10-12, 16-17). Sobre este punto, véase Walter Sinnott-Armstrong, “Consequentialism”, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021 Edition), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/consequentialism/>; visitada por última vez 27/04/2022). Desde otra perspectiva, la práctica argentina parece sugerir que, cuando recurren al consecuencialismo, los jueces efectivamente ponen su atención en las consecuencias reales de sus decisiones a los fines de evaluar su corrección desde la perspectiva consecuencialista que describe Farrell. Sobre este punto, véase Diana Kapiszewski, “La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 7, n° 1 (2006), p. 26 (cita una entrevista anónima a uno de los jueces de la Corte Suprema que suscribieron el fallo “Bustos”, con quien discutía el acierto de la decisión, en los siguientes términos: “Esta mañana me alegré cuando leí en el periódico que el mercado de valores estaba en alza. Eso prueba que fue un buen fallo”).

los magistrados para enfrentar esa tarea<sup>(46)</sup>. Una confianza que refleja, tal vez, una visión demasiado optimista.

Otro punto que me parece importante señalar es que la teoría, en su dimensión normativa<sup>(47)</sup>, hace imposible juzgar la corrección o incorrección de una decisión judicial *ex ante*. Las decisiones solamente pueden ser juzgadas como correctas o incorrectas a la luz de los resultados que efectivamente producen en el mundo y, en este sentido, esa evaluación solamente puede hacerse de modo relativamente conclusivo de manera retrospectiva. En términos coloquiales, es “el diario del lunes” el que nos dirá si una decisión es correcta o no. Si esto es así, los jueces están de algún modo a ciegas frente a las decisiones que deben tomar, guiados solamente —como explicaba antes— por su talento como decisores y su intuición. La capacidad de la teoría para guiar la acción de los jueces se encuentra, entonces, frente a obstáculos importantes<sup>(48)</sup>. Esta dificultad se ve aminorada, claro, si se concibe a la teoría como mandando a los jueces a evaluar si las consecuencias de una decisión pueden ser catastróficas y, en ese caso, aplicar una fuerte deferencia hacia los órganos políticos. Aun con márgenes de error no despreciables, parece que un cálculo algo tosco sobre este punto es una tarea relativamente sencilla de llevar a cabo. Pero da lugar a otro tipo de problemas: si los jueces son generalmente percibidos como meros legitimadores de decisiones ilegales de los órganos políticos, es plausible pensar que la potencia del derecho como ordenador de

---

(46) Farrell, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, p. 24.

(47) Farrell insiste en que sus textos contienen solamente descripciones. He señalado antes por qué no me resulta convincente que la teoría carezca de aspiraciones normativas.

(48) Aunque el utilitarismo clásico, al que adhiere Farrell, no aspire a proveer una guía para tomar decisiones, sino para determinar lo que es correcto y aunque la mayoría de los consecuencialistas estén dispuestos a resignar el consecuencialismo como mecanismo de decisión directa, siempre que las consecuencias sean parte del criterio de corrección en algún otro nivel (Walter Sinnott-Armstrong, “Consequentialism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/consequentialism/>; visitada por última vez 27/04/2022), parece razonable exigir que una teoría normativa de la decisión judicial deba contar, entre sus características, con la capacidad de guiar la decisión. Siendo justos con Farrell, él señala repetidamente que su teoría es descriptiva, de modo que, si mi interpretación sobre el carácter también normativo de su teoría no es aceptable, entonces estas observaciones se diluyen.



las conductas se devalúa<sup>(49)</sup> y acerca a la sociedad a la aceptación del “dictador benévolo”<sup>(50)</sup>. Una preocupación de esta naturaleza parece subyacer a la propuesta de Farrell acerca de la necesidad de reconocer

---

(49) Una elaboración sobre el punto puede verse en Carlos F. Rosenkrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* (“Como cuestión de hecho la idea de la ‘inejecutabilidad’ de algunos derechos constitucionales ha sido adoptada por muchas tradiciones. La Constitución Argentina tiene muchos derechos que no son ejecutables y otros que son solo ejecutables en circunstancias muy especiales [...] a pesar de su popularidad, yo creo que la idea de lo no-ejecutable es inconveniente. Me parece que devalúa la potencia del derecho constitucional. La existencia de derechos constituciones que no son ejecutables mella la credibilidad de toda la constitución. Obviamente, esto es contingente dado que en muchas tradiciones constitucionales la situación puede ser distinta [...] Si, como sucede en nuestro caso, su cultura jurídica asocia íntimamente el derecho y la coerción, la presencia de derechos no-ejecutables seguramente depreciarán el valor de la constitución como una norma guiadora de nuestro comportamiento social. Si la constitución deja de ser la última palabra en la determinación de la acción política, la gente no verá más a la constitución como la fundación de nuestra vida colectiva”) (disponible en: [https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/17508/SELA02\\_Rosenkrantz\\_DC\\_Sp\\_20101022.pdf?sequence=2&i-sAllowed=y](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/17508/SELA02_Rosenkrantz_DC_Sp_20101022.pdf?sequence=2&i-sAllowed=y); última visita 31/03/2022).

(50) Una famosa conjetura sobre la posibilidad de tales efectos es la contenida en la opinión del entonces Procurador General Sebastián Soler en la causa “Cine Callao” (*Fallos*, 247:121): “Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, de atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consciente o subconscientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido substituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para contemplarlo, que la autoridad recurra a cualquier desvío o exceso de poder [...] Así se va formando lo que se da en llamar ‘una nueva conciencia’. Nada va quedando ya que sea pertinente por imperio de la ley o a través de sus instituciones, y el derecho se adquiere, se conserva o se pierde sin más causas que la propia voluntad del gobernante o la benevolencia sectaria con que hace funcionar su discrecionalidad. El logro de cualquier aspiración, aunque se funde en el más elemental de los derechos, pasa entonces a depender de decisiones gratificables. Incluso puede acontecer que el gobernante, cuya máxima función es asegurar el imperio de la legalidad, busque revestir sus actos de gobierno, aun los legítimos, de una generosa arbitrariedad, llevando así al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no es compatible con el progreso. El estado de derecho queda así suplantado por el caos de hecho. Desaparece la estabilidad jurídica y el pueblo,

que, en circunstancias de excepción, el derecho se *viola* y esa *violación* es lo que los jueces aceptan, mas no reconfiguran los contornos normales del derecho de acuerdo con esa transgresión justificada por razones de necesidad.

Es difícil negar la relevancia de las consecuencias para la toma de decisiones en todos los órdenes de la vida. Las decisiones judiciales no son una excepción. Las ideas de Farrell no solamente describen de modo ajustado la práctica judicial argentina y, posiblemente, la de muchas otras jurisdicciones<sup>(51)</sup>, sino que nos obligan a pensar acerca del modo en que las consecuencias deberían ser consideradas por los jueces al momento de tomar decisiones que, normalmente, serán de máxima relevancia para la vida institucional de un país. Esa tarea no es sencilla y, por supuesto, ni Farrell en su análisis profundo sobre el tema, ni yo en estos breves comentarios, aspiramos a dar una respuesta concluyente, sino —más modestamente— a contribuir a una conversación más amplia sobre estas cuestiones.

Por mi parte, y pienso que un libro homenaje es un lugar apropiado para reconocerlo, las reflexiones de Martín Farrell sobre la decisión judicial, y sobre muchos otros temas, y la generosidad y amistad con que siempre se ha brindado al debate franco y honesto de sus ideas, no solamente me han ayudado a tener una mejor comprensión de los temas discutidos, sino que me han enseñado cómo llevar adelante un modo productivo y muy satisfactorio de interactuar con quienes, muchas veces, piensan diferente. Esta, posiblemente, sea la lección más valiosa de todas.

---

única fuente de soberanía, advierte, cuando es tarde, que la ha ido depositando paulatina y gradualmente, en manos de quien detenta el poder”.

(51) Farrell limita sus análisis a la jurisprudencia argentina y a la estadounidense, lo que parece apropiado dada la íntima conexión entre las constituciones de ambos países.

# LA ÉTICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL Y LAS CONSECUENCIAS. ALGUNAS CONSIDERACIONES

*Eduardo Stordeur (h)*

## 1. INTRODUCCIÓN

En su trabajo “La ética de la función judicial”, Farrell concluye, según creo de manera plausible, que la ética de la función judicial es centralmente de naturaleza deontológica, en razón de que el juez no debe sacrificar derechos para lograr algún estado de cosas deseable, como —por ejemplo— la maximización de la utilidad. Apela al conocido argumento por el cual se sugiere que los derechos son, al fin y al cabo, “cartas de triunfo” sobre consideraciones de utilidad o bienestar<sup>(1)</sup>.

Encuentra, sin embargo, dos excepciones importantes, donde consideraciones basadas en las consecuencias podrían o deberían tener especial peso: casos donde hay colisiones de derechos de igual jerarquía (por ejemplo, constitucionales) o cuando proteger un derecho puede llevar a consecuencias desastrosas. En el primer caso, considera que cuando hay derechos de igual jerarquía en conflicto el juez puede o debería emplear un cálculo de tipo utilitarista para resolver qué derecho debe prevalecer: el que lleva a mejores consecuencias. En el caso de consecuencias trágicas, del tipo que domina (al menos parte del derecho de emergencia en Argentina desde la década del 20 en adelante), Farrell nos pide no ser más kantianos que Kant mismo, puesto que, después de todo, las teorías deontológicas (al menos las más plausibles) de alguna manera incorporan las consecuencias.

---

(1) Ver, Martín Farrell, “La ética de la función judicial”, en *Filosofía del Derecho y Economía* (Buenos Aires: La Ley, 2006), pp. 12 y ss.

Farrell hace un ejercicio más descriptivo que normativo, en el sentido de que le interesa la ética de la función judicial tal y como está organizado el sistema institucional en Argentina (o países análogos con constituciones que consagran derechos, como los Estados Unidos) antes que un ejercicio puramente normativo, destinado a elaborar su sistema ideal. Advierte, sin embargo, que su sistema ideal no sería del todo distinto, puesto que, al final, hay razones utilitaristas para proteger derechos y, además, en este sistema idealizado, es función del poder legislativo buscar la utilidad o bienestar general. En suma, que hay división del trabajo dentro de los poderes del estado y es conveniente que los jueces, también por razones utilitaristas, central pero no exclusivamente, protejan derechos antes que intenten cálculos para maximizar estados del mundo.

En este breve trabajo voy, inicialmente, a efectuar algunas consideraciones sobre las razones utilitaristas que podrían justificar la naturaleza centralmente deontológica, en el sentido operativo que ocupa a Farrell, de la función judicial. Voy a sugerir que hay buenas razones, basadas tanto en consideraciones de sistema como de (la falta de) aptitudes (y sesgos) de los jueces para desempeñar de manera eficaz cálculos de maximización de utilidad o bienestar, que recomiendan, en la generalidad de los casos, probablemente en los más simples y frecuentes, seguir reglas, es decir, proteger derechos<sup>(2)</sup>. En otros términos, sostendré que en buena parte de los casos tiene sentido, por razones de bienestar o consecuencias, que los jueces la busquen de manera indirecta, limitándose a proteger derechos, en línea con el argumento de Farrell.

En la segunda parte, voy a sugerir, de manera muy preliminar, una carta de navegación o guía algo general, que estimo podría ser de interés, para pensar en qué contextos buscar la utilidad de manera directa podría resultar más plausible, y que creo permite sistematizar la experiencia y el sentido común. En ese ejercicio voy a considerar diversos grados de ambigüedad de la ley y la utilidad que la decisión (o la regla en que se funda) tiene, de manera directa, para la sociedad para definir

---

(2) Como hace Farrell en su artículo, estoy asumiendo que estas dos operaciones son análogas, en el sentido de que proteger derechos es similar a seguir una regla. Creo que esto es correcto o al menos así lo asumo a los fines del trabajo. Del mismo modo, adopto una definición amplia de regla (que incorpora estándares como “obrar como buen hombre de negocios”).

diversas áreas en un plano, lo que podría conferir más consistencia a este tipo de análisis<sup>(3)</sup>.

Este artículo, desde luego, consiste solamente en algunas consideraciones preliminares personales sobre el tema y de manera alguna supone un ensayo de fondo sobre la compleja cuestión de la decisión judicial<sup>(4)</sup>.

## 2. PRIMERA PARTE: UTILITARISMO INDIRECTO Y FUNCIÓN JUDICIAL

Siguiendo a Farrell voy a sugerir que la ética de la función judicial, basada centralmente en la protección de derechos, es de naturaleza deontológica en su aspecto operativo, pero bien podría ser basada en consecuencias, en su aspecto fundamental, en el sentido de que proteger derechos, podría consistir en una manera de buscar utilidad de manera indirecta<sup>(5)</sup>.

No quiero ahora sugerir que necesariamente el fundamento del sistema legal es uno de reglas que maximizan la utilidad en todos los casos, en el sentido de que la unidad analítica es la regla y no el acto,

---

(3) Y que hasta donde conozco no ha sido desarrollado.

(4) Solo afirma que seguir derechos en la generalidad de los casos es una buena forma de obtener utilidad de manera indirecta y que, en algunas ocasiones, sin embargo, podría ser deseable buscar de manera directa buenas consecuencias. Pero no quiero aquí, de manera completa, hacer el caso a favor de un utilitarismo de reglas, aunque mucho de lo que pienso está ya en Hume, en sus aspectos esenciales.

(5) Para un argumento clásico en esa dirección, ver John Stuart Mill, *Sobre la libertad/El utilitarismo* (Buenos Aires: Claridad, 2014), pp. 168 y ss. En particular, la última parte de *El utilitarismo*. Para un argumento más clásico sobre la utilidad de la virtud artificial de la justicia, basada en reglas (y no en actos), ver, David Hume, *Tratado de la naturaleza humana* (Madrid: Verbum, 2020), pp. 476 y ss. Es evidente que, en un sistema legal, no es posible que siempre una regla lleve a buenos resultados, siendo en realidad lo fundamental que la regla sea la que lleve a buenas consecuencias. Tomar la propiedad de una persona podría implicar una ganancia en particular, pero el efecto de no respetar la regla de la propiedad es la que lleva a malas consecuencias. Dice Hume, en este sentido, “sin embargo, aunque los actos particulares de la justicia puedan ser contrarios al interés público o al privado, es cierto que el plan o esquema total es altamente útil y de hecho absolutamente necesario, tanto para mantener la sociedad como para el bienestar del individuo (...). La propiedad debe ser establecida y debe ser fijada por reglas generales. Aunque en un caso la sociedad sea una víctima, este mal momentáneo se halla plenamente compensado por la continua validez de la regla y por la paz y el orden que establecen en aquella”. *Ibid.*, p. 477.

sino solamente llevar al terreno judicial la conocida y atractiva idea de que como mecanismo analítico, maximizar por medio de reglas (es decir, protegiendo derechos) puede plausiblemente, al menos en muchos casos, incrementar la utilidad o bienestar o llevar a resultados, en general, plausibles<sup>(6)</sup>. Por ejemplo, es posible que en muchas ocasiones el robo incremente la utilidad, pero es claro que no funciona como regla y la misma conclusión puede extenderse a otras reglas clásicas como el cumplimiento de los contratos o el respeto a la propiedad y todas nuestras instituciones fundamentales<sup>(7)</sup>.

La idea base sería que, en general, sobre todo para los casos simples, donde no hay brecha interpretativa ni altos costos sociales (es decir, sentencias que afectan a otras personas que no son parte de manera significativa), donde la ley, además, no contiene metas o no están implícitas de manera suficientemente clara; tampoco hay colisión de derechos y el caso refiere a un área estable del sistema legal donde no hay lagunas y, en general, el rango de discrecionalidad que la ley confiere es bajo, los jueces deben (en general) proteger derechos o, lo que es lo mismo, seguir reglas, con independencia de las consecuencias (algo que voy a sistematizar en la segunda parte)<sup>(8)</sup>.

---

(6) Se suele afirmar que el consecuencialismo de reglas colapsa en el consecuencialismo de los actos, dado que muchas veces se puede maximizar un resultado simplemente violando las reglas. Pero en algunos sistemas normativos complejos evaluar cada acto individualmente por sus consecuencias parece un procedimiento bastante poco plausible para tomar decisiones. De hecho, hasta en la moral de sentido común esperamos que la gente tome decisiones según reglas tales como “no dañar a otros” o “no violar tus promesas”, reglas que usualmente llevan a buenos resultados. Con independencia de si la regla o el acto es propiamente (asumiendo la corrección del consecuencialismo) el fundamento del criterio de corrección moral, parece evidente, y en general es aceptado, que al menos como procedimiento de toma de decisiones tiene sentido, para maximizar la utilidad, ajustarse a reglas. Probablemente esto es aún de mayor importancia en sistemas más complejos, donde es más difícil conocer los efectos de determinados actos, como es el caso del sistema legal. Aun en sistemas más simples, como el regulado por la etiqueta, seguimos reglas, en la generalidad de los casos.

(7) No quiero sugerir ahora que necesariamente el fundamento del sistema jurídico sea un utilitarismo de reglas, sino sugerir el deber de seguir reglas para los jueces solo en su aspecto procedimental, como una forma de tomar decisiones que lleva a mayor utilidad o bienestar, que la media de los casos en los cuales los jueces buscan maximizar en todos y cada uno de los casos. Desde un punto de vista pragmático poco importa ahora si la unidad de análisis son las reglas o los actos.

(8) Esta enunciación no pretende agotar las hipótesis, desde luego, pero son los casos donde es más probable y plausible, según creo, que se tomen en cuenta las

Creo que hay diversas razones para concluir de esta manera. Un argumento central es que es poco probable que los jueces estén en muchos casos en capacidad de maximizar resultados, puesto que normalmente no tienen la formación en las disciplinas necesarias para hacerlo (economía, psicología cognitiva, elementos de estadística, etc.). Aun si lo hicieran razonablemente bien, hay razones de sistema por el cual se hace conveniente que el juez siga reglas y no busque resultados. Al menos no en la mayor parte de los casos, tal como se considera más adelante<sup>(9)</sup>.

Por otra parte, los jueces no son inmunes a inconsistencias sistemáticas en la aplicación del derecho consecuencia de sesgos cognitivos y otros errores que los llevan o pueden llevar a decisiones completamente arbitrarias, dependiendo la decisión judicial en buena medida demasiado del contexto o de las características del mismo juez y poco o muy poco del caso. Hay cierta evidencia de que la existencia de reglas previene o al menos limita la existencia de esas inconsistencias y es probable que seguir procedimientos y reglas contribuya al menos a eliminar dispersión arbitraria no deseada y sesgos en la manera de resolver respecto de un sistema donde los jueces buscan maximizar de manera directa<sup>(10)</sup>.

---

consecuencias o al menos tengan mayor peso. Para un examen de un asunto relacionado como es la utilidad del uso de la economía en la práctica legal en general, ver, Eduardo Stordeur (h), "Economía, teoría y práctica legal: algunas reflexiones preliminares", *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXVIII (2010), pp. 4-61.

(9) Habría que considerar, además, los sesgos cognitivos que afectan las decisiones y en particular el ruido (o falta de consistencia o indeseada dispersión) que se ha encontrado en fallos judiciales. Ver, por ejemplo, Daniel Khaneman, Oliver Sibony y Cass N. Sunstein, *Noise. A Flaw in Human Judgement* (Londres: William Collins, 2021), pp. 13 y ss. Para sesgos en la decisión judicial, desvíos de racionalidad que direccionan las decisiones de modo erróneo, ver, por ejemplo, Charles G. Lord, Lee Ross y Mark R. Lepper, "Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence", *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 37, n° 11 (1979), pp. 2098-2109; y Eric Rassin, Anieta Eerland y Ilse Kuijpers, "Let's Find the Evidence: An Analogue Study of Confirmation Bias in Criminal Investigations", *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling* vol. 7, n° 3 (2010), pp. 231-246. También Erin M. Harley, "Hindsight Bias in Legal Decision Making", *Social Cognition*, vol. 25, n° 1 (2007), pp. 48-63.

(10) Por otra parte, cuando no hay reglas, éstas son muy confusas o ambiguas, hay lagunas o el costo de usarlas es demasiado grande, pensar en términos de consecuencias supone un marco de análisis más preciso que también podría, como ocurre en regulaciones con el uso de economía por medio del método costo beneficio, eli-

Hay buena evidencia, por ejemplo, del mal uso de los abogados de principios de economía y en ocasiones los intentos de aplicar economía conceptual básica a casos concretos han fracasado; jueces americanos, aun en casos corrientes de competencia desleal, resuelven de modo incorrecto desde el punto de vista de la teoría económica<sup>(11)</sup>. También hay buena evidencia sobre sesgos e inconsistencias en las decisiones judiciales que muestran enorme dispersión en temas importantes como condenas de prisión por el mismo delito, enormes diferencias en la concesión de asilo político y hasta diferencias en las penas según el cansancio o si están alimentados, al triunfo del equipo local en un deporte o hasta el clima. Seguir reglas contribuye, usualmente, o puede contribuir, a reducir la dispersión y a que la justicia dependa más del mérito de los casos, que de la lotería del contexto o de la personalidad del juez<sup>(12)</sup>.

Esto no quiere decir, como voy a discutir en la próxima sección que no haya contextos en los cuales es conveniente que el juez innove y, siguiendo el argumento de este artículo, busque una regla que maximice de manera directa. Pero en la generalidad de los casos, en el contexto descrito, probablemente seguir reglas clásicas, las que han perdurado y sobrevivido al test del tiempo, tenga bastante sentido para dotar de consistencia al sistema.

Parece razonable concluir que, al menos en algún grado apreciable, hay buenas razones basadas en bienestar para seguir reglas, aun cuando estas individualmente consideradas no maximicen el bienestar.

---

minar arbitrariedad, sesgos e inconsistencias en las decisiones judiciales más complejas que se toman fuera del sistema. Ver, para este argumento en el plano regulatorio, Cass N. Sunstein, *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment* (New York: Cambridge University Press, 2002). Probablemente muchos o algunos de los argumentos más importantes puedan también ser aplicados al caso del derecho en general. Aunque en este caso el problema del sesgo no está tanto en las personas reguladas, como en los decisores. En fin, un tema interesante que probablemente debería distinguir entre áreas del Derecho.

(11) Ver, por ejemplo, Richard A. Posner, "Some Uses and Abuses of Economics in the Law", *University of Chicago Law Review*, vol. 46, n° 2 (1979), pp. 281-306. Ver, Nelson Elise y Joshua D. Wright, "Judicial Cost-Benefit Analysis Meets Economics: Evidence from State Unfair and Deceptive Practices Laws", *Antitrust Law Journal*, vol. 81, n° 3 (2017), pp. 997-1024, donde se muestra que los jueces no siempre toman las decisiones correctas desde el punto de vista económico, en este caso en el campo del derecho de competencia desleal.

(12) Khaneman, Sibony y Sunstein, *Noise*, capítulo 1.



La certeza del derecho y la consistencia del sistema son o pueden ser muy importantes para la cooperación social, aun si la regla elegida no es la óptima, y, además, aun cuando estuviese disponible una solución normativa mejor, no es claro que siempre sea fácil o poco costoso pasar a un nuevo equilibrio (o práctica) en la cooperación social. Es probable que las personas hayan adaptado procesos y decisiones a esa regla y el costo de cambiar más la incertidumbre podrían ser grandes. Es probable, que la mayor parte de las veces, la ganancia en certeza y cierto nivel aceptable de consistencia, lleven a mejores resultados, aun cuando las decisiones respecto de la regla aplicable, individualmente considerada, no siempre maximicen resultados y exista una regla que permita excedentes o ganancias en bienestar más grande disponibles.

Además, como menciona Farrell, es probable que la meta de maximizar esté mejor diseñada para las legislaturas que para los jueces, al menos en un sistema ideal, o en cualquier caso que entren en juego ciertas reglas de límites al poder y el principio de división de poderes y legalidad, entre otros, que funcionan a nivel fundamental y que normalmente lleva o debería llevar a buenos resultados. Muchas de estas reglas, como la división de los poderes, limitan el poder del estado, permite cierta especialización y protege derechos, de un modo que tiene sentido no maximizar, cuando están en juego reglas fundamentales del sistema. Aun si los jueces fuesen buenos para obtener resultados que maximicen el bienestar, es probable que esto no sea deseable en la generalidad de los casos, dada la vigencia de otras reglas que son aún más fundamentales para el bienestar.

El principio de legalidad, mecanismos de limitación del poder como la división de poderes y la distribución territorial del poder que supone el federalismo, y en general todas los procedimientos y garantías destinados a la protección de los derechos clásicos, muy probablemente, lleven a ciertos buenos resultados<sup>(13)</sup>. En general cuando hay varios dispositivos legales operando para limitar el poder, decrece la probabili-

---

(13) Se reconoce en la literatura la relación entre vigencia de derechos de propiedad y crecimiento económico. Ver, por ejemplo, Daron Acemoglu y Simon Johnson S., "Unbundling institutions", *Journal of Political Economy*, vol. 113, n° 5 (2005), pp. 949-995; Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997); Douglas C. North y Robert Paul Thomas, *The Rise of the Western World: A New Economic History* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973); Hernando de Soto, *The Mystery of Capital. Why*

dad de expropiación y esto usualmente tiene un efecto positivo en el crecimiento económico, entre otras muchas ganancias sociales, como las derivadas de la cooperación y la paz social.

Es muy difícil poner seriamente en duda que, al menos en alguna magnitud apreciable, estas herramientas que limitan el poder y aseguran los resultados del propio esfuerzo no tengan, al menos, cierta influencia en el desempeño económico de la sociedad y otros aspectos centrales que hacen a la estabilidad del sistema político y social. Probablemente los mecanismos por los cuales esto sucede no sean conocidos por muchos o todos los jueces, pero no es claro que sea necesario que conozcan estos fundamentos para aplicar de manera correcta el derecho, tal que estas reglas lleven, usualmente, a ciertos niveles de cooperación y prosperidad fundamentales. Cualquier operador más o menos sofisticado sabe que, a veces, un cambio en el sistema puede generar cambios en otras partes del sistema, que al final, en ocasiones, podría llevar a consecuencias indeseables. Es probable que los jueces ocupados, por ejemplo, en preservar el derecho de defensa en (digamos) derecho del consumidor u otra área del derecho, estén efectuando una contribución importante al bienestar, aun cuando esa no sea la meta, dado que (por ejemplo) esto confiere seguridad jurídica y debería disminuir, bien administrado, la probabilidad de errores en las decisiones.

Además, hay cierta evidencia de que al menos algunas áreas del derecho de fondo (del tipo que en nuestro caso está en los códigos) son eficientes o al menos permiten resultados sociales valiosos en el sentido de que contienen reglas que, en principio y de modo general, introducen incentivos correctos que facilitan la cooperación. En buena medida, los aspectos centrales del derecho de propiedad, el derecho de los contratos, el derecho de daños, de sociedades y quiebras y otros tantos fundamentales del sistema jurídico contienen reglas que tienden a maximizar excedentes o permiten la cooperación social. Es probable que estas hayan sido mejoradas con base en la experiencia acumulada, que sean el resultado de la experiencia antes que de la lógica y que muchas, además, hayan desarrollado sus aspectos centrales en épocas donde el liberalismo, como filosofía política y económica orientada en parte (o como efecto) a la eficiencia de los mercados, haya

---

*Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (New York: Basic Books, 2000).

tenido un lugar de mayor peso en las ideas de la época que en las de la actualidad<sup>(14)</sup>.

Es probable, además, que en algunas áreas del derecho actúen procesos de mano invisible por el cual incorporen eficiencia, como la propia selección de reglas o prácticas que maximicen la utilidad por parte de las personas involucradas en la práctica; o el mayor litigio al que deberían ser sometidas las leyes ineficientes respecto de las eficientes; o bien la menor capacidad de grupos de interés para influir a los jueces que a las legislaturas, entre otros posibles mecanismos<sup>(15)</sup>.

La mayor parte de las reglas fundamentales que regulan el comercio, por ejemplo, son producto de la experiencia antes que de la genialidad ingenieril de grandes legisladores (o de juristas) y es probable que esto mismo aplique a los jueces. El derecho como un mecanismo extendido de cooperación, en alguna medida como el lenguaje, requiere buenos, probablemente, ejecutores más que grandes inventores o arquitectos renovadores de la catedral, pequeños novelistas que añadan buenos capítulos antes que grandes reformadores del lenguaje. Descuidar la consistencia de la catedral podría tener altos costos sociales<sup>(16)</sup>.

---

(14) Esto se puede encontrar en cualquier libro de derecho y economía o análisis económico del derecho. En líneas que las instituciones básicas del derecho contribuyen a la cooperación social y al bienestar, en algún grado más o menos apreciable, de todos modos, no debería consistir en un juicio controvertido.

(15) No hay una respuesta del todo clara en la literatura, aunque muchos autores asumen que el derecho origen jurisprudencial tiende a ser más eficiente que la legislación. La hipótesis original de Posner sugería un proceso de mano visible: los jueces del periodo clásico de formación del derecho común americano eran liberales. Luego se desarrollaron modelos más interesantes de mano invisible, como la idea de que el sistema legal era filtro de las leyes ineficientes, las que era más litigadas. Los artículos clásicos para el derecho común, son: Paul H. Rubin, "Why Is the Common Law Efficient?", *The Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 1 (1977), pp. 51-63; George L. Priest, "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", *Journal of Legal Studies*, vol. 6, n° 1 (1977), pp. 65-82. Para un argumento a favor de la eficiencia del derecho común, Paul Mahoney, "The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right", *Journal of Legal Studies*, vol. 30, n° 2 (2001), pp. 503-525. Hay una variedad importante de literatura sobre este asunto. Pero en cualquier caso parece indiscutible que algunas instituciones clásicas deberían permitir algún grado apreciable de cooperación y bienestar social.

(16) Para esta idea del derecho como orden espontáneo, que estaba ya presente en los autores más clásicos del iluminismo escocés, véase Frederick A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad* (Madrid: Unión Editorial, 2014). En particular véase el tomo 1, editado por primera vez en 1974. En buena medida, el trabajo de Hayek se inscribe

Los estudios de economía del derecho, en general, tienden a mostrar cierta racionalidad de las instituciones jurídicas tradicionales. Seguir las reglas, en este sentido, puede, al menos en muchos casos del derecho tradicional, llevar a buenos resultados no intencionados por parte de jueces que solo razonan (o fundamentalmente razonan) deontológicamente y se ocupan de la consistencia y mejora paulatina de la aplicación de estas reglas en términos de su consistencia interna.

Por ejemplo, la idea de que el riesgo de la cosa genera responsabilidad objetiva es más fácil de comprender, como regla, que el hecho de que cuando el riesgo es causalmente unilateral (es decir, lo causa fundamentalmente el dañador potencial) y la frecuencia de los accidentes dependen demasiado de la cantidad de actividad, la regla óptima (simplificando a fines de este artículo el argumento) es precisamente una de responsabilidad objetiva. Es más simple que el juez siga la regla aplicando casi nominalmente la regla de responsabilidad objetiva, por ejemplo, en derecho ambiental, que comprenda de modo profundo el aporte que usar esta regla tiene para la disminución de los costos del daño ambiental.

Las reglas tradicionales del derecho contractual, usualmente, por ejemplo, hacen costosos los incumplimientos contractuales oportunistas, colocando una reparación en cabeza de la parte incumplidora, casos donde una parte gana a expensas de otra, lo que es extremadamente ineficiente, puesto que desalienta la contratación, que es una base fundamental de la cooperación. Pero es claro que no es necesario que el juez piense en términos de costos del oportunismo y de la conveniencia de favorecer intercambios alentando la cooperación social, sino simplemente es más probable que siguiendo las reglas clásicas del derecho civil, que al final pone énfasis en la genuina voluntad de las partes, la buena fe en la contratación e intenta evitar las ganancias sin causa, entre otros principios del tipo, el juez se acerque, en la generalidad de los casos, como procedimiento de toma de decisiones, a incrementar la utilidad o bienestar de modo indirecto no intencionado.

Aun cuando no todas las instituciones clásicas del derecho son necesariamente eficientes o pasarían un test de utilidad, es claro que los pilares del derecho civil si lo son. Al menos en algún grado apreciable,

---

en la tradición de los autores escoceses, como Hume y la idea del derecho como un mecanismo espontáneo que regula la vida social.

tanto como los principios centrales de las democracias republicanas y sus reglas que aseguran derechos fundamentales y limitan el poder del Estado<sup>(17)</sup>. Los jueces no tienen ni deben necesariamente conocer estos aspectos, siendo su cometido central defender estos derechos o reglas y por ese modo indirecto lograr al menos un estado de cosas que permita la cooperación social de una manera satisfactoria<sup>(18)</sup>.

El mandato clásico de proteger ciertos derechos tradicionales como la vigencia de la propiedad privada y los contratos y los límites al poder del estado, minimizando la probabilidad de confiscación, llevan a consecuencias favorables para la sociedad, con alta regularidad. Son los derechos de propiedad los que permiten recuperar la inversión y, por lo tanto, la alientan, y el mismo efecto produce la vigencia de contratos que se hacen cumplir y, en general, la vigencia del Estado de derecho. En buena medida, parte importante del derecho tradicional o de fondo, captura las reglas que promueven, por ejemplo, el crecimiento económico de manera tal que cuando los jueces cumplen el mandato constitucional clásico de defender esos derechos indirectamente están promoviendo el bienestar social, aun cuando es probable que no lo sepan o no sea su intención.

Esta idea del contenido eficiente o al menos satisfactorio desde el punto de vista de las consecuencias de ciertas partes del derecho privado, que en algún punto parece razonable admitir, como he mencionado, aplica también para el caso del derecho público, donde también

---

(17) Para una descripción de la racionalidad económica de una constitución, ver por ejemplo James M Buchanan, *Economía constitucional* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1995). También, del mismo autor, *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán* (Madrid: Katz Editores, 2009).

(18) Aun cuando el Estado de derecho es claramente un concepto multidimensional, que abarca una variedad de componentes, como la seguridad de las personas, hasta los límites al poder del gobierno, y las relaciones pueden ser complejas, es claramente reconocido en la literatura que la vigencia del Estado de derecho es esencial para el crecimiento económico y el bienestar en general. Esto está destacado de manera bastante clara, por ejemplo, ya en Adam Smith y en algunos casos de manera bastante precisa (como el modo en el cual el comercio erosionó los derechos alodiales, por ejemplo) y es tan general que puede encontrarse en una variedad de autores clásicos, como nuestro Alberdi, por ejemplo. Para una explicación muy importante en la actualidad, ver, Daron Acemoglu, Simon Johnson y James A. Robinson, "The colonial origins of comparative development: An empirical investigation", *American Economic Review*, vol. 5, nº 5 (2001), pp. 1369 y ss. Ver también, por ejemplo, Robert Barro, *Rule of law, democracy and economic performance. Index of economic freedom* (New York: Heritage Foundation, 2000).

contamos con experiencia desde la antigua Grecia, respecto de las mejores formas de organización. Principios de derecho constitucional que limitan el poder del gobierno y reconocen amplias libertades individuales y establecen una baja probabilidad de expropiación, entre otros efectos, en la generalidad de los casos, llevan a buenas consecuencias.

Naturalmente podríamos asumir que hay partes del sistema legal que no conducen a resultados plausibles. Probablemente aquellas partes más asociadas a la legislación distributiva que a las instituciones clásicas del derecho, donde la intencionalidad política o el cortoplacismo puede sustituir la lenta evolución de doctrinas revisadas y tamizadas por la experiencia o por decisiones colectivas que no lleven del todo a buenas consecuencias. Después de todo, del mismo modo que es muy difícil que un juez interprete un contrato de consumo, por ejemplo, a fin de distribuir el riesgo de modo que crezca la torta al máximo con beneficios para ambas partes, tampoco es demasiado plausible asumir que el legislador (en la realidad de los hechos, no en un sistema ideal) conoce esto o si lo conoce le conviene hacerlo: grupos de presión mejor organizados o intereses electorales u otros compromisos usuales en la política podrían alejar la solución normativa prevista por el legislador de una que arroje al menos aceptables consecuencias.

Si bien la evolución de segmentos del derecho de fondo también podría arrojar un equilibrio que incremente el bienestar social, dependiendo en buena medida de la estructura de incentivos que subyace a las interacciones que regula esa regla y otros eventos, como accidentes históricos y de otro tipo, también es enteramente posible que la misma evolución de las prácticas sociales y la selección de reglas arroje un equilibrio o resultado ineficiente o que limite la cooperación y el bienestar de modo importante. Es decir, no siempre se puede asumir que las instituciones legales, ni aun las clásicas, son del todo eficientes, aun cuando hayan sido objeto del escrutinio del tiempo y la evolución.

De modo que es probable que un juez deba aplicar un sistema legal que contenga una porción de reglas ineficientes o que no llevan a consecuencias razonablemente satisfactorias. Pero la previsibilidad del sistema, la importancia de la vigencia de reglas como jueces limitados y la división de los poderes requiere, con alta probabilidad para la mayor parte de esas distribuciones de leyes eficientes e ineficientes, que los jueces hagan cumplir la ley, aun cuando no sea la mejor para las partes

reguladas, siempre que esta sea clara y previsible, en la mayor parte de los casos.

Hay razones de sistema que piden que el juez resuelva conforme derecho aun cuando este no lleve siquiera a razonables resultados, y esto para asegurar otros que son más importantes. Después de todo, las consecuencias de romper una regla como el de legalidad y de división de poderes o el principio de no retroactividad de la ley puede llevar a consecuencias peores a nivel sistema que los efectos (que usualmente las partes los corrigen parcialmente cambiando sus decisiones) negativos que pueda tener la legislación en particular.

La ley impondrá costos sociales, pero en general serán menores que aquellos derivados de violar el sistema, sobre todo cuando la ley no es claramente inconstitucional. Es decir, casos donde probablemente el Derecho es, además, extremadamente ineficiente, sobre todo cuando refiere a violaciones sistemáticas de derechos de primera generación<sup>(19)</sup>. Además, si las consecuencias son desastrosas, de manera importante y visible, en esa hipótesis gana atractivo, como procedimiento de decisión para incrementar la utilidad, como observa Farrell, tener en consideración de manera directa el bienestar social. Pero en la generalidad de los casos, hacer cumplir leyes ineficientes o indeseables, podría llevar a mayor utilidad de manera indirecta que no hacerlo, en un sistema institucional como el nuestro, siempre que sean claras y estén bien determinadas, no sean obviamente inconstitucionales o lleven a consecuencias desastrosas u operen otras consideraciones que voy a comentar en la segunda parte de este trabajo (solo de modo muy preliminar).

Un juez utilitarista, aun en los casos donde pueda elegir una solución normativa que maximice la utilidad no necesariamente debería dejar de lado la consistencia y previsibilidad del sistema legal y, por lo tanto, la historia y los antecedentes, en buena medida porque ahí hay información valiosa y, además, porque esto permite certeza en las relaciones, lo que permite que los agentes económicos tomen sus

---

(19) Si los derechos clásicos tienden a la eficiencia es probable que la violación arbitraria y masiva de estos lleve a casos de altos costos sociales. En este sentido, si bien el estándar de constitucionalidad no asegura eficiencia es probable que al menos en muchos casos, respecto de derechos de primera generación al menos, la inconstitucionalidad sí implique en muchos casos ineficiencias. A primera vista, esto no debería ser, creo, del todo polémico.

decisiones según la regla vigente y cooperen. No siempre los precios que están implícitos en las leyes son del todo visibles o cognitivamente simples para que los actores adecuen rápida y eficazmente sus decisiones a la nueva regla; y los costos de pasar a una regla mejor podrían ser mayores a sus beneficios.

Un juez interesado seriamente en las consecuencias no puede dejar de lado la práctica social, el modo de cooperar que tiene una sociedad en un aspecto determinado, sin asumir el riesgo de ingeniería social improductiva y es claro que la prudencia constituye un aspecto fundamental del ejercicio de la función judicial. Un tribunal superior que se abstiene de usar su poder en algunos casos sobre bases prudenciales, a veces puede contribuir a la utilidad social indirecta en mayor medida que ejerciendo de manera completa su poder y aun cuando quizás pueda tomar una decisión mejor que los poderes políticos. Un poco como decía Isabel en *Medida por medida*, el hecho de tener poder no significa que siempre haya que usarlo. El poder judicial debe funcionar, por razones basadas en consecuencias, de manera limitada y en armonía con otros poderes del estado y esto implica que, con los a veces difusos límites de la constitucionalidad, deba ejecutar las leyes en su mejor versión, siempre que estas sean claras y precisas, lo que ocurre en muchos casos simples donde la previsión legislativa o constitucional es clara<sup>(20)</sup>.

De modo que hay razones basadas en las consecuencias por las cuales es conveniente que los jueces no busquen, en general y con excepciones, resultados que maximicen alguna propiedad del estado del mundo, sino que ejecuten la ley, siempre que esta sea clara y no ambigua y se den otras condiciones muy frecuentes<sup>(21)</sup>. En otros términos,

---

(20) Para esto puede ser interesante las razones por las cuales según Posner los jueces “pragmáticos” que el propone deberían tomar seriamente en cuenta las reglas (tanto como las antecedentes, el sistema y la historia). Sobre el “pragmatismo de reglas”, que este autor recomienda, ver, Richard Posner, *The Prolegomata of Moral and Legal Theory* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999), pp. 241 y ss.

(21) Otra buena razón de sistema, como menciona Farrell, en un sistema “ideal”, es además que es probable que estructuralmente las legislaturas y sobre todo las agencias gubernamentales estén mejor posicionadas para (en muchos casos) lograr resultados que maximicen la utilidad o lleven a mejores resultados que los jueces. Estos conocen solamente para el caso, están limitados a los argumentos y posiciones de las partes y naturalmente no pueden afectar derechos de terceros ajenos al proceso. Para muchos casos, como ocurre con derechos de segunda y a veces de tercera generación es necesario contar con experiencia en políticas públicas y contar con un



es plausible asumir que, en general, los derechos son cartas de triunfo sobre la utilidad, precisamente por razones de utilidad.

### **3. EL SISTEMA LEGAL Y LA BÚSQUEDA DIRECTA DE UTILIDAD: UNA GUÍA SIMPLE**

En el apartado anterior he considerado que existen buenas razones utilitaristas para respetar derechos o seguir reglas en la función judicial, siguiendo la observación final de Farrell en su artículo. Esto no significa que no haya, sin embargo, como expuso Farrell también en su artículo, instancias donde la consideración directa de las consecuencias no sea plausible, y en algunos casos fundamental, para la función judicial, como ocurre en caso de colisión de derechos de igual jerarquía o bien cuando el cumplimiento de la ley lleva a consecuencias desastrosas.

De hecho, luego de presentar una cartografía sencilla pero que puede introducir algo de sistema en el asunto, voy a sugerir que estas instancias son muy frecuentes y que, en los hechos, dada cierta ambigüedad de buena parte de las reglas jurídicas y cierta necesaria discrecionalidad, los jueces, en buena medida, establecen precios que tienen, en muchos casos, incidencia en el bienestar de modo significativo<sup>(22)</sup>.

Creo que hay una serie de variables que hacen plausible considerar las consecuencias de manera directa en la elección de una regla, pero prefiero ocuparme ahora de dos variables que considero centrales para ofrecer una especie de guía para estimar cuando es plausible efectuar consideraciones utilitaristas directas, dejando de lado por ahora otras que merecerían un estudio por separado.

---

presupuesto y facultades que exceden las que tiene normalmente el poder judicial. Procedimientos esencialmente destinados para la resolución de controversias no necesariamente constituyen buenos mecanismos regulatorios, ya que implican enormes costos de transacción que puede ser minimizados por medio de reglas generales del tipo leyes o reglamentos o resoluciones del poder ejecutivo.

(22) El sistema jurídico no solo utiliza normas precisas o reglas en sentido estricto del tipo “máxima 90”, sino que además emplea estándares tales como adoptar el cuidado que adoptaría “un hombre razonable” y emplea una variedad de conceptos indeterminados, que permiten cierta (necesaria) discrecionalidad. A fines de este artículo estoy deliberadamente empleando una concepción amplia del término de reglas (que cuando es bien definida, también puede consistir en una norma, en el sentido estándar).

Una es la ambigüedad relativa de la solución legal prevista (y en el extremo no prevista, como en el caso de una laguna del derecho). Es claro que hay plazos procesales y que corresponde a cada Provincia 3 senadores, por ejemplo. Esto constituye un extremo de claridad de reglas (en sentido estricto) que contiene el derecho. Pero es cierto que hay reglas (en un sentido más amplio, que incluye estándares) que admiten diversas plausibles interpretaciones, a veces a distintas reglas o procedimientos que compiten entre sí, como casos donde no hay reglas o estas son muy ambiguas empleando conceptos jurídicos altamente indeterminados (como “buena fe”), dejando la solución legal a la interpretación o discrecionalidad judicial<sup>(23)</sup>.

La otra variable relevante es el impacto que el caso tiene para el bienestar social. Existen decisiones o normas jurídicas en las que estas se fundan, que solo afectan a las partes y que tienen poco o nulo impacto en el resto de la sociedad, tal como la rutinaria división de un condominio. Pero hay otros casos donde los efectos de las decisiones (o las reglas en las cuales estas se fundan) tienen impacto directo sobre el bienestar de muchas personas, como podría ser el caso de los clásicos fallos de poder de policía como “Peralta” o “Avico” en Argentina o “Home Building” en Estados Unidos<sup>(24)</sup>.

La combinación de estas variables permite establecer una guía aproximada para la decisión judicial basada en consecuencias. Podemos pensar en un plano cartesiano donde los casos cerca del origen, por ejemplo, son aquellos donde más plausiblemente se deben seguir las reglas o proteger derechos en el sentido tradicional: son casos donde la regla es muy precisa y clara y donde, además, la utilidad del

---

(23) Sería posible posicionar distintas normas, probablemente por ramas enteras del derecho, siendo evidente que una norma penal, por ejemplo, es menos ambigua que una infracción al comercio, por ejemplo, del tipo que regula la ley de defensa de la competencia, donde sutiles efectos deben ser demostrados para concluir en la existencia de una verdadera infracción.

(24) Es probable (y plausible, según entiendo), además, que los jueces de hecho sean más propensos a tomar en cuenta las consecuencias de los fallos en aquellos casos donde las decisiones tienen efectos en muchas personas ajenas al juicio en cuestión y sean menos propensos a considerar las consecuencias en aquellos casos donde la sentencia es un bien típicamente privado donde el bienestar comprometido es solo o fundamentalmente el de las partes y la regla no tiene efectos importantes a nivel de sistema. En este sentido, por ejemplo, es evidente el fuerte contenido económico que tienen los típicos fallos de emergencia de los tribunales superiores y la alta predictibilidad para los casos más usuales que solo incumben a las partes.

caso (por ejemplo, dado el número de personas afectadas por la decisión) es bajo o muy bajo. Por ejemplo, las partes en un caso civil medio o corriente<sup>(25)</sup>.

En el otro extremo podemos pensar casos donde la ley es extremadamente ambigua y donde la decisión tiene efectos importantes sobre muchas personas. Son casos, estos últimos, donde gana atractivo la idea de buscar la utilidad de modo directo. En el extremo, en caso de una verdadera laguna legal, simplemente no hay contradicción entre la ley y la utilidad.

En estos casos, donde la ley es más ambigua, en el extremo en los casos novedosos donde no hay una regla o donde es necesario establecer otra nueva, los jueces pueden válidamente, sin afectar la consistencia del sistema jurídico, resolver buscando la utilidad o bienestar de modo directo, sin afectar ese verdadero capital social de las reglas y procedimientos compartidos que permite la cooperación social en una medida tan fundamental. Son los casos a la derecha, lejos del origen, donde el impacto en el bienestar es importante, como un caso regulatorio de extrema importancia y donde no hay ley o está en proceso de cambio. Como podría ser el caso de nuevas tecnologías o nuevos problemas, como, por ejemplo, el peso que la intimidad podría (o no) tener en defensa de la competencia o la licitud por parte de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de reexaminar y eventualmente revocar una autorización de fusión, en el actual intento de desmembrar Facebook y otras plataformas<sup>(26)</sup>. En estos casos, en el extremo donde hay verdaderas lagunas del derecho, un juez utilitarista y consistente puede buscar de modo directo la mayor utilidad. Si se trata de la redefinición de espectro, por ejemplo, podría buscar aquella que maximice la utilidad social en su conjunto<sup>(27)</sup>.

---

(25) Se entiende que esto tiene sentido cuando la letra de la ley y la maximización de la utilidad difieren.

(26) Estoy dando ejemplos un poco extremos, pero si uno examina el derecho pretoriano de la CSJN encontraría de que hay muchos casos y un examen mostraría que en los hechos hay muchas decisiones para las cuales el derecho no es nada claro, probablemente un rango muy importante de casos a nivel constitucional. Ver, por ejemplo, Alfonso Santiago, *La Corte Suprema y el Control Político* (Buenos Aires: Ábaco, 1999), pp. 97-119. Parece algo poco disputable que, al menos, en algún punto los jueces no se limitan a “aplicar el derecho”.

(27) Quizás, aun en estos casos extremos, la existencia de creencias muy fuertes y extendidas de justicia podría actuar como un veto, incluso para un Juez utilitarista si

Esto puede ocurrir, cuando plausiblemente se admite una distinta interpretación de una misma regla o bien cuando hay diversas reglas o colisión de derechos de igual jerarquía, cuando hay una laguna jurídica o se trata de un caso donde es necesario modificar la regla, por ejemplo, por un cambio dramático en las circunstancias o tecnología. Son casos, donde según esta cartografía, están situados muy lejos del origen, donde tanto el valor de ambigüedad como de utilidad es muy alto y, por lo tanto, gana atractivo la búsqueda directa del bienestar.

En los casos donde el valor de ambigüedad del derecho es bajo y también el peso de la decisión en el bienestar social, parece evidente que la presunción juega a favor de seguir las reglas, cuidando la estabilidad y consistencia del sistema, aun cuando haya divorcio entre la solución legal y la que maximiza la utilidad o lleva a mejores resultados significativos. Después de todo, entre otras consideraciones, los jueces no deberían adoptar decisiones que corresponden al Congreso y es probable que la consistencia del sistema jurídico y ciertos grados apreciables e importantes de seguridad jurídica estén en juego. Son estos, en general, los casos a los que hacía referencia en el título anterior.

Cuando la solución legal es clara y consistente con el resto del sistema jurídico, la presunción también debería operar a favor de la búsqueda indirecta de bienestar, aun en aquellos casos donde los efectos sociales son importantes, salvo cuando estos sean de una gran magnitud, lo que es consistente con la solución de Farrell. En este sentido, en buena medida, la claridad extrema de la ley debería operar como una especie de veto sobre las consideraciones directas de utilidad, salvo casos de gran magnitud con consecuencias desastrosas, donde el costo de seguir el derecho es enorme, lo que es consistente con el trabajo de Farrell.

La definición de “gran magnitud” o “efectos desastrosos”, en términos del artículo de Farrell, debería operar por medio de una estimación de cuál modo se logra disminuir el costo social de problema en conjunto, algo que puede ser difícil y que, en ocasiones, como en el plano regulatorio, requiere de expertos. Es probable que, en caso de duda, el juez deba resolver por la estabilidad del sistema y la admisibilidad de la excepción proceda en casos donde la ganancia de buscar

---

considera que las nociones de justicia forman parte de la función de utilidad de las personas. Pero este es un tema complejo que no quiero examinar.

la utilidad o bienestar de modo directo sea evidente e importante. Si se estima, como muchas personas lo hacen, que la actual ley de alquileres es ineficiente al punto que perjudica tanto a los propietarios que finalmente perjudica también a los potenciales inquilinos, no obstante, esa ley debe ser aplicada (siempre que como creo, se considere constitucional). Es un ejemplo de una ley ineficiente, pero que no lleva a consecuencias catastróficas, aun cuando muy malas. Hay otras reglas más importantes para el bienestar que esa ley, como la división de poderes.

Los casos de “efectos desastrosos”, en Farrell, pueden ser expuestos como aquellos donde el valor de ambigüedad del derecho es bajo y el valor de utilidad que proporciona el caso es muy alto, tan alto, que la búsqueda de utilidad directa domina o tiene prioridad sobre el valor que confiere la consistencia y estabilidad del sistema jurídico, incluyendo reglas fundamentales como la división de los poderes o el principio de legalidad. Algunos casos célebres de poder de policía amplio, como quizás “Peralta” o algunos de los relativos al celebre corralito, podrían ser buenos ejemplos, como bien examina Farrell en su artículo.

El caso opuesto opera donde desde el punto de vista de los efectos la decisión no tiene importancia y la ley es también ambigua. Casos donde, por ejemplo, distintos arreglos arrojan resultados o efectos parecidos o idénticos. Como puede ser establecer un plazo o cualquiera de los tantos convencionalismos que contiene el sistema legal, muchos de los cuales son operativos para otras reglas, pero no tienen peso por sí mismas desde el punto de vista de la utilidad. Ese tipo de reglas, usualmente tan instrumentales al sistema, no tienen (lo que es una verdad evidente en este modelo) ningún tipo de interés especial para un juez utilitarista y quizás para ningún analista desde un punto de vista sustantivo<sup>(28)</sup>.

Los casos más interesantes, creo, son aquellos en los cuales el valor de ambas variables es medio, es decir, donde la ley es relativamente ambigua y la utilidad que proporciona el caso es importante, pero no de enorme magnitud o catastrófica. Caso, en el cual, la solución utilitarista domina, claramente. En muchos de estos casos es posible maximizar o mejorar la interpretación de la ley, o emplear mejor la discrecionalidad

---

(28) Es posible que una regla sea importante, como un plazo, pero que cual sea la regla elegida no tenga importancia o tenga poca importancia desde el punto del bienestar.

que esta permite, o elegir mejor las reglas en disputa, de modo tal de mejorar el sistema por medio de decisiones que no afectan la estabilidad del sistema en sus aspectos fundamentales. En muchos de estos casos la ley limita las alternativas y la discrecionalidad, pero no lo hace de modo tal que no sea posible maximizar dentro del sistema, dejando al juez un importante (y muchas veces deseable) rango de discrecionalidad en la elección de la regla y/o en las sanciones o penalidad, que finalmente funcionan como precios induciendo a determinadas conductas (en la generalidad de los casos).

Dependiendo del tipo de norma y el área del Derecho, es claro que hay un enorme ámbito de ambigüedad en la interpretación y aplicación de la ley, al punto de que en muchos casos es plausible asumir que el sistema legal no ofrece una solución conforme a derecho determinada o siquiera que en algunos ámbitos tal cosa sea conceptualmente posible. Pero aun en aquellos casos donde hay una solución legal, el juez podría, por ejemplo, tener la facultad de establecer las sanciones o compensaciones y de ese modo establecer precios por violar la ley, los cuales pueden administrarse de un modo eficiente, consistente con el bienestar.

Creo por eso que, en general, el área donde el derecho es preciso y claro —y, por lo tanto, inhibe buscar de manera directa la utilidad— no es tan amplia como podría pensarse desde una posición dogmática tradicional y que, en realidad, en la generalidad de los casos, aun con límites que establecen las mismas reglas, siempre es posible aplicar el derecho, en nuestro sistema institucional maximizando los resultados.

La ambigüedad dentro del sistema, donde es posible interpretar una norma de distinta manera sin afectar el sentido general de la misma y el papel que esta juega dentro del sistema jurídico, es una característica muy frecuente, algo que aparece evidente cuando se examina las disímiles respuestas de jueces a casos idénticos<sup>(29)</sup>.

---

(29) Ver por ejemplo la enorme diferencia en el otorgamiento de asilos en la justicia de los Estados Unidos o bien la enorme dispersión en materia de libertad condicional en el caso de la justicia israelí. En los experimentos también los jueces muestran enorme variedad no solo respecto de penas sino de aplicación de doctrinas. Parece una enorme ingenuidad pensar que el sistema jurídico es algo que simplemente “se aplica” de manera correcta en una gran generalidad de los casos. Ver, Khaneman, Sibony y Sunstein, *Noise*, capítulo 1.

Si la ley establece, por ejemplo, que la exigencia de pagar una multa administrativa para apelar ante la justicia se puede evitar demostrando que hay un gravamen irreparable, siempre es posible, por ejemplo, interpretar “gravamen irreparable” de un modo más amplio, menos restrictivo, tal que permita mayor control judicial de las decisiones del ente que impone las sanciones, facilitando la procedencia del recurso, lo que (como es probable, pero para ilustrar el argumento) podría inducir a menores errores, maximizando la utilidad o bienestar. Que los jueces, en un caso como este, por ejemplo, contemplen las consecuencias de mediano y largo plazo, los incentivos que generan las reglas jurídicas, por medio de interpretaciones consistentes con el resto del sistema legal, parece algo plausible<sup>(30)</sup>.

Esto en muchos casos no requiere, desde luego, hacer un cálculo de utilidad sino comprender la funcionalidad de determinadas instituciones para la cooperación social y la preservación de bienes jurídicos valiosos y el modo en el cual las normas actúan entre sí. En muchos casos es posible que el problema de elección sea entre alternativas que indirectamente maximizan la utilidad, dada la enorme cantidad de subreglas que tienen incidencia final en el bienestar. Por ejemplo, defender la estabilidad de la propiedad privada o el derecho al libre ejercicio del comercio, podría llevar a buenas consecuencias, aun cuando esa no sea la meta propiamente del juez. En otros casos establecer los costos y beneficios de ciertas innovaciones jurisprudenciales puede ser más delicado. Pero es probable que los casos más evidentes, donde la regla o interpretación bajo análisis resulten especialmente ineficientes o lleven a malas consecuencias, sean fáciles de comprender a nivel intuitivo.

En los casos donde el valor de ambigüedad de la ley es bajo, aunque no muy bajo y los efectos pueden ser importantes, sin embargo, el balance entre la búsqueda directa de la utilidad y la preservación del sistema puede ser complejo de definir. En esos casos la actitud más plausible debería ser de prudencia, casos donde probablemente tenga predominancia la estabilidad y consistencia del sistema. Cuando las reglas son estables y al menos permiten ciertos grados de cooperación,

---

(30) Aun cuando, claramente, no siempre es algo que el Juez pueda hacer del todo bien. Pero en los casos difíciles e importantes, donde es más probable la innovación el juez puede y debería apelar a opinión experta en los casos en que sea necesario.

las personas pueden adaptar sus decisiones, aun cuando otras reglas alternativas permitan mayor bienestar.

Más fácil es cuando la ley adopta niveles más altos de ambigüedad y las reglas si tienen peso en la utilidad social. En este sentido, existe una variedad grande de casos y partes o áreas del sistema legal donde es posible pensar o interpretar normas existentes buscando la utilidad de modo directo sin violentar la forma deontológica operacional, que, en buena medida, muchas veces, es simplemente retórica o definiciones, que permiten una gran variedad de soluciones normativas.

Hay evidencia de la enorme inconsistencia en las decisiones judiciales basadas en reglas deontológicas, donde es probable que, además de ciertos sesgos, operen simples preferencias de los jueces por determinados resultados normativos. En casos donde la estabilidad y sistematicidad del sistema legal permite diversas soluciones jurídicas, buscar de modo consistente el bienestar, tomando decisiones sobre la base de datos y evidencia, podría no solo introducir consistencia en las decisiones operacionalmente deontológicas, sino, además, contribuir a eliminar sesgos y trampas cognitivas del todo irracionales, envueltas en simple retórica o sustituir preferencias normativas personales de los jueces por una forma imparcial de razonamiento público.

Esto ocurre en diversas jerarquías de derechos, pero, por ejemplo, es claro que hay muchas disposiciones constitucionales que requieren interpretación y no es muy claro que la teoría constitucional ofrezca una guía certera para encontrar soluciones normativas adecuadas, por lo menos en los casos más complejos o novedosos.

En estas instancias, tan frecuentes, podría ser razonable que los jueces funden sus decisiones en datos y un examen consistente de las consecuencias (en un sentido amplio, incluyendo la consistencia del sistema jurídico, como he mencionado) y no sus preferencias personales por ciertos resultados normativos, en su intuición burocrática o en sus inclinaciones políticas<sup>(31)</sup>. Ese es también el caso con las lagunas legales, puesto que muchas veces se presentan circunstancias no previstas por el sistema legal y considerar las consecuencias, creo, constituye una

---

(31) Desde luego no quiero sugerir que todo problema difícil constitucional pueda resolverse de manera simple apelando a alguna versión de utilitarismo. Solo digo que la vaguedad hace más atractivo, al utilitarista consistente, buscar de modo directo el bienestar.



alternativa plausible. Lo mismo puede decirse cuando hay un cambio significativo en las circunstancias, preferencias o tecnología que hace necesario revisar la interpretación de una norma de modo sustantivo.

En la mayor parte de los casos posiblemente el asunto consista en interpretar mejor el alcance e interacción de normas dentro del marco que prevé la ley, buscando que el sistema tienda a maximizar de modo indirecto. Si una ley refiere a que se aplica a un acto realizado en el extranjero, por ejemplo, respecto de una operación comercial de importancia, en tanto esta tiene “efectos significativos” en el país, es claramente posible interpretar esa norma tal que busque maximizar un estado de cosas. Esta ley, después de todo, podría tener importancia para la cooperación social y probablemente la ambigüedad de la ley sea eficiente o deseable. Para este tipo de casos, que son muy frecuentes en el sistema jurídico, de hecho, una aplicación que tome en cuenta la eficiencia o consecuencias sería deseable. Si una ley establece una regla de “realidad económica” tal que, como ocurre en varias leyes, se deba considerar la realidad de los hechos antes que la forma legal que adopta una empresa o grupo de empresas, es claro que es posible interpretarla de manera que lleve a mejores consecuencias<sup>(32)</sup>.

Y así, hay muchas categorías donde las normas son ambiguas, tal que solo me voy a limitar a exponer algunos ejemplos que estimo muy destacados o frecuentes, como cuando el uso de una doctrina o la misma definición exige mirar las consecuencias; o cuando la ley busca una meta de modo implícito; o cuando es deseable cierta discrecionalidad que el juez puede emplear estableciendo precios implícitos por llevar adelante determinadas conductas, entre otras. Siempre es posible interpretar conceptos jurídicos indeterminados, de modo eficiente,

---

(32) Hay una variedad de normas que requieren que los jueces tomen en cuenta las consecuencias de modo explícito o donde la misma definición de una regla depende, para su plausibilidad, de alguna apreciación de las consecuencias, como ocurre con la definición de interés económico general en derecho de la competencia, donde esta, en general, se interpreta de modo próximo a eficiencia de los mercados. Pero son muchas las instancias en donde la misma ley pide un resultado como la confiscatoriedad de un impuesto, la aplicación de principios como el de proporcionalidad y de razonabilidad (uno a veces incluido en el otro) o la compensación integral en caso de daños, para lo cual se hace necesario, mirar los efectos, en especial para casos complejos. Las usuales preocupaciones distributivas de los jueces, por ejemplo, no pueden ser contestadas de manera correcta en casos complejos sin atender a efectos en el bienestar de las personas. Pero no son estos los casos que interesan a esta discusión.

como por ejemplo la noción de negligencia o de causalidad, en una literatura muy amplia que ofrece el análisis económico del derecho.

Un caso importante, más simple a fines de nuestra discusión, es donde se hace necesario tomar en cuenta los efectos para la aplicación correcta de una ley. Esto, en buena medida porque la ley misma exige que, para definir el alcance de una doctrina, resulte necesario definir correctamente los efectos. Un buen ejemplo es el caso de principios del derecho ambiental de amplia aceptación y empleo, como el principio preventivo o el precautorio. Este último pide una estimación aproximada del valor del daño respecto de los costos de impedir un daño ambiental, para el cual no hay evidencia científica, pero es claro que alguna descripción, aunque sea aproximada de los efectos del acto que potencialmente puede afectar negativamente el ambiente debe ser especificada, como parte de la obligación de fundar las sentencias de los jueces. También debe el juez sopesar el costo de la inacción, puesto que quizás, al final, esa sea la solución correcta, pero nada de esto es posible sin tomar seriamente en cuenta las consecuencias. Lo interesante para nuestra discusión es que el juez podría interpretar estos principios de manera eficiente, por ejemplo, o por lo menos tomar en cuenta un balance correcto de las consecuencias. Si uno mira, por ejemplo, el derecho ambiental, es frecuente que sea necesario examinar consecuencias y hacer ponderaciones.

Ocurre lo mismo con la gran variedad de casos donde hay cautelares en juego, por aplicación del principio preventivo. Allí es como mínimo necesario entender de manera más o menos precisa, que es lo que se quiere prevenir, y en las mejores versiones, los costos de prevenir en relación con el costo a evitarse. Para lo cual es necesario un examen de las consecuencias. Son casos, en donde es claro que la misma ley pide tomar en cuenta las consecuencias para aplicar bien la ley, de modo explícito y donde es enteramente posible usar, por ejemplo, teoría económica o modelos para entender mejor las consecuencias y usar esas herramientas para simplemente adoptar decisiones que maximicen el bienestar.

Hay casos donde esto no opera de manera directa, pero está implícito en un área del derecho, como, por ejemplo, evitar el oportunismo en los contratos o buscar paridad de los acreedores en los concursos o quiebras. Siempre que la ley busque una finalidad, lo que ocurre con alta frecuencia, mirar las consecuencias de un modo sistemático

constituye una condición necesaria para aplicar bien determinadas reglas. Y esto opera interpretando de modo correcto determinados conceptos: la misma definición de en qué consiste “oportunismo”, por ejemplo, puede hacerse apelando a una definición que maximice *ex ante* el valor de los contratos, sin afectar la consistencia del sistema.

En muchos casos hay decisiones que por su peso entran en el campo regulatorio, como por ejemplo el fallo Mendoza de la CSJN<sup>(33)</sup>, pero puede hacerse extensivo a muchos casos donde una decisión tiene efectos de mano invisible. En estos casos, comprender la naturaleza del problema de incentivos que subyace al problema y los remedios adecuados, requiere de un examen de las consecuencias que usualmente está más cerca de la teoría económica y las regulaciones que del tipo de soluciones más de mano visible voluntarista propia de la formación del abogado doctrinario.

En estos casos, probablemente, tenga especial sentido comprender de manera correcta el peso de los incentivos en las decisiones y para ello antes sea necesario comprender el sistema de incentivos. Es decir, una manera más sutil de comprender las consecuencias para tomarlas debidamente en cuenta<sup>(34)</sup>. En estos casos es claro que es posible tomar decisiones que maximicen un estado de cosas, como minimizar el costo total del daño ambiental o lograr metas ambientales a menores costos (lo que debería ser deseable cualquiera sea la posición normativa del analista, muy probablemente o al menos en muchos escenarios).

Esto ocurre en una amplia variedad de casos donde los resultados dependen más de procesos de mano invisible que visible, lo que ocurre

---

(33) CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, 08/07/2008, *Fallos*, 331:1622.

(34) Los problemas asociados a los contaminantes en el agua, atmósfera, aire o tierra se explican en parte porque las personas pueden eliminar desechos en propiedad comunal y buena parte de estos problemas son, finalmente, de incentivos. De hecho, una forma frecuente de ilustrar estos problemas es apelando a la “tragedia de la propiedad comunal” que con frecuencia son ilustrados, formalmente, apelando a una versión de dilema del prisionero de muchos jugadores. Aun cuando las autoridades resuelvan emplear otros criterios, como el desarrollo sostenible en el empleo de los recursos, contar con una descripción de la naturaleza de los incentivos sirve para lograr objetivos regulatorios de una manera adecuada. En muchos casos parece complejo usar la ley de modo correcto si no se conoce el problema que subyace en términos de incentivos y los efectos consecuentes de usar la ley de una manera determinada.

con mucha frecuencia, en una variedad mucho más grande de lo que usualmente el abogado dogmático podría reconocer. Las decisiones judiciales podrán volcarse a favor de una parte de los contratos típicos, como los de consumidores de una alguna especie o tipo. Pero es claro que las personas, incluyendo a las empresas, pueden cambiar su decisión en materia de producción y no comprender estos extremos podría ser algo muy grave que hasta podría atentar contra la finalidad de las sentencias o este tipo de sentencias. Al final, es claro que se puede maximizar o buscar reglas que favorezcan la cooperación en un rango muy amplio de casos.

Además, las normas jurídicas tienen en muchos casos propiedades distributivas que afectan el bienestar de las personas, dado que la distribución, con independencia de la eficiencia, tiene peso en el bienestar. Y es claro que siempre es posible, dentro de las interpretaciones posibles y conforme al sistema de una norma, interpretarla de tal modo que se busquen resultados que tiendan a maximizar los excedentes o bienestar de las personas implicadas. Cualquier decisión que tenga impacto redistributivo debería ser examinado a la luz de los hechos, la evidencia y un estudio desapasionado de las consecuencias, antes que elaboraciones doctrinarias. Si bien estas últimas pueden tener valor (especialmente porque son usualmente útiles y brindan información) pueden llevar a elegir algunas de las variantes interpretativas implausibles, incluida aquella que minimiza el pastel o lo divide de tal manera que minimiza el bienestar social y nadie querría razonablemente este resultado (salvo una preferencia muy fuerte que debería justificarse).

Sin embargo, es claro que la mayor parte de los casos son simples, no generan demasiados efectos externos de importancia, las soluciones son claras y se llevan adelante ante tribunales inferiores y jueces formados en la tradición formalista o dogmática y es altamente probable que seguir reglas sea la estrategia que en conjunto obtiene buenos o mejores resultados que jueces que buscan maximizar resultados. Sin embargo, el juez formado por ejemplo en economía cuenta todavía con una poderosa herramienta analítica que le permite conocer mejor los incentivos que subyacen al sistema legal, tomar decisiones consistentes y asegurar que las leyes cumplan mejor sus propios fines, entre otros aspectos, sin modificar el sentido tradicional de la regla. Es decir, solamente empleando mejor una doctrina aceptada y, por lo tanto (normalmente), sin generar problemas serios a nivel sistema. En muchos

casos una regla consolidada admite diversas aplicaciones muy sutiles, pero alguna de ellas lleva a mejores resultados. Son casos donde hay un cambio de regla sino un mejor empleo de una regla y usualmente (no siempre) no deberían llevar a disrupciones a nivel sistema.

De manera más sutil un juez podría pensar desde las consecuencias de manera pragmática y realista una variedad de asuntos que están bajo su jurisdicción y pensar mejor la aplicación del sistema legal, dentro de las soluciones normativas usualmente permitidas y donde el costo de error es bajo, dada la existencia de la norma y el hecho de que muchas veces el mismo sistema jurídico (probablemente porque el costo de error es bajo) confiere cierta discrecionalidad bajo determinados criterios.

Probablemente un modo de mostrar el enorme rango de oportunidades que tiene el juez para obtener resultados correctos se puede ilustrar por medio de las medidas de prueba admisible o la instrucción de expedientes en general. Parece poco sensato, por ejemplo, ordenar pruebas que implican altos costos (dilaciones, alta conflictividad, costos contables muy altos, etc.) cuando la ganancia es baja, en el sentido de que la misma no contribuye a disminuir la probabilidad de error en la adjudicación o solución del caso. En este sentido, es posible pensar en una instrucción eficiente de un caso. Es decir, que existe una cantidad y tipo de evidencia que es inconsistente e irracional ordenar y producir. Esto implica tomarse en serio las consecuencias, algo que estimo plausible y que requiere solo entender de modo sensato que actos tienen sentido dado el costo de los mismos respecto de sus beneficios, algo que incorpora las consecuencias y permite un uso más consistente del sistema legal y logra más metas a menores costos, algo que parece razonable y deseable en el sistema judicial. En muchos casos se trata simplemente de comprender que los jueces también operan en contextos donde hay escasez y uso rival de los recursos. Es decir, que la economía no se agota en intercambio de mercado, aunque la parte fundamental consiste en comprender que la ejecución del derecho cuando se aplican conceptos indeterminados o reglas ambiguas o se opera en el campo pleno de la discrecionalidad, implica poner precios y que esos precios sutiles tienen, usualmente, consecuencias.

Los jueces tienen en ocasiones la difícil tarea de poner precios a través de sanciones e indemnizaciones por daños que ocurren sobre bienes para los cuales muchas veces no hay mercados y, por lo tanto,

tampoco precios explícitos, como ocurre con el valor de un órgano o de la vida misma. Otros daños, como los ambientales o los derivados de infracciones a la ley de competencia, son muy difíciles de estimar, en muchos casos. Pero el juez siempre es un economista que pone precios, puesto que estos precios por daños son los que inducen a determinados gastos de prevención y cuidado o niveles de cantidad de actividad de las cuales dependen la ocurrencia de daños (entre otras variables) que usualmente tienen peso en la frecuencia de los accidentes y en las violaciones a las leyes. Por lo tanto, estas decisiones tienen efectos que no pueden ser desconocidos de modo completo. Un juez que se tome en serio las consecuencias y mire esto con datos y cierta competencia analítica es de lo más deseable, como creo lo es en casi todo el sistema legal que al final, y no solo a nivel constitucional, es demasiado ambiguo.

Por ejemplo, el juez tiene algún nivel de discrecionalidad en la distribución de costos de un incumplimiento contractual en el campo del derecho de los consumidores. Darles siempre la razón a los consumidores sería desprotegerlos porque, al final, los mayores costos (cuando son trasladados de manera homogénea a una industria donde hay competencia sustancial o efectiva) son trasladados a los mismos consumidores. Probablemente los jueces no puedan entender esto en su plena medida y si lo entienden es poco probable que puedan elaborar reglas que distribuyan mejor el riesgo, tal que al final los consumidores sean genuinamente beneficiados. Este es un buen ejemplo, donde es difícil que una regla simplemente sustituya el análisis del juez y es probable que un consecuencialismo más directo sea deseable. Pero lo que me interesa es otro caso que ilustra el modo sutil en el cual los efectos pueden y deben ser tenidos en cuenta por los jueces. Después de todo usar el derecho de los contratos (o cualquiera área del derecho), tal que todos los involucrados estén peor constituye un resultado sumamente implausible por completamente irracional<sup>(35)</sup>.

Jueces mejor preparados en disciplinas afines al cálculo de las consecuencias, podrían desde luego, mejorar la aplicación de la ley, en términos utilitaristas, pero deberían todavía seguir reglas por razones de predictibilidad y estabilidad de sistema. De modo que, creo, como

---

(35) Para esta parte y la que sigue ver mi libro, Eduardo Stordeur (h), *Análisis económico del derecho. Una introducción* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011), caps. V y VI. Para la parte de procedimientos, ver el último capítulo.

Farrell, que mi sistema ideal de adjudicación no sería del todo distinto de este ensayo de normatividad más bien débil y algo descriptivo que estoy intentando.

Voy a dar solo dos ejemplos y de manera estilizada y simple para no desviar demasiado el centro del argumento. Podría ser plausible asumir que el derecho de la responsabilidad civil extracontractual busca minimizar el valor actual de los accidentes (su valor o gravedad por su probabilidad) y la cantidad de recursos que se destinan a evitar accidentes (entre otras variables, como la administración de la regla legal, que también es costosa). Aun cuando esto se puede disputar (creo) en contextos muy especiales, en general, sería poco plausible que la meta sea tener alta frecuencia de accidentes muy graves a los mayores costos posibles (esto sería demasiado implausible). En general, esto se logra introduciendo incentivos para que se cuide, en la cantidad correcta, quienes pueden evitar accidentes. Una distribución de la responsabilidad que no respete este principio, no logra el plausible resultado de minimizar accidentes a los menores costos.

Este es otro uso sutil de las consecuencias que puede ser empleado para usar mejor la ley, puesto que esta no se aplica sola. Hay que establecer muchas veces, por ejemplo, grados de responsabilidad y posiblemente pensar en cantidad de cuidado, cantidad de actividad, probabilidad de ocurrencia del evento dañoso y su gravedad, como herramientas analíticas que permitan llenar los huecos de la muy general legislación sobre la materia. Es decir, usar bien la ley tiene buenas consecuencias, pero para hacerlo es fundamental comprender primero el peso que esto tiene a nivel de bienestar social.

Estos son casos, donde el juez puede hacer mejor uso de una regla, por ejemplo, emplear teoría económica y otras disciplinas para colocar las indemnizaciones que minimizan el costo social de los accidentes o bien aquellas indemnizaciones a la parte cumplidora de un contrato, que eliminan el oportunismo y que alientan la contratación o bien asignando riesgos en caso de integración contractual tal que se maximice la utilidad para ambas partes (ex ante considerada), lo que alienta también la contratación y mejora a las partes. Son casos donde la regla aplicable es clara pero ambigua en su aplicación y donde el juez puede usar mejor la ley en términos de consecuencias. Y no es muy claro, por ejemplo, porque debería usar una regla que perjudica a las partes en

un contrato, o en cualquier caso la consideración de las consecuencias (aun cuando no se dispute la regla) puede o debería ser deseable.

En suma, creo que este esquema donde se ubican cinco áreas típicas, según diversos valores, en la importancia de los efectos de un caso o regla que resuelve un caso y la ambigüedad del derecho, permite al menos una guía general para la toma de decisiones que podría ser inicialmente útil para ordenar de manera intuitiva y útil cuando es más plausible considerar las consecuencias de manera directa y cuando es más plausible, precisamente porque las consecuencias importan, la consistencia y previsibilidad del sistema. De igual modo creo haber ilustrado, aun cuando de modo muy breve y preliminar, la enorme ambigüedad propia del sistema jurídico, que emplea propiamente estándares y conceptos jurídicos indeterminados ofreciendo cierto ámbito de discrecionalidad, que permite ejecutar el derecho para lograr buenos resultados de manera sutil, aun en casos más complejos donde el valor de ambigüedad de la norma aplicable es relativamente bajo y el valor de utilidad es relativamente alto, aunque no enorme. Creo que esto muestra que los jueces tienen un amplio rango de instancias en las cuales pueden maximizar resultados aun dentro del sistema.

#### 4. CONCLUSIONES

En línea con las ideas de Farrell, en la primera parte de este trabajo he intentado mostrar que es posible una justificación utilitarista para seguir reglas o proteger derechos, en particular sobre la base de límites cognitivos y técnicos de los jueces y razones basadas en la consistencia, eficiencia y previsibilidad del sistema jurídico. La idea central es que, en muchos casos, que en la segunda parte del artículo identifiqué con más claridad, en particular en aquellos donde la norma tiene un bajo valor de ambigüedad y las consecuencias no son trágicas, perseguir la utilidad de modo indirecto puede justificarse desde un enfoque utilitarista.

En la segunda parte del trabajo, propongo una guía o cartografía simple de las decisiones judiciales, tomando como base las variables utilidad y ambigüedad de la ley, para identificar, a modo de presunciones, el tipo de casos en los cuales tiene atractivo, *a priori* en un sentido casi formal, buscar la utilidad de modo directo. La idea central es mostrar en un esquema simple e intuitivo las condiciones en las cuales los derechos (o reglas) constituyen triunfos sobre la utilidad directa por



razones de utilidad indirecta y los casos en los cuales hay una presunción a favor de buscar la utilidad directa. Finalmente, de manera muy sencilla, me ocupo de ilustrar algunos casos, más complejos, donde el valor de la ambigüedad es medio, tanto como el de utilidad y el modo en el cual todavía, un juez utilitarista o interesado en las consecuencias, puede todavía lograr buenos resultados sin afectar la consistencia y previsibilidad del sistema. Esta última parte sugiere que es enorme el rango de instancias donde los jueces pueden, usando la discrecionalidad que el mismo sistema les delega, buscar resultados que tiendan a promover el bienestar social.



# ¿POR QUÉ CUESTA TANTO ACORDAR UNA DECISIÓN CONJUNTA? ALGO MÁS SOBRE LA CONFORMACIÓN DE MAYORÍAS EN LOS TRIBUNALES COLEGIADOS <sup>(1)</sup>

*Leonardo Gabriel Pitlevnik*

## 1. INTRODUCCIÓN

En “¿Cómo deben argumentar los jueces en los tribunales colectivos?” <sup>(2)</sup>, Farrell menciona dos maneras diferentes de pensar las mayorías al resolver un litigio judicial: el modelo caso por caso y el modelo de decisión punto por punto. En el primero, lo relevante es la decisión adoptada por la mayoría, pero no los fundamentos por los cuales se arribó a esa decisión. En el segundo, en cambio, se tiene en cuenta el recorrido de los razonamientos que, en cada paso, van resolviendo las diferentes cuestiones bajo el sistema de mayorías. Este segundo sistema es el que tradicionalmente exige la Corte federal, al establecer que una sentencia es una unidad lógico-jurídica en la que los razonamientos adoptados por las mayorías construyen la decisión. Conforme este criterio, no podrían válidamente los jueces llegar a una conclusión común si para ello se han valido de razonamientos discrepantes entre

---

(1) Es para mí un honor poder escribir un trabajo en un libro de homenaje a Martín Farrell. La fluidez de su prosa, la lucidez de sus ideas y la profunda indagación que desarrolla en cada cuestión que analiza, solo se ven superadas por su calidez humana y su extraordinaria generosidad. Este tiempo de pandemia en el que escribo ha interrumpido los encuentros presenciales. Espero que pronto volvamos a los seminarios, a los almuerzos periódicos y a las sobremesas extendidas.

Agradezco a Manuel Freyre la atenta lectura del texto y sus lúcidas observaciones.

(2) Martín Farrell, “¿Cómo deben argumentar los jueces en los tribunales colectivos?” (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), pp. 15-38. Una versión anterior en *La Ley* 2003-F-1161, bajo el título “La argumentación de las decisiones de los tribunales colectivos”.

sí. No basta con haber coincidido en la meta; el recorrido también debe ser signado por esas mayorías. Es el criterio que, además, fijan los arts. 23 y 26 del decreto-ley 1285/1958 (conf. ley 15.271), el art. 28 de la ley 7 (mod. ley 3318) de CABA y el art. 168 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

Explica Farrell que, para que ello tenga lugar, es necesario que las discrepancias que puedan surgir en los diferentes puntos que conforman una decisión judicial sean zanjadas mediante la división en cuestiones; esto es, separando los puntos con base en sus discrepancias a fin de que cada cuestión se vaya resolviendo por mayoría. Se pasa, así, de un punto al siguiente, teniendo al anterior como “cuestión vencida” respecto de quien quedó en minoría. En la medida que podemos separar a un tribunal de cada uno de sus miembros, el escenario parece claro: es el tribunal quien resuelve cada cuestión.

En este sistema puede ocurrir que, aunque tres jueces habrían llegado por separado a la conclusión de absolver, arriben a una condena cuando actúan juntos como miembros de un tribunal. Un ejemplo de ello sería el caso de un primer juez que en minoría cree que el hecho no está probado, el segundo —también en minoría— que el hecho probado no es delito y el último, en solitario, no tiene por acreditado que el imputado haya sido su autor. Con algo más de detalle, supongamos que se trata de una imputación por estafa en la cual el primer juez cree que no hubo transacción alguna, el segundo cree que la omisión de actuar conforme la promesa realizada en esa transacción es un mero incumplimiento contractual no punible y el tercero no tiene por acreditado que el imputado haya participado de esa transacción (a la que sí califica como estafa punible). Cada juez absolvería por separado, pero los tres en conjunto deberían condenar, transformada su voluntad individual en uno de los componentes de una voluntad diferente<sup>(3)</sup>.

---

(3) Lo llamativo de la propuesta es que parece validar un modelo de solución análogo al caso del Caldero de Freud, ejemplo de sofisma o razonamiento falaz. En “El chiste y su relación con el inconsciente” cuenta la siguiente escena “B. ha prestado a A. un caldero de cobre. Al serle devuelto advierte que presenta un gran agujero en el fondo y reclama una indemnización. A. se defiende diciendo: ‘Primeramente, B. no me ha prestado ningún caldero; en segundo lugar, el caldero estaba ya agujereado, y, por último, yo he devuelto a B. el caldero completamente intacto’” (Sigmund Freud, *Obras completas*, vol. VIII, trad. de Etcheverry [Buenos Aires: Amorrortu, 1991], p. 60) Esto es justamente lo que la propuesta de la división en cuestiones impone al juez

Señala Farrell, también, que esta derivación del sistema, se vuelve un incentivo para que los miembros del órgano deformen su voto y puedan llegar al resultado al que habrían arribado por separado. Si no acomodan o deforman sus razones, las demás opciones que les quedan cuando, además, no coinciden en sus fundamentos, son: votar cada cual según sus motivos (y tácitamente aceptar un modo de resolución inválido), votar según sus razones haciendo explícita esa forma de resolver y asumiendo la invalidez del propio acto, integrar el tribunal con más votantes hasta arribar a la mayoría<sup>(4)</sup>, o remitir la causa a otro tribunal para una nueva decisión<sup>(5)</sup>.

Resulta llamativo que el máximo tribunal federal no haya propuesto explícitamente un sistema tan simple como el que Farrell explica para evitar el dictado periódico de nulidades por discordancia en la fundamentación en las que, muchas veces, habría bastado con definir y dividir las cuestiones para alcanzar mayorías sin dificultad<sup>(6)</sup>.

En el texto que sigue pretendo analizar algunas de las derivaciones y complejidades del método mencionado. Desde su primera versión en 2003, el trabajo de Farrell ha sido largamente citado y tomado como

---

que queda en minoría en cada paso. Así, puede suceder que primero vote que no está probado el préstamo del caldero. Que, vencido, vote por que el caldero estaba agujereado desde antes del préstamo que los demás jueces dieron por probado (y él debe aceptar). Vencido nuevamente, puede válidamente votar que si no está probado que el caldero se encontraba agujereado antes entonces que la absolución corresponda por no haberse probado que él lo devolviera dañado.

(4) Sarrabayrouse sostiene esta solución prevista en el decreto-ley 1285/1958 solo es aplicable a procedimientos escritos (en Eugenio Sarrabayrouse, “La deliberación de los jueces en el Código Procesal Penal Federal. Problemas generales y particulares”, en P. Rovatti y A. Limardo (dirs.), *Pensar la prueba*, t. I (Buenos Aires: Editores del Sur, 2020), pp. 167-197.

(5) Sarrabayrouse (*ibid.*) cuenta la interesante discusión entre Beling y Binding a principios del siglo XIX, en la que el primero cuestionaba fuertemente al segundo, justamente por aceptar un método conforme el cual la respuesta individual de todos los miembros de un tribunal fuera contraria a la del conjunto. En Alemania, señala, la ley alemana optó por el método de la votación total que defendía Beling. Los jueces votan por el resultado.

(6) Carrara entendía que correspondía a la ley imponer el sistema que permitiera llegar a las mayorías: “es preciso que la ley no finja desatar el nudo al decirle a los jueces que se pongan de acuerdo; es necesario que ella misma lo desate al decidir lo que debe hacerse cuando ellos se mantengan en desacuerdo”. Francisco Carrara, *Programa de Derecho Criminal. Parte General.*, vol. II, trad. J. J. De Ortega Torres y J. Guerrero (Bogotá: Temis, 1972), p. 490.

punto de referencia cuando se discute entre nosotros la cuestión de mayorías y minorías en un tribunal<sup>(7)</sup>.

## **2. PRIMERA CUESTIÓN: ¿TODA SENTENCIA DEBE EXPONER LAS RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO QUE FUNDAN LA DECISIÓN ADOPTADA?**

La lista de autores que coinciden en la obvia necesidad de que los jueces de un estado democrático den razones de aquello que deciden sería innumerable. Basta, como muestra, Ferrajoli, uno de los iusfilósofos canónicos en materia de garantías del proceso penal, quien refiere que “la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas”<sup>(8)</sup>. Carrara un siglo y medio antes, señalaba con más contundencia la imposibilidad de controlar la acción de los jueces si se les concede “el arbitrio de declarar que un ciudadano es parricida y de condenarlo como tal a pena de muerte, solo con afirmar, en decisión *inapelable*, que están *convencidos en conciencia de la culpabilidad del reo*, sin que nadie sepa en virtud de qué pruebas se aseveran (a guisa de oráculo) la existencia del delito y la culpabilidad del acusado”<sup>(9)</sup>. Es evidente que, desconocida la motivación, el derecho al recurso se reduce a tratar de imaginar qué es lo que pasó por la mente del juez cuando resolvió que un hecho había ocurrido o que la calificación correcta era la propuesta por la fiscalía.

Esta ha sido, por otro lado, la doctrina largamente sostenida por la Corte, tanto en lo referente a los hechos como al derecho<sup>(10)</sup>. Lo ha

---

(7) Varios de los autores que aquí se citan (Sarrabayrouse, Garay, Morgenstern, García) vuelven al texto de Farrell como eje a partir del cual pensar el problema de las mayorías.

(8) Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, trad. por P. A. Ibáñez *et al.* (Madrid: Trotta, 1995), p. 623.

(9) Carrara, *Programa de derecho criminal*, pp. 253-254.

(10) Así, ha dicho: “Las sentencias judiciales deben ser fundadas, en forma tal que la solución que consagren corresponda a los hechos comprobados y se derive razonadamente del ordenamiento legal vigente”, lo que inhabilita los pronunciamientos de fundamentación solo aparente (CSJN, “Sanguinetti, Roberto c/ Consejo Nacional

vuelto a desarrollar con algo más de detenimiento, últimamente, al tratar la validez del juicio por jurados. En este sentido, ha dicho, que “la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares. Así, la fundamentación explícita encuentra su razón de ser en la obligación de los jueces, como representantes del pueblo —no electivos— en el ejercicio de un poder del Estado, de rendir cuentas de sus decisiones”. El justiciable, dice la Corte, debe poder “conocer de manera acabada, explícita y sencilla las razones por las cuales se decidió el caso que lo involucra, máxime cuando la sentencia contraría su pretensión” <sup>(11)</sup>.

Una de las primeras cuestiones que saltan a la vista a partir de esta decisión es que, de los dos sistemas de juzgamiento existentes en nuestro país, es decir, el de jueces y el de jurados, solo en el primero se exige la obligación de fundar. La Corte suma a su argumentación el hecho de que el cargo de juez no es electivo, pero ello puede servir para enfatizar la cuestión. Es dudoso que un carácter electivo del cargo pudiera dar lugar a la falta de motivación.

Lo interesante aquí es que el deber de fundar no solo no alcanza a los jurados, sino que incluso las legislaciones les imponen el secreto de las deliberaciones, lo que directamente impide que se conozcan las razones de la decisión. La falta de motivación escrita y el secreto de la deliberación son elementos esenciales para la existencia del jurado, al punto que se ha señalado que objetar ese secreto es objetar el sistema de jurados en sí mismo <sup>(12)</sup>. Un debido proceso, en este caso, requiere de jurados dispuestos a discutir libremente sobre aquello que sucedió en el juicio, sin que la idea de que sus opiniones sean divulgadas los pueda influir a la hora de decidir. Las legislaciones protegen este secreto de diversas formas, sea nulificando la decisión en caso contrario o

---

de Educación”, 14/07/1961, *Fallos*, 250:152) o la motivación del fallo “constituye un requisito del imperio de la ley en las sociedades libres” (CSJN, “Marino, Amado F. E., y otro c/ S.A. Odol”, 15/10/1962, *Fallos*, 254:40).

(11) CSJN, “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado”, 02/05/2019, *Fallos*, 342:697.

(12) La cita es de “United States v. Thomas”, 116 F.3d 606 (2do Cir. 1997).

considerando delito que un miembro del jurado haga públicas las condiciones y las características de la deliberación en la que participó<sup>(13)</sup>.

Esta diferencia entre legos y togados pone en evidencia, entonces, que la fundamentación de las sentencias no es de por sí un valor irrenunciable. O que solo lo es cuando quienes resuelven el litigio son jueces profesionales. De ese modo, puede justificarse lo contrario cuando la decisión es tomada en debate entre doce personas que representan directamente a la comunidad y que deben mantenerse ajenas a toda presión o influencia. Se confía en que el método del jurado es garantía suficiente de razonabilidad y justicia, aun cuando limite la capacidad recursiva de quien se pueda ver afectado por la decisión.

Otro ejemplo de renuncia a la fundamentación es el del *certiorari* negativo del art. 280 del CPPCN. Allí la ley ha previsto que no obstante darse los supuestos habilitantes para el recurso, la Corte válidamente puede invocar la norma mencionada para rechazarlo. De este modo, “por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”, la Corte no tiene la obligación de fundar el rechazo en el caso concreto<sup>(14)</sup>.

---

(13) Ver, por ejemplo, regla 606 (b) de las Reglas Federales de Evidencia en los Estados Unidos. En cuanto a las condiciones del secreto en ese país, ver Alison Markovitz, “Jury Secrecy During Deliberations”, *The Yale Law Journal*, vol. 110, n° 8 (2001), pp. 1493-1530. Algunos autores, sin embargo, consideran excesiva la regla del secreto y entienden que una sociedad democrática debiera, en algún grado, tener acceso a la forma en que se decide una causa judicial. En ese sentido, ver, Clifford H. Ruprecht, “Are Verdicts, too, like Sausages?: Lifting the Cloak of Jury Secrecy”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, n° 1 (1997), pp. 217-267; o Torrence Lewis, “Toward a Limited Right of Access to Jury Deliberations”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 58, n° 1 (2006), pp. 195-214. Sobre el secreto del jurado, en nuestro país ver, Andrés Harfuch, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico”, *Revista Derecho Penal*, año I, n° 3 (2012), pp. 113-150.

(14) Con esto no pretendo cuestionar la conveniencia de la norma, solo poner en evidencia que es posible poner en juego otros principios, derechos e intereses para validar que los jueces no funden sus decisiones. Menciona Leticia Barrera que, en la práctica, el aparato burocrático de la Corte protege fuertemente el debate que los jueces pueden tener con relación a la aplicación del art. 280 en un caso determinado. Refiere que el memorando donde circula la discusión queda reservado y desconocido para quien es ajeno al tribunal, en un “esfuerzo por mantener oculto el proceso de producción de conocimiento, la deliberación que tiene lugar en cada caso”. Leticia Barrera, *La Corte Suprema en escena* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2012), pp. 107-110.



En cuanto a la evolución histórica de la fundamentación de las sentencias en el derecho continental<sup>(15)</sup>, juristas e historiadores suelen citar una pragmática de 1774 Fernando IV que obligaba a los jueces de Nápoles a fundar sus sentencias, las que no debían apoyarse “sobre la nuda autoridad de los doctores que han con sus opiniones alterado el derecho, vuéltole incierto y arbitrario”. También refieren, en España, la práctica castellana de no motivar que convivía con la aragonesa contraria. El código justiniano y luego las leyes de Partidas, señala Levaggi, imponía la obligación de deliberar sin que la mención de los motivos fuera relevante pues el principio de autoridad lo volvía prescindible<sup>(16)</sup>. Tau Anzoátegui refiere que antes del siglo XVIII la fundamentación se consideraba “innecesaria, cuando no perjudicial”.<sup>(17)</sup> Bunge, de hecho, refiere que contemporáneamente a la pragmática napolitana, por Real Cédula de 1778 Carlos III había prohibido motivar las sentencias<sup>(18)</sup>. Lo cierto es que, finalmente, el criterio de autoridad fue desplazado, a partir de una concepción racionalista del derecho por el de exponer los motivos. La ley se volvió el centro y los jueces debían resolver conforme lo que ella disponía. “La sentencia dejaba de ser justa por sí, para serlo según los fundamentos expuestos”. La fundamentación de las sentencias se convirtió, así, en garantía judicial constitucional, fundada en la división de poderes, publicidad de los actos de gobierno y alimentada por la formación de una justicia letrada<sup>(19)</sup>.

Barreneche menciona que, en la primera mitad del siglo XIX, la cuestión de la arbitrariedad de los jueces y la libertad para interpretar una legislación vaga y desordenada, en el Río de la Plata, hundía sus raíces en el procedimiento penal español. La discusión surgida a partir de la década del 20 en torno a la necesidad de fundamentar las sentencias

---

(15) Para una visión histórica más completa ver Abelardo Levaggi, “La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 6 (1978), pp. 45-73; Víctor Tau Anzoátegui, “Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina”, *Revista de Historia del Derecho*, n° 10 (1982), pp. 267-371; Luis María Bunge, “La motivación en las decisiones de los tribunales colegiados”, *Revista de Jurisprudencia Penal de la CSJN*, vol. 29 (2021), pp. 229-232.

(16) Levaggi, “La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano”, p. 48.

(17) Tau Anzoátegui, “Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina”, pp. 270-271.

(18) Bunge, “La motivación en las decisiones de los tribunales colegiados”, p. 230.

(19) Tau Anzoátegui, “Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina”, pp. 271-273.

tuvo entre sus participantes más activos a Cruz Cordero, Alsina, Cané, Castro y Esteves Seguí. La tesis de este último intentaba limitar el poder de los magistrados justificando sus decisiones con base en las pruebas. Manuel Antonio de Castro, por otro lado, rechazaba la idea de que se explicara el recorrido que un juez hacía para tomar una decisión. Los jueces, siempre según Barreneche, eran refractarios a cambiar sus prácticas<sup>(20)</sup>.

Hoy no existe, en principio, discusión alguna en cuanto a la necesidad, en el marco de un estado democrático de derecho, de que una sentencia judicial exponga los motivos de hecho y de derecho en que se funda.

### 3. SEGUNDA CUESTIÓN: ¿ES LA DELIBERACIÓN UNA CONDICIÓN NECESARIA PARA ARRIBAR A UNA DECISIÓN?

Superada la cuestión anterior, corresponde resolver si es obligatorio deliberar. En otra de las decisiones recientes en la que la Corte desarrolló ampliamente el requisito de fundamentos conjuntos para arribar a un pronunciamiento válido<sup>(21)</sup>, se menciona que “las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como el producto de *un intercambio racional de ideas entre ellos*”<sup>(22)</sup>.

---

(20) Osvaldo Barreneche, “Crime and the Administration of Justice in Buenos Aires 1785-1853” (Lincoln: University of Nebraska Press, 2006), pp. 84-85. Los proyectos constituyentes de la primera mitad del siglo XIX ponían en evidencia la preocupación por que el sistema judicial tuviera algo más de racionalidad. Así el proyecto para Buenos Aires de 1833, refería que la votación definitiva del Tribunal de justicia debía ser pública y que toda sentencia debía pronunciarse “por el texto espreso de la ley ó con manifestaciones de los principios legales á que se ajusta”, arts. CXXII y CXXVII. Otros textos imponían a los jueces la obligación de resolver conforme a derecho bajo amenaza de pago de costas y daños y perjuicios, aunque también validaban las penas impuestas “al arbitrio de los jueces”. Así, arts. 105 y 105 del Reglamento constitucional de Catamarca de 1823—p. 669—, arts. 6 y 7 del capítulo 21 del Reglamento Provisorio de Córdoba de 1821—p. 724—. En *Documentos constitucionales argentinos*, M. L. San Martino de Dromi (comp.) (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1994), pp. 626, 669 y 724, respectivamente.

(21) CSJN, “Recurso Queja n° 1 - Flamenco Nestor Atilio c/ M° Justicia —PFA— y otros s/ años y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte)”, 02/07/2020, *Fallos*, 343:506.

(22) El destacado me pertenece. La decisión remite, además, a numerosos antecedentes en el mismo sentido.

Cuando se trata de jurados, la deliberación plural parece asegurar ese intercambio de ideas, la comparación de puntos de vista, la escucha de razones que se pudieron haber pasado por alto. Menciona Farrell que las disidencias mejoran la deliberación del tribunal al permitir comprobar, mediante el confornte, la solidez de la posición mayoritaria<sup>(23)</sup>. Se ha relacionado este debate con el concepto de democracia deliberativa en general e incluso se ha sostenido su rango constitucional<sup>(24)</sup>.

Existen legislaciones como la brasileña, sin embargo, en las que el juicio por jurados implica la votación reservada y secreta de cada uno de sus componentes sin la mínima comunicación con los demás. La votación ordenada de las cuestiones se realiza depositando de manera secreta un voto afirmativo o negativo en una urna. Para lograr el anonimato los votos se sacan de a uno y se dejan de desinsacular en el momento en que se logra la mayoría (pues si se leyeran todos los votos y fueran todos ellos en el mismo sentido, se perdería el anonimato de quienes votan). Nadie sabe qué votó cada jurado que, además, tiene prohibido hablar con los demás mientras transcurre el tiempo de la toma de decisión<sup>(25)</sup>.

Tampoco en la antigua Grecia, uno de los paradigmas históricos del sistema que adopta la Constitución, el jurado debatía lo ocurrido durante el juicio. Es difícil pensar en una deliberación cuando se trataba de órganos compuestos por centenares o miles de votantes elegidos al azar, en los que la decisión se conocía luego de que se verificaba el resultado en el contenido de las urnas en las que cada jurado emitía su voto secreto y sin deliberación<sup>(26)</sup>.

---

(23) Farrell, “¿Cómo deben argumentar los jueces en los tribunales colectivos?”, p. 23.

(24) Así, por ejemplo, Vanina Almeida, “La garantía de deliberación y su eficacia práctica en el sistema anglosajón del juicio por jurados”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, nº 1 (2014), p. 6.

(25) Art. 466 incs. 2 y 3 del Código Procesal. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm).

(26) Luego de escuchar un resumen imparcial de lo ocurrido en el debate, los jurados debían votar inmediatamente. El sistema consistía en introducir una Piedra o una concha marina en dos urnas (una para absolución, otra para condena). Luego, en dos piezas de bronce, una de las cuales se encontraba agujereada para diferenciar el voto que se emitía. Luego se contaban los votos por una u otra decisión y ganaba la mayoría. Ver Simon Hornblower y Anthony Spawforth, *The Oxford Companion to Classical Civilization*, 2da. ed. (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 438.

De lo anterior se deriva que la multiplicidad de votantes puede ser pensada como una garantía para la adopción de una decisión más justa<sup>(27)</sup>. Se ha señalado, sin embargo, en el supuesto de procesos de conocimiento y toma de decisiones que el acercamiento a un resultado correcto con base en el aumento de quienes participan en él depende también de que las observaciones sean independientes, que cada juicio se produzca aislado del que emiten los demás, pues el sesgo compartido y la influencia de unos sobre otros no reduce los márgenes de error. “La práctica común de la discusión abierta da demasiada importancia a las opiniones de quienes hablan primero, que se colocan en primera fila y dejan a los demás detrás de ellos”, refiere Kahneman<sup>(28)</sup>. En sentido similar, se ha puesto de manifiesto, también en el caso de los jurados, que la deliberación podría conducir a una suerte de manipulación del resultado por quienes cuentan con más conocimientos, tienen más capacidad para monopolizar el debate o para llevar la discusión conforme sus ideas o intereses<sup>(29)</sup>. De ser así, la falta de comunicación entre jurados sería una regla que replicaría hacia adentro, el aislamiento impuesto respecto del exterior: conforme esta idea cada jurado debe mantenerse virgen de toda intervención desde afuera, e incluso, de la que pueda provenir de otro miembro del órgano que conforman.

Lo cierto es que, si se impone que los jueces deben resolver en conjunto por razones compartidas, solo pueden hacerlo sin contradecirse cuando han tenido un mínimo de deliberación entre ellos que les permita conocer lo que opina cada cual y así, por lo menos, confeccionar racionalmente un acta en la que se vuelquen sus conclusiones de la forma indicada. Con jueces que no intercambian criterios, la posibilidad de que valoren las mismas razones, sería obra del azar.

---

(27) El Canon 4º de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal establece: “El juzgamiento, en caso de delitos graves, deberá ser de la Competencia de Tribunales colegiados”.

(28) Daniel Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, trad. J. Chamorro Mielke (Buenos Aires: Debate, 2021), p. 116.

(29) En ese sentido, Valerie Hans, *El juicio por jurados, Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*, trad. por A. Harfuch (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014), p. 82.

#### 4. TERCERA CUESTIÓN: ¿ES NECESARIO QUE LOS JUECES COINCIDAN EN SUS RAZONES?

La Corte federal entiende que sin coincidencia de razones se afecta la certeza jurídica de las sentencias, el debido proceso y el derecho de defensa en juicio. En los tribunales colegiados se debe asegurar “una clara y explícita mayoría sustancial de fundamentos en sus decisiones”, pues de otro modo la parte podría escoger el fundamento que prefiera para recurrir. La Corte rechaza lo que denomina un “criterio puramente formalista”, de opiniones concurrentes, pues “las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas entre ellos”. Sin mayoría en los fundamentos, se “vacía al decisorio de toda fundamentación”. Los votos de los jueces, por ende, deben guardar una “mínima concordancia lógica y argumental” y no basarse en razones normativas discordantes. Según la Corte, no se trata de exigir que las opiniones de cada uno de los miembros del tribunal resulten idénticas, pues eso “no se condice con la naturaleza plural y deliberativa de esta clase de tribunales”. Aquello que los jueces colegiados deben asegurar es una deliberación que arribe a “un acuerdo mayoritario sobre un mínimo de razones comunes que constituyan el fundamento lógico y jurídico del fallo”, que es la voluntad del tribunal, incompatible con un pronunciamiento fundado “en motivaciones lógicamente desconectadas y/o sustantivamente inconciliables”. La Corte ha sostenido que, sin mayorías comunes, los litigantes quedan en estado de indefensión pues deben “construir el eje argumental (mayoritario) de una sentencia que carece de tal referencia, lo que la descalifica como acto jurisdiccional válido”. El derecho de defensa, siempre según la Corte, se ve vulnerado cuando al impugnar una resolución las partes deben decidir cuál argumento criticar<sup>(30)</sup>. En definitiva, como bien menciona Farrell, para la Corte, “las razones de los jueces son parte del resultado”<sup>(31)</sup>.

García, en coincidencia con Farrell refiere que el consenso sobre las cuestiones a votar y su orden permite reconocer si se llegó a una mayoría en cada punto. Señala que “si se exigen razones, en el caso de

---

(30) Fallo “Flamenco”, ver nota 21.

(31) Farrell, “¿Cómo deben argumentar los jueces en los tribunales colectivos?” p. 19.

los tribunales colegiados es necesaria una concordancia de razones al menos en número suficiente para formar mayoría” y evitar que el resultado quede sin razón alguna que válidamente lo sustente<sup>(32)</sup>.

Garay, sin embargo, cuestiona la idea de que los jueces no puedan válidamente resolver por razones distintas. En todo caso, ello puede debilitar el fallo como precedente, pero no impide su resolución<sup>(33)</sup>. Se privilegia así la función judicial de dirimir conflictos por sobre la de dar estabilidad a las normas mediante la creación de precedentes que conformen patrones homogéneos de regulación. Una decisión tomada con fundamentos disímiles resuelve el caso, pero puede ser poco clara como regla aplicable hacia el futuro.

Si es verdad que la conjunción de razones permite generar precedentes, la necesidad de dicha conjunción es más grande en los tribunales de mayor jerarquía pues imponen su criterio a los jueces cuyas sentencias revisan. Podría bautizarse esta regla como la del *valor incremental de la coincidencia de razones*, conforme la cual, si los tribunales superiores imponen lecturas de la ley y reglan el modo en que deben aplicarse los principios por los demás tribunales, deberían cumplir con la máxima de resolución deliberativa con conclusión conjunta. A mayor proyección del tribunal, mayor obligación de generar mayorías concordantes. Por el contrario, la resolución del conflicto por órganos judiciales ordinarios, privilegiaría esa resolución por sobre la doctrina a futuro.

Garay refiere, además, que usualmente las personas toman decisiones en conjunto, pero no lo hacen por las mismas razones, ya que los individuos piensan y valoran siempre de manera distinta. Sería artificial pretender que los acuerdos se fundaran en las mismas razones, cuando ello no es lo que ocurre en la vida cotidiana<sup>(34)</sup>. En el mismo sentido, mencionan Legarre y Rivera que los integrantes de los tribunales colegiados son (o debieran ser) personas inteligentes que probablemente

---

(32) Luis García, “El caso ‘Quiroga’ o el primer golpe de demolición al actual sistema de enjuiciamiento criminal en el orden nacional: reconstruyendo entre las ruinas hasta que se acuerde un plan de construcción alternativo”, en L. Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 2 (Buenos Aires: Hammurabi, 2007), pp. 182-332.

(33) Alberto Garay, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013), p. 182.

(34) *Ibid.*, pp. 183 y ss.

tengan propuestas de solución diversas para los numerosos problemas que les son sometidos a su decisión<sup>(35)</sup>.

Conforme surge del extracto de la sentencia de Corte citado, no se trata de que los razonamientos sean “idénticos”, sino de que tengan “un mínimo de razones comunes”, lo que nos pone sobre aviso en cuanto a cierta maleabilidad al momento de decidir. Una elasticidad que, sin embargo, tiene un límite. La Corte ha considerado ficticia la decisión cuando quien dirime un voto dividido lo hace mencionando que, si bien no acuerda con ninguno, se vuelca por aquel que está más cerca de su pensamiento al solo efecto de conformar la mayoría<sup>(36)</sup>.

No es difícil acordar con Garay en cuanto a que el forzamiento de consensos por razones comunes apunta a un tipo ideal de solución que no se compadece con la experiencia cotidiana en torno a las formas de decidir de cualquier grupo de personas. El modelo que propugnan la Corte, la constitución bonaerense y las leyes que organizan la justicia puede, además, volverse auto frustrante: una suerte de fuerza centrífuga que impone a cada juez que hable conforme sus razones y otra centrípeta que impone a los jueces que esas razones de cada cual sean, a la vez iguales: deben pensar lo mismo para que la sentencia sea válida. Una invitación al acercamiento que puede serlo, también, a travestir las convicciones.

El argumento relacionado con la afectación del derecho al recurso no parece convincente. Visto desde la perspectiva de quien debe apelar es justo al revés. A la parte perdedora en una decisión cuya mayoría está formada por opiniones diversas le resulta más fácil elegir responder a varias razones que a una sola. Pues si con vencer en cualquiera de ellas rompe la mayoría que le era contraria, obtendrá la revocación de la decisión.

---

(35) Julio César Rivera (h.) y Santiago Legarre, “Quórum y mayoría en la Corte Suprema”, *Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, IV (2008), pp. 3-28.

(36) Se trata del Fallo “Etchevehere, Arturo R. y otro c/ Gilberto Izaguirre”, 04/05/1982, *Fallos*, 304:590. La Corte revocó la decisión por entender que “esta manifestación carece de virtualidad para constituir mayoría, toda vez que aparece como una afirmación producto de la mera voluntad del magistrado, contraria, por lo demás, a su propio convencimiento y a la conclusión razonada a que antes había llegado”. Garay refiere que la revocación de la Corte es por considerarlo un voto “insincero”. Véase Garay, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, p. 185.

Pareciera, entonces, que la conjunción de razones construye una decisión más sólida, permite identificar una doctrina determinada y genera más seguridad jurídica. Pero, al mismo tiempo, fuerza la toma de decisiones traccionando los razonamientos para lograr cierta uniformidad que puede no corresponderse con aquello que cada juez sostiene.

### **5. CUARTA CUESTIÓN: ¿LA COINCIDENCIA EN LAS RAZONES DEBE CUMPLIRSE RESPECTO DE TODO AQUELLO QUE ES MATERIA DE RESOLUCIÓN?**

La regla de mayoría se proyecta sobre cada punto litigioso abordado por la solución adoptada. Podría proyectarse a la convicción que genera la prueba ventilada en el debate. Supongamos un hecho delictivo ventilado en un juicio en el cual al primer juez pudo haberlo convencido una filmación, pero no los testigos, mientras que al segundo la filmación le pudo parecer borrosa y confusa, pero no así las declaraciones de los testigos que le impresionaron veraces. Un juez puede creerle al testigo de cargo A, pero no a B y el segundo, a la inversa. Las razones por las que cada uno de ellos llegó a la conclusión no hace más que poner en evidencia lo que es parte de nuestra experiencia cotidiana: no nos impacta a todos todo de la misma manera, no nos genera la misma confianza, no nos produce el mismo efecto.

De lo anterior puede colegirse que las bifurcaciones de fundamentos en las causas que se someten a decisión judicial dependen de la habilidad de las partes para generar cuestiones a resolver, máxime en un procedimiento acusatorio. En materia penal, por ejemplo, cuanto más cuestione la defensa cada punto que pueda ser discutido de la acusación, más encrucijadas se generan en las que los jueces deberán acordar una mayoría por las mismas razones<sup>(37)</sup>.

---

(37) No hace falta recurrir a un hecho demasiado complejo. Imaginemos un robo cometido por varias personas, una de las cuales tiene 17 años, en que una de ellas golpea con un palo a la víctima y son detenidos minutos después del hecho: ¿hubo apoderamiento consumado, banda, acompañamiento de un menor, la condición de despoblado del lugar, uso de arma impropia, la calidad de las lesiones, el modo en que concursan o no con el apoderamiento, la autoría de cada participante? Y según las condiciones de cada cual ¿puede discutirse el alcance del error o la prueba de aquello que conocían, la culpabilidad, el carácter de reincidente? Esto sin considerar las discusiones probatorias. Se aprecia así que una Defensa que cuestione más ele-



Otras veces, ocurre que un juez adhiere al voto que le antecede solo en alguna de sus partes. Es normal ver en varios fallos de Corte que un juez solo expresa su acuerdo con determinados considerandos del voto precedente. Aquí, de nuevo, podría pensarse que si quien votó primero necesitó volcar todo un caudal argumentativo para fundar su convencimiento, no es claro que la adhesión parcial sea suficiente para conformar una mayoría. El primer votante podría no haber tomado la misma decisión si se trunca parte de su voto y quedara solamente lo que el segundo comparte.

Farrell, en este sentido, menciona que los jueces, con cierta habitualidad, continúan fundamentando una decisión, a pesar de que lo dicho hasta allí ya da por resuelta la cuestión<sup>(38)</sup>. Es decir que dicen más de lo que habían necesitado y generan así posibles puntos litigiosos al momento de evaluar la sentencia en su totalidad.

Algo de ello ocurre con los *obiter*, que vienen a complicar el escenario. La Corte define al *obiter* como “un razonamiento que no es relevante para la solución del caso y que, por ello, carece de todo efecto normativo”<sup>(39)</sup>. Ha dicho que se trata de “meras consideraciones innecesarias para resolver fundadamente el asunto y que jamás hubiesen bastado por sí solas para sostener la decisión”<sup>(40)</sup>. También que no todos los razonamientos tienen efecto normativo, sino solo aquellos que son relevantes para la solución del caso<sup>(41)</sup>.

---

mentos, obligará al tribunal a generar más acuerdos sobre puntos en los que las discusiones y disensos se multiplican.

**(38)** Farrell, “¿Cómo deben argumentar los jueces en los tribunales colectivos?”, p. 24.

**(39)** En CSJN, “Verbitsky, Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen”, 13/06/1989, *Fallos*, 312:916.

**(40)** En CSJN, “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro”, 14/04/2015, *Fallos*, 338:249. Ha sostenido también que las expresiones que no se refieren a la cuestión debatida en la causa, “constituyen un ‘*obiter dictum*’ que no debe considerarse como jurisprudencia del Tribunal en sentido propio” (en CSJN, “Fornasini de Ponce, Margarita M.”, 23/05/1951, *Fallos*, 219:583) y que los *obiter* no integran la unidad lógico jurídica que es la sentencia, pues no son motivaciones que sirvan de base la decisión, “no forman parte, por ello, de un precedente que sea invocable como tal y que posea autoridad institucional”, en Riveros, del 11/12/1990, *Fallos*, 313:1392, voto de Petracchi y Oyhanarte. .

**(41)** Señala Garay que las razones que refuerzan un razonamiento pero que no son centrales en su definición, aparecen en las sentencias con introducciones del tipo “a mayor abundamiento”, “en subsidio”, términos que funcionan como santo y seña,

Ahora bien, si, por un lado, la sentencia está compuesta por su contenido dispositivo y por los razonamientos que llevan a ese contenido, pero dentro del conjunto de razonamientos fundantes de la decisión, algunos son irrelevantes para la solución adoptada y, por ende, carecen de efecto normativo; ello debiera ser expresamente señalado por quien emite su voto, porque de otro modo, será el intérprete quien en cada caso elige qué le parece relevante y qué no.

La diferencia entre *obiter* y *holding* puede constituir una clasificación teórica fácil de definir en abstracto, pero llevada al modo en que se vuelcan en las decisiones, queda sometida a la valoración de lo accesorio y lo principal; algo que, en la práctica, carece de contornos definidos y que puede, además, volverse un instrumento de manipulación. El reconocimiento de qué es principal y qué es accesorio, indudablemente, puede convertirse en una empresa complicada<sup>(42)</sup>.

En ese sentido, mejor sería no incluir en la sentencia razonamientos que no realicen un aporte esencial a la cuestión. Poco sentido tiene pretender que los fallos sienten doctrina sobre el modo en que debe entenderse un principio del derecho o la regulación de una ley si esa doctrina deberá ser discriminada entre argumentos relevantes o irrelevantes, cuando lo que debiera bastar es comprobar si se trata de un criterio de la mayoría o no. No parece razonable que una mayoría fije una regla a modo de *obiter* y luego la modifique en otro fallo, aludiendo que ahora tiene valor porque es central, pero antes no lo tenía porque era un razonamiento accesorio.

---

como marca de nacimiento que los permite diferenciar del argumento central (Garay, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, p. 119). La propia Corte ha señalado que el tratamiento de puntos bajo la consideración de “a mayor abundamiento”, son *obiter dicta* que agregan mayor convicción a las conclusiones (CSJN, “Compañía Azucarera Tucumana SA”, 02/06/1955, *Fallos*, 292:84). Refiere Cucatto que la frase “a mayor abundamiento” es conceptualizada como “además” o “con mayor fuerza y seguridad”, por lo que, estrictamente, indicaría que “el argumento que introduce es el que posee más valía entre todos los propuestos para sostener una conclusión”. Refiere que, sin embargo, en el lenguaje judicial se entiende como “sumaría información que, sin bien es importante, resulta accesorio y de refuerzo, ‘excesiva’ (en cuanto a la cantidad) y con cierto matiz negativo (en cuanto su valoración enunciativa)”. Mariana Cucatto, “Algunas notas sobre ‘a mayor abundamiento’ en el discurso jurisdiccional”, *Centro de Estudios de Teoría y Crítica Literaria. Cátedra de Filología Hispánica*, UNLP. FAHCE. Disponible en: <http://jornadasfilologiaylinguistica.fahce.unlp.edu.ar/v-jornadas>.

(42) Es, según Garay, “una de las tareas más complejas”. Véase Garay, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, p. 124.

Una primera opción sería la eliminación del concepto de *obiter*. Después de todo, ¿qué necesidad tiene un tribunal de aportar razonamientos que no hacen a la decisión, pero que corren el riesgo de ser así interpretados por quien los lee. De modo que, o se elimina lo secundario, o se agrega al eje argumental de modo que todo razonamiento compartido por la mayoría tenga igual valor normativo. En el caso de la Corte Federal, si los cinco miembros definen una regla de derecho por unanimidad en lo que puede considerarse un *obiter*, esta regla debería ser considerada la doctrina a aplicar en lugar de someter a los ciudadanos a la tarea de desentrañar su relevancia en aquello que debía resolver<sup>(43)</sup>.

La propia Corte parece no respetar una estricta delimitación en cuanto al poder y a los efectos del *obiter*. En Bertuzzi, por ejemplo, señala que, en un caso anterior de 1963, “a modo de *obiter dictum*, esta Corte recordó que la salvaguarda de la investidura judicial ante amenazas de otros poderes comprende la de *desconocerse la facultad de su traslado, no consentido, del asiento de su jurisdicción*”<sup>(44)</sup>. La cita asignaba un valor relevante a aquello que se habría incluido en el fallo sin intención de generar doctrina. En “Rodríguez c. Google”, la Corte señaló la conveniencia de expedirse “a modo de *obiter dictum* y como orientación” sobre una regla de atribución de responsabilidad vinculada a ese tipo de buscadores. Parece razonable que esa regla pretende ser norma de comportamiento a futuro y que la Corte espera que sea aplicada por los jueces<sup>(45)</sup>.

Lo cierto es que, a los efectos de la conformación de las mayorías, aquí no se discute la capacidad normativa a futuro de una regla que

---

(43) En el caso “Arriola”, por ejemplo, uno de los jueces de la Corte fue más allá de lo que se resolvía y en su interpretación del contenido del art. 19 CN sostuvo que en nuestro derecho “no son admisibles los delitos de peligro abstracto” (CSJN, “Arriola Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, 25/08/2009, *Fallos*, 332:1963, voto de Lorenzetti, consid. 18). Supongamos que todos los miembros del tribunal hubiesen adherido a esa tesis, que haría caer el delito de tenencia de arma de guerra, por ejemplo, ¿cuál sería el motivo por el cual ese *obiter* no podría ser tenido como doctrina de la Corte? ¿Acaso sería razonable que en otro caso la Corte dijera lo contrario?

(44) En “Bertuzzi”, con la referencia al fallo “Masi”, de 1963, *Fallos*, 256:114, no queda claro si se trata de un *obiter* en Bertuzzi que remite a otro o un *obiter* de 1963 convertido en *holding* en 2020. Ver, CSJN, “Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN - PJJN y otro s/ amparo ley 16.986”, 03/11/2020, *Fallos*, 343:14573; CSJN, “Masi, Alfredo”, 1963, *Fallos*, 256:114.

(45) CSJN, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28/10/2014, *Fallos*, 337:1174.

puede ser *obiter* o *holding*, sino la incidencia que un razonamiento determinado puede tener para fundar la decisión del caso concreto (aunque no incorporen reglas o fijen principios). Lo que sí queda en pie, es la evidencia de la dificultad para diferenciar lo principal de lo accesorio. Ello se traslada en cada fallo a la determinación de cuáles son las partes de un voto anterior a las que un segundo juez podría no adherir, sin afectar la validez de la decisión conjunta.

## **6. QUINTA CUESTIÓN: ¿CONDICIONA EL MODO U ORDEN EN QUE SE FORMULAN LAS CUESTIONES EL RESULTADO DE LA DECISIÓN?**

El trabajo de Farrell sobre mayorías describe con claridad y sencillez lo atinente al modo en que los puntos a decidir deben ser planteados por quienes conforman el colegiado. Para posibilitar el acuerdo, deben decidir cuáles son las cuestiones, de qué modo se plantean, en qué orden. Ello no puede estar previsto por completo de manera genérica pues, salvo aquellos que la ley pueda considerar esenciales, “difícilmente el legislador pueda predecir *a priori* la complejidad de cada uno de los casos que los jueces deberán decidir”<sup>(46)</sup>.

Se trata de encontrar las preguntas adecuadas que permitan el recorrido para formar mayorías. En la práctica, los jueces fragmentan las decisiones en esos puntos donde las opiniones se dispersan, para encontrar el modo de reencauzarlas<sup>(47)</sup>.

Piénsese el caso de un delito doloso en un tribunal que estuviera formado por jueces que estructuran la teoría del delito a la manera causalista y a la manera finalista. Si la falta de dolo es condición para votar que el hecho no existió para el segundo, pero debe entenderse como una ausencia de culpabilidad en el tercero; las decisiones pueden ser distintas de parte del tribunal si estructura la solución solo bajo la

---

(46) Farrell, “¿Cómo deben argumentar los jueces en los tribunales colectivos?” p. 32.

(47) Bunge menciona que Alsina, uno de los defensores de la necesidad de que los jueces fundaran sus sentencias y que lo hicieran por cuestiones, había puesto de manifiesto el cuidado que debía tenerse en la formulación de esas cuestiones pues ello incidía en la decisión a adoptar. Bunge, “La motivación en las decisiones de los tribunales colegiados”, p. 241.

forma clásica (hecho, participación, culpabilidad, eximentes) y los jueces son inflexibles en el modo en que razonan la teoría del delito. En cambio, quizás, preguntando simplemente si hubo dolo, con independencia de donde este pueda situarse los jueces llegarían a otra conclusión. Las cuestiones sobre las que puede discrepar un tribunal son cuantiosas (desde categorías jurídicas a cuestiones probatorias como la validez de un acta, valor probatorio de un documento, admisibilidad de una prueba, incorporación de una prueba por escrito al debate, etc.). Una vez terminado un debate, en caso de discrepancias sobre cuestiones diversas, es necesario trazar un mapa de esas cuestiones que permita llegar a una conclusión común. Pareciera, entonces, que el modo en que se plantean no es inocuo ni un mero instrumento para superar contradicciones, sino que, además, puede utilizarse para condicionar la solución a la que se pretende llegar.

## **7. SEXTA CUESTIÓN: ¿POR QUÉ A LOS JUECES LES CUESTA FORMAR MAYORÍAS?**

El hecho de que sea necesario el consenso de personas que piensan y razonan diferente, —cuando hay desacuerdo— impone a la construcción de una verdad por correspondencia propia de toda sentencia judicial, un componente de lo que podríamos llamar verdad como consenso. En cuanto a lo primero, el sistema de justicia penal pretende que aquello que se dé por probado sea lo que sucedió y no otra cosa. De ese modo se entiende la afirmación de la Corte conforme la cual, “la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de justicia”<sup>(48)</sup>.

Ahora bien, cuando se les exige a los jueces que acuerden una solución en la que expresen por mayoría un mismo fundamento, cuando el sistema empuja a acomodar en parte el criterio individual para alcanzar la mayoría, ocurre que a la verdad como correspondencia se le agrega el componente de esta suerte de verdad consensuada. La adopción de una proposición como cierta no solo lo es porque que sale de una prueba que así lo determine, sino también porque esa proposición que afirma o niega un hecho fue moldeada con el objeto de llegar a la uniformidad necesaria para validar lo resuelto. La comprobación de la

---

(48) *Fallos*, 238:550; 306:1846; 328:4818, entre otros.

verdad empírica no deja de ser el eje del servicio de justicia, pero su expresión queda atravesada y moldeada por el filtro del consenso.

Pero ¿por qué les cuesta tanto a los jueces llegar a ese consenso? No es solo la dificultad propia de todo colectivo de razonar de la misma manera lo que dificulta el cumplimiento de la regla impuesta por la Corte. La confluencia en la decisión de parte de profesionales con formación y concepciones diferentes demuestra, muchas veces, la rigidez de quienes deciden para adaptar criterios que puedan resultar los más adecuados al caso. Casos en que no logran un acuerdo por preferir hundirse en la propia construcción del derecho antes que tender puentes que permitan la solución del caso.

Señala con razón Morgenstern la existencia “un acentuado narcisismo de las pequeñas diferencias y ello hace que sea muy dificultoso trabajar en forma colectiva e impactar en el resto de la sociedad realmente como un equipo”<sup>(49)</sup>.

A cualquiera que haya trabajado en el poder judicial le resulta conocido y probablemente sepa de las dificultades que puede traer la convivencia laboral de magistrados con dificultades para trabajar en conjunto, que se llevan mal o que, a veces ni se hablan (un escenario que puede alcanzar ribetes entre patéticos y cómicos si no se tratara de la administración de justicia). Un examen empírico sobre este fenómeno, probablemente, llegaría a la conclusión de que la imposibilidad de formar mayorías en muchos tribunales no se debe a razones jurídicas, sino a la mala relación entre los jueces. Quizás por esto también la propia Corte federal no hace más que reproducir los defectos que achaca en ojo ajeno. En verdad, es increíble la persistencia del máximo tribunal del país en no poder formar las mayorías que él mismo entiende esenciales para la validez de la decisión<sup>(50)</sup>.

---

(49) Federico Morgenstern, “Sentencias de tribunales colegiados: problemas relacionados con la formación de mayorías”, *Jurisprudencia Argentina. Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 3 (2011).

(50) En varios de los textos que aquí se citan, se pasa revista de muchos de los fallos en los que la Corte decide disgregada, sin un hilo conductor que permita definir una mayoría de criterios. Morgenstern cita lo ocurrido en el fallo “Fabris, Marcelo H. c/ Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación)”, 03/10/1988, *Fallos*, 311:2023 (Morgenstern, “Sentencias de tribunales colegiados”, pp. 6-10). Allí justamente se buscaba la nulidad de un fallo de Corte por haber incumplido la regla de la concordancia de razones en los votos de una supuesta mayoría. En ese fallo, dictado por conjueces, cuatro de ellos resolvieron que bastaba con que el fallo cuestionado tuviera mayoría

Otra dificultad que quizás razonablemente juega en este punto es que el juez que estaría dispuesto a aproximar posiciones en la resolución de un fallo no desea sentar un precedente discrepante con sus propios votos anteriores. Sucede con algo más de habitualidad, sobre todo, en tribunales desintegrados que requieren de la suplencia de jueces de otros colegiados o que resuelven causas con competencia unipersonal. La disyuntiva es respecto de la posible tensión entre la coherencia individual y la del colegiado.

A veces, por otro lado, la falta de diferencias se da por razones más pedestres. No es inhabitual que muchos tribunales dividan las causas entre los jueces, de modo que cada cual lleva la voz cantante en el juicio que le toca y los demás hacen de *partenaires* que se limitan a homologar lo que hace su compañero.

## **8. ÚLTIMA CUESTIÓN: ¿CUÁNTO DEBE EXIGIR UN TRIBUNAL REVISOR EN LA CONJUNCIÓN DE RAZONES DE QUIENES DICTARON UNA SENTENCIA?**

La exigencia de consenso y adecuación de razonamientos en búsqueda de una voluntad común, debiera también ser el criterio con el que los tribunales superiores leen y juzgan una sentencia de un colegiado. Deberían leer los fallos desde una perspectiva similar a la que proponen para su escritura. De hecho, si la consecuencia del desacuerdo es la nulidad, debieran fortalecerse las lecturas que permitan dar cuenta de un acuerdo, pues es regla en todos los códigos procesales la interpretación restrictiva de la nulidad.

A veces, sin embargo, la Corte exige un grado de conformidad sin hendidura alguna, cuando una lectura menos rígida de la sentencia recurrida permitiría encontrar los ejes comunes que estructuran la decisión.

---

de conclusiones, aunque ello no se reflejara en los razonamientos, pues se conformaba, en definitiva, una “mayoría real” en la que se identificaba un vencedor y un vencido. En minoría, el conjuez Benchetrit Medina calificó de soberbia a la actitud de nulificar las decisiones de los demás y negarse a hacerlo en las propias cuando el vicio es el mismo.

No es poco habitual que la Corte observe una diferencia insalvable donde solo hay un matiz<sup>(51)</sup>.

Dos ejemplos quizás sirvan para entender la cuestión.

El primero de ellos es la causa “Flamenco”<sup>(52)</sup>, algunos de cuyos considerandos han sido citados a lo largo del trabajo, y cuyo derrotero pareciera representar la quintaesencia de un Estado enredado en su propia torpeza. Se discutía allí una indemnización reclamada por la víctima de un choque entre dos vehículos de la policía federal. El damnificado era un policía que iba de acompañante en un móvil con sirena y luz verde trasladando dos detenidos, cuando fue embestido por un camión autobomba, también con un policía al volante. El reclamo se dirigía contra el Estado Nacional —en función de la responsabilidad del principal por el dependiente y de ser el propietario del camión—. La Sala de tres jueces debió ampliarse a cinco porque no lograron conformar mayoría. El primero entendió que la pretensión se regía por el régimen de responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa (art. 1113, segundo párrafo, del Cód. Civil vigente al momento de los hechos). El segundo entendió que como ambos tenían prioridad de paso, debía ser repartida la responsabilidad (50% y 50%). El tercero, que el reclamo debía ser vehiculizado por la vía administrativa. Los dos jueces que vinieron a sumarse al tribunal para lograr una mayoría entendieron que se aplicaba el art. 1113 del Cód. Civil derogado. La Corte, nueve años y medio después del choque, revocó la decisión. Consideró que no había habido mayoría de opiniones. Del resumen del fallo no se entiende del todo por qué, pues el primer juez y los dos últimos aplicaron el art. 1113 del viejo Cód. Civil. La Corte menciona que, dentro de esa mayoría, hay

---

(51) Sin con ello pretender lo mismo, resulta llamativa la perspectiva diametralmente opuesta de la Corte cuando se trata de validar violaciones a otros derechos constitucionales como el ingreso en la intimidad de las personas. En esos casos, lamentablemente, es generosa al momento de descubrir fundamentos donde no los hay. Así, en “Minaglia”, validó un allanamiento ordenado sin referencia alguna a los fundamentos que motivaron su decisión, pero que sí surgían de la lectura del expediente (CSJN, “Minaglia Mauro Omar y otra s/ infracción ley 23.737”, 04/09/2007, *Fallos*, 330:3801). En “Silva”, del 03/11/2015, en lo referente a la interceptación de llamadas telefónicas, se entendió suficiente fundamento a la remisión genérica de los elementos colectados en el expediente.

(52) Ver nota 21. Este fallo es también comentado por Bunge, “La motivación en las decisiones de los tribunales colegiados”, pp. 237 y ss.



quienes entendieron aplicable el precedente “Mengual”<sup>(53)</sup> y quienes consideraron que no lo era. La mención de este precedente es sumamente interesante si se tiene en cuenta que se trata de un fallo en el cual la propia Corte no había conformado mayoría. En dicha oportunidad, en el tribunal (de nueve miembros) cuatro jueces votaron en un sentido, tres concurrieron en otro y dos votaron en disidencia. Los tres que concurrieron disentían con los cuatro justamente en aquello que conforma el centro del fallo “Flamenco”. Como si fuera poco, en ese fallo “Mengual” los cuatro primeros jueces pasaron revista de una serie de antecedentes de la Corte en donde el propio tribunal había cambiado de criterio varias veces frente a casos similares. En resumen: En una causa donde un vehículo estatal manejado por un funcionario estatal choca a otro vehículo estatal manejado por otro funcionario estatal, se demanda al Estado, cuyos jueces, para alcanzar mayoría, llaman a otros jueces pero aun así su mayoría no conforma a la Corte Suprema que resuelve que no hay mayoría con base en una discordancia sobre un antecedente de esa Corte que tampoco tenía mayorías y que, además, aceptaba que la materia de discusión había sido resuelta repetidas veces de formas diversas. Casi diez años después del hecho, el expediente retrocedió varios casilleros en busca de una nueva resolución.

El segundo fallo es *Atamañuk*<sup>(54)</sup>, en el que se investiga lo ocurrido el 8 de octubre de 2006, en la provincia de Santa Fe, cuando chocaron un camión y un micro en el que viajaban estudiantes y docentes de un colegio secundario de la ciudad de Buenos Aires que se dirigían a la provincia del Chaco en una actividad solidaria. Murieron a raíz de la colisión doce personas. Desde el inicio del proceso hasta la intervención de la Corte se habían llevado adelante tres juicios contra el imputado. Fue absuelto en el primero, en 2009; anulada la sentencia, se realizó otro juicio en 2011 donde fue condenado a tres años de prisión en suspenso y, anulado también ese segundo juicio, se realizó un nuevo en 2013, donde fue vuelto a condenar, esta vez a dos años y medio de prisión. Luego de ello, en 2014, la cámara de apelación en lo penal de Rafaela revocó la condena y dictó el sobreseimiento por prescripción de la acción, que fue ratificado por el superior tribunal pro-

---

(53) CSJN, “Mengual, Juan y otra c/ Estado Nacional (M° de Defensa EMGE) s/ cobro de australes”, 19/10/1995, *Fallos*, 318:1959.

(54) CSJN, “Atamañuk, Oscar Eduardo s/ homicidio culposo (art. 84, 2° párrafo)”, 11/07/2019, *Fallos*, 342:1155.

vincial. De los dos argumentos ventilados en el recurso ante la Corte, el que aquí interesa es aquel por el cual la acusación entendía que no había mayoría concordante de opiniones. Al resolver la prescripción, y tratándose de un delito con una pena máxima de cinco años de prisión y diez de inhabilitación, el primer juez había considerado que la acción no había fenecido porque correspondía tomar los diez años de inhabilitación para fijar el plazo de prescripción. Los otros dos, que votaron por la extinción, entendieron que el plazo debía calcularse en función de la pena máxima de prisión (cinco años). La Corte, hizo lugar al planteo acusatorio que veía una discrepancia esencial en los fundamentos dados por cada uno de ellos a la prescripción respecto de penas conjuntas, a pesar de que igualmente, para ambos, debía resolverse la prescripción determinada por la pena de prisión del art. 94 del Cód. Penal<sup>(55)</sup>. La Corte exigió que razonaran todo de la misma manera y revocó la decisión. La consecuencia es la vuelta del expediente a una instancia intermedia dentro del sistema provincial para que se tomara una nueva decisión<sup>(56)</sup>. Habían pasado tres juicios y casi 14 años del hecho que dio origen a la causa.

Como puede apreciarse, en los dos casos la Corte bien pudo entender que una mayoría de jueces aplicaba el art. 1113 del viejo Cód. Civil o que otra mayoría coincidía en que la norma a aplicar imponía el plazo de cinco años para la prescripción. Su elección, en cambio, exhibe que,

---

(55) No pretendo cansar al lector con tecnicismos propios de una sentencia que es traída como ejemplo, pero para ahondar un poco más: uno de los jueces de la mayoría entendió que siempre la prescripción de la pena cualitativamente más grave conforme el art. 5 del CP es la que determina el plazo, mientras que para el otro ese plazo dependía de la cantidad de pena amenazada en cualquiera de las penas conjuntas sin que sea relevante la calidad de cada una de esas penas. Lo cierto es que como la limitación que la pena de inhabilitación temporal nunca superará el año, en la práctica, los efectos son exactamente los mismos para todos los casos en ambos votantes, pues cada vez que haya pena de prisión e inhabilitación conjuntas, siempre regirá el plazo de la pena de prisión que nunca es menor a los dos años (mientras que la inhabilitación temporal, como se dijo, no puede superar el año). Como se ve, la Corte sobrevaluó una discrepancia que bien podía entenderse como meramente accesorio.

(56) Haciendo lugar a este agravio de la acusación, la Corte, además, olvida toda una serie de discusiones que en otras oportunidades entendió fundamentales como la validez de, no uno sino, dos reenvíos luego de la declaración de dos nulidades de juicios precluidos, o la continuidad de un proceso cuya duración llevaba casi 13 años al momento del fallo que ordenó que fuera retrotraído a instancias anteriores. En este sentido, el fallo es otro ejemplo en el que, aunque la discordancia no es entre los jueces de la mayoría, sí lo es con las sentencias que la propia corte dictó en otras causas.

si los jueces no adhieren sin más, sus explicaciones personales pueden dar lugar a intersticios, a espacios de juego en los que quien lea el fallo pueda encontrar diferencias a las que adjudicar una sustancia que quizás no contenga.

La misma rigidez que puede achacarse a ciertos jueces cuando se muestran incapaces de llegar a un acuerdo, se ve muchas veces en el modelo de lectura de la Corte cuando las revisa.

## 9. LA FUNCIÓN JUDICIAL DE DECIDIR O DE CÓMO NO FALLAR EN EL INTENTO

El texto de Farrell sobre conformación de decisiones mayoritarias en los tribunales colegiados se ha convertido en una cita obligada cuando se trata de pensar el estándar de acuerdo exigible para dictar una sentencia válida. En las ideas desarrolladas hasta aquí he intentado ahondar algunas de sus derivaciones.

En otros de sus trabajos, dedicado a analizar las decisiones judiciales, Farrell indaga sobre la respuesta apropiada, desde la filosofía de Bentham, al dilema de quien debe resolver conforme al utilitarismo de reglas, cuando aquello que decide, en ese caso específico, contradice la maximización de la felicidad desde una perspectiva del utilitarismo de actos<sup>(57)</sup>. Por otro lado, una de sus frases predilectas es “un juez que nunca dicta una sentencia cuyo resultado le desagrada, no es un buen juez”<sup>(58)</sup>. Podría trazarse entre esta última idea, la de la construcción de mayorías y la referida al utilitarismo de reglas en el marco de la filosofía de Bentham, una línea marcada por su preocupación con relación a un ideal regulatorio que someta el accionar de los jueces al mismo modelo republicano que se impone a la comunidad cuyos conflictos debieran resolver. ¿Qué hace un juez cuando conforma un tribunal que debe decidir un conflicto, pero discrepa con los demás integrantes en las soluciones a adoptar? ¿Cómo debe actuar cuando se enfrenta a un caso

---

(57) Martín Farrell, “La teoría de Bentham sobre la decisión judicial: Dos modelos en conflicto”, en *Filosofía moral, política y derecho* (Buenos Aires: UP-La Ley, 2020), pp. 195-217.

(58) O, al menos, una de mis frases predilectas de Farrell. Citada, además, por Andrés Rosler, en *La ley es la ley* (Buenos Aires: Katz Editores, 2018), p. 16.

que entiende que sería más justo resolver de una manera diferente a la que traza la regla general? ¿Cómo resolver cuando se pone en tensión la propia decisión con las exigencias impuestas en una sociedad democrática? Farrell responde: dividir en cuestiones, aunque se llegue a un resultado no querido para cumplir con la regla de la mayoría; respetar el utilitarismo de reglas, aunque para ese caso pueda parecer insatisfactorio si aceptamos un sistema de reglas destinado a maximizar el bien común; dictar sentencia, aunque el resultado desagrade, cuando de lo que se trata, es de ser buen juez.

# ¿SON *PRIMA FACIE* LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS?

*Hugo R. Zuleta*

## 1. INTRODUCCIÓN

Las obras de Martín Farrell se caracterizan por la claridad con que expone sus ideas, su agudeza y rigor argumentativo y un estilo directo y provocativo, que siempre invita a la reflexión y la discusión racional. Esto, sumado a que me unen a Martín varias décadas de amistad y colaboración académica, hacen que me sienta muy feliz de poder participar en este merecido homenaje a un intelectual de primer nivel.

En su artículo “Las obligaciones jurídicas como obligaciones *prima facie*”<sup>(1)</sup>, Martín Farrell sostiene que todas las obligaciones jurídicas, con una sola excepción, son obligaciones *prima facie* “porque la exigencia del debido proceso legal impone que el demandado sea oído, garantizándole el derecho de defensa”, y este tiene la posibilidad de “proporcionar excusas admisibles para su proceder”<sup>(2)</sup>. La única excepción está dada por la obligación del juez de escuchar al demandado o acusado. Esta sería una obligación ‘pura’, lo que significa que “existe desde el principio con la misma fuerza obligatoria; no puede ser dejada de lado por consideraciones ulteriores”<sup>(3)</sup>.

La tesis, pese a su simplicidad aparente, encierra numerosas dificultades, ya que la noción de deber *prima facie* dista de ser clara. En lo que sigue analizaré los diversos sentidos en que esta noción puede ser

---

(1) Martín Farrell, “Las obligaciones jurídicas como obligaciones *prima facie*”, en E. Bulygin (coord.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983), pp. 131-155.

(2) *Ibid.*, p. 144.

(3) *Ibid.*, p. 131.

entendida y sostendré que en el artículo de Farrell estos aparecen confundidos, lo que se manifiesta en afirmaciones difícilmente conciliables y consecuencias poco plausibles.

En el apartado 2 expongo varios sentidos en que se ha entendido la noción de obligación *prima facie*. En el 3 analizo su relación con el problema de la “derrotabilidad”, los diversos sentidos de esta noción y su abordaje como problema teórico o práctico. En el 4 sostengo que Farrell emplea la noción de obligación *prima facie* en más de un sentido. En el 5 distingo, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, entre lo que los autores llaman respectivamente “sistema del súbdito” y “sistema del juez”, y afirmo que en el trabajo que discuto se confunden las obligaciones emergentes de ambos sistemas. En el 6 expongo las conclusiones.

## 2. LAS OBLIGACIONES *PRIMA FACIE*

Probablemente todos estaremos de acuerdo en que tenemos ciertos deberes con relación a otras personas, tales como cumplir lo prometido y no mentir ni causar daño, por ejemplo. Sin embargo, también aceptaríamos, creo, que en ciertas ocasiones está justificado quebrantar una promesa o decir una mentira. Pero entonces no es verdad que siempre es obligatorio cumplir lo prometido o decir la verdad. Una teoría ética que admita que hay dos o más principios morales lógicamente independientes y no jerarquizados lexicográficamente, y que, a la vez, sostenga que los deberes morales son absolutos e ineludibles, se encuentra en problemas para dar cuenta de aquellas situaciones particulares en que resultan aplicables distintos principios morales que indiquen soluciones incompatibles, como ocurre, por ejemplo, cuando es imposible decir la verdad sin causar daño.

Para encarar esta cuestión, David Ross<sup>(4)</sup> introdujo la noción de “deber *prima facie*”, señalando que proponía esa expresión para referirse a la característica “que tiene un acto, en virtud de ser de cierta clase (por ejemplo, de cumplir una promesa), de ser un acto que sería un deber propiamente dicho si no fuera al mismo tiempo de otra clase que es moralmente significativa”<sup>(5)</sup>. Que actuar de cierta manera en una situación particular sea un deber propiamente dicho o deber *real* o

(4) David Ross, *The Right and the Good* (Oxford: Oxford University Press, 1930).

(5) *Ibid.*, p. 19.

efectivo (*actual*) depende, según este autor, de todas las características moralmente significativas que posee el acto en cuestión en esa situación particular.

Existe una diferencia epistémica, en su opinión, entre los deberes *prima facie* y el deber efectivo o absoluto. En tanto los primeros surgirían de principios autoevidentes, los juicios acerca de nuestro deber efectivo en circunstancias concretas no son autoevidentes ni pueden deducirse a partir de principios autoevidentes, por lo que son siempre inciertos.

La introducción del concepto de deber *prima facie* ha sido rechazada por algunos filósofos, por inútil y confusa. John Searle<sup>(6)</sup> ha sostenido que las explicaciones de Ross acerca de la diferencia que pretende mostrar entre los deberes que son *prima facie* y los que no lo son resultan oscuras y, además, inconsistentes. A veces Ross se refiere a estos últimos como deberes absolutos o incondicionales (*sans phrase*). En otros lugares los llama deberes en sentido propio o bien reales o efectivos (*actual*). Como señala Searle, estas expresiones no son equivalentes y dan lugar a más de una interpretación. Deber real se opone a deber aparente. Esto lleva a entender que los deberes *prima facie* serían solo aparentes. Bajo esa interpretación, en una situación de conflicto entre mi deber de cumplir mi promesa de asistir a la fiesta de un amigo y el de auxiliar a un familiar enfermo, por ejemplo, si, una vez analizados todos los hechos relevantes concluyo que mi deber *real* es auxiliar al enfermo, debería decir que *parecía* tener el deber de acudir a la fiesta de mi amigo, pero en realidad no tengo ninguna obligación en absoluto de hacerlo. Si esto es así, no se advierte qué diferencia hace el decir que tenía un deber *prima facie* de asistir a la fiesta. Pero Ross rechaza expresamente que los deberes *prima facie* sean solo aparentes. Explica que se trata de “un hecho objetivo involucrado en la naturaleza de la situación, o más estrictamente, en un elemento de su naturaleza, aunque no surge, como el deber en sentido propio, de su naturaleza *total*”<sup>(7)</sup>. Agrega que un acto que es *prima facie* debido tiene una *tendencia* a ser correcto, aunque finalmente no lo sea. Esto explicaría —dice— que, aunque en una situación particular concluyamos que es correcto quebrantar una promesa, de todos modos, sentimos pena, aunque no

---

(6) John Searle, “*Prima Facie Obligations*”, en J. Raz (ed.), *Practical Reasoning* (Oxford: Oxford University Press, 1978), pp. 81-90.

(7) Ross, *The Right and the Good*, p. 20. Cursiva en el original.

arrepentimiento, por comportarnos como lo hacemos, y reconocemos que es nuestro deber compensar de algún modo al destinatario de la promesa frustrada.

Ahora bien, si un deber *prima facie* tiene una tendencia a convertirse en un deber en sentido propio, o absoluto, cabe suponer que en alguna ocasión será un deber efectivo. De lo contrario no se entendería qué significa que tiene tendencia a serlo, así como no se entendería el significado de la afirmación de que una persona tiene tendencia a irritarse si no se irritara en ninguna circunstancia. De ser así, podría entenderse que un deber *prima facie* se convierte en deber efectivo en las situaciones particulares en que no entra en conflicto con ningún otro deber *prima facie* y en aquellas en que prevalece sobre otros deberes *prima facie* incompatibles. Los deberes efectivos serían, entonces, una subclase de los deberes *prima facie*. Sin embargo, Ross rechaza expresamente esta idea. En ese sentido señala su insatisfacción por el hecho de que en la expresión “deber *prima facie*”, aparece “deber” calificado por un adjetivo, pues “sugiere que estamos hablando de cierta clase de deberes, cuando de hecho no es un deber, sino algo relacionado de una manera especial con un deber”<sup>(8)</sup>. Esto parece indicar que los deberes *prima facie* y los efectivos pertenecen a clases distintas y excluyentes. Pero esta interpretación no da cuenta del hecho de que algo que es solo un deber *prima facie* en una situación puede ser un deber efectivo en otra.

Searle considera que no es necesario distinguir dos clases de obligaciones. En su opinión, todas las obligaciones proporcionan razones para actuar de cierta manera, y algunas razones tienen mayor peso que otras según la situación particular de que se trate. En cada situación podemos tener razones legítimas para realizar una acción y también tener razones legítimas para no realizarla, o realizar otra incompatible con aquella. El deber absoluto o efectivo, esto es, lo que en definitiva debemos hacer en esa situación, todo considerado, sería el resultado de sopesar las razones a favor y en contra de las acciones alternativas posibles.

---

(8) *Ibid.*



Para Hintikka<sup>(9)</sup>, las obligaciones *prima facie* especifican lo que ocurriría en un mundo deónticamente perfecto, entendiendo por tal un mundo en el que se cumplen todas las obligaciones existentes en el mundo real. Un deber *prima facie* puede ser desplazado en el mundo real en virtud de diversas circunstancias; por ejemplo, la imposibilidad fáctica de cumplirlo en alguna ocasión o la presencia de un deber más acuciante, como sucede cuando debo incumplir la promesa de asistir a la fiesta de cumpleaños de mi amigo porque debo atender a mi padre enfermo. Esto no ocurre, en cambio, en un mundo deónticamente perfecto, y eso permite explicar, en opinión de Hintikka, en qué sentido un deber *prima facie*, aunque sea desplazado en el mundo real, sigue siendo un deber genuino. El autor distingue dos nociones de compromiso, que denomina, respectivamente, ‘compromiso *prima facie*’ y ‘compromiso absoluto’. La distinción se refleja, a su juicio, en la lógica deóntica en dos maneras de representar las normas condicionales. En el caso del compromiso *prima facie*, el operador deóntico ‘obligatorio’ (O) afecta a todo el condicional<sup>(10)</sup>, en tanto que en el caso del compromiso absoluto el operador afecta solamente al consecuente<sup>(11)</sup>. La diferencia relevante es que, en el caso del compromiso absoluto, de la conjunción del enunciado condicional y su antecedente se puede inferir el consecuente, es decir, la obligación categórica de realizar la acción allí mencionada, en virtud de la regla de separación o *modus ponens*. En el caso del compromiso *prima facie* tal inferencia no es posible. Que acaezca el hecho mencionado en el antecedente no determina la obligatoriedad de la acción descrita en el consecuente. Lo único que nos dice el condicional es que, si queremos que nuestro mundo se parezca al ideal deóntico, debemos evitar que ocurra el hecho descrito en el antecedente (digamos ‘p’) a menos que ocurra también el indicado en el consecuente (digamos ‘q’); evitar prometer lo que no puedo cumplir, por ejemplo. Pero, como de hecho puede ocurrir que, a pesar de haber prometido —para seguir con el ejemplo— la obligación de cumplir la promesa sea desplazada por otra más acuciante, considera Hintikka que esta idea no se vería adecuadamente reflejada en una lógica que

---

(9) Jaakko Hintikka, “Deontic Logic and Its Philosophical Morals”, en *Models for Modalities* (Dordrecht: D. Reidel, 1969) y “Some Main Problems in Deontic Logic”, en R. Hilpinen (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings* (Dordrecht: D. Reidel, 1971).

(10)  $O(p \supset q)$ .

(11)  $p \supset Oq$ .

permitiera inferir la obligatoriedad absoluta de la acción indicada en el consecuente (Oq) siempre que se presenta la situación descrita en el antecedente (p). La importancia de la distinción reside, según sostiene, en que es probable que tengamos opiniones más firmes respecto de cómo deberían ser las cosas, es decir, de cómo sería un mundo deónticamente perfecto, que en lo relativo a las múltiples interrelaciones de nuestros deberes en el mundo real. En esto parece concordar con Ross en cuanto a la diferencia epistémica antes señalada entre deberes *prima facie* y deberes efectivos.

Ahora bien, para Hintikka, todas las obligaciones *prima facie* son condicionales, ya que identifica a las obligaciones categóricas con las que llama, siguiendo la terminología de David Ross, “absolutas” o “reales”. En otras palabras, no existen obligaciones categóricas *prima facie*.

### 3. OBLIGACIONES *PRIMA FACIE* Y DERROTABILIDAD

En el ámbito de la teoría del derecho, Herbert Hart sostuvo, en un artículo un tanto confuso<sup>(12)</sup>, que los conceptos jurídicos, tales como “contrato”, “testamento”, “propiedad” u “homicidio”, no pueden ser definidos mediante la especificación de un conjunto de condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para su aplicación, porque: a) la pretensión de que existe en un caso un contrato o un testamento válido, por ejemplo, puede ser *derrotada* mediante el planteo de diversas defensas o excepciones, según las circunstancias particulares del caso en cuestión, y, b) no es adecuado incluir en la definición del concepto de que se trate, como condición necesaria para su aplicación, la ausencia de todos los posibles hechos derrotantes.

No son muy claras las razones en que funda el segundo punto, pero una interpretación posible es que considera que tal inclusión no representaría correctamente las cargas probatorias, ya que sugiere que la justificación de la aplicación del concepto es incompleta si no se prueba la inexistencia de todas las posibles circunstancias que podrían invalidarlo. Al explicar uno de tales conceptos, a la lista de condiciones necesarias y *normalmente* suficientes para su aplicación se debe agregar una cláusula “a menos que...” en que se enuncien las condiciones

(12) H. L. A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, en A. Flew (ed.), *Essays on Logic and Language* (Oxford: Basil Blackwell, 1952), pp. 145-166.

en las cuales una pretensión fundada en el concepto en cuestión puede ser derrotada. Se trata, dice, de conceptos *derrotables*, y, por ello, también son *derrotables* las pretensiones basadas en tales conceptos.

La noción de “derrotabilidad” ha sido luego retomada con diversas interpretaciones y alcances, ya sea como una característica de las reglas, o de su formulación, o de las pretensiones basadas en una formulación o en cierta interpretación de aquella, y se ha discutido si corresponde abordarla desde un punto de vista ontológico o pragmático. El mismo Hart ha variado su postura en obras posteriores. Como señalan Jorge Rodríguez y Germán Sucar, “la ‘derrotabilidad’ se ha predicado del derecho con argumentos muy diversos, brindándose de tal suerte la impresión de que se trata de una cualidad única para cuya atribución se cuenta con múltiples justificaciones y no problemas distintos que merecerían por ello un análisis diferenciado”. En tal sentido, los autores mencionan once argumentos que se refieren a problemas diferentes, algunos teóricos, atinentes “a la identificación de las normas que componen un sistema jurídico”, y otros prácticos, atinentes “a la aplicación de ciertas normas a casos particulares una vez que han sido identificadas”<sup>(13)</sup>.

### 3.1. La derrotabilidad como problema teórico

Como problema teórico, corresponde mencionar, en lo que aquí interesa, la que Rodríguez llama ‘tesis general fuerte’, de acuerdo con la cual “todas las reglas jurídicas son derrotables en el sentido de que están abiertas a un conjunto de excepciones que no pueden ser enunciadas exhaustivamente”<sup>(14)</sup>. Afirma Rodríguez que si las reglas fueran derrotables en este sentido fuerte carecerían de toda utilidad práctica pues “una regla sujeta a una lista abierta de excepciones no permite inferencia alguna con respecto a ninguna instancia particular de su predicado fáctico, porque la posibilidad de excepciones que restrinjan su alcance no puede ser excluida”<sup>(15)</sup>. Desde el punto de vista lógico, las reglas serían “condicionales derrotables”, entendiendo por tales los que

---

(13) Jorge L. Rodríguez y Germán Sucar, “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, en *Analisi e Diritto* (1998), pp. 277-305.

(14) Jorge L. Rodríguez, “Against Defeasibility of Legal Rules”, en J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (Oxford: Oxford University Press, 2012), pp. 102-120.

(15) *Ibid.*, p. 111.

no validan la ley de refuerzo del antecedente ni, por tanto, la regla de separación o *modus ponens*.

Sin embargo, cabe distinguir, siguiendo a Rodríguez, entre derrotabilidad intrasistémica y extrasistémica, según que las circunstancias derrotantes estén contempladas en otras normas del mismo sistema jurídico —o surjan de sus fundamentos o justificación— o que provengan de normas de otros sistemas, como la moral, por ejemplo. En el caso de la derrotabilidad intrasistémica, en tanto para el positivismo, posición que asume el autor, el derecho proviene exclusivamente de un conjunto de hechos sociales, complejo pero finito, nada impide, en teoría, que las circunstancias derrotantes sean identificadas exhaustivamente y se incorpore al antecedente de la norma la ausencia de tales circunstancias. En el caso de la derrotabilidad extrasistémica, por otro lado, no se trata de un problema relativo a la identificación del contenido de las normas mismas sino a su aplicación, lo que corresponde al terreno de la derrotabilidad como problema práctico.

Carlos Alchourrón ofreció una elucidación del problema de la derrotabilidad de las reglas y de la noción de ‘obligación *prima facie*’ a partir de su análisis de la lógica de los condicionales derrotables, que abordó en varios artículos<sup>(16)</sup>. Alchourrón concibe a los condicionales derrotables como enunciados condicionales que mencionan en su antecedente condiciones que no son conjuntamente suficientes para la verdad del consecuente, pero se obtendría una condición suficiente si se agregaran otras cláusulas que no se mencionan porque se dan por supuestas. Intuitivamente, sería un condicional que afirmamos asumiendo que las circunstancias son normales, pero podría resultar falso en circunstancias anormales. El condicional derrotable sería entonces equivalente a un condicional clásico en el que el antecedente es complementado por lo que denomina ‘función de revisión’, que agrega los supuestos implícitos. La aplicación de esta idea a la estructura lógica de las normas le permite definir cuatro tipos de obligaciones: obligación condicional inderrotable, obligación condicional derrotable, obligación

---

(16) Carlos Alchourrón, “Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals”, en J. J. Ch. Meyer y R. J. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification* (Chichester: Wiley & Sons, 1993), pp. 43-84; “Defeasible Logic: Demarcation and Affinities”, en G. Crocco, L. Fariñas del Cerro y A. Herzig (eds.), *Conditionals: from Philosophy to Computer Science* (Oxford: Clarendon Press, 1994), pp. 67-102; “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic”, *Studia Logica*, vol. 57, nº 1 (1996), pp. 5-18.

incondicional inderrotable y obligación incondicional derrotable. Los deberes *prima facie* son definidos como obligaciones incondicionales derrotables. Estas son obligaciones que valen en circunstancias normales, pero pueden ser derrotadas en circunstancias anormales.

A diferencia de Hintikka, para quien, como se vio, las obligaciones *prima facie* son siempre condicionales, para Alchourrón son incondicionales, aunque derrotables. Ahora bien, ninguna de esas concepciones parece reconstruir adecuadamente la idea de David Ross. La de Hintikka no lo hace porque para Ross los deberes *prima facie* no son siempre condicionales. La de Alchourrón, porque Ross admite que en una situación existan deberes *prima facie* incompatibles, en tanto que esto es inaceptable en el sistema de Alchourrón, como ha demostrado Carlos Oller<sup>(17)</sup>.

### 3.2. La derrotabilidad como problema práctico

Desde una perspectiva práctica, la tesis acerca de la derrotabilidad de las normas no se vincula con la identificación de su contenido sino con su aplicación a casos individuales. En ese sentido, Frederick Schauer afirma que la cuestión de la derrotabilidad no es una pregunta acerca de lo que hay en una regla sino acerca de cómo ha de ser tratado lo que la regla dice, y esto no es, ni puede ser nunca, algo que pueda ser determinado por la regla misma, pues las reglas no determinan su propia aplicación<sup>(18)</sup>.

Cristina Redondo destaca la necesidad de distinguir el carácter derrotable o inderrotable de un condicional que expresa una norma del peso que esta pueda tener como razón para la acción. En su criterio, “un condicional expresa una razón superable (*prima facie*) cuando en todas aquellas situaciones en las que entra en contradicción con otros requerimientos, a pesar de aplicarse y contribuir efectivamente a la decisión, no tiene fuerza concluyente y no logra hacer prevalecer la solución normativa que él propone. El problema de la posible derrotabilidad del peso de una norma, o el de la pérdida total de su fuerza en un proceso de toma de decisión, es exclusivamente de carácter

---

(17) Carlos Oller, “Obligaciones *prima facie* y derrotabilidad”, *Análisis Filosófico (Homenaje a Carlos E. Alchourrón)* XXVI, n° 1 (2006), pp. 147-155.

(18) Frederick Schauer, “Is Defeasibility an Essential Property of Law?”, en Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, pp. 90-101.

psicológico (o de carácter objetivo, moral) y afecta su calidad de razón sustantiva a favor o en contra de una acción en el razonamiento subjetivo del agente. El hecho de que un enunciado normativo exprese una razón insuperable, superable, o totalmente carente de fuerza no afecta su status de razón-premisa, i.e. de condicional lógicamente inderrotable que permite obtener una conclusión a partir de ella”<sup>(19)</sup>.

Neil MacCormick también enfoca la derrotabilidad desde un punto de vista práctico y, como Hart, la vincula con las reglas procesales acerca de las cargas probatorias. Para este autor, la derrotabilidad no se ha de predicar de las reglas ni de los conceptos jurídicos, sino de las pretensiones planteadas ante los tribunales de justicia. Las reglas jurídicas establecen, sostiene, condiciones “generalmente necesarias y presuntivamente suficientes” para la existencia de una institución o un derecho. Quien plantea una demanda ante un tribunal tiene la carga de probar la existencia de tales condiciones. Sin embargo, la contraparte podría invocar circunstancias que invalidan la pretensión. “Aquello que inicialmente, o en apariencia, era válido resulta estar abierto al ataque y, bajo el ataque, perder su validez inicial, o revelar que nunca había sido válido, a pesar de las apariencias. Es decir que el acuerdo (o lo que sea) en disputa es derrotable, y los hechos invalidantes provocan su derrota”<sup>(20)</sup>. La derrotabilidad puede ser expresa o implícita, según que las circunstancias invalidantes se encuentren contempladas en las reglas jurídicas o se trate de circunstancias anormales o excepcionales que, si bien no han sido expresamente previstas, debido a su carácter excepcional, surgen de principios o valores del sistema jurídico de que se trate. “Un derecho es lo que jurídicamente debe ser (y por tanto probablemente será) reconocido por los tribunales. La derrotabilidad concierne a las excepciones jurídicamente justificables a las condiciones comúnmente necesarias y presuntamente suficientes; excepciones que se deben oponer cuando la cuestión es planteada a un tribunal”<sup>(21)</sup>.

La vinculación de la derrotabilidad con las reglas procesales sobre carga de la prueba aparece también en la noción de “caso *prima facie*”, que Farrell define así: “un caso *prima facie* es aquél establecido sobre

---

(19) María Cristina Redondo, *Positivism jurídico “interno”* (Eslovenia: Klub Re-vus, 2018), pp. 104-105.

(20) Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning* (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 240.

(21) *Ibid.*, p. 249.

pruebas suficientes y que pueden rebatirse sólo con pruebas aducidas por la otra parte” (22).

#### 4. OBLIGACIONES JURÍDICAS Y PROCESO JUDICIAL

Como se vio, la noción de obligación *prima facie* puede ser entendida de muy diversas maneras; ya sea como un deber solo aparente, como algo que tiende a ser un deber pero no lo es, como un deber hipotético que sería satisfecho en un mundo ideal, como un deber hipotético establecido en normas generales derrotables, como un deber categórico pero solo previsto para circunstancias normales, como razones para la acción que no son concluyentes y pueden ser desplazadas por otras razones de mayor peso o como un deber que puede ser invalidado en un proceso judicial mediante la oposición de defensas o excepciones.

Cabe preguntarse ahora en qué sentido utiliza Farrell el concepto cuando sostiene que todas las obligaciones jurídicas son *prima facie*. Veamos.

De acuerdo con su definición, “[u]na obligación *prima facie* es aquella que puede ser dejada de lado por un examen posterior del acto particular en cuestión, o por una comparación entre dicho acto y otro que también se considera obligatorio y es incompatible con el primero” (23).

Ahora bien, de algunos pasajes del artículo parece desprenderse que, para el autor, la característica definitoria de las obligaciones *prima facie* se vincula necesariamente con la ‘tesis general fuerte’ de la derrotabilidad, tesis que rechaza *en teoría*, pero parece aceptar en la práctica. En ese sentido, por un lado, afirma que la obligación podría ser dejada de lado por muchas razones, “tantas, en realidad, que resulta imposible preverlas *a priori* e incluirlas en la regla”. En ese orden de ideas, distingue entre excepciones a la regla y excepciones en la regla. Estas últimas son las que están explícitamente contempladas en la regla, en tanto que las excepciones a la regla son las que no lo están. “Y si la regla se limita a consignar una cláusula ‘a menos que...’, abierta y sin mayores especificaciones, estamos en presencia de aquella característica

---

(22) Farrell, “Las obligaciones jurídicas como obligaciones *prima facie*”, p. 139.

(23) *Ibid.*, p. 131.

que consideré al comienzo como propia —justamente— de las obligaciones *prima facie*”<sup>(24)</sup>. Sin embargo, señala también, que “[e]n teoría no existe inconveniente alguno en que el sistema jurídico sea un orden absolutamente estratificado en el cual las obligaciones están lexicográficamente dispuestas... En el derecho todas las obligaciones son *prima facie* porque la exigencia del debido proceso legal impone que el demandado sea oído, garantizándole el derecho de defensa... el juez debe oír al acusado, quien puede así proporcionar excusas admisibles para su proceder. Hasta la decisión judicial, pues, la obligación que pesa sobre el acusado es sólo *prima facie*, y puede ser dejada de lado por un examen ulterior de la cuestión”<sup>(25)</sup>.

De modo que el carácter *prima facie* de las obligaciones jurídicas no depende de que las reglas jurídicas sean derrotables en sentido fuerte, es decir, que contengan una cláusula “a menos que...” abierta, sino del hecho de que el juez debe oír al demandado o acusado y este puede proporcionar excusas admisibles. Ahora bien, si las excusas que proporciona ya se encuentran previstas explícitamente en la regla, no se trataría de un caso de deber *prima facie*, ya que este se vincula, según el autor, con las excepciones *a la regla*, no con las excepciones *en la regla*. Pero si las reglas no son derrotables, en el sentido de contener una cláusula “a menos que...” abierta, las excepciones a que se refiere solo podrían ser extrasistémicas, es decir, fundadas en un sistema normativo distinto del jurídico. En ese caso, lo que parece querer decir Farrell es que las normas jurídicas proporcionan razones para la acción que no son concluyentes, i.e. que podrían ser dejadas de lado sobre la base de razones no jurídicas. Esto no depende, obviamente, del contenido de las normas jurídicas, ya que estas, como señala Schauer, no pueden determinar su propia aplicación. En cambio, si la regla contiene una cláusula “a menos que...” abierta, la excepción podría estar fundada en una circunstancia no prevista expresamente en la regla, pero implícita y determinable sobre la base de otras reglas, principios reconocidos en el sistema jurídico o valores que el sistema supone. En ese supuesto, parece que el deber *prima facie* sería un deber solo aparente, cuya inexistencia se pone de manifiesto cuando se hacen expresas las excepciones implícitas en la regla.

(24) *Ibid.*, p. 142.

(25) *Ibid.*, p. 144.



Que Farrell utiliza la expresión *prima facie* en esos dos sentidos, esto es, como razones no concluyentes y como obligaciones aparentes, se advierte también en otros pasajes del artículo que no es fácil conciliar. Así, cuando se refiere a una crítica de Bernard Williams a la noción de obligaciones *prima facie*, en la que ese autor sostiene que el hecho de que, en el caso en que una obligación es desplazada por otra de mayor peso, la desplazada no deja de existir sino que “también posee alguna atinencia, y esta es expresada en lo que yo, por vía de compensación, pueda hacer por la parte perjudicada”<sup>(26)</sup>, señala Farrell que esta característica es propia de las obligaciones *prima facie*, “[p]orque nadie sostiene que la obligación desplazada queda desprovista de todo peso”<sup>(27)</sup>. Sin embargo, en los contextos jurídicos que menciona sucede exactamente eso. Por ejemplo, en el caso de leyes inconstitucionales, afirma que “la ley considerada inconstitucional, habría resultado ser solo *prima facie* obligatoria”<sup>(28)</sup>. No existe en este caso residuo alguno. La ley inconstitucional era solo aparentemente válida y, al declarársela inconstitucional, queda desprovista de todo peso. Lo mismo sucede en el caso de la demanda judicial. Si el juez rechaza la demanda porque el demandado o acusado opuso excepciones expresamente previstas en las reglas o implícitas en el sistema jurídico, la conclusión es que el perdedor carecía de todo derecho y, por ende, no le asiste derecho a obtener compensación alguna por el rechazo de su demanda. Por el contrario, será él quien pague las costas. Aquí también, la obligación cuyo cumplimiento se reclamaba al demandado era solo aparente.

## 5. SUJETO DE LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS

En su libro *Normative Systems*<sup>(29)</sup>, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin distinguen lo que denominan ‘el sistema del juez’ del ‘sistema del súbdito’. Mientras este último está formado por normas primarias que establecen derechos y obligaciones para los ciudadanos, el primero consiste en “el conjunto de normas que regulan la conducta de los jue-

---

(26) *Ibid.*, p. 136.

(27) *Ibid.*, p. 136.

(28) *Ibid.*, p. 134.

(29) Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems* (Viena: Springer, 1971). Versión en castellano: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires: Astrea, 1974).

ces en tanto que jueces”<sup>(30)</sup>, entre las que se encuentran las que regulan el procedimiento, estableciendo la obligación de realizar ciertos actos procesales como el traslado de la demanda y la recepción de la prueba, y la de decidir los casos fundando las decisiones en derecho.

Señalan los autores que la obligación de fundar en derecho remite a las normas primarias, esto es, al sistema del súbdito. Por eso, las normas del sistema del juez se consideran secundarias, ya que suponen conceptualmente a las primarias. Idealmente, la solución del caso debería ajustarse a lo previsto en el sistema del súbdito, pero esto no siempre ocurre, por diversas razones. “Así, por ejemplo, una persona que pagó una obligación y, por consiguiente, de acuerdo con el sistema del súbdito no tiene ya obligación (por haberse extinguido con el pago), es demandada por su ex acreedor y, al no acreditar el pago efectuado, es condenada a pagar nuevamente”<sup>(31)</sup>. También puede ocurrir que el juez se equivoque al identificar las normas aplicables, o que por alguna razón se aparte deliberadamente de la solución prescripta en el sistema primario; por ejemplo, por considerarla injusta<sup>(32)</sup>.

En el artículo de Farrell aparecen confundidas, en mi opinión, las obligaciones que surgen del sistema primario y las creadas por la sentencia judicial como resultado de la aplicación de las normas del sistema del juez. Así, por ejemplo, al referirse a la diferencia entre su postura y la del realismo norteamericano afirma: “Existen derechos y obligaciones anteriores a la sentencia, sólo que con carácter *prima facie*. La discreción judicial se ejerce al sopesar las obligaciones en conflicto, decidiendo cuál de ellas va a ser desplazada. Pero esa discreción judicial queda limitada por los derechos y obligaciones *prima facie* que preexisten a la decisión del juez”<sup>(33)</sup>. Conviene aclarar, sin embargo, que, para el autor, el carácter *prima facie* de esas obligaciones no depende de que existan otras en conflicto sino exclusivamente del deber del juez de oír a la contraparte o acusado: “la obligación reviste el carácter *prima facie* a pesar de que ninguna excepción se detecte en el caso concreto”<sup>(34)</sup>.

---

(30) Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 208.

(31) *Ibid.*, p. 214.

(32) *Ibid.*, pp. 213-214.

(33) *Ibid.*, p. 152.

(34) *Ibid.*, p. 154.

La confusión de las obligaciones establecidas en el sistema primario con las que surgen de la sentencia tiene consecuencias poco plausibles. Cuando el juez condena al acusado de haber cometido un homicidio, por ejemplo, lo hace porque considera que en la ocasión en que aquel ejecutó el acto tenía la obligación efectiva, y no meramente *prima facie*, de abstenerse de realizarlo. Si la obligación hubiera sido solo *prima facie*, no se advierte cuál sería la justificación de la condena, ya que esas obligaciones “no constituyen principios de cuya aplicación inmediata pueda deducirse nuestro deber en circunstancias particulares”<sup>(35)</sup>. Por otro lado, si lo absuelve, esto puede deberse a que no realizó el acto del que se lo acusa, que lo realizó, pero tenía en ese momento excusas atendibles —expresamente previstas en la regla, implícitas o extrasistémicas— o bien que lo realizó y no tenía excusas en ese momento, pero el juez no debe condenarlo por circunstancias sobrevinientes, como puede ser el cambio de legislación. En el primer caso, el acusado no violó obligación alguna. En el último, violó una obligación efectiva, pero el juez no debe condenarlo en virtud de las normas secundarias que determinan qué normas primarias debe aplicar al fallar. Solo en el segundo caso puede decirse que el acusado tenía la obligación *prima facie* de no realizar el acto en cuestión, sea en el sentido de razón para la acción no concluyente o de deber aparente, pero no tenía la obligación efectiva de omitirlo. Pero esto es independiente de la obligación del juez de oír al acusado; la conducta de este se encontraba justificada con total independencia de lo que resulte del juicio.

## 6. CONCLUSIÓN

En suma, creo que la noción de obligación *prima facie* es oscura, que tiene múltiples sentidos y que esto se ve reflejado en el interesante artículo de Martín Farrell que he discutido. He señalado dos problemas en esa obra. El primero consiste en que el autor emplea la noción de obligaciones *prima facie* indistintamente en dos sentidos diferentes, como razones no concluyentes y como obligaciones aparentes, lo cual da lugar a afirmaciones que resulta difícil conciliar. El segundo, en que no se distinguen las obligaciones del sistema primario, o sistema del súbdito, de las que surgen de las sentencias judiciales por aplicación de las reglas del sistema del juez, lo cual tiene consecuencias poco plausibles.

---

(35) *Ibid.*, p. 132.



## EL FARRELL QUE NOS PERDIMOS

*Martín Böhmer*

Martín Farrell publicó *Hacia un criterio empírico de validez*<sup>(1)</sup> en 1972, diez años después de haberse graduado de abogado. Seis años antes de esa publicación las Fuerzas Armadas argentinas dieron el penúltimo golpe de estado del siglo XX bajo la indiferencia de la ciudadanía. A esa indiferencia se debe sumar la naturalidad con la que las instituciones de la justicia procesaban estos alzamientos contra la Constitución y la democracia. La doctrina de facto permitía esas transiciones invisibles para las profesiones del derecho. En un juego de conveniencias mutuas los golpistas afirmaban que lo que había sido el poder judicial seguía siendo bajo el nuevo gobierno el poder judicial y los jueces aceptaban ese reconocimiento generando a su vez la legitimidad del nuevo gobierno. Al día siguiente de los golpes los mismos jueces trabajaban sobre los mismos expedientes generados por los mismos abogados que argumentaban con las mismas normas dentro de los mismos procedimientos que el día anterior. Las mismas normas salvo la Constitución, como es obvio, que había sido derogada de facto, un dato irrelevante para la práctica jurídica argentina. Cuatro años antes de la publicación de *Hacia un criterio empírico de validez* Guillermo Borda, uno de los juristas más reconocidos del derecho civil argentino, devenido ministro de justicia del gobierno militar había afirmado, en ocasión de la reforma del Código Civil (nada menos) que “el Código es más importante que la Constitución”<sup>(2)</sup>. Dos años antes de la publicación del libro de Farrell, Montoneros había secuestrado y asesinado a Aramburu. La ilegalidad campeaba en la Argentina y la violencia política cobraba sus primeras víctimas.

---

(1) Martín Farrell, *Hacia un criterio empírico de validez* (Buenos Aires: Astrea, 1972).

(2) En *La Nación*, Año XCIX, n° 34.674, abril 24, 1968.

Cuando Farrell publicó *Hacia un criterio empírico de validez* había traducción castellana de la *Teoría pura del derecho*<sup>(3)</sup> de Kelsen desde 1941 y ya Cossio había discutido con él en la Universidad de Buenos Aires en 1949<sup>(4)</sup>. En 1963, nueve años antes de *Hacia un criterio empírico de validez* Carrió publica las traducciones de *El concepto de derecho*<sup>(5)</sup> de Hart y *Sobre el derecho y la justicia*<sup>(6)</sup> de Ross. El mismo Carrió en 1970 brinda las conferencias que se publicarían como *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*<sup>(7)</sup> en respuesta al libro de Soler *Las palabras de la ley*<sup>(8)</sup> de 1969 y que luego serán un capítulo de *Notas sobre derecho y lenguaje*<sup>(9)</sup> con “Los límites del lenguaje normativo” incluido. *Normative Systems*<sup>(10)</sup>, de Alchourrón y Bulygin, se publica en 1971. En menos de nueve años la tradición analítica de la filosofía del derecho en la Argentina había sentado sus bases bibliográficas y con ellas las preguntas canónicas sobre las que giraría gran parte de las discusiones de la teoría jurídica en las décadas siguientes: esencialismo y convencionalismo, la separación entre derecho y moral, la concepción de norma jurídica, de sistema jurídico, de validez y los problemas de la interpretación del lenguaje del derecho, principalmente.

Las respuestas canónicas giraron alrededor de tres autores: Kelsen, Hart y Ross. Enfrentado a la tradición iusnaturalista, el positivismo conceptual presentaba tres propuestas para identificar el derecho sin echar mano de conceptos valorativos. Tradicionalmente Kelsen y Hart se estudiaban juntos y a Ross se lo clasificaba como perteneciente al realismo jurídico escandinavo. Con Kelsen o contra Kelsen trabajaron Soler y Cossio, por dar un par de ejemplos obvios, así como es evidente el efecto de Hart sobre Carrió. Solo Ross parece no haber dejado descendencia.

---

(3) Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 1960).

(4) Ver Hans Kelsen y Carlos Cossio, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura* (Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1952).

(5) Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998).

(6) Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Eudeba, 1974).

(7) Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994) p. 133.

(8) Sebastián Soler, *Las palabras de la ley* (México, Fondo de Cultura Económica, 1969).

(9) Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*.

(10) Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems* (Viena: Springer, 1951).

En este contexto Farrell publica *Hacia un concepto empírico de validez*. Es un libro corto organizado en cinco capítulos: “La validez como relación”, “Examen de los criterios de validez”, “Un nuevo criterio de validez”, “Fecundidad de los criterios de validez” y “La Revolución”. Hay un capítulo más en el que se explicitan las conclusiones. Validez y revolución: los temas no deben sorprender, son reacciones al contexto, un hábito que Farrell no va a dejar de cultivar.

El libro está anclado en las enseñanzas del positivismo lógico: en la Advertencia que da comienzo al libro Farrell así lo confiesa: “Si algunas ideas filosóficas acechan detrás de estas páginas, son seguramente las del positivismo lógico. Si algún acierto se encuentra en este trabajo, el mérito debe recaer sobre los pensadores de esta escuela...”<sup>(11)</sup>. Con cita a Popper la propuesta comienza equiparando verdad con validez, en la medida en que ellas no son propiedades de las cosas, sino relaciones. De la misma forma en que la verdad es una relación entre las palabras y las cosas —teoría de la correspondencia— (y no la consistencia lógica entre proposiciones —teoría de la coherencia—, o la posibilidad de conocer aquello de lo que se habla —teoría de la evidencia—, ni la utilidad de lo que se dice —teoría pragmática—), la validez es una relación entre la norma y el criterio que se elija. ¿En qué medida entonces los criterios disponibles son razonables para entender la validez de las normas?

El iusnaturalismo, en la medida que sostiene que la validez de un orden jurídico depende de que refleje los contenidos del derecho natural, requiere una descripción aceptable de ellos y “lo cierto es que el derecho natural resulta todavía excesivamente general, abstracto y vago...”<sup>(12)</sup> como para generar un criterio de validez útil.

El segundo criterio que Farrell analiza es el normativista encarnado en la teoría de Kelsen. Si la validez de una norma depende de haber sido dictada por un órgano facultado para hacerlo por una norma superior a su vez válida, la cadena de validez normativa culmina en la primera Constitución dictada. La pregunta sobre si el primer constituyente es autoridad competente para dictarla no puede responderse porque en él termina la cadena de validez. Sin embargo, la pureza teórica la Teoría Pura impide tomar cualquiera de dos caminos: por un lado, anclar la

---

(11) Farrell, *Hacia un criterio empírico de validez*, p. 9.

(12) *Ibid.*, p. 34.

validez en el hecho de que el primer constituyente es autoridad competente por eficaz (porque poseyó la fuerza suficiente para iniciar el orden jurídico) resulta imposible porque el hecho de la fuerza no puede justificar normas (la distinción entre el ser y el deber ser). Por otro lado, si se propusiera que existe una norma que justifica siempre la obediencia al primer constituyente Kelsen derivaría en un positivismo ideológico al justificar (¿moralmente?) la obediencia al derecho.

Por último, el criterio realista encarnado por Ross. Para Ross, la validez (o “vigencia”) de las normas depende de si ellas son utilizadas por los jueces en una sentencia para justificar su decisión. Así, la cuestión de la vigencia es una cuestión de grado de probabilidad de que la norma se aplique en una decisión judicial y, por lo tanto, una cuestión de hecho. Para determinar la vigencia de una norma se deben identificar hechos sociales (las decisiones de los tribunales) y, en virtud de las inclinaciones de quienes deciden o del contenido de las decisiones pasadas, u otro criterio empírico, determinar el grado de probabilidad de que se utilice nuevamente la norma para motivar sentencias en el futuro en casos análogos.

Sin embargo, Farrell advierte que las sentencias no son hechos sociales sino normas. Normas individuales, inferiores, pero normas al fin y, por lo tanto, el criterio de Ross se asemeja al de Kelsen en la medida en que sigue trabajando con relaciones entre normas y desconectado de los hechos y se carga sobre si las críticas a las posiciones coherentistas de la verdad como las señaladas a Neurath.

Para Farrell los hechos deben aparecer para que la relación que supone la validez se asemeje a la relación que supone la verdad como correspondencia entre proposiciones y estados de cosas. El test de la validez consiste en constatar si aquello que manda la sentencia (en su calidad de mandato individual) se cumple. Farrell señala que este hecho duro es dejado de lado por Ross (y en general por los realistas). Una norma es válida (o está vigente) para Ross si se puede predecir con alguna seguridad que ella va a ser aplicada en una sentencia. Si la sentencia se cumple, es algo que a la teoría no le interesa. Y, sin embargo, recién ahí aparecen los “hechos”.

Es así entonces como surge el “nuevo criterio” de validez. Siguiendo la teoría de Schlick y Ramsey sobre las leyes en las ciencias naturales, las leyes en el derecho en tanto normas generales son moldes (funciones



proposicionales) a partir de los cuales se construyen normas particulares (proposiciones singulares), las sentencias. La validez, como la verdad, es una cuestión de correspondencia entre proposiciones singulares y hechos y la verificación de la verdad de las proposiciones debe realizarse buscando los hechos que la corroboren. Lo mismo en el caso de la sentencia. La sentencia judicial se verifica, se confirma, cuando se la cumple: “Si la sentencia ordena desalojar una casa, debemos verificar si la casa fue efectivamente desalojada; si la sentencia ordena que se debe permitir una manifestación, debemos verificar si realmente se realizó sin ser perturbada por los órganos del Estado”<sup>(13)</sup>.

Es este entonces un “realismo auténtico”<sup>(14)</sup> y su objeto es el “derecho verificado”<sup>(15)</sup>, en el mismo sentido que para cierto positivismo el derecho válido o para el realismo el derecho vigente son sus objetos de estudio. Este realismo auténtico acerca el trabajo del jurista al del sociólogo del derecho sin tapujos, en la línea fiscalista del Círculo de Viena bajo cuyas enseñanzas se acomoda la propuesta de Farrell. La fecundidad del criterio realista auténtico, que se basa en la capacidad de quienes “poseen el dominio y manejo del aparato coactivo” de hacer cumplir sus órdenes, consiste en su relevancia práctica: un buen abogado debe conocer la posibilidad de verificación de una sentencia como eslabón final del caso que le plantea su cliente, o estar dispuesto a “sufrir desagradables consecuencias”<sup>(16)</sup>.

En la misma línea la postura axiológica detrás de esta teoría es nuevamente la del Círculo de Viena y si bien en él las propuestas eran diversas, en general imperativistas o emotivistas, todas coincidían en negar a las proposiciones éticas la posibilidad de ser verdaderas o falsas. Para Farrell, “la ética... es el intento de imponer los deseos colectivos de un grupo a los individuos o el intento de un individuo para hacer que sus deseos se conviertan en los de su grupo. De ahí que la ética esté en estrecha relación con la política”<sup>(17)</sup>.

En efecto, la capacidad de coacción para hacer cumplir órdenes (para que la prescripción de la sentencia se verifique como cumplida) es

---

(13) *Ibid.* p. 86.

(14) *Ibid.* p. 89.

(15) *Ibid.*

(16) *Ibid.*, p. 97.

(17) *Ibid.*, p. 92.

la forma a través de la cual se impone “un determinado sistema ético, una determinada ideología”<sup>(18)</sup>. Y aquí la teoría de Farrell propone un tratamiento particular del concepto jurídico de “revolución”, un tema central en la discusión de la teoría del derecho en general, y obviamente clave para la situación política que la Argentina estaba viviendo. La propuesta de reconstrucción del uso de “revolución” coincide con la teoría empírica de validez: puede hablarse de revolución en tres casos: cuando cambian las personas que ejercen el manejo del aparato coactivo, cuando cambian las personas y ellas modifican la ideología que el aparato coactivo impone o cuando no cambian las personas, pero cambia el sistema valorativo.

El entusiasmo de Farrell por la propuesta de *Hacia un criterio empírico de validez* lo llevó a desarrollarla en su tesis doctoral publicada con el título *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho*<sup>(19)</sup> en 1976. En esta versión la descripción de la posición filosófica sobre la que se apoya su teoría jurídica se extiende por ciento cincuenta eruditas páginas mientras que la propuesta jurídica solo merece cuarenta.

A pesar del entusiasmo con el que Farrell acometió esta empresa, no quedan rastros evidentes de ella en sus trabajos posteriores. En general la preocupación por el cruce entre derecho y sociología es todavía una tarea pendiente en muchas áreas relevantes del derecho, en particular cuando la cuestión se refiere a la capacidad del derecho de generar el cumplimiento de sus prescripciones. Según me comentara el autor en conversaciones informales la recepción de estas obras fue muy poco auspiciosa, y la filosofía del derecho estaba creciendo descomunadamente en otras áreas. Si Farrell quería ser relevante debía cambiar de dirección.

Es que mientras Farrell escribía se estaba produciendo un desvío monumental en la teoría del derecho y en la filosofía práctica en general. En 1971 se publicaba *Una teoría de la justicia*<sup>(20)</sup> de Rawls y en 1967

---

(18) *Ibid.*, p. 99.

(19) Martín D. Farrell, *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho* (Buenos Aires: Astrea, 1979).

(20) John Rawls, *Una teoría de la justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1979).

“Un modelo de reglas”<sup>(21)</sup> (con modificaciones en años posteriores hasta llegar a los trabajos de “Los derechos en serio”<sup>(22)</sup>) de Dworkin. Estas intervenciones provocarían que la teoría del derecho tuviera que volver a discutir cuestiones vinculadas con la filosofía moral y política, en particular el rol del derecho y el de los jueces en la democracia constitucional. El acuerdo positivista conceptual en derecho y el escéptico o relativista en ética se habían roto. El escepticismo realista ante las reglas deja de ser marginal y obliga a discutir la cuestión de la interpretación. Farrell abandona entonces el camino trazado en *Hacia un criterio empírico de validez* y toma el de la discusión moral y política. La filosofía se ha beneficiado de esa decisión. La defensa del liberalismo y del utilitarismo, las discusiones pioneras sobre aborto y eutanasia en épocas de autoritarismo y oscuridad, su participación en la transición democrática basada en la idea del respeto a los derechos humanos y en la construcción de la comunidad de filósofos del derecho argentinos más brillante de nuestra historia son frutos de esa decisión de los que aún nos estamos beneficiando. Pero en toda decisión algo se pierde. ¿Qué Farrell nos perdimos en ese desvío?

Al mismo tiempo que la tormenta creada por Rawls y Dworkin agitaba el mundo de la filosofía del derecho y lo llevaba nuevamente a la discusión iusnaturalismo y positivismo, una línea de investigación en filosofía del lenguaje ponía en crisis uno de los acuerdos a los que el positivismo lógico había llegado desde finales del siglo XIX y comienzos del XX: la idea de que la función excluyente del lenguaje consiste en describir estados de cosas y que cualquier otra manifestación lingüística es un sinsentido. Más aun, esa idea es considerada una falacia: la falacia descriptivista. El que denuncia esta falacia es John Austin en una serie de conferencias que brinda en 1955 en la Universidad de Harvard y que se publican en 1962 con el famoso título de *Cómo hacer cosas con palabras*<sup>(23)</sup>.

Austin muestra que hay muchas más cosas que podemos hacer con el lenguaje, además de describir. Las listas son también famosas, recordemos la de Carrió (quien tradujo el libro de Austin junto con Rabossi):

---

(21) Ronald Dworkin, “El modelo de normas I”, en R. Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984), pp. 61-101.

(22) *Ibid.*

(23) John Austin, *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones* (Barcelona: Paidós, 1982).

Un amigo me dice algo, “¿cómo debo tomar sus palabras? ¿Como una orden, un consejo, una advertencia, una amenaza, una súplica, un pedido, una instrucción, una exigencia, una aserción, una pregunta, una expresión de deseos...?”<sup>(24)</sup>. Austin propone que las aserciones pueden ser analizadas por lo que dicen (aspecto locucionario): “Condeno a Fulano a diez años de cárcel”, pero también por lo que hacen cuando dicen lo que dicen (aspecto ilocucionario) al decir “Condeno...” el juez está condenando (si lo realiza correctamente), y aun por lo que generan en otros cuando hacen los que dicen al decirlo (aspecto perlocucionario): tristeza, enojo, respeto, confianza, alivio (y la condena será exitosa en la medida en que genere las consecuencias de que Fulano termine efectivamente en la cárcel).

En 1969 John Searle publica “Speech acts: an essay in the philosophy of language”<sup>(25)</sup>. En el camino trazado por Austin, la teoría de los actos de habla sistematiza lo que Austin había sugerido con alguna vaguedad. Los elementos del acto ilocucionario para Searle son principalmente tres: el objeto del acto ilocucionario: en una orden, por ejemplo, el intento de que la persona a la cual se la dirige haga o deje de hacer algo, la dirección de ajuste: en una orden la dirección va del mundo a las palabras (*world to word*) en la medida en que se pretende que el mundo se ajuste a las palabras y un estado psicológico: en una orden el deseo (sincero), la intención de que la persona haga lo que manda la orden.

Cuando Searle estaba indagando acerca de las formas de los actos ilocucionarios, Farrell escribía: “Si bien una orden no puede ser ni verdadera ni falsa, tiene sentido, en cambio, preguntar de ella si ha sido cumplida o no; y ese interrogante se contesta indagando los hechos ocurridos con posterioridad a la orden. De manera análoga, cabe preguntarse si una sentencia se ha cumplido o no, pregunta cuyo interés para el jurista, me parece que no hay necesidad de justificar”<sup>(26)</sup>. O, dicho de otra manera, ¿cuáles son las circunstancias en las cuales un acto ilocucionario de la forma de una directiva es exitoso o “feliz”? (¿cuándo la sentencia es una “sentencia”?, y, más pertinentemente, ¿cuándo el aspecto perlocucionario se cumple? Y tal vez más pertinentemente aun

(24) Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 18.

(25) John Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language* (Cambridge: Cambridge University Press, 1969).

(26) Martín Farrell, *La metodología del positivismo lógico*, p. 182.

¿cuáles son las condiciones que se deben realizar para que una sentencia se cumpla?

“En efecto —dice Farrell—, interesa sobremanera saber si las sentencias se cumplen o no, y la respuesta está en los hechos que ocurren después de la decisión judicial. Esos hechos no verifican ni desmienten la sentencia; indican —sí— que ella ha sido o no ha sido cumplida. Y este importante aspecto fue, hasta el momento muy poco desarrollado por una escuela para la cual debiera haber adquirido una importancia preponderante, a saber la del realismo jurídico”<sup>(27)</sup>. Así, para Farrell el panorama de la disciplina jurídica quedaría conformado de esta forma: los juristas predican si, pero no de la manera que proponía Ross (una predicción sobre si una norma será parte de la justificación de una sentencia), sino que predican si la sentencia efectivamente se cumplirá y “los hechos posteriores a la sentencia verifican esa predicción y la califican de verdadera o falsa. Y la investigación acerca de la validez de una norma debería dirigirse a determinar si la sentencia (en la medida, como norma particular, en que es una instanciación de la ley como regla general) se cumple en los hechos, si en los hechos la orden del juez ha sido obedecida”.

¿A qué se debe que el realismo jurídico no le haya prestado atención a este aspecto del derecho? “La falta de preocupación de los realistas norteamericanos por la suerte que corra la sentencia judicial puede deberse a la fuerte tradición de respeto de las decisiones judiciales, propia de los países anglosajones. Como siempre la sentencia resulta cumplida, se olvida la importancia de los hechos posteriores a ella”<sup>(28)</sup>. Esta breve observación, dicha como a la pasada tanto en *Hacia un criterio empírico de validez* como en *La metodología del positivismo lógico* abre otros caminos de investigación: los que conectan las teorías con los contextos en lo que las teorías se proponen. De hecho, las teorías jurídicas tradicionales son respuestas a problemas concretos y a encrucijadas teóricas a los que se enfrentaron los juristas. Kelsen es hijo de la codificación continental, en su versión alemana y de la necesidad de apartarse del iusnaturalismo conservador de las monarquías absolutistas en una Europa que asistía al nacimiento de la Unión Soviética y la Sociedad de las Naciones (¿es derecho el derecho injusto? ¿es

---

(27) *Ibid.*

(28) Farrell, *Hacia un criterio empírico de validez*, p. 75.

derecho el derecho internacional?). Hart es hijo del *common law* y de la necesidad de entender la irrupción de la legislación del estado regulador inglés, la lucha por el liberalismo y la resistencia al escepticismo ante las normas. Entre nosotros, en el momento en el que Farrell escribía ya resultaba evidente que el acuerdo centenario entre las profesiones del derecho en nuestro país surgido al calor del formalismo de la codificación estaba seriamente resquebrajado. Nadie podía ya, ni aun postulando la teoría *de facto*, hacer oídos sordos al estruendo del incumplimiento de la ley. Así, esta crítica al realismo funciona también como una justificación de su tesis. Nada hay de seguro respecto del cumplimiento de normas y sentencias. Y cuando el cumplimiento de la ley se pone en duda ¿la teoría del derecho no tiene nada para decir?

¿Qué sucede si la orden no se cumple? Farrell apenas propone desecharla sobre la cual la sentencia se moldea. Pero la pregunta está y es obviamente pertinente, aunque la cuestión del incumplimiento de la ley (¡en Argentina, nada menos!) sería un tema que llegaría mucho más tarde. La propuesta de Farrell podría haber producido investigaciones como, por tomar un par de ejemplos obvios, las de Tom Tyler, quien comienza a realizar las entrevistas que concluirían en su ya clásico *Why People Obey the Law?*<sup>(29)</sup> en 1984, o las de Carlos Nino en *Un país al margen de la ley*<sup>(30)</sup> una y dos décadas, respectivamente, después de *La metodología del positivismo lógico*.

Una cuestión más. La propuesta fisicalista se puede extender al lenguaje del derecho: “Según Olivecrona, el matrimonio consiste en la reacción uniforme de la gente frente a la ceremonia del casamiento. Cuando las personas han realizado la ceremonia de manera adecuada”, si el performativo “los declaro casados” ha sido afortunado, diría Austin, “la pareja queda circundada por un ambiente social que le otorga una cierta posición y le exige que se ajuste a ciertas reglas”<sup>(31)</sup>, dice Farrell. Este reconocimiento social del que depende la feliz ocurrencia del realizativo va a ser investigado por Searle en su propuesta sobre la ontología de la sociedad. En efecto, la capacidad de los seres humanos de imponer funciones de status a objeto y personas depende de la

---

(29) Tom Tyler, *Why People Obey the Law* (Princeton, Princeton University Press, 2006).

(30) Carlos Nino, *Un país al margen de la ley* (Buenos Aires: Emecé, 1992).

(31) Farrell, *La metodología del positivismo lógico*, p. 187.

posibilidad de que la intencionalidad colectiva de un grupo reconozca colectivamente ese *status* para así generar poderes deónticos (derecho, obligaciones, permisos, facultades) con lo que se generan razones para actuar independientes de mis deseos.

Esta “reacción” de la comunidad, este reconocimiento colectivo por supuesto trae recuerdos de la propuesta de Hart sobre las reglas como prácticas sociales. Se pregunta Farrell qué quiere decir que alguien es propietario de un automóvil y responde “que maneja ese automóvil, lo estaciona, lo arregla y lo lleva a lavar, mientras la comunidad reacciona aceptando su conducta; no se lo persigue ni se lo castiga por esos hechos”<sup>(32)</sup>. La crítica social a la desviación y la aceptación colectiva de la regla como una razón para hacer lo que manda son las características que Hart exigía para distinguirlas de los hábitos.

Esta línea de trabajo (pragmática, cruzada con la sociología, preocupada por el cumplimiento de la ley, cumplimiento que a su vez se conecta con la necesidad de crear legitimidad en quien busca la obediencia de otros para cumplir su rol, profundizada por la evolución de la psicología cognitiva en las investigaciones de Thaler, Sunstein y Kahneman<sup>(33)</sup>, por ejemplo) hubiera conectado a Farrell con otras preocupaciones centrales para el desarrollo de la teoría del derecho. Es el Farrell que nos perdimos.

Pero hay otro, como ya dije, que ganamos. En mi caso, Martín Farrell me consiguió mi primer trabajo rentado como profesor universitario y en un momento de desasosiego, cuando uno de los proyectos más importantes de mi vida estaba a punto de fracasar, consiguió el amparo de la Universidad de Palermo para intentar desarrollar un sueño. En él, sorprendentemente, sin saberlo, la teoría *auténticamente realista* también tuvo su lugar. Las actividades de quienes asumieron la tarea de desarrollar la investigación empírica para enriquecer el derecho en nuestro país son una prueba de esa impensada influencia.

---

(32) *Ibid.*, p. 188.

(33) Ver, por ejemplo: Richard Thaler y Cass Sunstein, “Nudge, the final edition” (New Haven: Yale University Press, 2021), Daniel Kahneman, Olivier Sibony, Cass R. Sunstein, “Noise a flaw in human judgment” (New York: Little, Black Spark, 2021).





# DESACUERDOS EN EL MODELO DE LAS REGLAS

Joaquín Millón Quintana<sup>(1)</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

En *The Model of Rules*<sup>(2)</sup>, Ronald Dworkin señaló que el positivismo jurídico proyecta una imagen distorsionada de nuestra práctica legal. Al estar elaborado a partir de un modelo de y para reglas, el positivismo se veía impedido de advertir que los juristas frecuentemente recurren en sus argumentaciones a cierto tipo de estándares, distintos a las reglas. La crítica estaba direccionada contra la “versión más poderosa” del positivismo, defendida por Herbert L. A. Hart<sup>(3)</sup>. La publicación de Dworkin tuvo impactos decisivos en la discusión académica y pronto desencadenó un importante número de réplicas. Como una suerte de profecía autocumplida, con cada intento de respuesta, la plausibilidad de la crítica y la popularidad de su autor crecieron exponencialmente. Sin embargo, la manera un tanto críptica con que Dworkin elaboró sus objeciones, generó que resulte considerablemente difícil identificar la dimensión de los desafíos planteados. Tales imprecisiones continúan provocando que aún hoy resulte controvertido determinar si esas primeras respuestas lograron rebatir los principales argumentos de Dworkin.

---

(1) Estoy agradecido de los lúcidos comentarios a versiones previas a este trabajo de Pedro Caminos, Julio Montero y Rodrigo Sánchez Brígido.

(2) Publicado originariamente, bajo ese título en *University of Chicago Law Review*, vol. 35, n° 1 (1967), pp. 14-46. Revisado y reimpresso como “The Model of Rules I”, en *Taking Rights Seriously* (Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 1978), pp. 14-46. Las citas subsiguientes son tomadas de esta última versión.

(3) Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3ra. ed., P. Bulloch y J. Raz (eds.) (Oxford: Oxford University Press, 2012).

En nuestro medio es bien conocido que una de esas primeras respuestas fue delineada por Genaro Carrió<sup>(4)</sup>. También nos es familiar que la misma senda resultaría, más tarde, abonada por el propio Hart<sup>(5)</sup>. Varios comentaristas han señalado que el tipo de respuestas como las ofrecidas por Hart y Carrió habrían superado los retos inicialmente impuestos en *The Model of Rules*<sup>(6)</sup>. Para muchos, sin embargo, Dworkin habría desarrollado, tiempo después, en *Law's Empire*<sup>(7)</sup>, un ataque al positivismo diferente, bastante más complejo y que no resultó adecuadamente atendido desde las filas del positivismo<sup>(8)</sup>. Según Scott Shapiro, uno de los cultores de esta lectura episódica de los trabajos de Dworkin, los argumentos inicialmente presentados enfatizaban que los jueces a menudo recurren a la moral al momento de identificar el contenido del derecho. Ahora bien, para Shapiro, las respuestas de los seguidores de Hart habrían empujado a Dworkin a modificar drás-

(4) Genaro Carrió, "Principios jurídicos y positivismo jurídico" (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970). Republicado en *Notas sobre el derecho y el lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990), 195-234. Las referencias a este trabajo son tomadas de esta última obra.

(5) Hart, *The Concept of Law*, pp. 238-276.

(6) Véase, por ejemplo, Brian Leiter, "Beyond the Hart-Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, n° 1 (2003), pp. 17-52; Scott Shapiro, "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", en Arthur Ripstein, *Ronald Dworkin* (New York: Cambridge University Press, 2007), pp. 41-43; José Juan Moreso, "Retrato de un debate: Carrió y Nino (con Dworkin de fondo)", en S. Roldán (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2017), pp. 219-221.

(7) Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986), capítulo 1 y 2. Para muchos, los argumentos a los que se está haciendo referencia comienzan a ser perfilados en su "Social Rules and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, vol. 81, n° 5 (1972), pp. 855-890, publicado cinco años después de *The Model of Rules* y reproducido bajo el título "The Model of Rules II", en Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 46-80.

(8) Véase, por ejemplo, Shapiro, "The 'Hart-Dworkin' Debate", pp. 22-55. En la misma línea, Nicos Stavropoulos advierte que, si bien los trabajos maduros de Dworkin tienen escasas referencias a las ideas Hart, es posible comprenderlos como un "nuevo desafío" al proyecto positivista. Lo cual exige, a su vez, una reestructuración de las defensas desarrolladas por los positivistas en el pasado. Véase, Nicos Stavropoulos, "The Debate That Never Was", *Harvard Law Review*, vol. 130, n° 8 (2017), pp. 2084-2085. El interés por esta alegada "segunda crítica" de Dworkin puede apreciarse en la intensa discusión de la teoría del derecho en los últimos años. Véase, por ejemplo, muchos de los trabajos recogidos en P. Luque Sánchez y G. B. Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan* (Madrid: Marcial Pons, 2012). Véase, asimismo, Pablo A. Rapetti, *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 2019).

ticamente sus planteos<sup>(9)</sup>. Así es como, en *Law's Empire*, se denunciaba las limitaciones del positivismo y otras concepciones del derecho para dar cuenta de lo que Dworkin denominaría desacuerdos teóricos. Es decir, desacuerdos fundamentales en torno a aquello que, en última instancia, determina qué cuenta como derecho en una comunidad de referencia<sup>(10)</sup>.

Entre otros asuntos, a fin de indicar el alegado carácter distintivo de estas críticas, se ha puesto en evidencia que Dworkin modificó sus lecturas del caso *Riggs v. Palmer*<sup>(11)</sup>. El mismo precedente vendría a ilustrar, en uno y en otro momento, diferentes cargos contra el positivismo. En rigor de verdad, en cada uno de esos trabajos, Dworkin puso acento en diferentes líneas argumentativas que conformaron aquella decisión. En *The Model of Rules*, el caso *Riggs* ejemplificaba, de modo más bien directo, cómo los jueces resuelven controversias acudiendo a estándares en razón de su mérito intrínseco y no esencialmente en virtud de su acogimiento en actos institucionales previos. En *Law's Empire*, *Riggs* iluminaba aquellos desacuerdos fundamentales que, en el caso, irradiaban en las discrepancias interpretativas de los jueces que integraron la mayoría y la minoría en esa decisión<sup>(12)</sup>.

Si bien *Riggs* no fue el único precedente que Dworkin invocó al momento de detallar sus críticas, el caso se ha convertido en una pieza indispensable para el tratamiento extendido de su debate con Hart y sus herederos. Por extraño que parezca, hasta hace relativamente poco, nadie se había preguntado seriamente si *Riggs* se trataba de una decisión conforme a derecho. A fin de cuentas, el caso constituía un ejemplo con el que Dworkin intentaba demostrar la letalidad de sus argumentos contra el positivismo. En un trabajo reciente, sin embargo, Martín Farrell ha puesto todos estos asuntos en duda<sup>(13)</sup>. Ha procedido a examinar detenidamente el caso *Riggs* a fin de señalar que la iniciática

---

(9) Shapiro, "The 'Hart-Dworkin' Debate", p. 35.

(10) *Ibid.*, p. 41.

(11) 115 N.Y. 506 (1889).

(12) Brian Leiter, "Explaining Theoretical Disagreement", *University of Chicago Law Review*, vol. 76, n° 3 (2009), pp. 1232-1236. Véase, asimismo, Giovanni B. Ratti, "Los desacuerdos en la *jurisprudence* anglosajona", en *El gobierno de las normas* (Madrid, Marcial Pons, 2013), pp. 209-238.

(13) Martín Farrell, "Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer", *Lecciones y Ensayos*, n° 93 (2014), pp. 63-84.

crítica de Dworkin generó reacciones desmedidas. De acuerdo con esta nueva lectura, *Riggs* estuvo jurídicamente mal resuelto, por lo cual, la totalidad de los argumentos aportados en el voto de la mayoría en ese caso debían ser rechazados por todo positivista. En tal sentido, según Farrell, la réplica de Hart y Carrió debió consistir en abrazar la posición mantenida por los jueces que votaron en minoría. En lugar de apelar a estándares de sabor iusnaturalista, como los que le preocupaban a Dworkin, los magistrados disidentes aplicaron los materiales jurídicos en cuestión de acuerdo con su significado literal. La minoría descartó, en definitiva, la procedencia de cualquier excepción no explícita en la legislación aplicable<sup>(14)</sup>.

Una de las mayores virtudes del trabajo de Farrell es ofrecer un tratamiento detallado de los diversos argumentos que conformaron aquella decisión, para ponerlos en perspectiva a las objeciones de Dworkin. Ese examen integral habilita efectuar un recorrido lo suficientemente profundo de varios de los aspectos centrales de esta ya clásica disputa. A la luz de la propuesta de Farrell y de lo decidido en *Riggs*, en este trabajo pretendo revisitar tanto aquella originaria crítica de Dworkin en *The Model of Rules*, como su más articulada reformulación en *Law's Empire*. Contrariamente a lo que sugieren las lecturas hoy dominantes, me interesa destacar que hay una evidente relación de identidad en las objeciones de Dworkin<sup>(15)</sup>. Tal relación de identidad trasciende su

(14) *Ibid.*, pp. 70-78.

(15) Varios autores han sugerido esta relación de identidad. Sin ofrecer muchas especificaciones, John Gardner advierte que en *Law's Empire*, se refina y mejora el ataque original, llevando la discusión a un plano más abstracto. Véase, John Gardner, "Review: Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: the Nightmare and the Noble Dream*", *Law Quarterly Review*, vol. 121, n° 2 (2005), p. 333. Por su parte, Lorena Ramírez Ludeña, considera que las objeciones de ambos trabajos continuarían siendo las mismas, aunque Dworkin habría variado sus explicaciones en cuanto a las limitaciones del positivismo al no ofrecer una caracterización adecuada de los casos difíciles. Véase, Lorena Ramírez Ludeña, "Vigencia y honestidad de la teoría hartiana", en Sebastián Figueroa Rubio (ed.), *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014), p. 114. Más específicamente, Ramírez Ludeña junto a Diego Papayannis, sostienen que el problema de los desacuerdos ya estaba presente en *The Model of Rules I*, no obstante, su versión más profunda y mejor articulada se encuentra en *Law's Empire*. Véase, Diego Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña "Una respuesta pluralista al problema de los desacuerdos jurídicos", en Sánchez y Ratti (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, p. 203, n. 1. Lamentablemente, más allá de estas consideraciones, ninguno de estos autores detalla las afirmadas relaciones de identidad que unen los referidos trabajos de Dworkin. Un loable intento en esa dirección lo

propósito genérico de señalar las limitaciones del positivismo en cuanto al rol que la moral tiene en la identificación y aplicación del derecho. Antes bien, a lo largo de los años, la crítica siempre ha estado dirigida a cuestionar lo que acabó por revelarse, para muchos, como la tesis más básica del tipo de positivismo jurídico inaugurado por Hart. Esto es, que el derecho, en tanto artificio humano, involucra una realidad convencional. Es decir, se trata del resultado de la convergencia de conductas y actitudes normativas que pueden ser caracterizadas como una práctica convencional. Resulta paradójico —aunque puede legítimamente ser tomado como un indicador de la persistencia de los planteos de Dworkin—, que a medida que la crítica obtuvo mayor desarrollo y precisión, las reacciones del propio Hart<sup>(16)</sup> y de muchos de sus seguidores hayan consistido en abroquelarse, todavía más, en esa afirmada dimensión convencional del fenómeno jurídico<sup>(17)</sup>.

---

constituye el trabajo de Leonardo Rosa, “On the Possibility of Periodization of Dworkin’s Criticism of Legal Positivism”, inédito. Cabe anotar que el propio Dworkin ha resistido tanto la periodización de su crítica, así como la afirmación de que sus objeciones en *The Model of Rules I* resultaron superadas por el tipo de respuestas de Hart y Carrió. En efecto, Dworkin señaló que en sus primeros trabajos buscaba oponerse a la imagen de que el “derecho” consiste en un conjunto fijo de estándares, algunos de los cuales son reglas y otros principios. En tal sentido, Dworkin afirma su interés se centraba en demostrar que “las consideraciones que los juristas deben tener en cuenta al decidir un asunto particular respecto de los derechos y obligaciones jurídicas incluirían proposiciones que tienen la forma y fuerza de principios, y que los jueces y abogados mismos, cuando justifican sus decisiones, recurren frecuentemente a proposiciones que deben ser entendidas de esta forma”. Véase Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2006), p. 234. De este modo se intentaba sostener que no podría comprenderse adecuadamente los argumentos y discusiones jurídicas sin reconocer que las proposiciones jurídicas incluyen consideraciones morales. De allí que, según Dworkin, aquel tipo de respuestas que intentaron demostrar que los sistemas jurídicos además reglas contienen principios hayan estado mal examinadas desde un comienzo.

(16) Hart, *The Concept of Law*, pp. 254-259.

(17) Véase, por ejemplo, Gerald Postema, “Coordination and Convention at the Foundation of Law”, *Journal of Legal Studies*, vol. 11, n° 1 (1982), pp. 65-203; Jules Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, vol. 4, n° 1 (1998), pp. 381-425; Andrei Marmor, *Positive Law & Objective Values* (Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2001); Juan Carlos Bayón, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro y Redondo (eds.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (Barcelona, Gedisa, 2002), pp. 57-92. Para un análisis crítico de algunas de estas posturas, puede verse, entre otros, Leslie Green, “Positivism and Conventionalism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 12, n° 1 (1999), p. 35-52; Julie Dickson, “Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27,

Desde luego, mi propósito aquí trasciende el objetivo escolástico de denunciar la permanencia de las iniciales objeciones de Dworkin a lo largo del tiempo. Me interesa, en cambio, remarcar que una vez que identificamos el aspecto medular de sus cuestionamientos, podemos advertir en qué medida las respuestas aportadas, en su momento, por Hart y Carrió, resultaron inadecuadas y en qué medida, lo es ahora, también, la de Farrell. A fin de exponer este asunto en detalle, parece necesario presentar los hitos principales del debate, tal y como este tuvo lugar. Es por eso que los primeros tramos de este trabajo sigan el *iter* reconstructivo de quienes favorecen su lectura episódica. Una presentación esquemática de los puntos más salientes de la discusión es suficiente, creo, a fin de atender ese propósito. Obviaré, por tanto, algunos asuntos que formaron parte del debate, en cuanto carecen de relevancia si uno de los principales objetivos es destacar el hilo conductor que vincula los trabajos de Dworkin en examen. Así entonces y como un primer paso, se detallará la manera en que la crítica de *The Model of Rules* fue considerada por Hart y Carrió. No obstante los reparos que irán efectuándose, esas respuestas tienen ventajas comparativas una vez que se las contrasta con la posición de Farrell. Esto podrá ser corroborado, en un segundo momento, a través de un análisis del contexto histórico en el que *Riggs* fuera decidido. Allí me detendré a examinar en qué sentido puede tener alguna relevancia para el positivismo afirmar que ese caso estuvo jurídicamente mal resuelto. Ya en una tercera etapa se pondrán de relieve los planteos de *Law's Empire*, para conectarlos, en una cuarta, a los argumentos de *The Model of Rules* que fueron pasados por alto por Hart y Carrió.

---

nº 3 (2007), pp. 373-402; Bruno Celano, "La regla de reconocimiento ¿es una convención?", en C. Redondo (ed.), *El Postscript de H. L. A. Hart. Nueve ensayos* (Lima: Ara Editores, 2008), pp. 59-76; Federico Arena, *Convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico* (Madrid: Marcial Pons, 2014); Juan Manuel Pérez Bermejo, "El convencionalismo como sucesor: noticia de una discusión en torno a la herencia del positivismo", en J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto* (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2006), pp. 411-445; Rodrigo Sánchez Brígido, "Convenciones cooperativas, regla de reconocimiento y prácticas institucionales", en L. Ramírez Ludeña y J. M. Villajosana (eds.), *Convencionalismo y derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), pp. 143-165.

## 2. LA CRÍTICA DE *THE MODEL OF RULES*, TAL Y COMO FUE COMPRENDIDA POR HART Y CARRIÓ

En *Riggs*, un caso decidido en 1889, la Corte de Apelaciones de Nueva York debió enfrentar la pregunta acerca de si un heredero, condenado penalmente por haber asesinado intencionalmente a su testador, podía de todos modos sucederlo. Había un testamento perfectamente válido y el tribunal tuvo por probado que el heredero en cuestión había procedido a matar a su testador a fin de evitar que este altere su última voluntad. La Ley sucesoria vigente, sin embargo, no contenía disposición explícita alguna que impidiera a los homicidas heredar a sus víctimas. En uno de los tramos más resonados del caso, el juez Earl, a cargo del voto de la mayoría, apuntó a la existencia de una máxima general del *common law*, según la cual “nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos”<sup>(18)</sup>. De acuerdo con su razonamiento, tal principio era de orden público y encontraba fundamento en el derecho universal administrado en todas las naciones civilizadas. Ni las leyes ni los contratos podían sustituir su autoridad. Así las cosas, pese a no haber una disposición legal expresa en la legislación aplicable que así lo establezca, el principio invocado permitió al tribunal concluir que el derecho ordenaba privar al homicida acceder a la herencia.

En *The Model of Rules*, Dworkin recurriría a *Riggs* a fin de advertir que el positivismo jurídico se encuentra impedido de dar cuenta del tipo de estándares al que los jueces apelaron para arribar a su decisión. El núcleo de la crítica estaba enderezado a señalar que para el positivismo aquello que cuenta como derecho se reduce a reglas que pueden ser identificadas como jurídicas a partir de criterios que refieren estrictamente al origen o a la manera en que las mismas han sido adoptadas. Al estar así construido, bajo un modelo de y para reglas, el positivismo jurídico perdería de vista la manera característica en que los juristas razonan, particularmente en casos como *Riggs*. En ese tipo de casos, jueces y abogados recurren a otros estándares, distintos a las reglas, que Dworkin denominaría genéricamente principios. A diferencia de las reglas, los principios son utilizados en el razonamiento jurídico no esencialmente en virtud de un reconocimiento institucional previo, sino fundamentalmente en razón de su mérito intrínseco. La autoridad de un principio deriva, centralmente, de las razones sustantivas

---

(18) 115 N. Y. 506, 511 (1889).

que este encarna. De cuán justo o apropiado el principio resulta al momento de dar respuesta a un caso particular<sup>(19)</sup>.

Tal como fue comprendida, la crítica implicaba que, si los estándares a los que Dworkin aludía resultaban vinculantes para los jueces en virtud de sus méritos sustantivos y no en razón de un reconocimiento institucional previo, entonces el positivismo debía admitir importantes limitaciones. Debía aceptarse que al menos respecto de los principios, la argumentación y evaluación moral juegan un papel relevante en la determinación del derecho vigente. Lo cual implicaba abdicar a la posibilidad de distinguir certeramente aquello que el *derecho es*, como algo diferente a lo que el *derecho debe ser*. Más aún, si los argumentos de Dworkin eran correctos, la idea de regla de reconocimiento, como elemento central del positivismo de Hart, no podía capturar adecuadamente qué cuenta como derecho en una comunidad determinada. Como es sabido, tal idea supone que, a fin de identificar los criterios de validez de un sistema jurídico de referencia, debemos considerar particularmente la práctica compleja y generalmente concordante desarrollada por los funcionarios a cargo de aplicar normas jurídicas. Así las cosas, aquello que cuenta como derecho puede establecerse a partir de la reconstrucción moralmente neutra de tales hechos sociales complejos que involucran la aplicación oficial de normas jurídicas a casos particulares<sup>(20)</sup>. Ahora bien, si los criterios de validez que la regla de reconocimiento habilita individualizar solo pueden hacer referencia a hechos sociales y no al mérito intrínseco de las normas, entonces, tal idea sucumbiría al intentar dar cuenta de la ubicuidad de los principios en la práctica jurídica.

Cabe aclarar que la originalidad de los argumentos de Dworkin no residía en señalar los desafíos que la noción de principios imponía al positivismo. Este era un asunto que hacía tiempo había sido considerado por los propios positivistas. Así, por ejemplo, en un trabajo de 1947, Alf Ross había advertido una resurrección del iusnaturalismo, el cual vino oponerse a las prevalecientes posiciones positivistas que, en el campo del derecho internacional, se limitaban a reconocer como únicas fuentes jurídicas válidas a los tratados y a la costumbre. Por su parte, ese renacimiento del derecho natural afirmaba la existencia de

---

(19) Dworkin, "The Model of Rules I", pp. 41-46.

(20) Hart, *The Concept of Law*, pp. 100-123.



una “tercera fuente”, como expresión de los principios naturales del derecho, entendidos como “principios generales del derecho” o bajo formulaciones similares<sup>(21)</sup>. Poco tiempo después, en oportunidad de su visita a la Universidad de Buenos Aires, Ross consideraría que las valoraciones morales son frecuentemente incorporadas al derecho a través de “standars jurídicos”, pero no hay razón “para que un positivista niegue tal dependencia o cualquier otra relación posible entre el derecho y la moral”<sup>(22)</sup>. Sobre este asunto y con cierto aire premonitorio, Ross afirmarí­a que “[s]i esto hubiera sido entendido siempre así, se habría evitado una gran cantidad de críticas y discusiones irrelevantes”<sup>(23)</sup>.

Incluso el propio Hart, había adelantado que el positivismo no tenía necesidad de negar que por virtud de prescripciones jurídicas expresas, principios morales puedan ser incorporados en diversos puntos a un sistema jurídico y formar parte de sus reglas<sup>(24)</sup>. Según Hart, todo lo que el positivismo necesita es señalar que en ausencia de una prescripción legal o constitucional expresa, del mero hecho que una regla viole pautas morales no se infiere que ella no es una regla de derecho. Inversamente, del mero hecho de que una regla sea moralmente deseable no puede derivarse que es una regla de derecho<sup>(25)</sup>.

Si había alguna novedad en el planteo de Dworkin, ella residía en poner en cuestión las credenciales metodológicas del positivismo a fin de capturar la manera en la que los principios son utilizados en el razonamiento práctico. Al menos en *The Model of Rules*, no se pretendía demostrar que no resultaba posible distinguir entre las exigencias del derecho y las de la moral<sup>(26)</sup>. Antes bien, lo que sus ideas primariamente

---

(21) Alf Ross, *A Text-book of International Law* (Londres: Longman’s, Green & Co., 1947), p. 95.

(22) Alf Ross, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, traducido por Genaro Carrió y Osvaldo Paschero (Buenos Aires: Centro Editor América Latina, 1969), p. 13. Cabe anotar que el ensayo original había sido publicado en edición bilingüe en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, IV.

(23) *Ibid.*

(24) Herbert L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4 (1958), p. 599.

(25) *Ibid.*

(26) Una concesión de este punto puede leerse en *Justice for Hedgehogs*, donde Dworkin admite que por lo menos en *The Model of Rules I*, su idea de la vinculación entre el derecho y la moral suponía entenderlos como dos sistemas separados y solo

rechazaban eran las aptitudes del enfoque positivista a fin de atender tal propósito. De este modo, su posición le permitía diferenciarse tanto del positivismo jurídico como de alguna forma de iusnaturalismo tradicional. En efecto, sus observaciones pretendían señalar que, en los razonamientos de jueces y abogados, las consideraciones de principios se encuentran encaminadas a indicar lo que el derecho, efectivamente, exige o requiere. Es decir, mediante la invocación de principios, tal y como figuran en los argumentos jurídicos, los juristas no pretenden señalar lo que el derecho idealmente *debería ser*, sino que refieren, más bien, a las exigencias del derecho, tal y como actualmente *es*<sup>(27)</sup>.

A decir verdad, Dworkin no había sido el primero en expresar el asunto de este modo. En el marco de las discusiones de los círculos positivistas, Norberto Bobbio había advertido poco tiempo antes de *The Model of Rules*, las dificultades metodológicas que la idea de principios generales del derecho implicaba para el positivismo. Bobbio se preguntaba si los principios a los que acuden los jueces en sus decisiones y que pueden ser tanto intrasistémicos, como extrasistémicos, “¿pertenecen al derecho que es o al derecho que debe ser?”. A partir de esta y otras consideraciones y tal como lo sugerían las ideas de Dworkin, también Bobbio se permitía dudar de la posibilidad de trazar una clara distinción entre ambos campos. Según Bobbio, la apelación a principios en las decisiones de los jueces tornaba extremadamente difícil separar con un corte limpio “un derecho efectivo”, como “preconstituido al jurista que lo observa”, y un “derecho ideal, potencial o posible”, que debe “prevalecer sobre el derecho positivo sin contaminarlo y que no sería de utilidad para el jurista positivista”<sup>(28)</sup>.

Lo cierto es que fueron las observaciones de Dworkin las que alteraron el curso de la discusión de la teoría del derecho. Como es sabido,

---

fue a partir de *The Model of Rules II*, donde comenzó a comprender al problema de un modo integral. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011), p. 402.

(27) Véase, Gerald Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 11 (New York: Springer, 2011), p. 407.

(28) Norberto Bobbio, “Risposta di Norberto Bobbio”, *Il Politico*, vol. 31, n° 3 (septiembre, 1966), p. 567. Para un análisis de las implicancias de la posición de Bobbio de ese trabajo, véase, José Juan Moreso, “*La tavola rotonda di Pavia* (N. Bobbio)”, en *Lo normativo: variedad y variaciones* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020), pp. 387-397.

las primeras reacciones a sus críticas intentaron demostrar cómo podía respondérselas utilizando los propios esquemas conceptuales provistos por Hart. Se afirmó, en esa línea, Dworkin había procedido a leer superficialmente los trabajos de Hart y terminó por construirse un enemigo a su medida. Esta fue, en efecto, la estrategia de Carrió<sup>(29)</sup>. Sumariamente, Carrió comenzó por enfatizar que el positivismo de Hart no se encontraba elaborado a partir de una distinción tajante entre reglas y principios, tal como una de las primeras premisas de los argumentos de Dworkin pretendía señalar<sup>(30)</sup>. Sentado este asunto, Carrió consideró que no había nada en la posición de Hart que impida señalar que los criterios efectivamente usados por los jueces para identificar reglas subordinadas del sistema jurídico puedan incorporar referencias al contenido de las mismas. Tal como es posible que, en una comunidad determinada, las únicas costumbres consideradas como jurídicamente obligatorias sean aquellas compatibles con las exigencias de la moral, es del mismo modo posible que los jueces reconozcan como válidas aquellas leyes que, además de resultar aprobadas por un órgano dotado de competencia, respeten un catálogo no escrito de derechos y libertades individuales<sup>(31)</sup>. Todavía más específicamente, Carrió señalaría que para determinar el carácter jurídico del tipo de estándares como los invocados en *Riggs*, solo era necesario determinar si la práctica general y

---

(29) Genaro Carrió, "Principios jurídicos y positivismo jurídico", pp. 195-234.

(30) *Ibid.*, pp. 197-226. En un sentido similar, véase Genaro Carrió, "Dworkin y el positivismo jurídico", en *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, pp. 352-353. La afirmación de que Hart haya mantenido tal posición era quizás el punto más débil en la argumentación de Dworkin. En efecto y como lo apuntaría Carrió, la locución *regla* era utilizada en *The Concept of Law* para referir de modo indistinto a diversos tipos de estándares jurídicos. Si bien Hart afirma que el derecho de una comunidad es un conjunto de reglas, la palabra "regla" no se era utilizada exclusivamente respecto de "reglas específicas" tales como "la velocidad en la carretera es de 80 km. por hora". Además de las reglas de esta naturaleza, Hart reconocía la existencia de estándares muy generales que limitan de una manera incierta a quienes tienen a cargo la obligación de aplicarlos. Carrió apuntó, en ese sentido, a varios pasajes en los que Hart hablaba de "estándares vagos" o "variables" que establecen "guías muy generales". En la misma línea, computan sus bien conocidas ideas en torno a la indeterminación lingüística que afecta a todas las normas, así como sus afirmaciones en cuanto a la imposibilidad de determinar exhaustivamente y por adelantado las excepciones de las reglas. Por todo lo cual, resulta equivocado afirmar que Hart mantuviera una posición que considere a las reglas como aplicables todo-o-nada o cuyas excepciones puedan enumerarse exhaustivamente. Véase Hart, *The Concept of Law*, pp. 127-136 y 249-250.

(31) Carrió, "Dworkin y el positivismo jurídico", p. 354.

compartida de los operadores jurídicos oficiales los habían admitido previamente como tales. Es decir, además de la posibilidad de resultar legislativamente prescriptos, el uso judicial podía conferir rango legal a un principio moral. Estaremos ante un principio jurídico una vez que el uso judicial adquiriera consistencia, regularidad y carácter normativo suficiente como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor<sup>(32)</sup>.

Por su parte, en su manuscrito hoy conocido como *Postscript* y que fuera incorporado en la segunda edición de *The Concept of Law*, Hart ofrecía también una réplica a las críticas de Dworkin. En muchos aspectos, esa respuesta era muy semejante a la trazada por Carrió<sup>(33)</sup>. En efecto, Hart señaló que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos. Hart, al igual que Carrió, enfatizaría que en *The Concept of Law*, jamás se había comprendido a tal idea como excluyendo semejante posibilidad<sup>(34)</sup>. Se ilustraría este punto detallando un ejemplo ya ofrecido en esa obra y en trabajos anteriores y que refería a la Constitución de los Estados Unidos<sup>(35)</sup>. Además de imponer requerimientos en la forma en que las leyes deben adoptarse, la Decimonovena Enmienda impone limitaciones sustantivas con similares efectos<sup>(36)</sup>. En este sentido, de modo más general, Hart afirmaba que sus ideas eran compatibles con el así denominado *positivismo blando*. Según esta variante del positivismo la existencia y el contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho, es decir, a la legislación, a las decisiones judiciales o la costumbre judicial, etc. Tal empresa reconstructiva podía llevarse a cabo sin referencia a la moralidad, excepto cuando el propio derecho, así

---

(32) Carrió, “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, pp. 228-229. Con algunos matices, otros autores recurrieron a una línea semejante de respuesta. Véase, por ejemplo, Rolf Sartorius, “Social Policy and Judicial Legislation”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 8, n° 2 (1971), p. 156.

(33) Para un análisis de las analogías de las respuestas de Carrió y de Hart, véase, Claudina Orunesu, “Notas sobre ‘Dworkin y el positivismo jurídico’ de Genaro Carrió”, en Roldán (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió*, pp. 553-573.

(34) Hart, *The Concept of Law*, p. 247.

(35) *Ibid.*, p. 68. En un sentido similar, Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, p. 599.

(36) Hart, *The Concept of Law*, pp. 247 y 250.

individualizado, es decir, a partir de sus fuentes sociales, incorpora criterios morales para su identificación<sup>(37)</sup>.

En definitiva, Hart y Carrió aceptan que estándares morales, como los invocados en *Riggs*, pueden formar parte del derecho mientras satisfagan algún criterio de pertenencia de la práctica jurídica bajo examen. Si puede advertirse que, en ese contexto, se ha desarrollado un criterio que apunta al reconocimiento judicial, en la medida que pueda verificarse una práctica general y compartida que lo tenga como jurídicamente vinculante, entonces, sí resultaría posible distinguir entre estándares que forman parte del derecho y los que no forman parte de él. A su vez, en la medida en que los estándares morales pueden ser así reconocidos, como resultado de decisiones judiciales, el derecho puede continuar siendo comprendido como un fenómeno social susceptible de ser neutralmente descrito por un observador externo.

Más aún, si nos atenemos a lo afirmado por Hart en su *Postscript*, su respuesta asumiría que los criterios de validez de todo sistema jurídico son el resultado de una práctica convencional. Es que, según Hart, la regla de reconocimiento, en tanto regla social, es mejor comprendida como una convención entre jueces para tratar ciertas normas como prescriptivas<sup>(38)</sup>. Es en este sentido, en los términos de una realidad convencional, que el derecho puede continuar siendo entendido como un fenómeno social que puede contemplar la incorporación de estándares morales, tanto como normas jurídicas válidas, así como requerimientos sustantivos de la validez jurídica de normas subordinadas. Todo dependerá de la posibilidad de que pueda verificarse una aceptación generalizada entre los operadores jurídicos oficiales en esa dirección. En efecto, tal posibilidad de aceptación generalizada, permite distinguir aquellos estándares que son parte del derecho de los que no lo son y constituye el presupuesto básico para que pueda hablarse de un derecho que puede ser identificado estrictamente a partir de hechos sociales, sin recurrir a la evaluación moral.

Al menos tal como fueron comprendidos, esos eran los retos que Dworkin presentaba en *The Model of Rules* y para muchos, el tipo de respuestas como las ofrecidas por Hart y Carrió lograban superarlos. En verdad, como lo he venido sugiriendo, esas respuestas coincidían

---

(37) *Ibid.*, p. 269.

(38) *Ibid.*, pp. 254-259.

con el tratamiento asignado por varios positivistas al problema de la incorporación de estándares morales al derecho. Tanto la manera de comprender los argumentos de Dworkin, como la estrategia para enfrentarlos, no diferían en el modo en que antes de que se desatara el debate, se habían abordado cuestionamientos semejantes. Así, por ejemplo, en un tono bastante más optimista que el mantenido en el trabajo previamente referido y también antes de *The Model of Rules*, Bobbio había afirmado que la tesis de que el derecho es aquello que de hecho es no debe llevar a excluir que entre esos hechos se encuentran las valoraciones de los legisladores, jueces y juristas. Tal como Ross y Hart lo habían advertido tempranamente, también para Bobbio, el positivismo estaría a salvo mientras se pueda afirmar que tales valoraciones se convierten en derecho cuando son acogidas mediante procedimientos establecidos y objetivamente verificables, en el sistema de las fuentes y no debido a su mayor o menor conformidad con ciertos ideales de justicia<sup>(39)</sup>.

En suma, Hart y Carrió leyeron y contestaron a Dworkin reproduciendo la manera tradicional con la que el positivismo estaba acostumbrado a lidiar con planteos semejantes. Como veremos, sin embargo, esa línea de respuestas no terminaba de abordar uno de los aspectos centrales del argumento de Dworkin. Esto es, que cuando los juristas acuden a principios en sus argumentaciones, lo hacen fundamentalmente en virtud de sus méritos sustantivos y no, en realidad, en razón de que los mismos han sido institucionalmente reconocidos como jurídicos con anterioridad. Dworkin, en efecto, se había adelantado al tipo de respuestas como las de Hart y Carrió. Al momento de fundar la autoridad de un principio, Dworkin advertía que los juristas podrían hacer referencias a ciertas decisiones institucionales pasadas. Sin embargo, se insistía, tales referencias resultarían insuficientes para señalar la autoridad de un principio a fin de dar solución a un caso<sup>(40)</sup>. Esto último era lo que las ideas de Hart y Carrió presuponían, al ceñir sus respuestas a la posibilidad de que pueda verificarse una práctica general y compartida de reconocimiento. Pero, lo que Dworkin intentaba demostrar es que tal imagen de la práctica simplificaba en exceso la complejidad del

---

(39) Norberto Bobbio, "Positivism jurídico", trad. por E. Garzón Valdés, en *El problema del positivismo jurídico* (México D.F.: Fontamara, 1991), p. 62. Cabe anotar que la versión original de este trabajo data de 1961: "Sul positivismo giuridico", *Rivista di Filosofia*, LII (1961), pp. 14-34.

(40) Dworkin, "The Model of Rules I", p. 41.

tipo de argumentos al que los juristas recurren en casos como *Riggs*. A fin de comenzar a comprender la relevancia de esta omisión, conviene explorar detenidamente el contexto en que *Riggs* fue resuelto y considerar, a esos efectos, los argumentos de Farrell.

### 3. FARRELL CONTESTA A DWORKIN

Según Farrell, las réplicas elaboradas por Hart y Carrió concedieron demasiado terreno a Dworkin. Conforme a esta lectura, toda la discusión podría haber sido evitada adoptando una respuesta mucho más sencilla<sup>(41)</sup>. Un examen exhaustivo del caso *Riggs* les habría permitido a Hart y Carrió arribar a la conclusión de que los argumentos utilizados en el voto de la mayoría debían ser rechazados desde la perspectiva positivista. Así, en lo que respecta al mentado principio, conforme al cual “nadie puede beneficiarse de su propio acto ilícito”, Farrell sostiene que un positivista debería oponerse a su invocación en sede judicial<sup>(42)</sup>. Eran los argumentos que figuraban en el voto de la minoría del caso *Riggs* a los que Carrió y Hart debieron prestar atención<sup>(43)</sup>. Según el juez Gray, a cargo de la disidencia en *Riggs*, los casos sometidos a la decisión de un tribunal no se resuelven con base en consideraciones de equidad. Tampoco deben caer dentro del ámbito de la conciencia de los jueces. En el caso, la alteración o revocación de las disposiciones testamentarias eran cuestiones sometidas a un completo control del poder legislativo, el cual ya había hecho exhaustivas previsiones al respecto. De ellas no emanaba que una sucesión testamentaria pueda ser impedida debido a un acto criminal. Si bien, puntualizaba el razonamiento, los principios de equidad y de justicia natural, como los invocados por la mayoría, pueden constituir buenas razones para dictar nuevas leyes, tales razones no deberían incidir en las consideraciones de los casos sometidos a decisión de los tribunales. En fin, sostendría la minoría, los jueces no se encuentran facultados para establecer un sistema de justicia correctiva<sup>(44)</sup>.

---

(41) Farrell, “Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer”, p. 65.

(42) *Ibid.*, p. 77.

(43) *Ibid.*, p. 75.

(44) 115 N.Y., 506, 516-519 (1889).

Para Farrell es esta la línea de argumentación la que debía dar respuesta al caso *Riggs* y la que hubiera permitido a los positivistas liberarse fácilmente de los ataques de Dworkin. De acuerdo con esta lectura, si Carrió y Hart hubieran adoptado esta estrategia de análisis, la crítica de Dworkin no habría levantado vuelo. En lugar de apresurarse a investigar si la regla de reconocimiento puede incorporar principios, o preguntarse si es cierto que las reglas jurídicas son una cuestión de todo o nada, Carrió y Hart debieron simplemente reputar a *Riggs* como una decisión jurídicamente incorrecta<sup>(45)</sup>.

Ahora bien, si nos atenemos al contexto en que el caso *Riggs* fue resuelto, hay un grano de verdad en las observaciones de Farrell. Para el momento en que se decidía *Riggs*, los tribunales estadounidenses comenzaron a enfrentar dificultades al momento de resolver casos relativos a beneficiarios de testamentos que habían atentado contra la vida de sus testadores y planteos semejantes. En 1870, el *Estatuto de Confiscación* había abrogado una serie de doctrinas del *common law* que implicaban la extinción de los derechos y capacidades civiles de quienes habían cometido actos de traición o delitos graves<sup>(46)</sup>. Por efecto de esas doctrinas, los bienes de los condenados por esos crímenes pasaban a manos del estado<sup>(47)</sup>. Luego de aquella derogación, los casos de herederos homicidas y semejantes dejaron de ser el asunto relativamente simple que representaban en el pasado. Las tradicionales doctrinas de la *confiscación* y la *revocación* ya no eran soluciones jurídicamente viables<sup>(48)</sup>. A partir de ese momento, la amplia mayoría de los tribunales estatales afirmaron encontrarse obligados a aplicar las disposiciones de las leyes correspondientes, sin admitir excepciones no expresamente previstas<sup>(49)</sup>. Lo contrario, se razonaba, implicaba un

(45) Farrell, "Positivismo jurídico: Dejen que herede Palmer", p. 77.

(46) Véase Alison Reppy, "The Slayer's Bounty. History of Problem in Anglo-American Law", *New York University Law Quarterly Review*, vol. 19, n° 3 (1942), p. 244; Linda J. Maki y Alan M. Kaplan, "Elmer's Case Revisited: The problem of the Murdering Heir", *Ohio State Law Journal*, vol. 41, n° 4 (1980), p. 906.

(47) Maki y Kaplan, "Elmer's Case Revisited", pp. 906-907.

(48) Reppy, "The Slayer's Bounty", p. 244; Maki y Kaplan, "Elmer's Case Revisited", pp. 906.

(49) Maki y Kaplan, "Elmer's Case Revisited", p. 907-908; Christian Marius Lauritzen II, "Only God Can Make an Heir", *Northwestern University Law Review* 48, n° 5, p. 580.



inaceptable ejercicio de legislación judicial<sup>(50)</sup>. Puede decirse que esa línea de jurisprudencia fue inaugurada en *Owens v. Owens*, el primer caso, al menos del que se tiene registros, que atendió expresamente el asunto<sup>(51)</sup>. Allí, la Corte Suprema de Carolina del Norte sostuvo que una esposa condenada por ser cómplice del asesinato de su esposo tenía derecho a la dote<sup>(52)</sup>. Por más desagradable que pudiera resultar el hecho de que un asesino acceda a la propiedad de su víctima, para la mayoría de los tribunales, en ausencia de provisión legal expresa, esa era la solución jurídicamente prevista para ese tipo de casos<sup>(53)</sup>.

Sin embargo, paralelamente a *Owens*, algunos tribunales comenzaron a ofrecer respuestas alternativas. En franca oposición a lo resuelto por la Corte Suprema de Carolina del Norte, mediante la invocación de principios generales del derecho, algunos de esos precedentes abrieron excepciones a lo explícitamente prescripto por la legislación aplicable<sup>(54)</sup>. *Riggs* fue una decisión pionera en esa dirección y pronto obtuvo algunas adhesiones en otros tribunales del país<sup>(55)</sup>. Ahora bien, en lo que aquí importa, un análisis de la jurisprudencia anterior a *Riggs* permite advertir que la única referencia jurisprudencial explícita a un estándar semejante al invocado por la mayoría había sido efectuada por el juez que atendió, en primera instancia, el caso *Owens*<sup>(56)</sup>. Una decisión que el máximo tribunal de Carolina del Norte acabaría por revocar. Fue realmente solo a partir de *Riggs* que algunos tribunales estatales

---

(50) Maki y Kaplan, "Elmer's Case Revisited", p. 929.

(51) 100 N. C. 240 (1888). El primer caso que involucraba el asunto, pero resultó atendido sin discusión fue *Carter v. Montgomery*, 2 Tenn. Ch. 216 (1875). Véase, Reppy, "The Slayer's Bounty", p. 245.

(52) 100 N. C. 240, 242 (1888).

(53) Thomas Atkinson, *Law of Wills*, 2da edición (St. Paul, Minnesota: West Academic Publishing, 1953), pp. 153-154; Lauritzen II, "Only God Can Make an Heir", pp. 580-581.

(54) Maki y Kaplan, "Elmer's Case Revisited", p. 929.

(55) Véase, por ejemplo, *Box v. Lainer*, 112 Tenn. 393 (1904); *Perry v. Strawbridge*, 209 Mo. 621, 632, 108 S.W. 641, 643 (1908). Para un comentario favorable a esas decisiones que siguieron el criterio de la mayoría en *Riggs*, véase, Ronald W. Anderson, "Note and Comment", *Michigan Law Review*, vol. 7, n° 2 (1908), pp. 160-163. Más adelante en el tiempo, también siguiendo a *Riggs*, la pertenencia del principio al *common law*, fue también afirmada en *In re Wolf*, 88 Misc. 433, 150 N.Y.S. 738 (1914); *Barnett v. Couey*, 224 Mo. App. 913, 27 S.W. 757 (1930); *Bradley v. Fox*, 7 Ill. 2d 106, 129 N.E.2d 699 (1955).

(56) Véase, Reppy, "The Slayer's Bounty", p. 265.

comenzaron a invocar la consabida máxima. En esos casos, si bien los jueces afirmaban se trataba de un principio del *common law*, no lograban indicar algún precedente anterior a *Riggs*, en donde el mismo haya resultado aplicado. Pero incluso en esa decisión, pueden advertirse las dificultades del juez Earl a fin de encontrar algún apoyo jurisprudencial preciso que pueda dar respaldo al principio en cuestión. En rigor, los tres precedentes citados en el voto de la mayoría a esos efectos no hacían referencia expresa al estándar<sup>(57)</sup>. Solo una lectura muy abstracta de la *ratio decidendi* de esos casos, permiten considerarlos como instancias del mismo. Ante estas carencias, el juez Earl procedió a exhumarlo de tratados de derecho romano y del derecho continental y pudo encontrar también amparo a su razonamiento en el Código Napoleónico y el Código Civil de la Baja Canadá<sup>(58)</sup>.

Estas debilidades generaron una considerable resistencia a lo resuelto en *Riggs*. Para Roscoe Pound, el tipo de razonamiento del voto de la mayoría involucraba “esencialmente un proceso legislativo, no judicial”. En este sentido, según Pound, suplementar las leyes defectuosas con creatividad judicial, podría resolver un problema inmediato, e incluso podría producir justicia. Pero semejante ejercicio de “especiación judicial”, va más allá de lo que un juez debe hacer. Si el juez crea la ley en lugar de meramente interpretarla, entonces, “le otorga un sentido al texto de la manera en que un ilusionista coloca monedas, o lo que sea, en el cabello de una marioneta, para sacarlas en ese momento con un aire de descubrimiento”<sup>(59)</sup>.

Otro comentarista de *Riggs* fue todavía más severo con el juez Earl:

[e]l buen juez procedió... a revisar las diversas máximas antiguas del derecho, incluida una de las más antiguas: ‘Nadie se beneficiará de su propio acto ilícito’. Citó a Blackstone; citó a Coke; se basó en el Código de Napoleón; incluso citó a Aristóteles en latín. Uno sospecha que si Aristóteles hubiera sido un romano, lo habría citado en griego. Pero el

---

(57) Los mismos fueron *Allen v. M'Pherson*, 1 HL Cas. 191; *Harrison's Appeal*, 48 Conn. 202 y *New York Mutual Life Insurance Company v. Armstrong*, 117 U.S. 591. Para una crítica a la autoridad de este último en el caso *Riggs*, véase *Shellenberger v. Ransom*, 41 Neb. 631, 59 N. W. 935 (1894), comentado por Reppy, *The Slayer's Bounty*, pp. 253-254.

(58) *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y., 506, 511-513 (1889).

(59) Roscoe Pound, “Spurious Interpretation”, *Columbia Law Review*, vol. 7, nº 6 (Jun., 1907), p. 382.

juez erudito estaba en un pequeño aprieto. La verdad del asunto era que el vacilante juez Earl tenía muy pocos precedentes precisos para seguir <sup>(60)</sup>.

Para Robert Traver, autor de estas líneas, del caso *Riggs* se desprendería claramente que el juez Earl había seguido sus propias convicciones en lugar de dar aplicación al derecho. Según esta lectura, el magistrado se resistía tanto a la idea de que un asesino pueda heredar en virtud del testamento de su víctima, que si el derecho se lo permitía “lucharía por negárselo... incluso si tuviera que citar el viejo libro de cocina” <sup>(61)</sup>.

Pero *Riggs* no solo recogió opiniones adversas. Un jurista de la talla de Benjamín Cardozo, defendió lo allí resuelto en un tono que evoca, con varios años de antelación, el pensamiento de Dworkin:

Existía el principio de la fuerza vinculante de un testamento que dispone de la herencia de un testador de conformidad con la ley. Ese principio, llevado al límite de su lógica, parecía sostener el título del asesino. Existía el principio de que los tribunales civiles no pueden aumentar los castigos y penas de los delitos. Eso, llevado al límite de su lógica, parecía de nuevo sostener su título. Pero frente a éstos había otro principio, de mayor generalidad, con bases profundamente enraizadas en los sentimientos universales de justicia, el principio de que ningún hombre debe beneficiarse de su propia iniquidad o aprovecharse de su propio acto ilícito. La lógica de este principio prevaleció sobre la lógica de los otros <sup>(62)</sup>.

Lo que sugiere este contraste de opiniones doctrinarias, así como la arriba referida ausencia de criterios jurisprudenciales asentados, es que tanto lo resuelto en *Owens*, como en *Riggs*, eran, por lo menos en su tiempo, asuntos controvertidos. Por supuesto, el carácter controversial de cierta decisión no la determina *per se* como jurídicamente incorrecta. Aunque, si nos atenemos a la propuesta de Hart y Carrió, parece que al menos para el momento en que *Riggs* fuera resuelto, el consabido principio carecía del arraigo suficiente como para tenerlo como un estándar jurídico válido. No había, como hemos visto, una práctica judicial consistentemente sostenida a su favor. Pero, aun así, resultaría algo extraño afirmar que, por efecto de esa carencia, *Riggs* pueda

---

(60) Robert Traver, *The Jealous Mistress* (Boston: Little Brown, 1967), p. 65.

(61) *Ibid.*

(62) Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1921), p. 41

considerarse como una decisión incorrecta. Es que, lo que caracteriza este tipo de casos es la naturaleza controvertida de los argumentos. Ponen en evidencia la ausencia de una aceptación común y generalizada como los que la réplica presupone. Y esto era, puntualmente, lo que Dworkin sugería al insistir que la autoridad de un principio no puede quedar anclada en la posibilidad de que pueda verificarse tal aceptación general y compartida, como la que es requerida por la regla de reconocimiento. Ahora, espero, empiece a advertirse la relevancia del punto de Dworkin que Hart y Carrió no acababan de responder. Si lo que la crítica afirmaba era que los jueces recurren frecuentemente en sus argumentaciones a estándares morales y la respuesta del positivismo consiste en advertir cómo tales estándares pueden resultar incorporados al derecho a través de una práctica convencional, parece evidente en qué medida esa respuesta tiene dificultades para dar cuenta de lo que ocurre en casos como *Riggs*.

Con todo, pese a estas limitaciones, la propuesta de Hart y Carrió se encuentra mejor encaminada, una vez que se la contrasta a las ideas de Farrell. De su posición se desprende su evidente resistencia a admitir la invocación de estándares que carecen de reconocimiento en una fuente legislativa. Conforme el propio Farrell lo expresa, el voto de la mayoría era “ortodoxamente iusnaturalista”, mientras el voto de la minoría era “ortodoxamente positivista”<sup>(63)</sup>. Según puede interpretarse de su caracterización del positivismo, el rechazo del principio invocado en *Riggs* se deriva del tenor iusnaturalista del mismo y no realmente de la ausencia de su reconocimiento jurisprudencial previo. De este modo, pese a las limitaciones recién consideradas, el positivismo de Hart y Carrió parece mejor pertrechado para enfrentar las objeciones de Dworkin, al menos tal y como estas habían sido comprendidas. Si lo único que Dworkin pretendía afirmar era que el positivismo no puede explicar cómo estándares morales pueden incorporarse al derecho, entonces, las réplicas de Hart y Carrió parecen mejor orientadas para atender ese desafío. A fin de cuentas, desde sus primeros escritos, Hart supo alejarse de aquella tradicional versión del positivismo que concibe al derecho, al decir de Alf Ross, en los términos de lo *formalmente establecido*<sup>(64)</sup>. Tanto su resistencia al modelo del soberano de Austin,

---

(63) Farrell, “Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer”, p. 77.

(64) Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Eudeba, 1974), p. 93.

su oposición al formalismo jurídico, como sus ideas respecto de que el derecho es el resultado de una práctica social compleja, permiten apartar a Hart de aquella concepción del fenómeno jurídico que presupone que en toda comunidad existe una voluntad soberana que es la fuente suprema de toda validez jurídica. Como aquella que identifica al derecho en lo legislado, expresión de tal voluntad soberana<sup>(65)</sup>. Farrell, por su parte, parece comprometido con esta última versión del positivismo y es en este sentido en que enfrenta mayores dificultades para responder a Dworkin.

Así las cosas, la ventaja con la que corren Hart y Carrió es que cualquier tipo de estándar que sea efectivamente aplicado en las decisiones judiciales, con independencia de que el mismo haya sido legislativamente sancionado, puede formar parte del derecho. Sin embargo, cabe insistir, esa respuesta comienza a tener problemas en circunstancias de desacuerdos. Es decir, allí donde no puede verificarse tal cosa como una aceptación generalizada. Es en este sentido, en que podemos empezar a cuestionarnos si Hart y Carrió lograron realmente superar los desafíos originariamente impuestos por Dworkin en *The Model of Rules*. En definitiva, esa respuesta no lograría explicar en qué medida *Riggs* se trata de una decisión jurídicamente admisible pese al carácter controvertido del principio invocado. Ciertamente, lo que *Riggs* ponía en evidencia es la ausencia de una práctica social uniforme como la que es requerida para afirmar el carácter jurídico de un principio, en los términos de Hart y Carrió. Todavía más. Esta misma limitación de las réplicas podría llevarnos a comenzar a dudar de la arriba referida reconstrucción episódica del debate. Aquella que afirma que Dworkin alteró drásticamente sus iniciales objeciones en *Law's Empire*, a fin de capitalizar el hecho de que los jueces frecuentemente disienten en torno a qué cuenta como derecho en una comunidad de referencia<sup>(66)</sup>. Esta es la posición de Schapiro, para quien son solo estos últimos argumentos de Dworkin, a los que propuestas como las de Hart y Carrió no lograrían responder<sup>(67)</sup>. A fin de evaluar detenidamente esa reconstrucción del debate, conviene examinar todavía más exhaustivamente el caso *Riggs* y considerar otras de las objeciones que Farrell propone a lo allí resuelto.

---

(65) *Ibid.*, 103.

(66) Shapiro, "The 'Hart-Dworkin' Debate", pp. 23 y 41.

(67) *Ibid.*, pp. 40-43.

#### 4. LA CRÍTICA DE *LAW'S EMPIRE*

En los primeros tramos del caso *Riggs* y como una cuestión diferente a la gravitación de aquel principio según el cual “nadie puede beneficiarse de su propio acto ilícito”, la mayoría ofreció otra serie de argumentos para arribar a la misma conclusión. Se afirmó que si bien las leyes que regulan los testamentos, interpretadas literalmente, le otorgaban la propiedad al homicida, una “interpretación racional” de las mismas, ordenaba excluir de los beneficios de un testamento al heredero que atentaba contra la vida de su testador. Esto era así, infirió el tribunal, en cuanto en ningún caso podía entenderse que la intención de los legisladores haya sido que quien mata a su testador para hacer efectivo un testamento, obtenga un beneficio conforme al mismo. A partir de este canon de interpretación, se consideró que debido a que los redactores de las leyes no siempre expresan su intención a la perfección —o bien sus palabras pecan de exceso o bien se quedan cortas—, es tarea de los jueces reconocer tal intención a través de conjeturas probables o racionales. En la misma dirección se afirmó que tal reconstrucción racional de la Ley sucesoria, era a su vez consistente con una “interpretación equitativa” de la misma. De acuerdo con esta última idea, nuevamente, cuando la letra de la ley resulta contraria a la intención que razonablemente puede adjudicarse a los legisladores o cuando la misma resulta contradictoria al sentido común, debe estarse por estas consideraciones, ya sea a fin de restringir el alcance de las palabras de la ley, ya sea extendiéndolas, a iguales efectos<sup>(68)</sup>.

En el tenor a lo examinado precedentemente, Farrell considera que toda esta línea argumentativa del voto de la mayoría resulta también contraria a los postulados positivistas. La ley no era ambigua, por lo cual no le estaba permitido a los jueces el ejercicio de una actividad discrecional. Al tratarse de un caso claro, desde el punto de vista del positivismo jurídico, los jueces debían atenerse a las rígidas disposiciones legales, tal como se propuso insistentemente en el voto de la disidencia. Puntualmente, respecto a las técnicas de interpretación utilizadas por la mayoría en *Riggs*, Farrell advierte que la reconstrucción de aquella intención hipotética del legislador, aunque plausible, se enfrenta a la afirmación, no hipotética sino real, de que la intención del legislador, plasmada en la ley, era que los beneficiarios disfrutaran

---

(68) *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y., 506, 509-512 (1889).

de su herencia. Estas eran, al final del día, las estrictas estipulaciones del derecho a la que los jueces debían atenerse. Nuevamente aquí, la posición de Farrell, refracta el voto de la minoría, por considerarla una representación fiel del positivismo<sup>(69)</sup>.

Estos últimos argumentos de Farrell en contra de lo decidido en *Riggs*, permiten introducirnos en lo que constituye, según varios comentaristas, un segundo y más agudo ataque de Dworkin al positivismo, consolidadamente expuesto en *Law's Empire*. En ese trabajo, *Riggs* ya no se trataba de un caso que venía ejemplificar, al menos no directamente, el tipo de estándares que el modelo positivista era incapaz de aprehender. Ahora *Riggs* iluminaba el tipo de desacuerdos que los jueces mantienen en torno a lo que Dworkin denomina *fundamentos del derecho*<sup>(70)</sup>. Se enfatizaba, en ese sentido, que mientras el voto de la mayoría favoreció una interpretación de la ley sucesoria que otorgaba relevancia a las intenciones de los legisladores, la disidencia reivindicaba una aplicación del significado literal de ese mismo cuerpo legal. Ambas posiciones abrazaban, según Dworkin, una *teoría de la legislación* diferente acerca de cómo debía identificarse el derecho<sup>(71)</sup>. De este modo, el desacuerdo en *Riggs* era mucho más profundo que una mera disidencia en las técnicas de interpretación utilizadas en cada uno de los votos. Se trataba, en realidad, de un desacuerdo teórico, relativo a los fundamentos del derecho. Es decir, acerca de las diversas concepciones del derecho asumidas por los jueces y juristas en el marco de una discusión alrededor de lo que el derecho establece o requiere. En el caso, tales concepciones teóricas apuntalaban, de modo sustancial, las diversas atribuciones de significado que debían asignarse a la ley en cuestión. En otras palabras, las diferentes concepciones del derecho mantenidas por cada bando en la discusión, demarcaban, cómo ha de identificarse el contenido del derecho.

El positivismo jurídico, afirmaba la crítica, se encuentra impedido de dar cuenta del tipo de desacuerdos presentes en *Riggs*, en tanto adhiere a una *visión del hecho bruto* respecto del fenómeno jurídico. Tal visión superficial conduce a los positivistas a precipitarse en la posibilidad de que pueda registrarse una convención entre los operadores

---

(69) Farrell, "Positivismo jurídico: Dejen que herede Palmer", pp. 75-78.

(70) Dworkin, *Law's Empire*, pp. 3-6.

(71) *Ibid.*, pp. 15-16.

jurídicos respecto del contenido del derecho. Se asume, en definitiva, que el derecho puede ser identificado mediante una constatación empírica, relativamente simple y referida a hechos institucionales, “mirando los libros y registros oficiales donde se recogen” tales decisiones pasadas<sup>(72)</sup>. Todo lo cual determina que, en *Riggs* y casos semejantes, el positivismo ofrezca una imagen distorsionada de los desacuerdos teóricos. El positivismo jurídico, o bien supone que algunas de las partes en una discusión se encuentran en un error en cuanto a la verificación de las circunstancias fácticas para que pueda hablarse de acto jurídico válido<sup>(73)</sup>, o bien asume que el desacuerdo refiere a cómo *debería ser* el derecho a fin de adecuarse a ciertos criterios de justicia<sup>(74)</sup>. Ninguna de estas alternativas captura la esencia de la disputa entre los jueces Earl y Gray. Su desacuerdo no refería a si la Ley sucesoria se trataba de una norma formalmente válida<sup>(75)</sup>. Tampoco envolvía una discusión respecto de cómo tal legislación debía ser reformada a fin de tributar a los intereses de la justicia<sup>(76)</sup>. Para ambas partes de la discusión, la cuestión radicaba en cuál era, en efecto, el contenido del derecho y este era el aspecto central que ceñía su discrepancia en el caso<sup>(77)</sup>.

Como es evidente, los argumentos desarrollados en *Law's Empire* estaban específicamente ordenados a embestir contra los rudimentos convencionales de la regla de reconocimiento. Se ponía en cuestión la noción de aceptación compartida, como presupuesto de tal idea y como sustrato básico que cimenta las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas<sup>(78)</sup>. Puesto en los términos abstractos en que Dworkin lo expresa, el positivismo presupone que los juristas utilizan los mismos criterios para determinar la verdad o falsedad de los enunciados jurídicos relativos al contenido del derecho<sup>(79)</sup>. Bajo ese prisma, cuando se presenta un desacuerdo entre quienes no comparten una misma reconstrucción de la regla de reconocimiento, sus diferentes

---

(72) *Ibid.*, pp. 6-7.

(73) *Ibid.*, pp. 4-5.

(74) *Ibid.*, pp. 7-9.

(75) *Ibid.*, p. 16.

(76) *Ibid.*, p. 20.

(77) *Ibid.*

(78) *Ibid.*, pp. 34-35.

(79) *Ibid.*, pp. 31-33.



afirmaciones respecto a lo que el derecho exige, lucirán, más bien, como una disputa entre individuos que no hablan un mismo idioma<sup>(80)</sup>.

Aún más, como supo advertirlo Andrei Marmor, lo que los argumentos de Dworkin implicaban es que si conforme al positivismo jurídico, las condiciones de validez quedan determinadas por convenciones que prevalecen en una comunidad determinada, entonces, no puede explicarse cómo el derecho es capaz de instituir deberes en casos controvertidos. Si las convenciones se basan en un patrón de acuerdo, es decir, en una convergencia de creencias, en circunstancias de desacuerdos no hay fundamento alguno para seguir argumentando sobre la base de convenciones. En tales instancias, ha cesado su fuerza vinculante. Por lo cual, no hay ninguna norma que resulte obligatoria en esos casos controvertidos. De allí que los argumentos de Dworkin estén dirigidos a cuestionar el proyecto positivista, en cuanto no permite explicar cómo abogados y jueces consideran a muchas normas como jurídicamente obligatorias pese su innegable carácter controvertido<sup>(81)</sup>. Puesto en otros términos, si jueces y abogados reconocen como jurídicamente obligatorias no solo aquellas normas que son identificables de manera indiscutible bajo la regla de reconocimiento, esto es, si reconocen como obligatorio algo más allá del derecho que se basa en esa práctica social compleja, entonces, el convencionalismo se refutaría a sí mismo<sup>(82)</sup>.

Parece claro en qué medida las réplicas de Hart y Carrió a los argumentos de *The Model of Rules* encuentran dificultades para hacer frente a esta objeción<sup>(83)</sup>. Sus ideas en torno a la idea de regla de reconocimiento presuponen un acuerdo compartido entre los operadores jurídicos oficiales respecto de aquello que cuenta como derecho válido. Para ilustrar este punto, consideremos el ejemplo propuesto en ambas defensas a fin de señalar que resulta perfectamente posible que en una comunidad determinada se desarrolle una práctica de reconoci-

---

(80) *Ibid.*, p. 40.

(81) Andrei Marmor, *Interpretación y teoría del derecho* (Barcelona: Gedisa, 2001), p. 20.

(82) *Ibid.*, p. 21.

(83) Para un análisis crítico de las ideas de Carrió entorno a los desacuerdos jurídicos, véase Lorena Ramírez Ludeña, "Carrió y los desacuerdos entre los juristas", en Roldán (comp.), *Homenaje a Genaro R. Carrió*, pp. 53-108. Véase, asimismo, Pablo A. Rapetti, "Carrió y el enfoque emotivista sobre los desacuerdos jurídicos", en D. Sierra Sorockinas (ed.), *Notas al margen sobre el derecho y el lenguaje* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2019), pp. 155-190.

miento que pueda imponer exigencias tanto formales, como sustanciales, que condicionen la validez de las normas subordinadas del sistema. Para señalar la posibilidad del desarrollo de tal práctica, resulta necesario, como un requerimiento de la propia teoría, que pueda verificarse un acuerdo generalizado entre los operadores jurídicos oficiales en ese nivel. Pero esto es precisamente lo que no se verifica en sociedades maduras y complejas, tal como Dworkin intentaba ponerlo de resalto. Jueces y abogados mantienen extendidos desacuerdos en torno al contenido de la Constitución y tales desacuerdos permean sus discusiones relativas a qué proposiciones jurídicas pueden tenerse por verdaderas en ese contexto. De este modo, las respuestas de Hart y Carrió tendrían las mismas dificultades para dar cuenta del tipo de controversias que existen entre las diferentes interpretaciones de la Catorceava Enmienda de la Constitución estadounidense, por ejemplo, como para capturar el desacuerdo mantenido entre los jueces Earl y Gray, en el caso *Riggs*. En efecto, la posición de Hart y Carrió no podría explicar satisfactoriamente los desacuerdos mantenidos entre quienes afirman, como Dworkin, que la referida Enmienda constitucional incorpora estándares de moralidad política y quienes, por el contrario, sostienen que lo que únicamente cuenta son las opiniones sobre aquellos estándares morales que eran dominantes entre los políticos que promulgaron la disposición en cuestión<sup>(84)</sup>. Como los jueces del caso *Riggs*, quienes toman parte en ese tipo de controversias constitucionales no se ven a sí mismos como inmersos en un desacuerdo puramente verbal. No consideran que están utilizando la palabra “derecho” para referir a cosas diferentes<sup>(85)</sup>. Sus afirmaciones tampoco involucran una disidencia relativa al dominio de la moral o por medio de las cuales intentan efectuar alguna maniobra oculta para revisar o reformar el derecho<sup>(86)</sup>. Tampoco expresan sus posiciones como si estuvieran tratando de resolver casos marginales o dudosos, que requieren de algún tipo de decisión relativamente discrecional<sup>(87)</sup>.

Podría pensarse que este argumento solo afecta a la posición de Hart cuando los desacuerdos entre juristas refieren a los criterios

---

(84) Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution* (New York: Oxford University Press, 1996), p. 7.

(85) Dworkin, *Law's Empire*, p. 40.

(86) *Ibid.*, p. 38.

(87) *Ibid.*

últimos de validez del sistema y no respecto de las normas así identificadas. Sin embargo, si consideramos las célebres afirmaciones de Hart en torno a la idea de la “textura abierta del lenguaje”, los argumentos de Dworkin son igualmente elocuentes. Como es sabido, de acuerdo con Hart, las reglas jurídicas tienen un “núcleo claro” de casos individuales sometidos a su gobierno, así como una “zona de penumbra”, en donde no existe certeza suficiente para predicar si un caso determinado se encuentra o no regulado por la regla en cuestión. Según Hart, allí en donde exista un “acuerdo general” acerca de la regulación del caso bajo una regla específica, la interpretación aparece como innecesaria. De modo que la labor del juez lucirá como un procedimiento de “subsunción” de los hechos particulares a ese “acuerdo general”<sup>(88)</sup>. Mientras tanto, en los casos que caen en la zona de penumbra, se precipita una “crisis en la comunicación” y los jueces deberán desplegar una actividad creativa y ejercer su discreción para proveer una respuesta al caso<sup>(89)</sup>. Aquí nuevamente, la imagen convencional de la semántica de Hart produciría que, en circunstancias de desacuerdos, es decir, donde no existe un “acuerdo general” respecto de las instancias de aplicación de una regla, las diferentes afirmaciones de los juristas aparecerán, más bien, como meros desacuerdos verbales, etc.<sup>(90)</sup>.

Sumariamente, lo que casos como *Riggs* ponen en evidencia es que resulta perfectamente posible que en un determinado contexto decisonal existan operadores jurídicos que abracen diferentes concepciones de aquello que cuenta como derecho. Tal contraste de concepciones puede dar lugar tanto a desacuerdos acerca de qué constituyen fuentes de derecho válido, tanto como respecto del contenido de tales fuentes. Más aún, quienes son parte de esos desacuerdos podrían considerar que la manera jurídicamente adecuada de adjudicar ciertos casos no se agota en los contenidos aportados por algún criterio o conjunto de criterios convencionalmente aceptados. Más bien, como supo apuntarlo Dworkin y está siendo aquí enfatizado, lo que tales casos ponen en duda es la autoridad o incluso la existencia misma de tal

---

(88) Hart, *The Concept of Law*, p. 126.

(89) *Ibid.*, p. 129.

(90) Un exhaustivo examen de los problemas del convencionalismo implicado en las tesis semánticas de Hart, puede leerse en Marisa Iglesias Vila, “Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas”, *Analisi e diritto* (1998), pp. 129-144.

aceptación compartida, o por lo menos de alguna del tipo que el positivismo de Hart supone.

Cabe advertir que frente a estas críticas la posición de Farrell parece encontrarse en peores condiciones a la de Hart y Carrió. Como hemos visto, su versión del positivismo niega la posibilidad de que, en el seno de un contexto decisional determinado, los operadores jurídicos desarrollen —incluso de modo general y consistente— criterios de reconocimiento respecto de estándares jurídicos que puedan no emanar de actos institucionales de tipo legislativo. Esto es, precisamente, lo que quedaba en evidencia en el desacuerdo mantenido entre los jueces Earl y Gray, respecto del principio invocado en el voto de la mayoría liderada por el primero. Aún peor, la versión del positivismo de Farrell lo lleva a rechazar, incluso, la posibilidad de que los operadores jurídicos oficiales puedan dar lugar a técnicas de interpretación que no impliquen la identificación del contenido del derecho a partir del significado literal de los materiales jurídicos. Hart y Carrió, en cambio, se encuentran prevenidos de ambas dificultades. Ambos reconocen que un uso judicial consistente y regular pueda dar lugar a considerar tanto a principios como a cánones interpretativos, como normas jurisprudenciales en vigor. Con todo, al igual que Hart y Carrió, la posición de Farrell se ve impedida de capturar la complejidad del fenómeno jurídico en circunstancias en las que juristas igualmente bien entrenados disientan respecto de los criterios últimos de validez del sistema o discrepen en cuanto a los procedimientos de interpretación del derecho.

Por lo visto hasta aquí, podría pensarse que hay algo injusto en enrostrar a algunos de estos autores no haber dado respuesta a una objeción que no estaban siquiera intentando abordar. Carrió escribió mucho tiempo antes de que *Law's Empire* viera la luz y si bien Hart hizo extensa referencia a ese trabajo en su *Postscript*, no parecía resuelto a ocuparse específicamente de los asuntos aquí tratados. Sus consideraciones a este respecto se centraron en rechazar las conclusiones que Dworkin derivaría de los argumentos que estamos considerando y no a esclarecer cuál era realmente su posición<sup>(91)</sup>. Farrell, por su parte,

---

(91) Timothy Endicott advierte que frente a los argumentos que estamos considerando, Hart parece desconcertado y de su rechazo a las categorías de Dworkin no acaba de aclarar cuál era, en efecto, su posición. Timothy Endicott, “Herbert Hart y el aguijón semántico”, en P. Navarro y C. Redondo (eds.), *La relevancia del derecho*, p. 37. En un sentido similar, véase Gardner, “Review”, p. 333.

afirma siempre que su propuesta se encuentra orientada a contestar los desafíos de *The Model of Rules*. Bajo esta idea, los aciertos o yerros de cada una de estas respuestas deberían ser juzgados a la luz de las críticas enunciadas en ese primer trabajo de Dworkin. Este es, por lo menos, el entendimiento de quienes intentan periodizar las críticas de Dworkin contra el positivismo. Esa es, como hemos visto, la posición de Schapiro, quien sostiene que Dworkin modificó su crítica a fin de esquivar las respuestas de los seguidores de Hart.

Lo cierto es que más allá de sus énfasis y su más extenso desarrollo, en lo que a este asunto concierne, no había algo realmente novedoso en *Law's Empire* que no haya estado presente en *The Model of Rules*. En ese seminal artículo ya se disputaba la posibilidad de que los rasgos convencionales de la teoría de Hart puedan tener un valor explicativo del razonamiento de los juristas. Si esto que hasta ahora he sugerido, puede corroborarse aún más, no solo el tipo de réplicas como las de Hart y Carrió resultan ineficaces para enfrentar el desafío de *Law's Empire*, sino que siquiera habrían logrado responder a los cuestionamientos originariamente expuestos en *The Model of Rules*. Sus contestaciones habrían pasado por alto un punto central de la crítica y Dworkin no hizo más que explotar esa debilidad en trabajos posteriores.

## 5. RECONSIDERANDO LA VERSIÓN ORIGINAL DE LA CRÍTICA

Como hemos visto, los argumentos de *Law's Empire* estaban dirigidos a atacar frontalmente los cimientos convencionales del positivismo de Hart. Lo que se debatía era la noción de aceptación compartida, como un elemento central de la idea de regla de reconocimiento. Sin embargo, como se ha venido señalando, este era un asunto que ya había sido puesto en tela de juicio, muchos años atrás, en *The Model of Rules*. En efecto, en la primera presentación de la crítica, la oposición a esa dimensión convencional del positivismo se encuentra representada en la resistencia de Dworkin a la posibilidad de que los principios puedan remontarse a alguna reconstrucción "estable" de la regla de reconocimiento<sup>(92)</sup>. Entendida esta última como una idea basada en la posibilidad de que pueda registrarse una aceptación general y

---

(92) Dworkin, "The Model of Rules I", p. 41.

compartida de criterios de pertenencia<sup>(93)</sup>. Los principios, se apuntaba repetidamente en ese trabajo, resultan “controvertibles por naturaleza”<sup>(94)</sup>. Como tales, su autoridad para dirimir un caso involucra una “cuestión de juicio” y entre “individuos razonables puede haber desacuerdo” a ese respecto<sup>(95)</sup>. Ese carácter controversial impide, según Dworkin, elaborar alguna lista exhaustiva de ellos<sup>(96)</sup> o una prueba irrefutable respecto de su validez<sup>(97)</sup>. Mediante este tipo de afirmaciones, a lo que Dworkin se resiste es, precisamente, a la posibilidad de que la aceptación general y compartida en torno a los criterios de pertenencia permita fundar la autoridad de un principio en el razonamiento práctico<sup>(98)</sup>. En definitiva, en uno y otro trabajo, se ponía en evidencia la ausencia de una práctica social uniforme que permita identificar el contenido del derecho, del modo relativamente simple implicado en la idea de la regla de reconocimiento. Es así, según creo, como debe leerse tanto esta originaria resistencia de Dworkin a la posibilidad de que principios como los invocados en *Riggs* pueda reconstruirse bajo la “pulcra estructura piramidal” de la regla de reconocimiento<sup>(99)</sup>, como a su madura exposición encaminada a detallar las limitaciones de esa misma idea, frente al carácter esencialmente balcanizado de la práctica jurídica.

Pero aún su original lectura de *Riggs* abona este punto. Sin duda, tal como lo han reseñado varios comentaristas, resulta indiscutible que en *The Model of Rules* se enfatiza que para resolver ese caso los jueces utilizaron el principio “nadie puede beneficiarse de su propio acto ilícito” y que la referencia a tal principio aparece en *Law’s Empire* de modo un tanto artificioso<sup>(100)</sup>. Pero es igualmente cierto que, desde aquella primera presentación de *Riggs*, Dworkin señalaba que los principios desarrollan un papel dirimente en la justificación de las diversas interpretaciones de los materiales jurídicos<sup>(101)</sup>. Según Dworkin, es a partir

---

(93) *Ibid.*, p. 42.

(94) *Ibid.*, pp. 27, 37 y 45.

(95) *Ibid.*, p. 37.

(96) *Ibid.*, p. 45.

(97) *Ibid.*, p. 37.

(98) *Ibid.*, p. 42.

(99) *Ibid.*, p. 44.

(100) Dworkin, *Law’s Empire*, pp. 19-20.

(101) Dworkin, “The Model of Rules I”, pp. 29 y 38.

de una articulación de un trasfondo controvertible de principios lo que permite a los diversos operadores jurídicos fundar interpretaciones contendientes al momento de identificar el derecho<sup>(102)</sup>. Es también, en este mismo sentido, que se argumentaba que la pertenencia al ordenamiento jurídico de un principio jurídico como el utilizado por la mayoría en *Riggs* no puede presentarse como intermediada por la noción de aceptación<sup>(103)</sup>. Ello en tanto, no podría elaborarse alguna fórmula para probar cuánto apoyo institucional y de qué tipo resultaría necesario para convertir un principio en un principio jurídico<sup>(104)</sup>. Como hemos adelantado, mediante estos argumentos, Dworkin parecía prevenirse del tipo de respuestas como las ofrecidas por Hart y Carrió. En efecto, de un modo del todo explícito, Dworkin considera que resulta inapropiado hablar de validez de ese tipo de estándares, tal como la respuesta de Carrió y Hart lo suponen. A ese respecto, se sostenía que, al momento de intentar fundar la aplicabilidad de un principio como el invocado en *Riggs*, así como una nueva interpretación de los materiales jurídicos, podrán hacerse referencias a ciertas decisiones institucionales pasadas. Pero tales referencias resultarían insuficientes *per se* para señalar la autoridad que un principio o una nueva interpretación tiene para dar solución al caso<sup>(105)</sup>. En esa línea, también refiriéndose a *Riggs*, Dworkin advierte que el tipo de argumentos o técnicas de interpretación a los que recurriríamos a esos efectos se encontrarían en un plano semejante, en tanto cualquier intento de fundamentación en una práctica o decisión pasada exigiría justificar, a su vez, la autoridad de esa misma práctica, incluidos los principios que la sustentan<sup>(106)</sup>. En otras palabras, la autoridad de un principio o la interpretación de los materiales jurídicos al momento de dar respuesta a un caso, se encuentra a su vez mediada por una amalgama de principios controvertidos. En tales instancias, según Dworkin, los argumentos a los que deberíamos apelar desembocarían en algún tipo de constelación de principios subyacentes que referirán, por ejemplo, a la doctrina de la regla de precedente, al de la autoridad democrática, al principio de separación de poderes, del federalismo, etc. Ante tal nivel de abstracción y adelantando el argumento estelar de *Law's Empire*, Dworkin concluía ya

---

(102) *Ibid.*, p. 38.

(103) *Ibid.*, p. 42.

(104) *Ibid.*, p. 41.

(105) *Ibid.*

(106) *Ibid.*, pp. 41-42.

en *The Model of Rules* que en tales condiciones nada podría asegurar que tal fundamentación resultará conclusiva respecto de la autoridad del principio como “fundado solamente en la aceptación”<sup>(107)</sup>. Es que, en esas instancias, concluía el argumento, los principios que puedan sustentar cierta interpretación “podrían verse cuestionados”<sup>(108)</sup>.

La relación de identidad de las ideas de Dworkin se hace más evidente si a esos trazos presentes en su primera formulación de la crítica se los acompaña de una lectura de los argumentos utilizados por la mayoría y la minoría en *Riggs*, más tarde destacados en *Law's Empire*. Ciertamente, en el voto de la minoría, la pertinencia del canon de interpretación literal, fue explícitamente defendida a partir de argumentos que refieren a cierta articulación de los principios de división de poderes, de la autoridad del poder legislativo y de la autoridad del precedente<sup>(109)</sup>. Todos argumentos cuyo peso u ordenación específica la interpretación teleológico-racional propuesta por la mayoría, vino a poner en crisis. Esto último en virtud de lo que parece tratarse de una concepción del derecho que otorgaba particular relevancia al valor de la equidad, como elemento que debe guiar la interpretación jurídica. En definitiva, como se sugería en *Law's Empire* el desacuerdo entre las interpretaciones a la ley sucesoria parasitaba en las diversas concepciones teóricas que, en el caso, pueden deducirse de las argumentaciones más o menos explícitas de los jueces al defender una y otra resolución a la controversia. Lo relevante aquí es que lo mismo puede sostenerse en términos de *The Model of Rules*. El desacuerdo en *Riggs* puede ser también expresado como el resultado de las articulaciones disonantes de esos principios subyacentes asumidas por cada juez y ordenadas a fin de sustentar las diferentes afirmaciones acerca del contenido del mismo material jurídico. En ambos trabajos, en definitiva, se enfatizaba que tales articulaciones de principios subyacentes *vis à vis* concepciones teóricas, permiten fundar diferentes respuestas al caso y que ello no puede capturarse a partir de una idea del derecho que presupone algún tipo de aceptación generalizada.

Vistas así las cosas, resulta por lo menos desafortunado afirmar que el desafío de Dworkin haya podido enfrentarse alguna vez insistiendo

---

(107) *Ibid.*, p. 42.

(108) *Ibid.*

(109) *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 514-520 (1889).



en que la regla de reconocimiento puede incorporar principios, del tipo que fuera invocado en *Riggs*. Es que, mediante tal idea se presupone lo que estaba en discusión. Esto es, si la incorporación de tales estándares como derecho puede venir intermediada por una noción de aceptación compartida. En este sentido, resulta paradójico que las primeras réplicas a *The Model of Rules* adolezcan de los defectos que los defensores de Hart siempre le endilgaron a Dworkin, al denunciar que este último habría otorgado un tratamiento superficial de las ideas de aquel. Por lo visto, quienes acabaron por construirse un enemigo a su medida fueron, en verdad, Hart y Carrió. En su insistencia por abrir un espacio conceptual en la regla de reconocimiento a fin de demostrar cómo pueden integrarse estándares morales al derecho, Hart y Carrió parecen haber perdido de vista uno de los asuntos medulares del debate. Conforme lo he intentado destacar, uno de los aspectos puestos en discusión, desde un primer momento, consistía en señalar que la noción de aceptación general y compartida, como presupuesto central de la regla de reconocimiento, constituía la principal fuente de problemas del positivismo hartiano. Problemas que no podían erradicarse insistiendo, como lo hicieron Hart y Carrió, que mediante la propia idea que estaba siendo atacada podría hacerse frente a la crítica.

Así vistas las cosas, *Law's Empire*, a lo sumo, venía a acentuar la crítica expuesta en *The Model of Rules*, exaltando las debilidades del positivismo al momento de dar cuenta de la naturaleza controversial de la argumentación jurídica. Al menos en lo que aquí interesa, lo añadido a ese respecto consiste simplemente en destacar que los presupuestos convencionales del positivismo proyectan una imagen equívoca del desacuerdo jurídico. Cabe anotar, sin embargo, que incluso esta derivación de la objeción inicial pudo ser advertida tempranamente por Carlos Nino, en oportunidad de examinar los primeros trabajos de Dworkin. En línea a lo más tarde detallado en *Law's Empire*, Nino sugeriría que las observaciones de Dworkin ponían de relieve que el “concepto descriptivo de derecho”, presupuesto por el positivismo, arroja una imagen distorsionada de las proposiciones que caracterizan la práctica jurídica. Según Nino, tal concepto descriptivo conduciría a los positivistas a afirmar que cuando los jueces hacen referencia a ciertos estándares todavía no reconocidos como derecho y pese a ello, presentan sus afirmaciones en forma de una proposición “acerca de lo que el derecho dispone”, en realidad están haciendo una proposición “acerca

de lo que el derecho debería disponer”<sup>(110)</sup>. Esa limitación empujaría a recurrir a explicaciones tortuosas del comportamiento lingüístico de jueces y abogados. Todo lo cual termina generando una idea de que tales instancias se deben a un mal uso del lenguaje o al deseo de los juristas de engañar a la gente, como intentos de hacer pasar afirmaciones que constituyen una mera opinión por una descripción objetiva<sup>(111)</sup>.

Cabe anotar aquí que, para Nino, este déficit podría superarse complementando el concepto descriptivo de derecho, semejante al aportado por el positivismo de Hart, con un concepto normativo de derecho. Mientras el primero permite identificar desde una perspectiva externa lo que el derecho dispone, el segundo habilita la posibilidad de dar cuenta de la dimensión justificatoria que caracteriza la práctica jurídica. Este último concepto, tendría la ventaja, según Nino, de permitirnos esclarecer el tipo de enunciados comprometidos respecto de que tal o cual cosa es parte del derecho, a pesar de que no haya recibido un reconocimiento institucional previo<sup>(112)</sup>. Ahora bien, si se admite el arriba considerado argumento negativo de Nino, entonces parece que debe aceptarse la sugerencia de Dworkin, en cuanto a que el positivismo tiene serias dificultades al intentar caracterizar el tipo de discrepancias como las que suscitan casos como *Riggs*. De allí, entonces, que contra propuestas como las formuladas por Nino, en cuanto suponen que la empresa descriptiva del positivismo se encuentra bien orientada y es tan solo el reconocimiento de la dimensión justificatoria lo que debe incorporarse, Dworkin insistiría que ni siquiera lo primero puede concederse. Ello en tanto, cualquier teoría con aspiraciones descriptivas debería ser capaz de determinar cuál es el contenido del derecho más allá del desacuerdo y, tal como Nino pudo reconocerlo, el positivismo naufraga ante esa dificultad.

A fin de ilustrar este punto e insistir una vez más en la consistencia de los cargos de Dworkin contra el positivismo de Hart, pongamos la más refinada versión de la crítica, expuesta en *Law's Empire*, en perspectiva a los argumentos iniciales contra la idea de discreción judicial del positivismo, como figuraban en *The Model of Rules*. Como es sabido, en ese primer trabajo, Dworkin recurre a *Riggs* y otros precedentes a

(110) Carlos S. Nino, “Dworkin and Legal Positivism”, *Mind*, vol. 89, n° 356 (1980), p. 538.

(111) *Ibid.*, p. 539. En un sentido muy similar, Dworkin, *Law's Empire*, pp. 37-40.

(112) Nino, “Dworkin and Legal Positivism”, pp. 538-539.

fin de señalar que los principios, tal y como son utilizados en el razonamiento de los juristas, son considerados como estándares legales vinculantes y no como meras guías que pueden orientar en uno u otro sentido la decisión judicial. Esto contrastaba con la imagen del positivismo de que en tales instancias los jueces deben ir más allá del derecho o por lo menos más allá de lo que puede ser reconocido como derecho bajo sus propios presupuestos<sup>(113)</sup>. En *Law's Empire*, el argumento es esencialmente el mismo. Si el positivismo afirma que los límites del derecho llegan tan lejos como llegan las convenciones entre los operadores jurídicos oficiales, en circunstancias de desacuerdos, no existiría derecho realmente al que puedan apelar. Sin embargo, en su retórica familiar, cuando los jueces ejercen lo que los positivistas llaman discreción, tanto como cuando disienten acerca del contenido del derecho, no solo hablan sobre obligaciones o derechos preexistentes, sino que en sus alegaciones tampoco afirman estar suplementando vacíos o reformando el derecho a fin de ajustarlo a algún criterio de justicia, etc.

Ahora bien, al detallar ambas críticas, es decir, la manera en que el positivismo arroja tanto una imagen equívoca de la discrecionalidad judicial, como del desacuerdo jurídico, Dworkin no ofrece una referencia precisa a la obra de Hart que demuestre con elocuencia su punto. Lo cierto es que las piezas de evidencia más contundentes a favor de Dworkin fueron provistas por el propio Hart a lo largo de toda su obra. Así, por ejemplo, al ofrecer respuestas al asunto de la discrecionalidad, en su *Postscript*, Hart afirmarí­a que no debía tomarse en serio la retórica familiar de los jueces cuando, en ocasiones, hacen afirmaciones como si el derecho ofreciera una solución preestablecida para cada caso, que aguarda a ser descubierta y no resulta inventada o provista *ad hoc*<sup>(114)</sup>. En esa línea, Hart apuntaría a la relevancia de distinguir entre el lenguaje ritual utilizado por jueces y abogados al decidir casos difíciles, de sus reflexiones más aplomadas acerca del proceso judicial. En definitiva, para Hart son estas últimas consideraciones y no las manifestaciones de los jueces en tales circunstancias, las que permiten advertir el carácter parcialmente indeterminado del derecho<sup>(115)</sup>. En pocas palabras, en instancias de indeterminación jurídica, los jueces afirman que sus decisiones se encuentran fundadas en un derecho

---

(113) Dworkin, "The Model of Rules I", pp. 31-39.

(114) Hart, *The Concept of Law*, pp. 273-274.

(115) *Ibid.*, p. 274.

preexistente, pero tales afirmaciones características no deben confundirse, según Hart, con lo que “realmente ocurre”<sup>(116)</sup>. De acuerdo a Hart, entonces, lo que realmente ocurre es que, en tales circunstancias, el derecho carece de una respuesta concluyente, sin importar cuán enfáticos y articulados puedan ser los jueces a ese respecto. Algo similar puede leerse también en *The Concept of Law*. Al momento de detallar el proceso de decisión discrecional en los casos que caen en la así denominada “zona de penumbra”, Hart afirma que con frecuencia los tribunales “niegan” estar cumpliendo una “función creadora”. Los jueces afirmarían, en cambio, que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, la búsqueda de “la intención del legislador” y “el derecho que ya existe”<sup>(117)</sup>. Nuevamente aquí, para Hart, aquello que los operadores jurídicos afirman estar haciendo termina “oscureciendo” que en tales instancias los tribunales ejercen una función productora de normas<sup>(118)</sup>. Incluso todavía más tempranamente, Hart sostendría que en circunstancias de indeterminación jurídica y para la mayor parte de los “casos de interpretación” hablar de “legislación judicial” o más aun de un “fiat”, es hacerse cargo de lo que realmente sucede en esas situaciones<sup>(119)</sup>.

Si bien, como podría ser señalado, Hart parece hacer todas estas afirmaciones desde lo que él denominaría una *perspectiva externa*, lo que esta serie de párrafos ponen en evidencia son sus dificultades al momento de articular tal idea con uno de los presupuestos metodológicos que caracterizan su teoría. Esto es, la posibilidad de capturar la *perspectiva interna* de los participantes. Aunque esa línea de análisis podría haber sido explorada a fin de comenzar a disipar tanto la primera como la segunda presentación de la crítica de Dworkin, en su insistencia por mantenerse fiel a los rudimentos convencionalistas de su teoría, Hart acabó por ofrecer una imagen del derecho incapaz de arrojar complejidad al fenómeno de la argumentación jurídica. Tal insistencia dejó a su teoría a expensas de las iniciales objeciones de Dworkin.

---

(116) *Ibid.*, p. 274.

(117) *Ibid.*, pp. 135-136. En el mismo sentido, al referir a las circunstancias de indeterminación de la regla de reconocimiento, Hart afirma que los tribunales ejercen una función creadora, “eligiendo una de las alternativas que la ley deja abierta, *aun cuando prefieran presentar esa elección como si fuera un descubrimiento*”. *Ibid.*, p. 153. El énfasis me pertenece.

(118) *Ibid.*, pp. 135-136.

(119) Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, p. 629.

## 6. CONCLUSIÓN

Como lo he destacado aquí, tanto los iniciales como los maduros argumentos de Dworkin contra el positivismo intentaban resistir cualquier reconstrucción superficial del fenómeno jurídico. A lo largo del debate, Dworkin puso en evidencia, una y otra vez, la ausencia de una práctica social uniforme que permita identificar el contenido del derecho, del modo relativamente simple que viene implicado en las ideas de Hart. Lo que siempre estuvo en discusión es la posibilidad de que los rasgos convencionales de la teoría de Hart puedan tener algún valor explicativo del razonamiento de jueces y abogados. De allí que la insistencia de Hart y Carrió por abrir un espacio conceptual en la regla de reconocimiento a fin de admitir la incorporación de estándares morales haya estado condenada al fracaso. Si mediante esa respuesta se pretendía enfrentar a los inaugurales argumentos de Dworkin, quedaba sin responder cómo una concepción aferrada a la posibilidad de que pueda verificarse una convención entre los operadores jurídicos oficiales puede hacer justicia a la complejidad de la argumentación jurídica.

Estos cuestionamientos no deberían haber resultado del todo extraños para una teoría particularmente preocupada por dar cuenta de la perspectiva de quienes obedecen y aplican normas. Si el interés de la teoría del derecho, tal como Hart la concebía, trasciende el propósito de retratar meras regularidades de conducta y debe, antes bien, ocuparse de capturar la perspectiva de los participantes imbuidos en la práctica, la posibilidad de caracterizar adecuadamente cómo los juristas articulan sus argumentaciones aparece como un objetivo ineludible. De modo singular, parte importante de esas actitudes crítico reflexivas se componen de una diversidad de proposiciones que se encuentran ordenadas a afirmar cuál es el contenido del derecho. Quienes se encuentran inmersos en una práctica jurídica dominan, con mayor o menor destreza, tales técnicas de argumentación. Como parece obvio, una parte importante de identificar el contenido del derecho consiste en adquirir la habilidad de discernir entre esa amplia variedad de argumentos disponibles. Lo cual exige un conocimiento tan profundo como sutil de la práctica.

Es en este sentido que no resulte controvertible que Dworkin afirme que el derecho se trata de una práctica argumentativa, sobre la cual

cualquier comprensión de aquello que vale como un mal o un buen argumento solo puede hacerse desde la práctica. Es decir, adoptándose la perspectiva de los participantes inmersos en ella<sup>(120)</sup>. En verdad, si el positivismo pretende responder a Dworkin debe comenzar por reconocer que es solo a partir de un entendimiento profundo del trasfondo de la práctica que la misma puede hacerse inteligible. Es que, si el derecho es, en el sentido indicado, una práctica social compleja, entonces, la determinación de su contenido no puede sino emprenderse a partir de una reconstrucción de ese trasfondo de juicios que permite a sus participantes expresar lo que, en ese marco, la práctica exige o requiere. Para atender semejante objetivo, desde luego, se exige mucho más que constatar aquello sobre lo que los juristas superficialmente convergen.

Lo que el positivismo sí debe disputar es que quien pretende identificar el contenido de una práctica, debe necesariamente “abrazarla” de manera semejante a quien participa en ella. Es decir, debe oponerse a que la práctica solo pueda resultar inteligible para quienes interactúan activamente en ella. De lo contrario, debería admitirse, como Dworkin, que cualquier conclusión de un observador no comprometido jamás pueda involucrar algún tipo de reporte neutro, sino meras afirmaciones que compiten con las de los participantes insertos en la práctica<sup>(121)</sup>. Pero para rechazar esa conclusión, se exige mucho más que afirmar que una descripción continuará siendo una descripción, aun cuando lo descrito se trate de una evaluación<sup>(122)</sup>. Más bien, si las posibilidades de descripción de la práctica jurídica demandan una reconstrucción sofisticada de su trasfondo, parece evidente que esto debería llevar al positivismo a impugnar la posibilidad de identificar el contenido del derecho a través de la simple corroboración de una convención entre operadores jurídicos. Debería rechazarse, al menos, que esa empresa descriptiva pueda llevarse a cabo tomando como referencia el tipo de convenciones como las que venían aparejadas en las principales ideas de Hart.

---

(120) Dworkin, *Law's Empire*, pp. 13-14.

(121) *Ibid.*, p. 64.

(122) Hart, *The Concept of Law*, p. 244.

## INTEGRIDAD MODERADA: ENTRE EL DIÁLOGO CON EL PASADO Y EL ARREPENTIMIENTO

*Roberto Saba*

En un artículo sobre la teoría de la adjudicación de Ronald Dworkin, Christopher L. Eisgruber, se preguntaba si los jueces constitucionales deberían ser filósofos<sup>(1)</sup>. Cuando me disponía a escribir estas líneas en homenaje a Martín Farrell aquella pregunta vino inmediatamente a mi cabeza. Farrell es una clara evidencia de que cuando un filósofo se desempeña como juez, no solo cuenta con un poderoso arsenal conceptual para elaborar sus decisiones, sino que, cuando piensa como filósofo, enriquece sus argumentos con la experiencia del decisor judicial. Si bien Farrell tiene una vasta y diversa agenda de intereses filosóficos, hay uno en particular donde se cruzan sus identidades como filósofo y como juez. Me refiero a su trabajo sobre la decisión judicial y la consideración de los precedentes<sup>(2)</sup>. Sobre esa angosta franja de su enorme producción intelectual me referiré en este ensayo.

La noción de integridad aplicada al derecho para guiar la interpretación constitucional fue defendida por Dworkin en su obra *Law's Empire*<sup>(3)</sup>, y si bien su tesis no tiene que ver solo con la consideración y seguimiento de los precedentes judiciales por parte de los tribunales, muchos juristas la han asimilado casi exclusivamente a este aspecto. Desde mi punto de vista, la tesis de Dworkin no es una teoría acerca del tratamiento de los precedentes, aunque se relaciona claramente con

---

(1) Christopher L. Eisgruber, "Should constitutional judges be philosophers?", en Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 5-22.

(2) Martín Farrell, *El papel de la integridad en la decisión judicial* (México D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2005).

(3) Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1986).

ello. Sin embargo, siguiendo o criticando a Dworkin, un número importante de juristas han desarrollado sus propias teorías acerca del modo en que los precedentes deberían ser considerados por los jueces al tomar decisiones. Farrell es uno de ellos. Su propia idea acerca del papel de la integridad en la decisión judicial se diferencia, en primer lugar, de posiciones como la de Anthony Kronman<sup>(4)</sup>, a la que describe como inscrita en la categoría de “integridad extrema”, en el sentido de que el seguimiento de los precedentes constituye un valor en sí mismo derivado de la autoridad de las tradiciones y del pasado, y no está sujeto a excepción alguna. Farrell, en cambio, cree que la “integridad debe defenderse en la versión más débil posible”, en sus propias palabras, entendiéndola como “integridad moderada”, en el sentido de “integridad reforzada con el arrepentimiento”<sup>(5)</sup>. Por otro lado, también sostiene que “aun la integridad moderada (...) debe defenderse primariamente sobre bases instrumentales, esto es, por su contribución a la seguridad jurídica”<sup>(6)</sup>. Finalmente, afirma que “la integridad *per se* (...) posee un valor residual, lo que convierte en importante al diálogo sobre el pasado”<sup>(7)</sup>.

Según Farrell, “lo que la integridad moderada exige de los jueces actuales es que ellos tomen en cuenta el pasado. Tomar en cuenta el pasado no equivale —ciertamente— a seguir en todos los casos las decisiones judiciales anteriores. Tomar en cuenta el pasado es escucharlo, es dialogar con él, es indicar en qué punto lo encontramos deficiente, y por qué, es explicar los motivos por los cuales acotamos al precedente en ciertos casos, que son aquellos casos en los cuales prima el arrepentimiento. Lo que la integridad moderada prohíbe es ignorar el pasado, decidir el caso actual como si el pasado no existiera”<sup>(8)</sup>. Finalmente, afirma que la integridad moderada requiere de dos tipos de justificaciones para las decisiones que los jueces toman. En primer lugar, “que justifiquen por qué deciden el caso sometido a su consideración de la forma en que lo hacen”<sup>(9)</sup>. En segundo término, si difieren de lo

---

(4) Anthony Kronman, “Precedent and tradition”, *The Yale Law Journal*, vol. 99, nº 5 (1990), pp. 1037-1048.

(5) Farrell, *El papel de la integridad en la decisión judicial*, pp. 56-57.

(6) *Ibid.*, p. 57.

(7) *Ibid.*

(8) *Ibid.*

(9) *Ibid.*



sostenido en los precedentes, que justifiquen por qué se apartan de ellos. Así, los jueces deben explicar “qué hay de bueno en su decisión, y qué hay de malo en los precedentes, si la decisión se aparta de ellos”. En esto consiste el diálogo con el pasado. Farrell sugiere que un juez tiene entonces tres opciones al tomar una decisión: “a) respetar los precedentes (integridad extrema); b) mostrar que no había precedentes respecto de esta decisión en particular; o c) exhibir —y fundar— su arrepentimiento acerca de las decisiones previas (integridad moderada)”<sup>(10)</sup>, “explicando por qué estaba equivocado anteriormente y por qué su decisión actual es mejor”, lo cual aseguraría que la nueva decisión establece el criterio que continuaría aplicándose en el futuro.

Farrell critica la noción de integridad articulada por Dworkin en *Law's Empire* por encontrarla poco clara. Admite que no sabe si ubicar la tesis dworkiniana entre las que defienden la integridad extrema (“sencillamente porque no sé muy bien qué es lo que propicia”<sup>(11)</sup>), pero señala que muchos autores sí lo hacen. Es así que, entonces, al defender una visión moderada de la integridad, toma distancia de Dworkin, aunque coincide con él en la necesidad de que los jueces se tomen en serio los precedentes. En sus propias palabras: “la posición dworkiniana no es sencilla de precisar. Sin embargo, y aunque las directivas concretas de ella sean algo confusas, existe aquí un elemento central, que es el valor que los jueces deben asignarle a la integridad”. Luego, haciendo referencia a la metáfora dworkiniana del juego de la novela encadenada escrita por múltiples autores consecutivos, afirma que “[s]ea cual fuere la manera como el autor va a redactar su capítulo, los capítulos anteriores cuentan”<sup>(12)</sup>.

Tomarse los precedentes en serio es algo muy diferente a tomar los precedentes como una autoridad inexorable que determina el sentido de las decisiones presentes. Esta sí sería una clara expresión de la integridad extrema, y que Farrell asocia con la tesis Kronman y a la que resume afirmando que para este autor “la corrección del precedente

---

(10) *Ibid.*, p. 59, 32-36. Farrell toma la noción de arrepentimiento a partir del concepto de *regret* articulado por Gerald Postema, “Integrity: Justice in Workclothes”, en J. Burley (ed.), *Dworkin and its Critics* (Oxford: Blackwell Publishing, 2004), pp. 291-318. Ver también Gerald Postema, “On the Moral Presence of Our Past”, *McGill Law Journal*, vol. 36, nº 4 (1991), pp. 1153-1221.

(11) Farrell, *El papel de la integridad en la decisión judicial*, p. 19.

(12) *Ibid.*, p. 19.

deriva solo de su precedencia temporal”<sup>(13)</sup>. En suma, Farrell comparte con Dworkin al menos dos ideas: en primer lugar, que la tarea interpretativa es una tarea colectiva que involucra a todos los jueces; y, en segundo término, que ese carácter colectivo de la empresa constriñe al intérprete judicial, quien no puede desentenderse de lo hecho por sus colegas en el pasado. Farrell dice distanciarse de Dworkin y de Kronman en lo que respecta al margen que tiene el intérprete judicial para disentir con las interpretaciones pasadas. Según su lectura de ambos autores, mientras estos obligan a no contradecir el pasado (integridad extrema), Farrell cree que hay espacio para independizarse de ese pasado (espacio para el arrepentimiento), siempre que el juez del presente demuestre que esas decisiones pretéritas estaban equivocadas. Es preciso señalar que, sin embargo y como veremos más abajo, este espacio es reducido y debe tener un carácter excepcional. Desde mi punto de vista, no obstante, no es claro, en que se fundaría ese error. Volveré sobre este punto más adelante.

## 1. EL JUEZ DE FARRELL NO JUEGA AL CADÁVER EXQUISITO

Los artistas del surrealismo se rebelaron contra la cultura de la razón<sup>(14)</sup>. Esa insurgencia se puso de manifiesto en su proceso creativo y es por ello que algunos de ellos recurrían a menudo a un juego al que llamaron *el cadáver exquisito* para dar nacimiento a sus obras<sup>(15)</sup>. Participaban de estas experiencias lúdicas tanto artistas plásticos como poetas. En el caso de estos últimos, el juego comenzaba con uno de

(13) *Ibid.*, pp. 21-22.

(14) André Breton, “The Exquisite Corpse, Its Exaltation”, en *Surrealism and Painting*, traducido por S. W. Taylor (Londres: MacDonald, 1965), pp. 288-90.

(15) El juego fue creado a partir de un viejo juego de mesa y popularizado por los miembros de la corriente surrealista a principios del S. XX. Robert Desnos, Paul Eluard, André Bretón y Tristán Tzara, quienes solían jugarlo, creían que la creación, en particular la creación poética, debía ser anónima, realizada en grupos y lo más intuitiva, espontánea, lúdica y automática como fuera posible. En el *cadáver exquisito*, aspectos completamente accidentales desempeñan un papel crucial. En las creaciones artísticas desarrolladas de este modo los nombres de los autores son suprimidos, concibiéndose a la obra como una creación grupal en la que domina la combinación contingente de sus partes componentes. Una variante del *cadáver exquisito* es la que corresponde a la costumbre de ciertos autores de terminar los poemas comenzados por sus colegas. En Argentina, bajo el seudónimo común de H. Bustos Domecq, Jorge Luis Borges y Adolfo Bioy Casares escribieron un famoso cadáver exquisito: “Seis problemas para Don Isidro Parodi” (Buenos Aires: Sur, 1942).

los jugadores escribiendo el primer verso de un poema que sería una empresa colectiva. El verso se escribía en la parte superior de una hoja en blanco y luego era ocultado, plegando el papel de modo que el segundo jugador no pudiera leerlo. Este recibía lo que, en apariencia, era una hoja en blanco, sabiendo únicamente que allí estaba, oculto en el pliegue, el primer verso del poema que ayudaría a completar. De esta manera, el segundo jugador-poeta escribía el segundo verso en total libertad, sin saber lo que había sido expresado en el primero, y así sucesivamente con los restantes jugadores-poetas. Luego de varias rondas de versos escritos por diferentes autores, la hoja contenía una cantidad de versos escondidos entre sus pliegues. Al finalizar la etapa de escritura, el papel se desplegaba con forma de acordeón descubriendo una secuencia de versos que, en conjunto, constituían un poema que había sido escrito colectivamente. Lógicamente, el método de escritura producía siempre un texto que carecía totalmente de sentido. El objetivo de estos artistas rebeldes se había logrado: el lenguaje había sido derrotado, las palabras estaban allí, pero no significaban nada, pulverizando en el acto todo lo que se asociara con la razón y la cultura construida a partir de esta. De acuerdo con el *Diccionario Abreviado del Surrealismo* de André Breton, el nombre del juego tiene su origen en las primeras palabras del primer poema escrito utilizando este experimento creativo: “El Cadáver -- Exquisito -- beberá -- el joven vino”<sup>(16)</sup>. Un procedimiento similar era practicado por artistas plásticos<sup>(17)</sup>. Cada artista realizaba su contribución, la escondía doblando la hoja de papel donde estaba dibujada y la pasaba al siguiente artista, quien añadía su parte usando solo los puntos visibles correspondientes a las terminaciones de las líneas dibujadas por el artista anterior. El resultado era una serie de figuras monstruosas y carentes de sentido figurativo alguno. André

---

(16) Otros ejemplos son: “El dormitorio de niñas friables pone correctamente a la odiosa caja” y “La ostra Senegal comerá el pan tricolor”. Se consideraba que estos fragmentos poéticos revelaban lo que Nicolas Calas caracterizó como la “realidad inconsciente en la personalidad del grupo” resultante de un proceso de, como lo llamó Ernst, “contagio mental”.

(17) El juego fue adaptado a las posibilidades del dibujo, e incluso del collage, mediante la asignación a cada jugador de una sección de un cuerpo. Interesantes *cadavres exquis* fueron reproducidos en una edición especial de *Variétés* titulada “Le Surrealisme en 1929”. Véase: William S. Rubin, *Dada & Surrealist Art* (New York: Harry N. Abrams Inc., 1968).

Breton describió estos experimentos creativos con una teoría a la que llamó “construcción común”<sup>(18)</sup>.

Ronald Dworkin, en *Law's Empire*, apela a la descripción de otro juego para ilustrar su teoría del derecho y de la interpretación jurídica, signada por la noción de integridad<sup>(19)</sup>. Se trata de la novela encadenada y se asienta en la idea de la bondad de la razón y la integridad del lenguaje o, más precisamente, de la obra literaria y, en particular, de la novela como género. Esta segunda experiencia lúdica, como se sabe, involucra a un grupo de jugadores que se proponen, como los poetas surrealistas, escribir o construir un texto en forma colectiva, aunque en este caso esas contribuciones de diferentes individuos tienen por objeto producir una novela.

Contrariamente a aquellos artistas malditos del surrealismo, los narradores dworkinianos son plenamente conscientes de lo que ha sido escrito previamente. Es más, este conocimiento es clave para el proceso de escritura en cadena. La contribución de cada autor de la novela restringe, pero no anula la libertad de los sucesivos escritores. En este sentido, con el objetivo de preservar la integridad del texto, una cualidad deliberadamente ausente en los poemas del *cadáver exquisito*, cada narrador no solo conoce lo que ha sido escrito previamente, sino que también está limitado por ello en cuanto a las opciones disponibles para desplegar su propio aporte o capítulo de la novela. El resultado final, alejado de los textos carentes de sentido de los surrealistas, es una novela cuyo sentido reside en que los capítulos escritos sucesivamente por los diferentes autores componen un texto con integridad, muy diferente de los textos *desintegrados* del *cadáver exquisito*. Para Dworkin, la novela encadenada es, al igual que el *cadáver exquisito* para Breton, una construcción colectiva, pero, a diferencia del producto surrealista, no se trata de la construcción colectiva de un sinsentido, sino de un texto coherente.

Anclado en la metáfora de la novela encadenada, Dworkin argumenta que el derecho es una construcción colectiva significativa, basada en principios adoptados por la comunidad política y justificados en razones morales. Los intérpretes jurídicos, entre ellos los jueces,

---

(18) André Breton, “El surrealismo en sus obras vivas”, en *Manifiestos del surrealismo* (Barcelona: Labor, 1992), pp. 327-338.

(19) Dworkin, *Law's Empire*, pp. 228 y ss.

deben hacer su contribución en esta construcción siendo conscientes del hecho de que son parte de una empresa colectiva. El *stare decisis* o regla del precedente, podría justificarse en el presupuesto de que cada decisión realizada por un juez en la que interpreta el texto constitucional es una nueva contribución a la redacción de la novela encadenada y que por ello está sujeta a las restricciones de esa tarea conjunta. Sin embargo, las decisiones judiciales no son el único material relevante a ser tenido en cuenta para mantener la integridad el derecho, pues tanto las decisiones de los legisladores como las de los funcionarios de la administración o las de los constituyentes, son también parte de esa construcción común y deben ser consideradas como relevantes por cada decisor que es a la vez un intérprete constitucional.

Como sabemos, esa regla es propia del *common law*, aunque, si Dworkin acierta en su tesis adjudicativa, no debería ser ajena a la tradición continental, algo que Farrell señala al comenzar su texto<sup>(20)</sup>. Sin embargo, los sistemas jurídicos de la tradición continental no cuentan con el mandato de la regla de precedente o de *stare decisis*, lo que podría desprenderse de la convicción de que el derecho, lejos de ser una práctica social colectiva, es tan solo un texto que expresa la voluntad del pueblo soberano manifestada por el Congreso al sancionar la ley o el Código. La consecuencia de esa convicción es que los jueces no están obligados, ni siquiera invitados, a considerarse a sí mismos como parte de esa empresa colectiva que tiene por objeto construir el significado del derecho. Así, uno podría preguntarse si los jueces de los sistemas jurídicos de la tradición continental —o los jueces formalistas en general— no están jugando, sin darse cuenta, al *cadáver exquisito* en lugar de a la novela encadenada. Afirmo que lo hacen inconscientemente pues actúan sobre el supuesto de que siendo la aplicación del Código una tarea automática —o autómeta—, sin necesidad de recurrir a la interpretación, no están produciendo un texto desintegrado, sino que están trasladando la porción pertinente del texto claro y de significado evidente del Código a un caso concreto<sup>(21)</sup>.

Martín Farrell, a diferencia de sus colegas judiciales de la tradición continental, comparte con Dworkin la visión de que el derecho no puede ser aplicado como si fuera un *cadáver exquisito*. Su adhesión a la

---

(20) Farrell, *El papel de la integridad en la decisión judicial*, p. 9.

(21) Roberto P. Saba, *Una comunidad de intérpretes*, tesis doctoral, Yale Law School, 2010.

integridad moderada es una señal clara de que el juego que para él deben jugar los jueces es el de la novela encadenada. Creo que, a pesar de su alegada confusión respecto de qué es exactamente lo que Dworkin entiende por integridad, comparte con este su visión de fondo acerca de lo que el derecho es y cómo funciona.

## 2. ¿ARREPENTIRSE DE QUÉ?

Un concepto central en la tesis de la integridad moderada de Farrell es el de arrepentimiento. El juez, si bien debe tomarse en serio el pasado, y especialmente “su” pasado, el de sus propias decisiones de ayer, puede también cambiar su criterio “explicando por qué estaba equivocado anteriormente y por qué su decisión actual es mejor”. Por su parte, el arrepentimiento también tiene sus límites, pues solo podría ser excepcional para evitar la desintegración del derecho: “si el arrepentimiento judicial fuera la regla, la integridad quedaría destruida en todas sus versiones, extremas y moderadas. Pero lo que quiero mostrar es que recurrir al arrepentimiento no es descreer de la integridad, porque el juez no rehúsa el diálogo con el pasado, no desdeña tomar el pasado en cuenta”<sup>(22)</sup>.

Esta posibilidad de arrepentirse es lo que caracteriza a la variante moderada de la integridad que defiende Farrell. Sin embargo, ¿qué significa para él tomarse en serio el pasado, especialmente cuando se incorpora la posibilidad del arrepentimiento? ¿Arrepentirse de qué? Farrell sugiere la respuesta cuando le exige al juez una explicación de ese arrepentimiento basada en el señalamiento de la equivocación en la que incurrió en su decisión anterior (o en la decisión anterior de otro juez en un caso similar al que debe decidir en el presente). Al exigir esa explicación, que entiendo es un fundamento, Farrell no está dispuesto a aceptar un cambio de criterio respecto de una decisión propia pasada con base en un mero cambio de opinión o a un estado de ánimo. Asumo que Farrell no aceptaría que el cambio de juicio estuviera basado en aquello que el juez comió en el desayuno<sup>(23)</sup>, sino que el cambio de criterio, respecto del propio —y creo que también de los precedentes

(22) Farrell, *El papel de la integridad en la decisión judicial*, p. 50.

(23) Frase irónica atribuida, quizá sin razón, a los juristas de tradición realista en los Estados Unidos. Ver, Alex Kozinski, “What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 26, n° 4 (1993),

decididos por otros jueces en casos similares pasados— debe estar basado en algún tipo de teoría del error o, lo que es lo mismo, una teoría acerca de cómo identificar la respuesta correcta en materia interpretativa para el caso en cuestión. No la respuesta correcta en términos morales, sino la respuesta correcta en virtud de una cierta noción del derecho como integridad. En definitiva, Farrell se manifiesta en disidencia con la integridad extrema basada en el valor *per se* de la tradición y del pasado, postura que atribuye a autores como Kronman, pero no de la integridad como un atributo del derecho, como defiende Dworkin. Si bien toma distancia también de la noción de integridad dworkiniana, porque sostiene que no sabe bien en qué consiste, rescata la idea de integridad como consistencia y, como vimos, también la idea de que hay respuestas correctas en materia de interpretación constitucional y, por lo tanto, también errores —propios o de terceros— respecto de los cuales está justificado arrepentirse.

Farrell grafica su punto acerca de la integridad y el arrepentimiento con una parábola: “Supongamos que un padre permite regularmente a su hijo salir los sábados por la noche. Súbitamente, y sin advertencia, un domingo los castiga por haber salido la noche anterior. Lo que se demanda al padre, en ese caso, es que le explique al hijo: a) en qué difirió su salida ese sábado de sus salidas anteriores, o b) por qué el padre se arrepiente ahora de sus permisos anteriores. En el primer caso, lo que hace el padre es mostrar que los permisos anteriores no pueden servir como precedente, debido a las distintas circunstancias de este sábado especial.

”En el segundo, lo que hace el padre es expresar su arrepentimiento por esos motivos previos, explicando por qué estaba equivocado anteriormente y por qué su decisión actual es mejor, al par de asegurar al hijo que esta conducta nueva en materia de permisos es la que va a continuar aplicándose en el futuro”<sup>(24)</sup>. Nuevamente, el arrepentimiento no puede darse sobre la base de un nuevo impulso o de convicciones personales, sino que debe fundarse en una explicación acerca de por qué antes estaba equivocado y ahora no, por qué la decisión actual es “mejor” que la decisión pasada. El cambio justificado para esta noción de integridad moderada farrelliana es el que se desprende

---

pp. 993-1000; y Dan Priel, *Law Is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea*, *Buffalo Law Review*, vol. 68, n° 3 (2020), pp. 889-930.

(24) Farrell, *El papel de la integridad en la decisión judicial*, p. 58.

de una noción de respuesta correcta a la luz de la cual se identifica la mejor respuesta posible. Si es así, entonces, quizá lo que confunda sea la noción misma de arrepentimiento. Cuando uno se percata de que ha cometido un error, y decide corregirlo, no lo hace en virtud de un acto de arrepentimiento, sino de un imperativo de algún modo impuesto desde fuera de uno, desde un punto de vista externo, de una noción de verdad, de una cierta concepción acerca de la respuesta correcta. Uno se arrepiente de algo que hizo y no debería haber hecho, quizá porque cuando lo hizo sabía que no debía hacerlo y lo realizó de todos modos. No estoy seguro de que uno pueda arrepentirse de haber cometido un error. Uno se arrepiente de haber hecho daño a otra persona porque cuando lo hizo sabía que no debía hacerlo. Pero cuando uno se da cuenta de que ha tomado decisiones “incorrectas” y está determinado a no continuar haciéndolo, no lo hace por arrepentimiento, sino por la toma de conciencia de que ha cometido un error que no quiere o debe volver a cometer. El punto que deseo hacer es que, aun aceptando la noción de arrepentimiento como pertinente en la tesis de Farrell, al asociarla al error y a la necesidad de tomar una decisión mejor, se supone algún tipo de noción de respuesta correcta. Sabemos que la idea de respuesta correcta que propone Farrell no es la de Dworkin, atada a los principios que expresa el derecho y abrazados por la comunidad política, y tampoco al apartamiento del mandato de la tradición, à la Kronman, pero entonces, ¿de qué depende el carácter correcto de la respuesta a la pregunta interpretativa sobre el significado de una norma para Martín Farrell? Si el seguimiento del precedente no puede justificarse en la mera autoridad del pasado, o en la preferencia moral del intérprete, o en principios universales de justicia, parece quedar solo la opción de un juicio derivado del mandato que se desprende de la integridad de la práctica. ¿Será esta última la tesis de Farrell sobre la respuesta correcta?

### 3. DE UTOPIÁS Y PESADILLAS

La integridad, según Martín Farrell, en cualquiera de sus variantes, supone un contexto, unas circunstancias, en las cuales puede existir y desarrollarse: “¿cuáles son las circunstancias en las que tiene sentido preguntarse por la integridad? Esta es la pregunta que responde Waldrom. Las circunstancias de la integridad no deben ser confundidas con ninguna teoría específica acerca de la integridad: son las



condiciones que permiten que se aplique *cualquier* teoría acerca de la integridad”<sup>(25)</sup>. Siguiendo a Waldrom, Farrell cree que al caracterizar esas circunstancias deben evitarse dos extremos: el de la utopía según la cual los jueces deciden *siempre* lo que es justo y equitativo; y el de la pesadilla en la que las instituciones y sus prácticas sean tan caóticas e inconsistentes como para tornar imposible la coherencia. La integridad moderada de Farrell precisa de algo menos que una utopía y algo más que una pesadilla: “lo que se requiere para que la integridad juegue un papel es variedad y disonancia en materia de concepciones de justicia. Este es el equivalente de la escasez moderada, de la que hablaba Rawls para referirse a las circunstancias de justicia”<sup>(26)</sup>. Este aspecto de la tesis de Farrell es central para determinar las condiciones de posibilidad de su propuesta, de algún modo también presupuestas implícitamente en la teoría de Dworkin. Cuando este último nos dice qué es lo que debemos hacer cuando nos toca escribir nuestro capítulo de la novela, supone la existencia de una serie de capítulos anteriores que vienen desarrollándose de modo tal que preservan la integridad de la obra y que, por esa misma razón, se nos hace posible, primero, identificar esa integridad y, segundo, identificar la respuesta correcta en el sentido de “encaje” o *fitness* de esa respuesta en la construcción narrativa que viene construyéndose. En cambio, si lo que tenemos delante es una serie de capítulos escritos según las reglas del *cadáver exquisito*, entonces, será imposible determinar cuál es el aporte interpretativo que mejor contribuye a la preservación de la integridad de la novela. Para poder tomar la decisión correcta, entonces, no precisamos indefectiblemente de una secuencia de capítulos apolíneos y sin fisuras, de una novela perfecta, pero no sabremos qué hacer si lo que tenemos delante es una horrible pesadilla surrealista. El Farrell juez ha debido moverse en ese mundo imperfecto del que ha tratado de extraer todo lo bueno que solo un filósofo de la integridad, aun en su versión moderada, puede extraer.

\* \* \*

Martín Farrell es un filósofo, pero lejos de limitarse a la especulación del mundo de las ideas, debió tomar decisiones en la vida real exigidas por su rol de juez. Por otra parte, su desempeño como magistrado

---

(25) *Ibid.*, p. 38.

(26) *Ibid.*

debió estar limitado por la autoridad intelectual de las tesis que, como filósofo, podía defender articuladamente sin contradecir su praxis. Como juez, no podía escoger las circunstancias en las que debía decidir, pero como filósofo, era consciente de la necesidad de darle sentido a la práctica de la que era parte. No debe haber sido nada fácil para este filósofo-juez —o para este juez-filósofo— conciliar las demandas de su profesión con las ideas surgidas de sus tesis filosóficas en un país cuyo derecho no es un modelo de integridad. Pero de lo que no caben dudas es que las contribuciones de Farrell al debate filosófico y al debate judicial han marcado a las generaciones de jueces y filósofos que hemos tenido la fortuna de cruzarlo en los pasillos de tribunales o de las mejores universidades de América Latina.

# NUESTRO DWORKIN: POR QUÉ LEER A MARTÍN FARRELL

*Marcelo Alegre*

Una de las vivencias más agradables para los integrantes del difuso círculo de la filosofía práctica de simpatías analíticas es la de disfrutar de Martín Farrell. Ser testigos de su talento, su sentido del humor, su elegancia en el vestir y el argumentar y de su acidez siempre respetuosa es un raro privilegio de nuestro tiempo.

Siento profunda gratitud por su amistad, su apoyo y especialmente por su firmeza en defender ideas diferentes a las mías. Se aprende más en la discrepancia. Mi formación con gente de orientación objetivista y deontológica me hizo creer de joven que tenía acceso directo a la verdad moral, a saber: partículas de color neokantiano, densidad liberal igualitaria y peso deliberativista e interpretativista. Por su parte Martín defiende con los mejores argumentos (o los mejores que estas posiciones equivocadas permiten) el escepticismo, la búsqueda de la utilidad general y un liberalismo más clásico que igualitario, al tiempo que cuestiona de manera frontal el deliberativismo y la lectura moral del derecho. Para quienes comparten visiones más parecidas a las mías, entonces, su presencia en los seminarios y reuniones es una bendición porque garantiza discusiones a fondo, interpretaciones polarmente disímiles de textos y autores, y permite identificar puntos débiles en las posiciones propias.

Martín es un animador esencial de los seminarios y reuniones filosóficas. Su disciplina es ejemplar, como se refleja en su prolífica y aclamada obra escrita. Y en los seminarios. Siempre (recalco, siempre, lo que quizás lo convierta en el único de los integrantes) se ha presentado con el material leído. Sus comentarios son iluminadores y divertidos. Es obligado mencionar su porte, siempre “alta pilcha” estilo inglés (creo). La ropa no es en su caso para impresionar o engatusar. Su prosa escrita

y verbal es igual de elegante, y jamás pierde la compostura, la ironía ni el humor. No es que nunca se enoje, sino que lo expresa también con elegancia y sutileza (he observado que cuando pasa de ser un tipo muy gracioso a ser un tipo simplemente gracioso es porque está seriamente molesto).

Es decir, el impacto de la presencia de Martín Farrell en términos de utilidad agregada y promedio de ese difuso círculo es, a no dudarlo, positivo. Pero sus aportes a la felicidad intelectual general han sido recibidos también por colegas, discípulos, estudiantes y especialmente lectoras y lectores. Farrell muestra a lo largo de su trayectoria intelectual la ambición de completar una visión abarcativa, que responda las preguntas más interesantes de la filosofía práctica —todas— en una forma armoniosa e innovadora. El resultado son libros de enorme interés, siempre con referencias actualizadas y posiciones originales y provocadoras que cruzan áreas muy diversas como la filosofía moral y política, la teoría del derecho y de la democracia, el derecho constitucional, el derecho privado, etc. Sus escritos sobre cada uno de estos temas siempre están precedidos de investigaciones rigurosas. Eso lo convierte en un autor imprescindible en la teoría jurídica, moral y de la democracia.

Destaco la valentía política de Martín Farrell. Sus investigaciones sobre temas bioéticos controvertidos, algunos ya felizmente resueltos, fueron pioneras y siguen vigentes (y nunca le fueron perdonadas por jurisconsultos ilustres y reaccionarios). Tuvo un rol muy importante en la transición democrática, convocado por Raúl Alfonsín para la epopeya de fundar una república para siempre. Farrell fue responsable de asesorar al presidente Alfonsín en temas de enorme relevancia, en especial sobre la política de verdad y justicia que se plasmaron en la anulación de la autoamnistía de la dictadura, el Nunca Más y el Juicio a las Juntas, un juicio sin paralelos a nivel mundial. Martín jugó un papel muy importante asesorando a Alfonsín respecto de la composición del Poder Judicial. Ese grupo recomendó la remoción de todos los jueces federales penales de la Capital, quienes estaban más asociados con la vista gorda frente a las desapariciones, torturas y asesinatos de las Juntas. Nunca ha dejado de hacerse oír a través de columnas de opinión en defensa de principios básicos del estado de derecho.

En estos años Martín se ha mostrado como un generoso formador de discípulos. Por su carácter expansivo y su generosidad académica,

se ha vinculado con parte de los mejores exponentes de las nuevas generaciones. Ellas y ellos también aprovechan el raro privilegio de discutir con Martín sus ideas y sus borradores.

Pero entonces, si Farrell es escéptico y utilitarista, ¿cómo podría ser nuestro Dworkin?

(Para el público de América Latina cumpla en aclarar que se trata de un elogio). Las diferencias con el filósofo de “los derechos en serio” son notables en el plano de las ideas. Pero en algo se asemejan, a saber, en su incomparable elegancia en el argumentar y el vestir, por coraje cívico, su agudeza y humor y por su disciplina intelectual expuesta en una obra imprescindible y en interminables conversaciones en las que luego de varias horas Martín Farrell suele lucir más sonriente y *witty* que al comienzo.



## **IV. TEORÍA CONSTITUCIONAL**





# EN DEFENSA DE UN DERECHO INDIVIDUAL AL AMBIENTE SANO

*María Florencia Saulino*

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de su vasta obra, Martín Farrell ha abordado temas de gran importancia para la teoría jurídica, la ética y el derecho. En el campo del derecho constitucional, sus trabajos fueron precursores de debates que ocuparían por décadas a la sociedad argentina. Sus escritos sobre la legalización del aborto, el consumo de estupefacientes, o la eutanasia son solo una muestra de su influencia en el derecho argentino. En este trabajo, sin embargo, me gustaría retomar su posición sobre los derechos colectivos, tema que aún no ha llegado con fuerza al derecho constitucional, pero que considero central para las discusiones sobre la protección constitucional del ambiente.

A diferencia de la mayoría de los derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a un ambiente sano tiene por objeto un bien público. Esta característica genera dificultades para la arquitectura jurídica de un sistema de derechos fundamentales que fue moldeado a partir del derecho de propiedad y diseñado para la protección de bienes privados, sobre los cuales el titular del derecho posee una esfera de control o soberanía. Para superar estas dificultades, algunos autores han propuesto entender el derecho al ambiente sano como un derecho colectivo. Bajo esta lógica, el titular del derecho a un ambiente sano no sería ya el individuo sino la comunidad como un todo (concepción colectivista) o el conjunto de individuos que comparten el bien (concepción agregativa), que a su vez son quienes tienen el control sobre este y puede encarar las acciones destinadas a su protección.

Esta propuesta ha tenido fuertes repercusiones en nuestro país y en la región. Influenciadas por el derecho internacional de los derechos humanos y sus esfuerzos por lograr el reconocimiento de los llamados “derechos de tercera generación”, distintas constituciones latinoamericanas han reconocido el derecho al ambiente sano como un derecho colectivo. En nuestro país, esta línea fue seguida por parte de la doctrina y fue adoptada por nuestra Corte Suprema en los casos “Halabi”<sup>(1)</sup> y *Mendoza*<sup>(2)</sup>, en donde sostuvo que el derecho al ambiente sano es, en realidad, un derecho colectivo, pese al texto claro del art. 41 de la Constitución Nacional.

Ya en 1998, en su libro *El derecho liberal*, Farrell nos advertía sobre los problemas que generan los derechos colectivos para el constitucionalismo liberal. Tal como señala Farrell, “es difícil (y oscuro) concebir los intereses de la comunidad como algo separado de los intereses de sus miembros, los que... podrían protegerse mediante los derechos individuales”<sup>(3)</sup>. En esa línea, este trabajo busca demostrar que no existen impedimentos teóricos para considerar al derecho al ambiente sano como un derecho individual. La primera sección presenta los argumentos de la Corte Suprema para considerar al derecho al ambiente sano un derecho colectivo. Las siguientes secciones analizan esta posición a la luz de la literatura sobre los derechos a la provisión de bienes públicos con el fin de determinar si, tal como señala la Corte Suprema, solo puede existir un derecho colectivo al ambiente sano. Para ello, la segunda sección analiza el derecho al ambiente sano en términos de las categorías propuestas por Hohfeld y las definiciones de “derecho subjetivo” de la teoría de la voluntad y la teoría del interés. La tercera sección presenta las teorías de Raz, Reaumé y Waldron sobre los derechos a la existencia de bienes públicos y demuestra que es posible que existan sobre esos bienes derechos individuales. En la cuarta sección, concluiré señalando que bajo la definición de derecho subjetivo propuesta por la teoría del interés es perfectamente posible concebir al derecho al ambiente sano como un derecho individual y que esta alternativa debe preferirse a la concepción propuesta por la Corte Su-

(1) CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN”, 24/02/2009, *Fallos*, 322:111.

(2) CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, sentencia del 08/07/2008, *Fallos*, 331:1622.

(3) Martín Diego Farrell, *El derecho liberal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), p. 69.

prema, no solo porque es la única consistente con el texto legal, sino también porque es aquella que asegura una mayor protección ambiental a los individuos.

## 2. LA CORTE SUPREMA Y LA TITULARIDAD DEL DERECHO AL AMBIENTE SANO

La reforma de 1994 incorporó a la Constitución Nacional el art. 41, que establece que “[t]odos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. Pese a que la fórmula es idéntica a la que utiliza nuestra Constitución para otros derechos de titularidad individual<sup>(4)</sup>, parte de la doctrina nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema han considerado que el derecho al ambiente sano debe ser entendido como un derecho colectivo. Como se verá a continuación, el razonamiento del tribunal se basa en las características de los bienes públicos para sostener que sobre dichos bienes es imposible que existan derechos individuales.

En efecto, en el caso “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional”<sup>(5)</sup>, la Corte Suprema señaló como una característica distintiva del derecho al ambiente sano que su objeto es “un bien colectivo, que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes”<sup>(6)</sup>. El tribunal destaca que “la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual”<sup>(7)</sup>. La Corte utiliza estas características del derecho a un ambiente sano para diferenciarlo de otras dos categorías de derechos:

---

(4) Así, el art. 14 establece que “[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

(5) CSJN, “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”, sentencia del 20/06/2006, *Fallos*, 329:2316.

(6) *Ibid.*, en igual sentido, véase CSJN, “Mendoza”, sentencia del 08/07/2008, considerando 1.b.

(7) CSJN, “Mendoza”, sentencia del 20/06/2006.

los derechos sobre bienes jurídicos individuales y los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos<sup>(8)</sup>. El tribunal explica que respecto a los derechos sobre bienes colectivos:

en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de petitionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno<sup>(9)</sup>.

Estas características diferencian el derecho a un ambiente sano de los derechos sobre bienes jurídicos individuales<sup>(10)</sup>, en donde existe un “un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular”<sup>(11)</sup>; y de los derechos que tienen por objeto intereses individuales homogéneos —como los derechos de usuarios y consumidores— donde se afectan “derechos individuales enteramente divisibles” por un mismo hecho que provoca la lesión de todos ellos<sup>(12)</sup>.

De esta forma, la Corte excluye la existencia de derechos individuales sobre bienes públicos y en particular niega la existencia de un derecho individual al ambiente sano. El razonamiento en que se apoya tal decisión parece centrarse en dos preocupaciones: (i) la inexistencia

---

(8) CSJN, “Halabi”. Esta clasificación ya había sido esbozada por el ministro Lorenzetti en su disidencia en la causa *Mujeres por la Vida*. CSJN, “Mujeres por la Vida c. Estado Nacional”, 31/10/2006, *Fallos*, 329:4593.

(9) CSJN, “Halabi”.

(10) En su voto en disidencia en “Mujeres por la Vida”, el ministro Lorenzetti señala que esta categoría incluye derechos tales como “el derecho de propiedad, la libertad de contratar, de trabajar o la de practicar el comercio”.

(11) CSJN, “Halabi”. Esta teoría había sido anticipada en la disidencia de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en CSJN, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, 31/10/2006.

(12) CSJN, “Halabi”.

de un “derecho de apropiación individual” sobre los bien públicos;<sup>(13)</sup> y (ii) la incapacidad del individuo de disponer del derecho como desee, es decir, de ejercer de modo voluntario las acciones destinadas a su protección y de realizar transacciones que pongan fin a dichas acciones<sup>(14)</sup>.

Cabe preguntarse, si “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano”<sup>(15)</sup> pero no existe un derecho individual al ambiente sano, ¿quién sería entonces el titular del derecho? La Corte no aborda con claridad este punto. En “Halabi”, tan solo afirma que el bien colectivo “pertenece a toda la comunidad” y que se encuentra ubicado en lo que el tribunal llama “la esfera social”<sup>(16)</sup>. Al mismo tiempo, señala que “solo se concede una legitimación extraordinaria [al Defensor del Pueblo, a las asociaciones que concentran el interés colectivo y al afectado] para reforzar su protección”, de lo que puede inferirse que el único mecanismo habilitado para su protección es el amparo colectivo<sup>(17)</sup>. Sin embargo, no es posible concebir la idea de derecho subjetivo sin que dicho derecho exista en cabeza de alguien (ya sea un individuo, ya sea un grupo de individuos), es decir, no es posible hablar de derechos subjetivos sin hablar de un titular de dichos derechos<sup>(18)</sup>. Dado que el tribunal ha descartado la posibilidad de un derecho individual a un ambiente sano, solo nos queda pensar que la Corte Suprema

---

(13) Disidencia del ministro Lorenzetti en “Mujeres por la Vida”. En el voto en disidencia de los ministros Lorenzetti y Zaffaroni en la causa “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires”, los ministros explican que #el derecho de propiedad, la libertad de contratar, de trabajar o la de practicar el comercio, incluyen obligadamente la de ejercer de modo voluntario las acciones para su protección. Asimismo, su art. 19 consagra una esfera de la individualidad personal, que comprende tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, que presupone la disposición voluntaria y sin restricciones que la desnaturalicen”.

(14) Disidencia del ministro Lorenzetti en “Mujeres por la Vida”.

(15) Art. 41 Constitución Nacional.

(16) CSJN, “Halabi”

(17) CSJN, “Halabi”, Considerando 11.

(18) Refiriéndose particularmente al problema de la titularidad del derecho a un ambiente sano Merrills señala que “Rights cannot exist as free-floating abstractions, but need rights-holders, for the function of rights, as we have seen, is to mark out protected areas for the benefit of someone or something, and so the concept of a right without a rights-holder is a contradiction in terms”. John G. Merrills, “Environmental Protection and Human Rights: Conceptual Aspects”, en A. E. Boyle y M. Anderson (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (Oxford: Clarendon Press, 1996), p. 31.

ha decidido enrolarse en la línea doctrinaria que concibe a este derecho como un derecho de grupo o derecho colectivo.

Esta determinación tiene impactos importantes sobre el contenido del derecho. En efecto, si el derecho al ambiente sano es considerado un derecho individual, el Estado estará obligado a garantizar un ambiente sano para todos y cada uno de los miembros de la comunidad, siempre que esto sea posible. Asimismo, cada titular del derecho deberá ser considerado al momento de decidir la calidad ambiental de la que disfrutará su comunidad, podrá participar en el proceso de decisiones y cuestionar sus resultados. Si en un contexto de recursos escasos los poderes políticos no pueden asegurar un ambiente sano para todos los ciudadanos, deberán dar muy buenas razones para justificar su decisión. A su vez, el derecho individual le otorga a su titular la posibilidad de cuestionar el estándar propuesto y el Estado se verá obligado a elevarlo para cubrir su caso si razonablemente puede hacerlo. Por el contrario, si el derecho se considera colectivo, para que el estándar propuesto pase el escrutinio judicial, bastará con que el nivel de calidad ambiental garantizado sea aquel que vuelva al ambiente sano para la comunidad en su conjunto, que es la titular del derecho<sup>(19)</sup>. En este contexto, no resulta relevante si es posible mejorar la calidad ambiental todavía más para asegurar que el ambiente sea sano para los individuos más débiles de la sociedad. El individuo no tiene un derecho, sino una “legitimación extraordinaria” que le permitiría cuestionar la calidad ambiental alcanzada solo si esta resultara perjudicial para la comunidad en su conjunto. Esta interpretación podría dejar desprotegidos a aquellos individuos más sensibles a determinados problemas ambientales o quienes disfrutaran del ambiente de formas más activas que el resto de la población.

---

(19) Refiriéndose a las complicaciones que plantea el concepto de “pueblo” en la Carta Africana, R. R. Churchill señala que “[i]t has been suggested that ‘all peoples’ refers to the entire population of a party State, rather than any particular ethnic or other group within a party State. But what the consequence of this might be is not clear. Does it mean, for example, that no complaint can be made that a state is violating Article 24 unless the population as a whole is enjoying a less than satisfactory environment, rather than a particular segment of the population? Or that no complaint can be made by an individual or a group of individuals, but only by the population as a whole? Both these possibilities seem unduly restrictive but what less restrictive position might be taken is very uncertain”. Robin R. Churchill, “Environmental Rights in Existing Human Right Treaties”, en *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, p. 106.

En las secciones siguientes, analizaré la decisión de la Corte Suprema desde la teoría jurídica y demostraré que no existen impedimentos teóricos para considerar al derecho al ambiente sano como un derecho individual.

### 3. EL DERECHO AL AMBIENTE SANO COMO DERECHO SUBJETIVO

Resulta conveniente comenzar el análisis del derecho a un ambiente sano como derecho a la provisión de un bien público partiendo de una definición de “derecho”. En la teoría jurídica, este tema se aborda frecuentemente sobre la base de la disputa entre dos teorías: la “teoría de la voluntad” y la “teoría del interés”<sup>(20)</sup>. Sin embargo, ambas teorías, en sus formas modernas, utilizan como base para su análisis el marco analítico propuesto por Wesley Hohfeld, por lo que resulta conveniente comenzar por revisar sus categorías.

En su trabajo “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, Hohfeld sostiene que la frase “P tiene un derecho a X” se utiliza de forma indiscriminada para referirse a cualquiera de las siguientes ideas o a la combinación de varias de ellas<sup>(21)</sup>:

(1) Puede significar que Q (o que la población en general) tiene el deber de dejar que P haga X, o de asistir a P en la consecución de X<sup>(22)</sup>. En esta acepción, el derecho subjetivo protege al titular contra las interferencias de terceros o contra la posibilidad de que alguien no le

---

(20) Miodrag Jovanovi señala que “[t]his dispute, however, has a remarkable history, which in the Anglo-American world has its roots in the different theoretical standpoints of Bentham (‘benefit theory’) and Austin (‘will theory’), while in the German literature it can be traced to the writings of two Romanists —Windscheid (‘will theory’) and Ihering (‘interest theory’). Nowadays, the ‘choice theory’ of rights is usually connected with Hart’s name, while the standpoint of the rival ‘interest theory’ is among others, ascribed to MacCormick and Raz”. Miodrag A. Jovanovi, *Collective Rights. A Legal Theory* (New York: Cambridge University Press, 2012), pp. 50-51.

(21) Wesley Newcomb Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, vol. 23, n° 1 (1913), p. 36.

(22) Jeremy Waldron, “Introduction”, en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights* (Oxford: Oxford University Press, 1984), p. 7.

otorgue la asistencia o los bienes que le son debidos<sup>(23)</sup>. Hohfeld considera que este es el significado propio de los derechos subjetivos y utiliza la expresión “derecho-pretensión” (*claim-right*) para diferenciarlo de los demás usos<sup>(24)</sup>. Los “derechos-pretensión” pueden involucrar desde un deber puramente negativo (no impedir las acciones de P), hasta el requisito de hacer lo posible para que P haga X<sup>(25)</sup>. Es decir que involucra tanto derechos a una asistencia activa, como libertades<sup>(26)</sup>.

(2) Puede significar que “P no tiene un deber de no hacer X” y, por tanto, que “Q (o toda la sociedad) no tiene un derecho-pretensión a que P no haga X”. Hohfeld llama a esta relación “privilegio”, probablemente como una forma de indicar la posición especial en la que se encuentra P respecto de un deber que es aplicable de forma generalizada<sup>(27)</sup>. Sin embargo, también puede utilizarse simplemente para señalar la ausencia de deber<sup>(28)</sup>. En este sentido, Hohfeld sostiene que la “libertad” como relación jurídica debe entenderse incluida dentro de los privilegios<sup>(29)</sup>. Es importante destacar que las “libertades” o “privilegios” pueden existir sin un “derecho-pretensión” concomitante que proteja al titular contra cierto tipo de interferencias por parte de terceros<sup>(30)</sup>.

(3) Puede significar la habilidad o la *potestad* de P para alterar las relaciones jurídicas existentes (extinguirlas, modificarlas, expandirlas, crear privilegios o poderes en cabeza de otros)<sup>(31)</sup>. Las *potestades*

---

(23) Matthew H. Kramer, “Rights without Trimmings”, en M. H. Kramer, N. E. Simmonds y H. Steiner (eds.), *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 9.

(24) Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, p. 38.

(25) Waldron, “Introduction”, p. 7.

(26) *Ibid.*

(27) Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, p. 39. Waldron propone el ejemplo del policía que tiene el derecho a permanecer en la calle después del toque de queda. Waldron, “Introduction”, p. 7.

(28) Hohfeld señala que “if A has not contracted with B to perform certain work for the latter, A’s privilege of *not* doing so is the very negation of a duty of *doing* so”. *Ibid.*, p. 39.

(29) *Ibid.*, pp. 42-43.

(30) *Ibid.*, p. 43.

(31) *Ibid.* pp. 50-51. Waldron, “Introduction”, p. 8.



se correlacionan con la sujeción (*liability*) de otros cuya posición legal puede ser modificada por el mero ejercicio de la voluntad de P. <sup>(32)</sup>.

(4) Puede significar la *inmunidad* que protege a P del ejercicio de una potestad que modifique su relación jurídica<sup>(33)</sup>. Si P tiene una *inmunidad* en relación con X, entonces Q no tiene la potestad para alterar la posición legal de P con respecto a X<sup>(34)</sup>. Por tanto, podemos decir que Q tiene una *incompetencia* para alterar la posición legal de P con respecto a X. En este sentido, Waldron señala que los privilegios reconocidos a nivel constitucional y los *derechos-pretensión* frecuentemente también involucran una inmunidad, que impide su modificación por parte de la legislatura<sup>(35)</sup>.

En términos de las categorías propuestas por Hohfeld, el derecho a un ambiente sano es fundamentalmente un derecho-pretensión. Decir que X tiene un derecho a un ambiente sano G, implica que el Estado tiene un deber correlativo de hacer todo lo posible para que X tenga G; y que todo el resto de los individuos tienen un deber de no realizar acciones que impidan que X tenga G. Asimismo, el derecho a un ambiente sano, cuando es reconocido a nivel constitucional, incluye una inmunidad que impide que otros individuos o el propio Estado alteren la posición legal de X con respecto a G.

Sin embargo, dado que G es un bien público, no es posible sostener que el derecho a G implica una potestad que le permite a X alterar las relaciones jurídicas existentes respecto de G. En efecto, los bienes públicos poseen dos características: (i) la imposibilidad de exclusión; y (ii) la no-rivalidad en el consumo. La primera de estas características hace que, si G es un bien público para  $X_1$ ,  $X_2$  y  $X_3$ , una vez que G existe,  $X_1$ ,  $X_2$  y  $X_3$  reciben G, sin que ninguno de ellos pueda ser excluido (o excluirse) de su goce. Por tanto, una vez que  $X_1$  reclama la provisión de G, G se provee a todo X, sin que  $X_2$  y  $X_3$  puedan decidir no recibir G, negociar una compensación por la falta de G o eximir al Estado de su deber de proveer G, o a otro ciudadano de su deber de no interferir con la provisión de G. En efecto, tales transacciones carecerían de sentido, ya

---

(32) Waldron, "Introduction", p. 8.

(33) Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", p. 60.

(34) Waldron, "Introduction", p. 7.

(35) *Ibid.*

que, aun cuando  $X_2$  llegara a un acuerdo con el Estado o directamente renunciara a acceder a G, la demanda de cualquier otro X de que G se provea beneficiaría automáticamente a  $X_2$ , que no podría ser excluido de su goce. Por ende, cuando G es un bien público, “X tiene un derecho a G” no significa que X pueda alterar las relaciones jurídicas existentes respecto a G por el mero ejercicio de su voluntad. Como veremos a continuación, esta característica de los derechos a la existencia o provisión de bienes públicos tiene importantes consecuencias para la definición de derechos subjetivos propuesta por la teoría de la voluntad.

### 3.1. Teoría de la voluntad

La teoría de la voluntad define al titular del derecho como aquella persona que se encuentra en una posición que le permite controlar el deber de otro, en el sentido de poder elegir entre exigir o no exigir el derecho<sup>(36)</sup>. H. L. A. Hart es quizás quien ha presentado la formulación más clásica de esta teoría en su versión moderna<sup>(37)</sup>. Para Hart, los derechos subjetivos ponen al individuo en una posición de soberanía en relación con el deber del otro: “la ley le otorga a un individuo un control exclusivo, más o menos extenso, sobre el deber de otra persona, de forma tal que en el área de conducta cubierta por el deber el individuo que tiene el derecho es un soberano en pequeña escala a quien el deber le es debido”<sup>(38)</sup>. De esta forma, la potestad del titular del derecho ocupa un lugar central en la concepción de los derechos subjetivos que propone Hart<sup>(39)</sup>. Es decir que, en términos de las categorías propuestas por Hohfeld, la teoría de la voluntad considera que el

---

(36) Jeremy Waldron, *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), p. 352. Herbert L. A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *The Philosophical Review*, vol. 64, n° 2 (1955), pp. 175-191.

(37) *Ibid.*; Herbert L. A. Hart, “Legal Rights”, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford, Clarendon Press, 1982), pp. 162-193. Para un análisis de la formulación propuesta por Hart véase Waldron, *Liberal Rights*, p. 352.

(38) Hart, “Legal Rights”, pp. 183-84. Traducción propia (“one individual being given by the law exclusive control, more or less extensive, over another person’s duty so that in the area of conduct covered by the duty the individual who has the right is a small-scale sovereign to whom the duty is owed”).

(39) “These legal powers are central to the conception of a legal right. Thus it is hard to think of rights except as capable of *exercise* and this conception of rights correlative to obligations as containing legal powers accommodates this feature”. *Ibid.*, p. 184. Hans Kelsen también propone una definición similar. Para Kelsen, “[u]n derecho subjetivo es, por tanto, la norma jurídica en relación con aquel individuo que

individuo es titular de un derecho subjetivo cuando se le reconoce un derecho-pretensión unida a una potestad<sup>(40)</sup>.

Hart admite, sin embargo, que el grado de control sobre el deber del sujeto pasivo varía dependiendo del derecho del que se trate. En su mayor extensión, involucra tres elementos: (i) el titular del derecho puede extinguir o mantener el deber; (ii) ante el incumplimiento o la amenaza de incumplimiento del deber, puede activar (o no) los mecanismos judiciales, y demandar por daños o, en algunos casos, solicitar una orden judicial para impedir que continúe o se agrave el incumplimiento; y (iii) puede extinguir o dispensar la obligación de pagar una indemnización que se origina por el incumplimiento<sup>(41)</sup>. Estos elementos sugieren que los deberes correlativos a derechos subjetivos son una forma de propiedad normativa que pertenece al titular del derecho<sup>(42)</sup>.

Sin embargo, el grado de control del titular del derecho puede estar limitado por la propia ley o por principios de políticas públicas<sup>(43)</sup>. Así, por ejemplo, en el caso de los derechos sociales, el control de los titulares del derecho sobre los deberes de los funcionarios públicos es mucho más limitado, ya que el individuo no puede extinguir el deber

---

debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada” Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (México: UNAM, 1958), p. 97.

(40) Neil MacCormick señala que “Hart goes along with them in agreeing to classify rights involving control over others’ duties as ‘claim rights’, rights involving control over one’s own acts through freedom from imposed duties as ‘liberty rights’, and those powers that are exercisable at one’s own free discretion as ‘power-rights’. His own particular point is that they all belong to the same family of rights because they share a common feature, namely, that they all involve legal protection, recognition, or respect of the individual person’s choice”. Neil MacCormick, *H.L.A. Hart*, 2da. ed. (Stanford: Stanford University Press, 2008), p. 115.

(41) Hart, “Legal Rights”, pp. 183-84.

(42) Según Hart, “we speak of a breach of duty in the civil law (...) not only as wrong, or detrimental to the person who has the correlative right, but as *a wrong to him* and a breach of an obligation *owed* to him; The conception suggested by these phrases is that duties with correlative rights are a species of normative property belonging to the right holder, and this figure becomes intelligible by reference to the special form of control over a correlative duty which a person with such a right is given by the law”. *Ibid.*, pp. 184-85.

(43) Para Hart, “[t]he right-holder will have less than the full measure of control if, as in the case of statutory duties, he is unable to release or extinguish the duty or if principles of public policy prevent him, even after breach of the duty, making a binding agreement not to sue for injury caused by its breach (...) In such cases the choice left to him is only to sue or not to sue”. *Ibid.*, p. 183, n° 85.

o dispensar al Estado de su cumplimiento<sup>(44)</sup>. Hart señala, sin embargo, que existen dos características que vinculan los derechos sociales con la definición propuesta: (i) el deber de proporcionar los beneficios es condicional a que el individuo los reclame, y por tanto el titular del derecho puede optar entre reclamarlos o no reclamarlos; y (ii) si bien en muchos casos el incumplimiento no da lugar al deber de indemnizar, existen mecanismos para asegurar el cumplimiento, los cuales le otorgan al titular una legitimación especial para reclamar el cumplimiento o poner fin al incumplimiento<sup>(45)</sup>. Por tanto, aun en el caso de los derechos sociales, es posible sostener que el titular del derecho tiene un cierto grado de control o soberanía que le permite exigir o no exigir el cumplimiento del deber correlativo. Para Hart, resulta suficiente, entonces, que el titular del derecho tenga algún nivel de control exclusivo para que la situación legal pueda considerarse un derecho subjetivo<sup>(46)</sup>.

Bajo esta teoría, entonces, X tiene un derecho a que Y haga A si y solo si X tiene el poder de determinar los deberes de Y con respecto a A<sup>(47)</sup>. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, no es posible hablar de los derechos a la existencia de bienes públicos en términos de poder. En efecto, para que la decisión de X pueda controlar el deber de Y, dicha decisión debería estar aislada de las decisiones de otros titulares del derecho (Hart habla de control “exclusivo”)<sup>(48)</sup>. En efecto, si  $X_1$ ,  $X_2$ , y  $X_3$  tienen un derecho a que Y provea el bien G, cada uno debería poder decidir (al menos) si reclamar el cumplimiento de Y (como ocurre, según Hart, en el caso de los derechos sociales). Sin embargo, esta posibilidad no existe cuando G es un bien público. Como hemos mencionado, es imposible sostener que  $X_1$ ,  $X_2$  o  $X_3$  tienen una esfera de “soberanía” o “control” sobre el deber de proveer un bien público, ya que una vez que cualquiera de ellos inicie acciones legales para reclamar la provisión de G, el resto de los titulares se verán privados de

(44) *Ibid.*, pp. 185-86.

(45) *Ibid.*

(46) McCormick, *H. L. A. Hart*, p. 115.

(47) Waldron, *The Right to Private Property*, p. 96 (“X has a right that Y should do A if and only if there is a justification for saying that X should have the power to determine what Y’s duty is in regard to A-ing”).

(48) Waldron, *Liberal Rights*, p. 352 (“If having a right is essentially a matter of being in a position to control somebody else’s duty by one’s choice, it is important that one right holder’s choice be insulated from the impact of the choices made by others with rights to the same thing”).

la oportunidad de no exigir el derecho o de llegar a un acuerdo diferente con el demandado<sup>(49)</sup>. Por tanto, en el caso de los derechos a la existencia de bienes públicos, el control del individuo queda acotado a (i) la posibilidad de ser el primero en demandar el cumplimiento; y (ii) a la decisión de si reclamar o no reclamar una indemnización por daños. Los derechos a la existencia de bienes públicos podrían, entonces, ser considerados derechos individuales solo bajo esta concepción acotada de “control sobre el deber del otro”.

Sin embargo, los derechos a la existencia de bienes públicos no son los únicos que no encajan fácilmente en la definición de derecho propuesta por Hart. La teoría de la voluntad también encuentra problemas para incluir aquellos derechos civiles y políticos que son considerados como irrenunciables y, en consecuencia, el sistema legal no permite a su titular exceptuar a nadie de su cumplimiento<sup>(50)</sup>. Waldron señala que “[l]a mayoría de nosotros cree, por ejemplo, que tenemos el deber de no matar, mutilar o torturar a otros seres humanos, pero pocos de nosotros creemos que existen buenas razones para permitir que las potenciales víctimas de esas acciones (u otra persona) eliminen nuestro deber de no realizar dichas acciones”<sup>(51)</sup>. Asimismo, en muchos casos, el sistema legal no permite al titular del derecho decidir si demandar (o no) la materialización de las consecuencias normativas atadas al incumplimiento del derecho<sup>(52)</sup>. En efecto, en la mayoría de los derechos protegidos por sanciones penales (como el derecho a la vida, la integridad

---

(49) Ibid.

(50) Waldron señala que “in general it implies that rights cannot be regarded as inalienable—in the strong sense in which they provide protection for certain interests or freedoms which the individual in question is not thought to be morally competent to waive. A number of liberal philosophers (Locke and Mill, for example) have denied that people are morally competent to sell themselves into slavery: the freedom they might be tempted to exchange for contentment, security, or whatever is simply too precious to be traded in this way. But if Hart is correct, this position cannot be expressed in terms of a *right* to freedom or a *right* not to be enslaved”. Waldron, *The Right to Private Property*, p. 97.

(51) Waldron, “Introduction”, p. 9 (citando a Herbert L. A. Hart, “Bentham on Legal Rights”, en A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series (Oxford, Clarendon Press, 1973), pp. 196-98), traducción propia (“[m]ost of us believe, for example, that we have duties not to kill, maim, and torture other humans, but few of us believe that there are good reasons for allowing the potential victims of these actions (or anyone else) to set aside our duty not to perform them”).

(52) Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1989), p. 29.

física, etc.), la materialización de tales sanciones está fuera de la esfera de control de la víctima.

Si bien Hart ha reconocido las falencias de su teoría<sup>(53)</sup> y parece haberla dejado de lado en sus obras posteriores<sup>(54)</sup>, lo cierto es que su definición de derecho subjetivo se enmarca en las discusiones sobre elección y alienabilidad que llevaron al desarrollo del concepto de derecho subjetivo moderno<sup>(55)</sup>. En otro trabajo he señalado que la concepción del titular del derecho como *dominus* de su propia vida y libertad aparece de forma constante en la literatura medieval y ha influido en las discusiones modernas sobre el concepto de derecho subjetivo<sup>(56)</sup>. Dentro de esta tradición que concibe al derecho subjetivo como una esfera de “soberanía”, “dominio” o “control” sobre el objeto del derecho, es difícil encontrar un lugar para los derechos que tienen por objeto bienes sobre los cuales, por definición, es imposible establecer un “dominio” o “control” individual.

La mejor forma de encajar los derechos a la existencia de bienes públicos dentro de esta teoría es considerándolos derechos colectivos. En efecto, si el titular de derecho es el conjunto de individuos que comparten el bien público, y existe un mecanismo para el ejercicio conjunto del derecho, que les permita adoptar decisiones, entonces podría darse alguna de las tres situaciones de control que enumera Hart: el titular colectivo del derecho podría, por lo menos, decidir si activar o no los

---

(53) “I have provided a general theory in terms of the notion of a legally respected individual choice which is satisfactory only at one level —the level of the lawyer concerned with the working of the ‘ordinary’ law. This requires supplementation in order to accommodate the important deployment of the language of rights by the constitutional lawyer and the individualistic critic of the law, for whom the core of the notion of rights is neither individual choice nor individual benefit but basic or fundamental individual needs”. Hart, “Legal Rights”, p. 193.

(54) “[the main argument] seem to me to be mistaken and my errors not sufficiently illuminating to justify reprinting it now”. Herbert L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), p. 17 (citado por Waldron, *The Right to Private Property*, p. 96).

(55) Waldron, *The Right to Private Property*, p. 98.

(56) María Florencia Saulino, “El derecho al ambiente sano como derecho a la provisión de un bien público: Problemas de titularidad y rol de los poderes del Estado en su efectiva garantía” (tesis para acceder al grado de Doctora en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, 2016); María Florencia Saulino, “Dominio, autonomía, y el derecho al ambiente sano”, en M. Alegre (dir.), *Libres e iguales. Estudios sobre autonomía, género y religión* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019).

mecanismos judiciales, o dispensar o extinguir la obligación de indemnizar. Dado que el titular del derecho es la comunidad actuando como un todo, no existen otros individuos que puedan solicitar la provisión del derecho, lo cual afectaría las posibilidades de elegir del titular. Sin embargo, esta concepción de los derechos a la existencia de bienes públicos como derechos colectivos requiere una cierta organización interna que permita al grupo en cuestión adoptar decisiones<sup>(57)</sup>, lo cual no resulta particularmente sencillo cuando el titular del derecho no es un grupo con características distintivas, sino que es un conjunto de individuos que solo tienen en común el hecho de compartir el mismo ecosistema.

### 3.2. Teoría del interés

La teoría del interés encuentra su origen en los escritos de Jeremy Bentham y Rudolf von Jhering; y en su forma moderna, es impulsada principalmente por Neil MacCormick y Joseph Raz. Raz propone definir los derechos subjetivos de la siguiente forma:

‘X tiene un derecho’ si y solo si (...) cuando todo lo demás se mantiene constante, un aspecto del bienestar de X (su interés) es una razón suficiente para imponer un deber a otra(s) persona(s)<sup>(58)</sup>.

---

(57) Carl Wellman, “Alternatives for a Theory of Group Rights”, en C. Sistare, L. May, y L. Francis (eds.), *Groups and Group Rights* (Lawrence: University Press of Kansas, 2001), pp. 18-19 (“if one adopts Hart’s conception of a moral right, presumably it would be idle to ascribe rights to any groups incapable of choice. Although one can understand pretty well what it is for Standard Oil to choose to raise the price of gasoline, it is difficult, if not impossible, to explain what it would be for any unorganized group, such as African-Americans, to make a choice”).

(58) Traducción propia (“X has a right’ if and only if (...) other things being equal, an aspect of X’s well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty”) Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (New York: Oxford University Press, 1986), p. 166. De acuerdo con Raz, un interés es razón suficiente para fundar un derecho: “if and only if there is a sound argument of which the conclusion is that a certain right exists and among its non-redundant premisses is a statement of some interest of the right-holder, the other premisses supplying grounds for attributing to it the required importance, or for holding it to be relevant to a particular person or class of persons so that they rather than others are obligated to the right-holder. These premisses must be sufficient by themselves to entail that if there are no contrary considerations then the individuals concerned have the right. To these premisses one needs to add others stating or establishing that these grounds are not altogether defeated by conflicting reasons. Together they establish the existence of the right”. *Ibid.*, pp. 181-82. Sin embargo, “where conflicting considerations altogether defeat the interests of the would-be right-holder, or when they weaken their for-

Es decir que, bajo esta definición, un individuo X tendría un derecho al ambiente sano si el interés de X en un ambiente sano constituyera una razón suficiente para justificar que otras personas estuviesen obligadas a mantener, respetar o crear para el individuo un ambiente de tales características. Probablemente todos o la mayoría de los individuos tienen un interés en que el ambiente sea sano, ya que su vida, su salud o su capacidad de disfrutar del ocio y las actividades al aire libre, o de llevar adelante determinadas actividades productivas, se verá seriamente afectada por un ambiente que no alcance dicha característica.

Si bien parecería que los derechos a la existencia de bienes públicos podrían encajar sin mayores problemas en la definición propuesta por la teoría del interés, algunos autores han planteado reparos frente a esta posibilidad<sup>(59)</sup>. Así, por ejemplo, MacCormick entiende que los individuos pueden tener derecho a aquellos bienes que tienen que serles provistos y que estaría mal negarles, y que esos derechos pueden justificar la imposición de deberes a otros individuos y al propio Estado<sup>(60)</sup>. Según este autor, “[l]a característica esencial de las reglas que confieren derechos es que tienen como objetivo específico la protección o promoción de bienes o intereses individuales”<sup>(61)</sup>. Sin embargo, para MacCormick, cualquier caracterización de una regla que confiere un derecho (i) se refiere a “bienes”, “ventajas”, “beneficios” o “intereses” para las personas que califican para ser titulares del derecho; (ii) involucra el disfrute de bienes por parte de los individuos de forma separada, y no simplemente como una colectividad que disfruta de un

---

ce and no one could justifiably be held to be obligated on account of those interests, then there is no right. Where the conflicting considerations override those on which the right is based on some but not on all occasions, the general core right exists but the conflicting considerations may show that some of its possible derivations do not”. *Ibid.*, p. 184.

(59) Para una discusión sobre estas teorías puede verse Leslie Green, “Two Views of Collective Rights”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 4, n° 2: *Collective Rights* (1991), p. 321.

(60) Neil MacCormick, *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1982), p. 144.

(61) Neil MacCormick, “Rights in Legislation”, en: P. M. S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart* (Oxford: Clarendon Press, 1977), p. 192. Traducción propia (“[t]he essential feature of rules which confer rights is that they have as a specific aim the protection or advancement of individual interests or goods”).



beneficio común y difuso del que todos participan en proporciones indistinguibles e inasignables; y (iii) provee beneficios a los individuos en el sentido de que la ley les otorga protección normativa para su disfrute<sup>(62)</sup>. Es decir que, para MacCormick, las reglas que confieren derechos solo pueden referirse a bienes privados. En este sentido, señala:

cuando las leyes positivas establecen derechos, por ejemplo, expresamente en la legislación, lo que hacen es asegurar a los individuos (...) el disfrute de un bien u otro. Pero no a través de un bien colectivo disfrutado de forma colectiva, como el aire puro en una ciudad, sino a través de un bien individual disfrutado individualmente por cada uno, como la protección del medio ambiente particular de cada ocupante, asegurado por la legislación de inmisiones. Dicha protección típicamente se logra imponiendo deberes a la gente en general, por ejemplo, el deber de no generar ciertos cambios nocivos en el terreno o los edificios ocupados por otra persona, y deberes adicionales que pueden ser invocados a voluntad del ocupante afectado, para compensar los daños causados por el cambio ambiental nocivo<sup>(63)</sup>.

Es decir que, para MacCormick, el derecho debe asegurar el disfrute del bien individuo por individuo; es decir que si X, Y y Z tienen un derecho a G, asegurar G para X es una cuestión separada de asegurar G para Y, que a su vez es una cuestión separada de asegurar G para Z<sup>(64)</sup>. MacCormick no profundiza en las razones que lo llevan a sostener que los bienes públicos no pueden ser objeto de derechos. Jeremy Waldron señala que tal definición podría explicarse por la imposibilidad de capturar ciertos valores en un lenguaje de los derechos que ha surgido con el crecimiento del individualismo ético y político, y que lleva a que los derechos estén asociados en un nivel fundamental con preocupaciones

---

(62) *Ibid.*, pp. 204-05.

(63) MacCormick, *Legal Rights and Social Democracy*, p. 143. Traducción propia ("when positive laws establish rights, for example expressly by legislation, what they do is secure individuals (...) in the enjoyment of some good or other. But not by way of a collective good collectively enjoyed, like clean air in a city, but rather an individual good individually enjoyed by each, like the protection of each occupier's particular environment as secured by the law of private nuisance. Such protection is characteristically achieved by imposing duties on people at large, for example, not to bring about certain kinds of adverse changes to the environment of land or premises occupied by somebody else, and further duties, which may be invoked at the instance of any aggrieved occupier, to make good damage arising from adverse environmental change").

(64) Waldron, *Liberal Rights*, p. 347.

específicamente individualistas<sup>(65)</sup>. Sin embargo, como se verá a continuación, dentro de la teoría del interés, otros autores como Raz, Waldron y Denise Reaumé aceptan la posibilidad de que existan derechos sobre bienes públicos.

#### 4. ¿PUEDEN EXISTIR DERECHOS INDIVIDUALES SOBRE BIENES PÚBLICOS?

Si bien Raz solo aborda el tema de los derechos sobre bienes públicos como parte de su crítica a las teorías morales basadas en derechos, numerosos autores toman su análisis como base para la discusión los derechos colectivos, por lo que resulta conveniente comenzar por revisar su teoría<sup>(66)</sup>. Para su análisis, Raz propone una subclasificación de los bienes públicos entre bienes inherentemente públicos, a los que

---

(65) Waldron señala que existen ciertos valores que no pueden ser capturados en el lenguaje de los derechos porque la idea de los derechos subjetivos surgió con el crecimiento del individualismo ético y político, por lo que debería esperarse que los derechos estén asociados en un nivel fundamental con preocupaciones específicamente individualistas: “Consider, for example, the good of *fraternity* in a human society. Many theorists believe that the government has a duty to foster this good (...) Now it is certainly the case that all or most individuals have an interest in fraternity in their society, in the sense that they will be individually worse off —their lives impoverished or whatever— if their society is not fraternal. A right-based argument for the duty to foster fraternity, then, would regard these individual interests (severally) as crucial in justifying the imposition of this duty. But those who take fraternity to be an important political value are unlikely to agree that either its value or its importance can be explained on the basis of what it is worth to single individuals: what individuals like X or Y or Z get out of fraternity is not sufficient to explain why fraternity between or among X, Y, and Z is valuable. Rather they will say that an account of the value of fraternity should refer in the first instance to its being good for human communities, and only derivatively to its being good for individuals considered apart from their communities”. Waldron, *The Right to Private Property*, p. 91. De todos modos, el propio autor admite que “we do not have to step outside the traditional confines of individualistic political morality to demand and extoll the worth of public goods”. Waldron, *Liberal Rights*, p. 354.

(66) Joseph Raz, “Right-Based Moralities”, en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights* (New York: Oxford University Press, 1984). Las categorías propuestas por Raz han sido utilizadas, entre otros, por Denise Réaume, “Individual, Groups and Rights to Public Goods”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 38, n° 1 (1988), pp. 1-27; Waldron, *Liberal Rights*; Dwight G. Newman, “Collective Interests and Collective Rights”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 49, n° 2 (2004), pp. 127-163; Jovanovi, *Collective Rights*. Green, “Two Views of Collective Rights”, pp. 315 - 327.

llama “bienes colectivos”, y bienes públicos contingentes. Los bienes inherentemente públicos son bienes de cuyo goce es lógicamente imposible excluir a alguien; mientras que, en el caso de los bienes públicos contingentes, tal exclusión es lógicamente posible, pero, como consecuencia de una “contingencia” —que puede ser la falta de una tecnología adecuada para hacerlo—, en la práctica no es posible excluir a nadie de su goce<sup>(67)</sup>:

[l]as características generales beneficiosas de la sociedad son bienes inherentemente públicos (...) Diferentes personas se benefician de las buenas cualidades de la sociedad en diferentes grados. Pero el grado en que se benefician depende de su carácter, intereses y predisposiciones, y no puede ser controlado directamente por los demás (...) Naturalmente uno puede excluir a los individuos del beneficio de dichos bienes excluyéndolos de la sociedad a la que pertenecen. Pero eso no afecta su carácter de bienes públicos, el cual depende de la no-exclusividad de su disfrute entre los miembros de la sociedad para la que son bienes públicos. Voy a llamar a los bienes inherentemente públicos “bienes colectivos”<sup>(68)</sup>.

Según la definición de Raz, el ambiente sano constituiría un bien inherentemente público (o bien colectivo), ya que no es posible pensar en una tecnología existente o futura que nos permita convertirlo en un bien privado. Si bien Raz no niega la posibilidad de que existan derechos individuales sobre bienes públicos contingentes<sup>(69)</sup>, señala que, en lo que respecta a los bienes inherentemente públicos, estos derechos son difíciles de sostener:

[e]l mantenimiento de un bien colectivo afecta la vida e impone restricciones en las actividades de una gran parte de la población, en asuntos que los afectan profundamente. Es difícil imaginar un argumento

---

(67) Réaume, “Individual, Groups and Rights to Public Goods”, p. 21.

(68) Raz, “Right-Based Moralities”, p. 187. Traducción propia (“General beneficial features of society are inherently public goods (...) Different people benefit from the good qualities of the society to different degrees. But the degree to which they benefit depends on their character, interests, and dispositions, and cannot be directly controlled by others (...) Naturally one can exclude individuals from benefiting from such goods by excluding them from the society to which they pertain. But that does not affect the character of the goods as public goods which depends on non-exclusivity of enjoyment among members of the society in which they are public goods. I shall call inherent public goods ‘collective goods’”).

(69) Newman, “Collective Interests and Collective Rights”, p. 148.

exitoso para imponer el deber de proveer un bien público sobre la base de que este serviría los intereses de [solamente] un individuo<sup>(70)</sup>.

En consecuencia, para Raz, este tipo de bienes solo podría ser objeto de derechos colectivos. En efecto, Raz define los derechos colectivos como derechos destinados a la protección de aquellos bienes públicos que sirven a los intereses de los individuos como miembros de la comunidad a la que pertenecen:

Existe un derecho colectivo cuando se cumplen las siguientes tres condiciones: primero, existe porque los intereses de los seres humanos justifican que alguna(s) persona(s) este(n) sujetas a un deber. Segundo, los intereses en cuestión son los intereses de los individuos como miembros del grupo en un bien público y el derecho es un derecho a ese bien público porque sirve a sus intereses como miembros del grupo. Tercero, el interés de ningún miembro individual de ese grupo en ese bien público es suficiente por sí mismo para justificar que otra persona esté sujeta a un deber<sup>(71)</sup>.

Raz explica que la primera de las condiciones es necesaria para que los derechos colectivos sean consistentes con el humanismo<sup>(72)</sup>. En este

---

(70) Raz, *The Morality of Freedom*, p. 209. Traducción propia (“The maintenance of a collective good affects the life and imposes constraints on the activities of the bulk of the population, in matters which deeply affect them. It is difficult to imagine a successful argument imposing a duty to provide a collective good on the ground that it will serve the interests of one individual [and one alone]”).

(71) Raz, “Right-Based Moralities”, p. 194 n. 13. Traducción propia (“A collective right exists when the following three conditions are met: first, it exists because the interest of human beings justify holding some person(s) to the subject to a duty. Secondly, the interest in question are the interests of individuals as members of a group in a public good and the right is a right to that public good because it serves their interest as members of the group. Thirdly, the interest of no single member of that group in a public good is sufficient by itself to justify holding another person to be subject to a duty”). En *The Morality of Freedom* Raz propone el ejemplo de Yassir Arafat y la autodeterminación palestina: “Yassir Arafat, being a Palestian, has an interest in Palestinian self-determination. At least in part that interest is based on a person’s interest in living in a community which enables him to express in public and develop without repression those aspects of his personality which are bound up with his sense of identity as a member of his community. It is an interest of great importance to the well-being of vary many people. Nevertheless, Arafat does not have a right to Palestinian self-determination. Self-determination is a typical collective good. Its satisfaction imposes far-reaching demands on the life of the whole communities. Arafat’s interest by itself does not justify imposing such far-reaching duties on so many other people. So he does not have it”. Raz, *The Morality of Freedom*, p. 207.

(72) Para Raz, el humanismo establece una condición necesaria para la aceptabilidad de las teorías morales. Raz, “Right-Based Moralities”, p. 183; Raz, *The Morality of Freedom*, p. 194.

sentido, los derechos colectivos solo pueden existir si sirven a los intereses de los individuos, y los intereses colectivos son solo una forma de referirse a los intereses individuales que surgen como consecuencia de la pertenencia del individuo a una comunidad<sup>(73)</sup>. La segunda y tercera condición son las que distinguen el derecho colectivo de un mero conjunto de derechos individuales<sup>(74)</sup>.

Raz ejemplifica su definición utilizando el derecho a la autodeterminación: (i) el valor de este derecho radica en que la autodeterminación contribuye al bienestar de los miembros individuales de las minorías oprimidas como miembros del grupo; (ii) la autodeterminación es un bien colectivo y el interés de los individuos en este bien surge como consecuencia de su pertenencia al grupo; y (iii) si bien muchos de los miembros individuales del grupo tienen un interés en la autodeterminación de su comunidad, el interés individual de cualquiera de ellos es un fundamento insuficiente para generar en otros la obligación de satisfacer ese interés<sup>(75)</sup>. En efecto, sería irrazonable obligar a toda una comunidad a autodeterminarse con el argumento de que esto serviría al interés de un individuo. Por tanto, para Raz, el derecho a la autodeterminación pertenece a toda la comunidad, a la vez que no es posible sostener la existencia de un derecho individual a que la comunidad se autodetermine<sup>(76)</sup>.

La definición propuesta por Raz parecería tener en mente un solo tipo de derechos colectivos: aquellos que tienen por titulares a grupos minoritarios dentro de la sociedad<sup>(77)</sup>. En efecto, si bien la definición de Raz no requiere ninguna característica específica del grupo en cuestión para que este pueda ser considerado como titular del derecho, al

---

(73) Raz, *The Morality of Freedom*, p. 208 (“collective interests are a mere *façon de parler*. They are a way of referring to individual interests which arise out of the individuals’ membership in communities”).

(74) Raz, “Right-Based Moralities”, p. 194, n° 13.

(75) *Ibid.*, p. 194.

(76) *Ibid.*, p. 193.

(77) Muchos autores definen el término “derechos colectivos” como los derechos de las colectividades o grupos minoritarios frente al resto de la sociedad. Véase, por ejemplo, Marlies Galenkamp, “Collective Rights: Much Ado about Nothing? A Review Essay”, *Netherlands Quarterly on Human Rights*, vol. 9, n° 3 (1991) (“[c]ollective Rights concern the protection of some Group characteristics, which distinguish a Group as a whole from other people”).

hablar de los intereses del individuo, lo hace en términos de los intereses que el individuo tiene “como miembro del grupo”<sup>(78)</sup>. Asimismo, en *The Morality of Freedom*, al analizar el ejemplo de Yassir Arafat y la autodeterminación de Palestina, Raz explica que el interés de Yassir Arafat en la autodeterminación de su pueblo se basa, al menos en parte, en su interés en vivir en una comunidad que le permita expresar sin represión aquellos aspectos de su personalidad que están conectados a su sentido de identidad *como miembro de su comunidad*<sup>(79)</sup>.

Es decir que los derechos colectivos contemplados en la definición de Raz estarían restringidos a aquellos grupos que tienen características distintivas dentro de la sociedad, más allá de compartir un interés en común<sup>(80)</sup>. Esto se verifica en el caso del derecho a la autodeterminación, al mantenimiento de la cultura, los derechos de comunidades religiosas o el derecho a la lengua. Sin embargo, este razonamiento no es trasladable al derecho a un ambiente sano. En efecto, en el caso del derecho al ambiente sano, el individuo tiene un interés en vivir en un ambiente de dichas características, independientemente de su pertenencia o no a un grupo determinado.

La tercera condición de Raz es que el interés de ningún miembro individual del grupo sea suficiente en sí mismo para justificar la imposición de un deber en otra persona<sup>(81)</sup>. Raz explica que los individuos no podrían tener un derecho *individual* a un bien inherentemente público, ya que “[e]s difícil imaginar un argumento exitoso para imponer el deber de proveer un bien público sobre la base de que este serviría los

---

(78) Raz, “Right-Based Moralities”, p. 194, n° 13.

(79) Raz, *The Morality of Freedom*, p. 207.

(80) Jovanovi, *Collective Rights*, p. 104 (“it is difficult to see how Raz can seriously be understood in any way other than as restricting the scope of collective rights to those groups with distinguishing features aside from their share interest”). En contra, Peter Jones, “Group Rights and Group Oppression”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 4, n° 7 (1999a), p. 357. “Raz uses the phrase ‘members of a group’ in his definition of a collective right but I take that to refer to membership of the group identified by its shared interest in the relevant public good. I cannot see how, given his general conception of rights, Raz could justifiably restrict collective rights to groups that are distinguished as groups by some feature that is independent of the interests that grounds their rights”.

(81) Nino critica esta condición en su libro *Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 1992).

intereses de un individuo”<sup>(82)</sup>. Al analizar el ejemplo de Yassir Arafat y la autodeterminación Palestina, Raz señala que Arafat no podría tener un derecho individual a la autodeterminación de Palestina puesto que la satisfacción de dicho derecho “impone amplias demandas a la vida de toda la comunidad. El interés de Arafat en sí mismo no justifica imponer tan amplios deberes a tantas otras personas”<sup>(83)</sup>.

Sin embargo, en su análisis, Raz no explica por qué la imposibilidad de exclusión absoluta —que es la característica que utiliza para definir este tipo de bienes— haría que resulte difícil imponer el deber de proveer un bien inherentemente público para satisfacer el interés de un solo individuo<sup>(84)</sup>. El costo que implica la provisión de estos bienes no parece ser razón suficiente para sostener que solo el interés agregado de un grupo de individuos puede fundar el deber de proveerlos, especialmente si tenemos en cuenta el costo que impone a la sociedad la provisión de otros bienes que típicamente son objeto de derechos individuales<sup>(85)</sup>. Acá, nuevamente, parecería que la definición de Raz está

---

(82) Raz, *The Morality of Freedom*, p. 203. Traducción propia (“it is difficult to imagine a successful argument imposing a duty to provide a collective good on the ground that it will serve the interests of one individual”). Nino señala que para Raz “los bienes públicos o colectivos no son objeto de derecho”. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 350.

(83) Raz, *The Morality of Freedom*, p. 187. Traducción propia (“imposes far-reaching demands on the life of the whole communities. Arafat’s interest in itself does not justify imposing such far-reaching duties on so many other people”). Jones destaca que para Raz “the number of individuals in a group can affect both whether the group has a right and how weighty its right is”. Peter Jones, “Group Rights”, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2008).

(84) Para Newman “the right to a Razian collective good is non-individualizable (depending not only on the interest of an individual) because no individual interest alone is weighty enough to justify the right. But it is mere conjecture that no individual interest alone is weighty enough to justify the good. Indeed, we might easily conjecture that some individual interests are weighty enough to justify Razian collective goods”. Newman, “Collective Interests and Collective Rights”, p. 153.

(85) En este sentido, Waldron señala que “[m]any private goods are very costly to produce and maintain. And many of the things we are certain that people have rights to (like freedom of political association, for example) may impose immense costs on governments and therefore indirectly on the mass of one’s fellow citizens. Since we believe nevertheless that sometimes people do have rights to such goods, the mere fact that the costs of providing ‘collective’ goods may be onerous and widespread cannot be a reason for denying that they are plausible subject matter for rights”. Waldron, *Liberal Rights*, p. 350.

pensada para incluir solo aquellos derechos colectivos que tienen por titulares a grupos minoritarios dentro de la sociedad.

Sin embargo, en el caso de este tipo de derechos, no es la imposibilidad de exclusión lo que explica por qué el bien no puede proveerse individualmente. En este sentido, Réaume señala que la capacidad de exclusión no nos dice nada sobre el interés de cada individuo en la obtención del bien ni sobre la carga que su provisión impone al resto de la sociedad<sup>(86)</sup>. Para esta autora, el criterio relevante para determinar si puede existir o no un derecho individual sobre un determinado bien es si el interés del individuo puede distinguirse de los intereses de los demás miembros de la comunidad, y posiblemente oponerse a ellos<sup>(87)</sup>.

Con base en este criterio, Réaume propone distinguir entre “bienes participativos” y “bienes no-participativos”<sup>(88)</sup>. Los “bienes participativos” son aquellos cuyo valor radica en la participación de otros miembros de la comunidad en la producción del bien, pero que son valiosos solamente como consecuencia de dicha participación conjunta<sup>(89)</sup>. La amistad, la posibilidad de vivir en una sociedad culta o de participar en un partido de hockey son ejemplos de este tipo de bienes, ya que su existencia depende de que otros miembros de la comunidad también participen y su disfrute no puede ser separado de su producción conjunta. Por tanto, la obligación de proveer el bien importaría interferir con decisiones importantes de cada miembro del grupo sobre cómo vivir su propia vida y constituiría una seria violación de su autonomía personal y otros valores que consideramos importantes<sup>(90)</sup>.

---

(86) Réaume, “Individual, Groups and Rights to Public Goods”.

(87) *Ibid.*, p. 8.

(88) *Ibid.*, pp. 3-4.

(89) *Ibid.*, p. 10.

(90) *Ibid.*, p. 5. Réaume presenta el siguiente ejemplo: “[c]onsider, for instance, the public good of a cultured society. Such a society requires the existence of a certain ‘critical mass’ of cultured individuals —people who write music and literature and who paint and sculpt, together with consumers of these products. If no such critical mass existed, the person who claimed the right to cultured society would be claiming that her interests justified the imposition of a duty on others to create such a body (...) The point is, firstly, that the provision of such a public good requires the widespread participation of many people, and secondly, that it requires interference with important choices about how to live one’s own life”. *Ibid.*, pp. 5-6.



En efecto, llevado al ejemplo de Raz sobre la autodeterminación, considerar este derecho como un derecho individual implicaría reconocerle a cualquier miembro de la comunidad el poder de decidir sobre la suerte del grupo, sin importar si el resto de los miembros desean o no su autodeterminación. En consecuencia, Réaume sostiene que sobre estos bienes no pueden existir derechos individuales, ya que el interés de un individuo en particular debería ser realmente muy grande para justificar la imposición de una carga de tal magnitud en el resto del grupo; a la vez que, sin la participación del grupo, el bien no tendría valor para el individuo<sup>(91)</sup>.

Sin embargo, esto no ocurre con los bienes “no-participativos” que, si bien se producen colectivamente, pueden ser disfrutados de forma individual. Por ejemplo, el aire puro es un bien que no puede ser producido individualmente, pero sí puede ser disfrutado de forma individual, independientemente de si los demás miembros de la comunidad también lo disfrutan o incluso de si alguno de ellos se opone a su producción<sup>(92)</sup>. Para Réaume, resulta perfectamente posible que existan derechos individuales sobre este tipo de bienes<sup>(93)</sup>.

Al igual que Réaume, Waldron sostiene que nada en la naturaleza de los bienes públicos parecería excluir *per se* la posibilidad de que estos sean objeto de derechos individuales:

La idea de un bien público (...) es simplemente la idea de un bien cuya provisión a los individuos tiene una determinada forma, en lo que respecta a incentivos y producción. El aire puro, por ejemplo, es un bien

---

(91) *Ibid.*, p. 5. Sobre estos bienes podrían existir derechos de grupo cuando involucran una reivindicación de un grupo minoritario de la sociedad contra el resto. p. 25. Para una crítica a la postura de Réaume respecto de la imposibilidad de que existan derechos individuales sobre bienes participativos puede verse James Morauta, “Rights and Participatory Goods”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, n° 1 (2002), pp. 91-113.

(92) Réaume, “Individual, Groups and Rights to Public Goods”, p. 8. En igual sentido, James Griffin señala que “[a]lthough the entities to which we should most naturally attribute clean air and secure defence are fairly large groups, the values involved in public goods are individual in both their enjoyment and conception. The benefit of clean air and secure defense is enjoyed by each member of the group individually. And to the extent that public goods support rights, they seem to support only familiar individual rights”. James Griffin, “Group Rights”, en L. H. Meyer, S. L. Paulson, y T. W. Pogge (eds.), *Rights, Culture and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz* (New York: Oxford University Press, 2003), p. 165.

(93) Réaume, “Individual, Groups and Rights to Public Goods”, p. 9.

público (es prácticamente no-excluible y producido conjuntamente), pero así todo su importancia puede ser completamente capturada por su valor para cada una de las personas que respira (...) Si pensamos que los intereses de cada individuo en recibir algún beneficio (como, por ejemplo, pulmones limpios) (...) es suficientemente importante para ser la base de un deber de proveer dicho beneficio, y si la provisión de un bien público es la única forma practicable de hacerlo, entonces no puede haber objeciones para sostener que cada individuo tiene un derecho a ese bien público<sup>(94)</sup>.

Sin embargo, Waldron, al igual que Réaume, postula la existencia de un subconjunto de bienes públicos —a los que llama “bienes comunitarios”— sobre los cuales sería difícil sostener la existencia de derechos individuales, ya que su valor no puede ser individualizado, sino que son valiosos para la comunidad como un todo<sup>(95)</sup>. Entre estos bienes se encuentra la importancia de las tradiciones, la cultura y la lengua de una comunidad. Así, por ejemplo, los galeses no se benefician como individuos de la preservación de su idioma, sino que la naturaleza y el valor de ese bien tiene sentido solo si se asume que otros también lo disfrutan y participan de este<sup>(96)</sup>. Waldron explica:

Es porque X, Y, y Z disfrutan *juntos* del bien, y porque la participación de cada uno en el disfrute está orientada hacia el entendimiento de que otros también participan, es que vale la pena perseguir ese bien. Por tanto, dado que ninguna explicación adecuada de su deseabilidad puede atribuirse a X o a Y o a Z, no puede haber motivos para afirmar que el bien debe ser perseguido como derecho de X o de Y o de Z<sup>(97)</sup>.

---

(94) Waldron, *Liberal Rights*, pp. 353-354. Traducción propia (“The idea of a public good (...) it is simply the idea of a good whose provision to individuals has a certain shape, so far as incentives and production are concerned. Clean air, for example, is a public good (it is practicably non-excludable and jointly produced), but still its importance can be fully captured by an account of its worth to individual breathers (...) If we think that each individual’s interest in receiving some benefit (like clean lungs, for example) (...) is sufficiently important to be the basis of a duty to provide that benefit, and if the provision of a public good is the only practicable way of doing that, then there can be no objection to saying that the individual has a right to that public good”).

(95) *Ibid.*, pp. 341, 58.

(96) *Ibid.*, p. 358.

(97) *Ibid.*, p. 359 (el énfasis me pertenece), traducción propia (“It is because X, Y, and Z enjoy the good together, and because the participation of each in that enjoyment is oriented towards the understanding that the others are participating too, that the good is worth pursuing. So since no adequate account of its desirability can be

Por tanto, para Waldron, sobre estos bienes no podrían existir derechos individuales<sup>(98)</sup>. En conclusión, Waldron muestra que no existe impedimento alguno para que existan derechos individuales sobre bienes inherentemente públicos, sino tan solo sobre un pequeño subconjunto de ellos: los bienes comunitarios. ¿Puede considerarse el ambiente sano un bien comunitario? Waldron expresa sus dudas al respecto:

No sé si los reclamos de la nueva generación de derechos humanos —paz, desarrollo económico, y ambiente— encajan en la categoría de bienes comunitarios. Tienen aspectos que son disfrutados individualmente, aunque pueden ser provistos de forma pública: cada uno de los individuos se beneficia si el ambiente no está contaminado (...) Estos beneficios pueden ser todo lo que queramos resaltar cuando decimos que tales cosas son derechos humanos. Pero sospecho que algunos de ellos son valorados también como bienes comunitarios<sup>(99)</sup>.

Es decir que, si bien los derechos colectivos han sido definidos por algunos autores como derechos a la existencia de bienes públicos (que son públicos para el grupo que es titular del derecho), no todos los derechos a la existencia de bienes públicos encajan necesariamente en esta categoría. En efecto, tanto Waldron como Réaume sostienen que sobre ciertos bienes públicos pueden existir derechos individuales; y para ambos autores, el derecho a un ambiente sano estaría incluido en dicha categoría<sup>(100)</sup>.

---

pinned down to either X or Y or Z, there can be no point in saying that it ought to be pursued as X's or Y's or Z's right").

(98) Sobre la posibilidad de que existan derechos de grupo y los problemas que esto genera véase Jeremy Waldron, "Taking Group Rights Carefully", en G. Huscroft y P. Rishworth (eds.), *Litigating Rights. Perspectives from Domestic and International Law* (Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002).

(99) Waldron, *Liberal Rights*, p. 361. Traducción propia ("I do not know whether the new generation of human rights claims —peace, economic development, and the environment— fit into the category of communal goods. They have aspects that are enjoyed individually, even though they may be provided publicly: each individual benefit if the environment is unpolluted (...) Those benefits may be all we want to stress when we say that such things are human Rights. But I suspect that some of them are valued also as communal goods"). Morauta quizás es quien adopta la posición más extrema al sostener que pueden existir derechos individuales incluso sobre bienes públicos participativos. Si bien Morauta reconoce que la existencia de estos derechos puede resultar moralmente indeseable, señala que nada en la lógica de los derechos o de los bienes participativos impide la creación de derechos individuales sobre estos bienes. Morauta, "Rights and Participatory Goods".

(100) En la clasificación proporcionada por Réaume estaríamos frente a un bien público "no participativo", ya que, si bien es necesaria la participación de la comu-

La imposibilidad de que existan derechos individuales sobre bienes públicos queda limitada entonces a un subconjunto de estos bienes: los bienes participativos o comunitarios. Sobre el resto de los bienes públicos es posible sostener la existencia de derechos individuales, ya que su importancia puede ser completamente capturada por su valor para cada una de las personas que disfruta del bien.

## 5. CONCLUSIÓN

Como se mostró a lo largo del artículo, no existen impedimentos teóricos para considerar el derecho a un ambiente sano como un derecho individual bajo la definición de derecho subjetivo proporcionada por la teoría del interés. En efecto, el interés de cada individuo en vivir en un ambiente sano puede considerarse lo bastante importante como para servir de base al deber de proveer tal beneficio. Al mismo tiempo, no estamos frente a un bien participativo (cuya provisión para satisfacer el interés de un solo individuo implicaría una lesión a la autonomía del resto de los miembros de la comunidad) o un bien comunitario (en cuyo caso el interés del individuo en la provisión del bien no podría aislarse del interés del resto de los miembros del grupo que disfrutaban conjuntamente de dicho bien).

Asimismo, la inclusión del derecho a un ambiente sano dentro de la categoría de los derechos colectivos no es inocua, sino que implica un perjuicio evidente para los individuos que comparten la titularidad del derecho. En efecto, si consideramos el derecho al ambiente sano un derecho colectivo, la calidad ambiental que garantiza el derecho será aquella que vuelva al ambiente sano para el conjunto (y no para cada uno de sus miembros), por lo que los eslabones más débiles de dicho conjunto (niños, ancianos, personas con enfermedades preexistentes) no tendrán un derecho a acceder a una calidad ambiental tal que no impacte en su salud, sino tan solo a un ambiente que sea sano “para el conjunto”. Al mismo tiempo, la titularidad compartida impide que el individuo sea compensado por la lesión a su derecho si no ha sufrido una afectación correlativa en bienes de titularidad individual.

---

nidad en su producción, dicha participación no es necesaria para su goce. En igual sentido, en la clasificación propuesta por Waldron se trataría de un bien “no comunitario”, ya que su valor puede ser individualizado y capturado de forma independiente del resto de la comunidad.

Por el contrario, si concebimos el derecho a un ambiente sano como un derecho individual, cada uno de los individuos que componen la sociedad tendrá derecho a reclamar la existencia de políticas públicas que aseguren un ambiente sano para él, considerado de forma independiente del resto. Esto no implica negar que los derechos a la existencia de bienes públicos tengan características que los diferencian de los derechos que tienen por objeto bienes privados. Sin embargo, su inclusión en la categoría de los derechos colectivos no solo implica alejarse del texto del art. 41, sino que implica también otorgarles a los individuos un nivel de protección que no necesariamente satisface sus necesidades. La titularidad individual debe preferirse, entonces, ya que es la única consistente con el texto de la constitución y es la que asegura un mayor nivel de protección ambiental a todos los habitantes de la Nación.



# ENTRE LA ESPADA Y LA BALANZA: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA ETERNA INCOMODIDAD DEL JURISTA NORMATIVO

*Lucas S. Grosman*

## 1. INTRODUCCIÓN

Martín Farrell es un intelectual brillante y prolífico que se mueve cómodamente entre la filosofía y el derecho, y que explora con agudeza la relación entre ambos. En materia de filosofía política, Farrell es un firme defensor del liberalismo, y en consecuencia ha prestado especial atención a aquellas cuestiones constitucionales en las que esa posición se pone en juego. De todas ellas, probablemente ninguna sea tan relevante, en Argentina, como la de determinar el alcance del art. 19 de la Constitución.

Esta cuestión tendió a plantearse repetidamente en relación con la constitucionalidad de la punición de la tenencia de drogas para consumo personal. En este artículo, analizaré la posición de Farrell al respecto, y cómo se articula esa posición con una cuestión más general que ocupa un sitio de privilegio —acaso el trono— entre los debates de filosofía del derecho: la relación entre el derecho y la moral. Conjeturaré que existe una tensión entre las ideas morales de Farrell sobre el fondo de la cuestión y el modo en que, a su juicio, debe interpretarse una norma. Su resolución de este conflicto nos permitirá entender un poco mejor el rol de un tipo de académico muy especial, al que llamaré “jurista normativo”.

## 2. LAS ACCIONES PRIVADAS Y EL DERECHO PENAL LIBERAL

En *La filosofía del liberalismo*, de 1992, Farrell analiza el alcance de “acciones privadas” a los fines del art. 19 de la Constitución, es decir, como acciones exentas del castigo criminal<sup>(1)</sup>. Lo hace como respuesta a un artículo publicado unos años antes por Norberto Spolansky, en el que se afirma que acciones privadas son aquellas que no afectan a terceros, ni a la moral compartida, ni al orden público<sup>(2)</sup>. Farrell considera que esta definición adolece de dos problemas. El primero, de orden lingüístico, es que esta interpretación del art. 19 lo tornaría redundante: si el alcance de acciones privadas fuese el señalado por Spolansky, no haría falta calificar a las acciones privadas protegidas por el art. 19 como aquellas que no perjudican a terceros ni ofenden al orden o a la moral pública, ya que las tres calificaciones estarían contenidas en el concepto mismo de acción privada. El hecho de que el texto constitucional contenga esa enumeración sugiere (con fuerza inapelable) que podría haber acciones privadas que perjudiquen a terceros u ofendan al orden o la moral pública. Si esto es así, “acciones privadas” debe tener un alcance más estrecho que el sugerido por Spolansky.

Vale enfatizar que el punto no es meramente estético o estilístico. Dicho de otra manera, el problema de la interpretación de Spolansky no es que plantea una lectura de la Constitución que presenta a su texto de un modo poco elegante, sino que esa lectura es implausible. Si un texto legal dijera “los discursos públicos que no se aparten de la verdad estarán exentos de la previa censura”, sería implausible sostener

---

(1) Martín Farrell, *La filosofía del liberalismo* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992), pp. 203-209. Si bien Farrell se limita aquí al castigo penal porque ese es el foco de su análisis, el art. 19 es más amplio: se refiere a acciones al margen de la injerencia de los magistrados en general, y no solo de los magistrados penales. Por ello, no solo protegería a determinadas acciones frente a una pena, sino también frente a, por ejemplo, una sanción civil o administrativa. Véase al respecto Lucas S. Grosman, “Las implicancias del derecho a la autonomía frente al consumo y suministro de drogas”, en C. Rivera (h), J. S. Elías, L. S. Grosman y S. Legarre (coords.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. 2 (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2014), pp. 458-476. Analizo también este tema en “¿La viga maestra de la Constitución?”, en R. Gargarella, S. Álvarez Medina y J. Iosa (coords.) *Acciones privadas y Constitución: la autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2021), pp. 489-507.

(2) Norberto Spolansky, “El delito de tenencia de estupefacientes y las acciones privadas de los hombres”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n° 1 (1987), p. 57.



que un “discurso público” por definición es aquel que es verdadero. Tal interpretación sería sencillamente implausible. Lo mismo cabría decir, siguiendo a Farrell, de la interpretación que Spolansky hace del art. 19.

Sin embargo, para Farrell, la objeción decisiva contra esta interpretación de acciones privadas es la segunda: si las acciones que ofenden la moral mayoritaria no están protegidas por el art. 19, se derrumba un pilar central del liberalismo, que aspira a resistir los modelos perfeccionistas de imposición de virtudes personales. De acuerdo con la posición de Spolansky, conductas tales como la tenencia de drogas o la homosexualidad, conjetura Farrell, quedarían al alcance de los impulsos punitivos del Estado.

La propuesta alternativa de Farrell comienza por definir las acciones privadas no en función de sus efectos, sino de su localización. Para Farrell, acciones privadas son aquellas que se realizan en privado. Esta categoría no opera a todo o nada: una acción puede ser más o menos privada dependiendo del grado del control del actor sobre el acceso al lugar en el que se realiza la conducta.

La moral pública, por su parte, es entendida por Farrell como “aquella parte de la moral positiva que se vincula con las acciones en público”<sup>(3)</sup>. De allí que su lectura del art. 19, a diferencia de la de Spolansky, protege de la injerencia estatal conductas contrarias a la moral positiva que se realizan en privado.

Es importante destacar que este modo de regular la conducta humana no es el que Farrell postula como el ideal o el más deseable en abstracto: “Debo aclarar”, dice, “que la propuesta que he formulado es solo un intento de interpretar el art. 19 de la Constitución”. Esta postura es adecuada, para Farrell, ya que se encuentra “en concordancia con los principios del derecho penal liberal”<sup>(4)</sup>. Es decir que Farrell se propone encontrar un punto de intersección entre, por un lado, el texto del art. 19; y, por el otro, los principios del derecho penal liberal. Ese espacio de intersección no coincide plenamente con la moral ideal de Farrell, por la sencilla razón de que el art. 19, en la lectura de Farrell, recoge a la moral pública, entendida como la porción de la moral

---

(3) Farrell, *La filosofía del liberalismo*, p. 208.

(4) *Ibid.*

positiva —es decir, la moral de la mayoría de la sociedad— referida a las acciones públicas, que no es igual a la moral ideal tal como Farrell la definiría. En consecuencia, podemos concebir este artículo como un intento de Farrell de llegar a una solución aceptable (o, como él dice, adecuada) sin hacer caso omiso del art. 19.

Si el texto del art. 19 no adoleciera de cierta vaguedad, este proyecto interpretativo no tendría mayor sentido. Farrell se toma de esa vaguedad para proponer una interpretación que le resulta aceptable. No sabemos qué habría hecho Farrell si el art. 19 fuese inequívoco o si cualquier lectura que razonablemente se pudiese derivar de su texto fuese incompatible con la moral ideal tal como Farrell la entiende. Tampoco sabemos qué habría propuesto Farrell si la moral pública positiva le resultase repugnante, es decir, completamente incompatible con “los principios del derecho penal liberal”. Pero me detengo en lo que sí sabemos: Farrell está buscando aquí un camino que permita reconciliar el texto del art. 19 con dichos principios. En el siguiente artículo sobre este tema, que analizaré a continuación, esta relación se vuelve más problemática.

### 3. DR. FARRELL Y MR. HYDE: ¿EL CASO *ARRIOLA* ESTUVO BIEN DECIDIDO?

20 años después, en 2012, Farrell vuelve a visitar este tema en su artículo “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupeficientes?”, que integra el libro *Entre el derecho y la moral*. Es este un artículo peculiar. En él, Farrell manifiesta que coincide con lo decidido por la Corte en *Arriola* (2009)<sup>(5)</sup>, que declara inconstitucional la ley que castiga la tenencia de drogas para consumo personal, pero que no se dedicará a plantear argumentos a favor del fallo (“argumentos que ya han proporcionado muchos comentaristas distinguidos”)<sup>(6)</sup>, sino en contra. El artículo, nos dice su autor, no lo escribió el Dr. Farrell, sino Mr. Hyde.

(5) CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, 25/08/2009, *Fallos*, 332:1963.

(6) Martín Farrell, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupeficientes?”, en *Entre el derecho y la moral* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), p. 112.

Mr. Hyde, por cierto, está en contra de *Arriola*. También está en contra de sus antecedentes en la misma línea jurisprudencial, *Bazterrica*<sup>(7)</sup> y *Capalbo*<sup>(8)</sup>. Esos precedentes, recordemos, argumentan que el orden y la moral pública se refieren solamente a acciones que perjudican a terceros. La crítica a este argumento ya había sido presentada por Farrell en el primero de los textos comentados: si ese es el alcance de orden y moral pública, ¿por qué la Constitución agrega luego expresamente que las acciones en cuestión, para gozar de protección, no deben perjudicar a terceros? ¿Es razonable una interpretación que hace decir a la Constitución varias veces lo mismo usando distintos conceptos?

Hasta aquí, Mr. Hyde coincide con el Farrell de *La filosofía del liberalismo*. Sin embargo, mientras que en dicho artículo Farrell sostenía que la moral pública es “aquella parte de la moral positiva que se vincula con las acciones en público”, en este nuevo texto, usando la voz de Mr. Hyde, adopta una posición distinta: con la minoría de *Bazterrica* y *Capalbo*, afirma que “la moral pública no puede ser sino la moral positiva, la moral del público, la que abarca tanto el daño a un tercero como el daño a uno mismo”. Por ende, el art. 19 no protege a las acciones que implican un daño autoinfligido, en la medida en que tal acción sea contraria a la moral positiva. Es decir que, en esta interpretación, el hecho de que la conducta no perjudique a terceros no es suficiente para brindar amparo bajo el art. 19, ya que la moral pública es una condición independiente del daño a terceros y bien puede verse afectada por una acción autorreferente.

Tras suscribir de esa manera la interpretación de la minoría en *Bazterrica* y *Capalbo*, Farrell aclara que del hecho de que la Constitución no proteja la acción de drogarse no se sigue que el legislador tenga el deber de penarla. El legislador, en efecto, no tiene deber alguno de penar todas las acciones contrarias a la moral positiva. ¿Pero qué limita al legislador que desea penarlas, si la Constitución no lo hace? Esta aclaración, en definitiva, no logra rescatar *Bazterrica* y *Capalbo*. Si Farrell, en modo Mr. Hyde, tiene razón, *Bazterrica* y *Capalbo* están mal

---

(7) CSJN, “Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes”, 29/08/1986, Fallos, 308:1392.

(8) CSJN, “Capalbo, Alejandro Carlos s/ tenencia de estupefacientes”, 29/08/1986, Fallos, 308:1468.

decididos. Nada agrega *Arriola*, como Farrell reconoce, que altere esta conclusión<sup>(9)</sup>.

Dado que es improbable que una sociedad castigue acciones que no considera inmorales, dice Farrell, de poco sirve el art. 19. Muy lejos queda esta interpretación de aquella que la Corte defiende en *Arriola* y que lleva a Zaffaroni a considerar que el art. 19 es “la viga maestra de la Constitución”<sup>(10)</sup>.

¿Qué se sigue de esto? Farrell no nos dice aquí: “como esta interpretación no sirve para avanzar los principios liberales y proteger al individuo de las interferencias paternalistas o perfeccionistas, busquemos otra que sí lo haga”. Algo de eso era lo que decía en el primero de los artículos comentados, en el cual la principal crítica a la interpretación de Spolansky (la segunda de sus críticas) era, precisamente, que no lograba acomodar de manera adecuada las exigencias de los principios del derecho penal liberal. En este nuevo artículo, Farrell dice algo muy distinto: “Hay que preguntarse, pues, si el art. 19 no debería reformarse para poder justificar realmente decisiones como la alcanzada en *Arriola*”<sup>(11)</sup>. Dicho de otra manera, Farrell no opta por buscar una interpretación que satisfaga sus preferencias morales, sino que reconoce que la interpretación correcta del art. 19 no satisface tales preferencias, y propone reformarlo.

Es cierto que Farrell no se queda tranquilo con esta interpretación restrictiva del art. 19, y en consecuencia busca en el art. 33 (derechos implícitos) o en la prescripción de la forma republicana de gobierno un refugio para la autonomía. Esta búsqueda, sin embargo, no es fructífera: Farrell reconoce que no encontraremos allí aquello que el art. 19 nos niega. La conclusión, por ende, se mantiene.

Es evidente que no se trata de una conclusión con la que Farrell se sienta cómodo, y sus intentos de relativizarla pueden resultar desconcertantes. En este sentido, tras haber argumentado que en ningún rincón de la Constitución encontraremos la consagración de un derecho a la autonomía que ampare el consumo de drogas, Farrell festeja

---

(9) Farrell, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”, p. 117.

(10) CSJN, “*Arriola*”, voto de Zaffaroni.

(11) Farrell, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”, p. 120.

que *Arriola* se haya decidido de manera unánime, porque “la ciudadanía acepta con más facilidad la existencia de un derecho constitucional que no está explícitamente declarado en la Constitución misma si sus intérpretes finales se pronuncian sin disidencias entre ellos”<sup>(12)</sup>. Y más adelante señala que, en *Arriola*, “la Corte cumplió acertadamente con su deber”<sup>(13)</sup>. Pero si el derecho liberal a la autonomía no está explícitamente declarado en la Constitución<sup>(14)</sup> y tampoco puede extraerse del art. 33... ¿en qué se basa Farrell para elogiar la decisión de la Corte? ¿Cómo hace Farrell para sacarse de encima las conclusiones de Mr. Hyde? ¿Se debe celebrar un fallo que unánimemente se aparta de la Constitución, al menos a la luz de la interpretación del art. 19 que defiende Farrell (en modo Mr. Hyde)?

El artículo concluye recomendando una reforma legal que zanje la cuestión, y toma el modelo de *Sejean*<sup>(15)</sup>: el fallo reconoció un derecho constitucional al nuevo matrimonio, pero la implementación de este derecho (la forma y los tiempos, entre muchas otras cosas) necesitaban de una ley. Es innegable que *Arriola*, para ser efectivo, requiere de una ley que determine múltiples cuestiones regulatorias que el fallo no aborda ni puede abordar, pero allí termina la fuerza de la analogía con *Sejean*, pues sigue sin quedar claro de dónde surge, para Farrell, el derecho constitucional que determina la inconstitucionalidad de la punición del consumo. El Dr. Farrell nunca refuta a Mr. Hyde.

Farrell es un jurista de una claridad meridiana. Sus argumentos son contundentes y lógicamente impecables; sus conclusiones, inequívocas. Aquí, sin embargo, lo vemos debatiéndose en un terreno fangoso. Mr. Hyde parece mostrarnos lo que Farrell piensa de *Arriola* desde el punto de vista jurídico, pero si esto es así, nos quedamos sin argumentos para respaldar jurídicamente las preferencias morales del Dr. Farrell. Farrell celebra *Arriola* como una victoria, pero nos deja el sabor amargo de haber llegado a esa victoria sin fundamentos convincentes.

Creo que detrás de esta ambigüedad, que Farrell intenta canalizar como una discusión con Mr. Hyde, podemos entrever la incomodidad

---

(12) *Ibid.*, p. 123.

(13) *Ibid.*, p. 124.

(14) *Ibid.*, p. 120.

(15) CSJN, “*Sejean, Juan Bautista c/ Zaks de Ana María s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393*”, 27/11/1986, *Fallos*, 308:2268.

del jurista que, por un lado, tiene fuertes convicciones morales frente a un problema, pero, por el otro, no cree que esas convicciones estén respaldadas por el derecho interpretado de buena fe, esto es, según la teoría interpretativa que ese jurista cree correcta. Si esto es así, la situación que enfrenta Farrell nos invita a reflexionar un poco más sobre el rol del jurista: ¿Debería este parecerse más al Dr. Farrell o a Mr. Hyde? ¿O es, acaso, una mezcla incómoda, no siempre muy precisa y en eterna tensión entre ambos? Antes de abordar esta cuestión, me detendré a analizar otra visión sobre el art. 19. Según veremos, el jurista detrás de esa visión, Carlos Nino, acaso represente la más cabal contraposición con Mr. Hyde.

#### 4. CARLOS NINO Y LA INTERPRETACIÓN LIBERAL DEL ART. 19

Uno de los juristas que más importancia otorgó al art. 19 en el andamiaje constitucional fue, sin dudas, Carlos Nino. Para la tradición liberal, la suya es la interpretación canónica de esta norma, y la que, probablemente, influyó como ninguna otra en los jueces que conformaron la mayoría en *Bazterrica* y *Capalbo*, en particular Petracchi y Bacqué.

Según Nino, el potencial del art. 19 como baluarte liberal depende del sentido que se les dé a las expresiones “acciones privadas” y “acciones... que ofendan el orden y la moral pública”<sup>(16)</sup>. Una forma de interpretarlas, dice Nino, es entendiendo que las primeras son las que se realizan en la intimidad y que las segundas son las que, sin causar un perjuicio a terceros, son contrarias a “una moral autorreferente aunque socialmente reconocida”<sup>(17)</sup>. Esta interpretación restrictiva, sostiene Nino, no se condice con los antecedentes de la norma, ya que, en la Declaración de los Derechos del Hombre, la exigencia del daño a terceros es clara. Además, en la Convención Constituyente, el convencional Ferré había propuesto que el artículo se refiriese a la moral y el orden público, pero luego aceptó la redacción final (“orden

---

(16) Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 1992), pp. 316-317.

(17) *Ibid.*, p. 317.

y moral pública”) pues, según Nino, reconoció que su propuesta permitiría la incriminación de cualquier acto inmoral<sup>(18)</sup>.

Sin embargo, para Nino:

[M]ás que los antecedentes, es necesario advertir que el art. 19 ofrece una magnífica oportunidad de receptor el principio de autonomía de la persona, que es el núcleo de la concepción liberal de la sociedad, sólo en la medida en que las descripciones “acciones de los hombres,” “acciones que no ofendan el orden y la moral pública” y “acciones que no perjudiquen a terceros” se entiendan como coextensivas, vale decir, como tres formas de referirse a la misma clase de acciones: las acciones son privadas en la medida en que sólo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañosos o beneficiosos sobre terceros<sup>(19)</sup>.

Es decir, las acciones privadas son las que se refieren a la moral privada, la moral referida al propio agente; por definición, no pueden afectar la moral pública, que es la que se refiere a terceros.

Aparece, entonces, el problema que ya habíamos visto: el art. 19, así entendido, diría varias veces lo mismo. Nino, consciente de ello, se adelanta a contestar: no es inusual, alega, que la ley sea redundante, pues ello tiene un fin explicativo<sup>(20)</sup>.

¿Resulta convincente esta respuesta de Nino? ¿Es razonable entender que el constituyente dijo varias veces lo mismo para ser más claro o enfático? ¿O deberíamos concluir, como Farrell en el primero de los artículos comentados al criticar a Spolansky, que “acciones privadas” son aquellas que se realizan “en privado”? Recordemos que, para Farrell, el hecho de que la interpretación de Spolansky (como la de Nino) llevara a un art. 19 redundante resultaba un argumento de peso en contra de esa interpretación. Como vimos, no se trata de una consideración meramente estética, sino de reconstruir el texto de un modo plausible.

---

(18) *Ibid.*

(19) *Ibid.*

(20) *Ibid.*

En línea con esto, y a la hora de determinar el alcance de “moral pública”, el Farrell del primer texto analizado la equipara a la moral referida a las acciones públicas (es decir, realizadas en público). En el segundo de los textos, en cambio, y con la voz de Mr. Hyde, Farrell afirma que “la moral pública no puede ser sino la moral positiva, la moral del público”<sup>(21)</sup>. Una y otra interpretación, en cualquier caso, difieren de la de Nino, para quien la referencia a “moral pública” nada agrega a la de “acciones privadas” ni a la de “acciones que no perjudiquen a terceros”. Tal vez Farrell haya cambiado su interpretación de “moral pública” entre uno y otro texto; o tal vez nos confunda con la voz de Mr. Hyde en el segundo de ellos. Pero lo que parece claro es que, para Farrell, no es plausible hacer decir al art. 19 varias veces lo mismo. En eso, Farrell claramente disiente de lo sostenido por Nino.

Partiendo desde una posición filosófica indudablemente liberal, Farrell y Nino proponen interpretaciones muy diferentes del art. 19. No es el objetivo de este artículo analizar cuál de ellas es la correcta —o si lo es una tercera—, sino tratar de entender mejor lo que está detrás de esta diferencia. En este sentido, vimos que, en el primer artículo, Farrell buscaba encontrar un espacio de intersección entre los principios del derecho penal liberal y el texto del art. 19. En el segundo artículo, y de manera más ambigua, Farrell celebra la interpretación de la Corte, pero paralelamente, y valiéndose del recurso a un hipotético Mr. Hyde, la crítica por apartarse del derecho vigente. Nino parte de un enfoque distinto, en el que los principios del liberalismo claramente llevan la batuta y marcan el ritmo de la interpretación del art. 19: esta norma es una “magnífica oportunidad” para avanzar la concepción liberal. Su servicio al liberalismo es la causa, no la consecuencia, de la interpretación que Nino defiende.

Puede parecer solamente una cuestión de matices, pero los disímiles resultados a los que llega uno y otro, partiendo ambos del liberalismo, sugieren que hay algo más profundo en juego. Para entender mejor esta cuestión, dedicaré la próxima sección a analizar los distintos roles a los que el derecho nos enfrenta. En última instancia, me preguntaré qué deberíamos esperar de los juristas.

---

(21) Farrell, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?” p. 114.



## 5. DE ABOGADOS, JUECES Y JURISTAS: UN DIFÍCIL JUEGO DE ROLES

### 5.1. Abogados

Es imposible analizar si la actitud de Farrell, la de Nino o cualquier otra hacia la interpretación de la ley es adecuada sin detenernos en el rol desde el cual esa interpretación es presentada. Probablemente, el caso más claro sea el del abogado: cuando asume el compromiso de defender los intereses de su cliente, eso lleva implícito el deber de hacer cuanto sea posible, dentro de los límites legales, para inclinar la balanza en favor de tales intereses. Parece indiscutible que esto implica defender aquellas interpretaciones de la ley que favorezcan la posición de su cliente, incluso si ellas no son las que el abogado personalmente cree correctas o más afines a sus propias convicciones morales o de otra índole. Así, un abogado que asume la defensa de una persona acusada de tenencia de estupefacientes para uso personal debería utilizar los argumentos de *Bazterrica*, *Capalbo* y *Arriola*, y probablemente citar a Nino como fuente doctrinaria, por más que crea, como Mr. Hyde, que la mejor reconstrucción del texto del art. 19 sea la opuesta o que el mejor resultado desde el punto de vista moral es alcanzado por la Corte en *Montalvo*<sup>(22)</sup>.

Obviamente, lo anterior tiene matices. Por ejemplo, si el abogado, con el sombrero de doctrinario, escribió artículos sosteniendo una posición diferente, deberá hacer algunos malabares para distinguir la situación de su cliente de aquella que tenía en mente al escribir al respecto en algún foro de doctrina (y que ahora el fiscal maliciosamente cita, sacándolo de contexto). Pero la razón para tomar como referencia sus escritos anteriores es eminentemente práctica: si no lo hiciera, dejaría a disposición de la contraparte un argumento demasiado sencillo y difícil de rebatir. Esa es una de las razones por las cuales no es común encontrar a un abogado que escriba en doctrina contra los intereses de sus clientes o potenciales clientes. Otra, más sutil y seguramente más interesante, es que es muy común convencerse de que los argumentos usados a favor de un cliente son los correctos, y no solamente los que

---

(22) CSJN, “Montalvo, Ernesto Alfredo s/ inf. ley 20.771”, 11/12/1990, *Fallos*, 313:1333.

se utilizaron por conveniencia. Este fenómeno se conoce técnicamente como “ponerse la camiseta”.

En todo caso, nada podríamos reprocharle a un abogado que en su razonamiento parte del resultado interpretativo que conviene a su cliente y luego busca aquellos fundamentos que sirven de base para ese resultado. Desde ya que lo normal sería dejar la conclusión para el final, como resultado y no como punto de partida de la indagación, pero, insisto, no es eso lo que esperamos de un abogado ni —me atrevo a sugerir— lo que la ética profesional exige. En este sentido, para entender el razonamiento de un abogado, nada mejor que la ingeniería inversa.

Los deberes del abogado frente a su cliente son el caso paradigmático para entender el modo de razonar antes descripto, pero desde ya que lo mismo se aplica a otros aspectos o perfiles de la labor profesional. Pensemos en el abogado militante o activista, quien defiende determinada causa por convicción moral o política, aunque no haya ningún cliente detrás. También en este caso, el mejor modo de entender el razonamiento interpretativo es de adelante hacia atrás, por más que no haya un deber profesional específico de defender determinada interpretación. En definitiva, ya sea que lo haga por deber profesional o por convicción moral o política, el abogado tratará a la interpretación de manera instrumental, como un medio para alcanzar la solución jurídica deseada.

## 5.2. Jueces

De los jueces, por supuesto, esperamos algo bien distinto, y la forma más sencilla de plantearlo es precisamente por oposición a lo que acabo de señalar respecto de los abogados. Un juez no debe razonar de adelante hacia atrás; no debe partir de la solución del caso, como el abogado, sino que debe llegar a ella tras haber analizado e interpretado de manera neutral las fuentes jurídicas relevantes.

La anterior conceptualización del rol del juez es intencionalmente vaga, ya que pretende dejar espacio en ella para distintas concepciones de lo que constituye una fuente jurídica relevante. En particular, por tratarse de una de las cuestiones más debatidas dentro de la filosofía del derecho, intento dejar a salvo posiciones permeables a contar a la moral o al razonamiento moral entre tales fuentes. Pero ello, no obstante, tal amplitud no debería incluir una concepción en la cual un juez

considera que una fuente resulta relevante por la sola razón de que ella avala la solución que se adecua a sus preferencias, sean estas morales o de otra índole.

En línea con lo anterior, un juez no estaría tratando de manera neutral a las fuentes jurídicas relevantes si, por ejemplo, seleccionase aquellos pasajes del debate legislativo que abonan su postura precisamente porque lo hacen; o si hiciese algo similar con fuentes jurisprudenciales o doctrinarias, o con otras normas del sistema legal que, potencialmente, podrían ser relevantes para sugerir una interpretación armónica. Ese juez estaría razonando como un abogado. Es posible que lo haga porque tiene un cliente detrás, alguien cuyos intereses desea proteger, y en ese caso se trataría, simplemente, de un juez corrupto o, al menos, permeable a algún tipo de presión impropia; pero también es posible que ello obedezca a que se trata de un juez que, como el abogado militante o activista, antepone determinada convicción y, dejándose guiar por ella, trata instrumentalmente al derecho. Cualquiera de los dos supuestos, insisto, implica un modelo inaceptable de juez; o, en todo caso, un modelo de juez que queda fuera del margen de amplitud que intencionalmente deseo dejar a salvo cuando me refiero al análisis neutral de las fuentes de derecho relevantes.

Veamos, entonces, qué es lo que queda del lado de adentro. En primer lugar, resulta distinguible del juez militante o activista aquel que encuentra que determinada concepción moral es de relevancia a la hora de dar un contenido más preciso a las cláusulas más abiertas de la Constitución, ya sea porque esa concepción era la que profesaban los constituyentes, o porque la Constitución contiene diferentes normas que reflejan esa concepción, o por alguna razón similar. Es decir, una cosa es que el juez piense, por ejemplo, que el liberalismo debe servir de guía a la hora de dar sentido al art. 19 porque los constituyentes de 1853 eran liberales, y otra muy distinta que, como el juez es liberal, busque de manera no neutral pasajes o fuentes que sugieran que los constituyentes eran liberales para justificar así la interpretación liberal del art. 19.

Se me dirá, no sin algo de razón, que la anterior distinción es imposible de realizar desde un punto de vista práctico, y que el juez que acabo de describir no es más que un juez militante que sabe disimular o que no sabe reconocer sus pulsiones inconscientes como tales e, ingenuamente, toma como objetivo o neutral lo que en realidad no lo es.

No puedo descartar que ello sea así. No obstante, creo en la utilidad conceptual de esta distinción, que es todo lo que necesito por el momento, pues ella me permite dejar a salvo al juez que introduce la moral en el razonamiento interpretativo de un modo potencialmente legítimo. Es verdad que, para que esto sea así, debería ser cierto, además, que el hecho de que los constituyentes fuesen liberales es jurídicamente relevante pues nos permite entender mejor su intención, o que el hecho de que existan otras normas de contenido claramente liberal que debe ser tenido en cuenta para darle contexto y coherencia al art. 19, o algo por el estilo. No pretendo dar por sentado que ese es el caso, pero creo que la posibilidad de que lo sea puede ser dejada a salvo. Llamaré al juez que razona de esta manera “originalista moral”.

Hay otro tipo de juez, sin embargo, que no es fácilmente encuadrable en el esquema hasta aquí propuesto, pues no parece ser reductible ni al juez activista o militante ni al juez originalista moral. Me refiero a Hércules, el juez dworkiniano. Hércules no elige determinada interpretación moral del derecho porque cree que los antecedentes históricos indican que esa interpretación hubiese sido la sostenida por los legisladores o constituyentes, como el juez originalista moral. Lo que Hércules hace es interpretar moralmente las cláusulas constitucionales que, por el modo en que han sido redactadas y los valores a los que apelan, le exigen —a su juicio— incursionar en ese campo<sup>(23)</sup>.

---

(23) Dworkin sostiene que, si Scalia fuese un auténtico originalista, debería suscribir la lectura moral del Derecho que Dworkin propicia, pues los constituyentes tenían la intención de que los conceptos morales abstractos incluidos en la Constitución fuesen interpretados, precisamente, de manera moral por las generaciones venideras, a la luz de sus propias convicciones. Véase, Ronald Dworkin, “Comment”, en *A Matter of Interpretation* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 1997), p. 115. El (hipotético) juez originalista moral sostiene algo distinto —de hecho, opuesto— a lo que plantea Dworkin: para aquel, determinada postura moral, la de los constituyentes (e.g. su visión liberal), debe ser usada como guía para interpretar la Constitución en la actualidad. Scalia, por su parte, sostiene que lo relevante para poner en contexto los conceptos morales vagos incluidos en la Constitución es su significado original, es decir, el modo en que se los entendía y el alcance que se les daba en la sociedad en la que los constituyentes estaban inmersos. Eso lo lleva a sostener, por ejemplo, que la pena de muerte no puede ser considerada un castigo cruel e inhumano a los fines de la octava enmienda. (Antonin Scalia, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, en *A Matter of Interpretation*, p. 3, y “Response”, *id.*, p. 144).

Por tentador que resulte, no debemos apresurarnos a confundir a Hércules con el juez militante o activista. Recordemos que este parte de una conclusión determinada por sus preferencias políticas, morales o de otra índole, para luego encontrar los fundamentos jurídicos que resulten instrumentales a esa conclusión. De hecho, en ese esquema la conclusión no es realmente tal, ya que no constituye la culminación de un análisis, sino que funciona como el punto de partida; tampoco son tales los fundamentos, ya que ellos no son la base sobre la que se asienta la decisión, sino los ropajes con los que se viste el razonamiento para llegar al resultado preferido. Muy diferente es el modo de razonar de Hércules, quien, parafraseando a su mentor, se toma en serio el razonamiento jurídico y trata a los fundamentos como fundamentos y a las conclusiones como conclusiones. En este sentido, Hércules no elige tal o cual interpretación instrumentalmente porque ella responde a *sus* preferencias morales, como el juez militante o activista, sino que lo hace porque entiende que se trata de la interpretación *jurídicamente correcta*. Que incluya al razonamiento moral como un insumo en el proceso de dar contenido a las normas sin dudas complejiza su tarea, y probablemente dé lugar a dificultades epistemológicas insalvables a la hora de distinguirlo del juez militante; pero, como dije, a los fines de esta discusión basta con dejar a salvo la posibilidad de una distinción conceptual entre uno y otro.

En consecuencia, podremos diferir acerca de qué constituye una “fuente jurídicamente relevante” en función de la teoría de interpretación del derecho que, explícita o implícitamente, tomemos como correcta, pero aun así será posible encontrar un terreno de acuerdo acerca de lo que significa analizar e interpretar de manera neutral y de buena fe tales fuentes. Cuanto menos, ese proceso no debería incluir el razonamiento “en reversa” que identifiqué como propio del abogado.

Debo insistir en algo, para no ser acusado de ingenuo o de utópico: no estoy diciendo que sea realista pensar que el juez podrá aislarse de sus convicciones y preferencias, porque ellas operan en niveles que solo son advertidos en parte o superficialmente por nuestra conciencia. El juez, en efecto, probablemente será mucho menos neutral de lo que se proponga ser, sin siquiera advertirlo. Pero el punto, precisamente, es cuán neutral debería proponerse ser; cuán neutral deberíamos exigirle, razonablemente, que sea; en qué medida criticaremos o elogiaremos

su falta de neutralidad, que abiertamente se proponga no ser neutral y que así lo declare públicamente o lo demuestre en sus sentencias<sup>(24)</sup>.

Por otra parte, cuando digo que debemos atender a la actitud del juez, cabe pensar que, en esa medida, su deber de neutralidad es una obligación de medios, no de resultados. Sin embargo, un juez que se propone concienzudamente ser neutral, pero que no lo logra, tampoco es un buen juez. Para serlo, además de la vocación de neutralidad, debe contarse con cierta capacidad mínima de alcanzar ese cometido. Esta consideración permite que sea posible evaluar a un juez con relativa independencia de la dificultad epistemológica de indagar en sus estados mentales. En efecto, tal vez en muchos casos no sea posible discernir si un juez ha llegado a una decisión jurídicamente injustificable porque (a) se propuso no ser neutral o (b) se propuso ser neutral, pero no lo logró en grado suficiente; pero esa dificultad no impedirá que concluyamos que ese juez no cumplió con su deber<sup>(25)</sup>.

En definitiva, podemos advertir un claro contraste entre lo que cabe esperar del abogado y del juez en lo que a la interpretación del derecho se refiere. Con esta base, pasemos a los juristas.

### 5.3. Juristas

La diferencia entre Farrell y Nino en torno al art. 19 no es moral: ambos están de acuerdo en que el mejor art. 19 sería un art. 19 totalmente alineado con la filosofía liberal. En lo que difieren, en todo caso, es en la actitud que, en tanto juristas, asumen frente a la interpretación de esa norma<sup>(26)</sup>.

(24) No puedo dejar de recordar, en este sentido, una oportunidad en la que un juez declaró públicamente en una conferencia que se consideraba “un juez progresista”, y explicó que ese progresismo teñía sus decisiones. No estoy muy seguro acerca de qué quiso decir exactamente, pero no parece sencillo compatibilizar esa actitud con la vocación de neutralidad que esperamos de un juez.

(25) Aunque muchas veces neutral e imparcial funcionan como sinónimos, tal vez valga la pena realizar alguna aclaración conceptual. Entiendo que el juez parcial es un tipo de juez no neutral: aquel que busca favorecer a una de las partes. Por eso, un juez puede ser imparcial, en el sentido de que no tiene preferencia por una parte en sí misma, pero así y todo no cumplir su deber de neutralidad, por el modo en que analiza e interpreta las fuentes de derecho. Soy consciente de que la anterior no es la única conceptualización posible.

(26) Podría decirse, con razón, que esa diferencia, en última instancia, también puede ser moral, pero cabe distinguir entre las preferencias morales sobre la cues-

Los deberes profesionales de abogados y jueces están determinados por leyes, códigos de ética y jurisprudencia de distintos órganos disciplinarios. Nada de eso ocurre en el caso de los juristas y, por ende, la pregunta acerca de su rol no se refiere a sus deberes legales. Sin embargo, en tanto integrantes de una disciplina académica, los juristas se ven influidos por un conjunto de reglas informales y prácticas que moldean las expectativas de sus pares y, en general, de la comunidad de la que forman parte.

Sin embargo, cabe hacer una aclaración. “Jurista” es un término muy amplio<sup>(27)</sup>. A los fines de la presente discusión, estoy pensando en el *jurista normativo*, esto es, el jurista que, como Farrell y Nino, postula determinada solución para un problema legal —en nuestro ejemplo, cuál es el alcance del art. 19—. En este sentido acotado, el jurista desempeña un papel singular, que no resulta fácilmente subsumible en la lógica propia de otras disciplinas o subdisciplinas académicas. Así, por ejemplo, al historiador del derecho lo podemos juzgar con el mismo lente que al historiador en general, aplicándole los estándares propios de la historiografía. De modo similar, al jurista que se dedica a la sociología del derecho lo mediremos con la vara de las ciencias sociales, y al que profesa el análisis económico del derecho, con la de la economía.

El jurista normativo, que es el que me interesa, obedece a una lógica diferente a todas las anteriores. Un primer rasgo sobresaliente es que lo que hace este jurista no es ciencia en ningún sentido relevante. Es verdad que el jurista normativo puede apoyarse en disciplinas particulares que sí son científicas o que se rigen por estándares académicos más precisos; por ejemplo, si cree que para dar sentido al art. 19 debemos entenderlo en su contexto histórico o debemos conocer las opiniones de los constituyentes, deberá desempeñar el rol propio del historiador. Pero ese rol no es el decisivo en el caso del jurista normativo: si él postula que el mejor modo de dar sentido al art. 19 es observar su historia, los argumentos que ofrece para ello no son históricos, sino, justamente, normativos. Es eso lo que hace Antonin Scalia, por ejemplo, cuando defiende —*qua* jurista— una interpretación originalista de la Constitución. Claro está, hay un aspecto de su argumento

---

tión de fondo (cuál debería ser el alcance del derecho a la autonomía) y aquellas sobre cómo interpretar una norma jurídica en general.

(27) Probablemente, también resulte algo arcaico y pomposo, pero no encuentro otro mejor.

que deberá ser evaluado según los cánones de la historiografía; pero, insisto, un jurista normativo podría, potencialmente, defender con éxito su visión originalista del derecho, aunque luego falle su lectura histórica en un caso concreto. Como el anterior ejemplo revela, es relativamente claro el estándar para evaluar si un historiador del derecho está desempeñando adecuadamente su tarea, pero es mucho menos claro qué cabe esperar de un jurista normativo.

¿Qué determina que un jurista sea un buen jurista? En otra época, probablemente se habría pensado que el jurista modelo era un erudito del Derecho, alguien que recordaba de memoria una cantidad importante de normas, jurisprudencia y doctrina. Aunque esa visión aún goza de alguna aceptación, ella es muy difícil de sostener en tiempos en los cuales basta un teléfono para acceder velozmente a más información de la que cualquier jurista podría retener en su cabeza. Más aún, esta habilidad difícilmente valga para destacar a un jurista normativo, pues si de lo que se trata es de proponer determinada solución legal —el alcance del art. 19, en el caso que estuvimos analizando— no bastará con citar diversas fuentes, sino que habrá que ofrecer criterios para priorizar algunas sobre otras. En este sentido, el jurista normativo se mueve en el reino de los casos polémicos o difíciles, frente a los cuales la acumulación de información es una virtud meramente subsidiaria. Para ser un buen jurista, conocer el Derecho es una condición necesaria (y cada vez menos necesaria), pero de modo alguno suficiente.

Pero si no es la memoria, ¿qué es lo que hace de un jurista normativo un buen jurista normativo? Algo más diré sobre este punto más adelante, pero por el momento me quiero detener en lo siguiente: como la anterior discusión sugiere, en alguna medida, nuestra evaluación de los méritos del jurista normativo dependerá de la calidad de las razones normativas que brinda en apoyo de su conclusión. Ahora bien, como ocurría en el caso del juez, para evaluar la calidad (o la bondad) de una razón normativa, deberemos apoyarnos en una teoría acerca de qué vale como razón normativa para propiciar tal o cual interpretación; en otras palabras, es imposible determinar si un jurista normativo es bueno o malo sin una teoría detrás que nos diga qué tipo de razones deberían contar. Nuevamente, para determinar si Scalia es un buen jurista normativo, debemos primero decidir si el originalismo es la teoría correcta de interpretación constitucional. Para quienes crean, como yo, que esta decisión dependerá en alguna medida de consideraciones



no objetivables, resultará claro que la evaluación que hagamos del jurista con frecuencia estará teñida de manera decisiva por elementos subjetivos. Vale aclarar que no pretendo con esto que la evaluación sea puramente subjetiva: siempre existirán elementos objetivos a tener en cuenta, como por ejemplo aquellos que dependan de consideraciones fácticas o que hagan referencia a la corrección lógica de los razonamientos del jurista; pero el punto es que, en general, tales consideraciones no bastarán para resolver las disputas interpretativas en las que un jurista normativo pretende intervenir.

Existe una manera alternativa, mucho menos demandante desde el punto de vista teórico, de determinar los méritos de un jurista normativo: el "exitismo"; esto es, prestar atención a cuán efectivo es un jurista a la hora de persuadir a otros de que su razonamiento es correcto. Más aún, dentro de este enfoque se podría atender a cierta audiencia en particular, típicamente los jueces, para determinar el éxito del jurista; así, el hecho de que un jurista sea citado en apoyo de una decisión judicial sería una prueba determinante de su influencia y, por ende, de su valía.

Esta alternativa, sin embargo, solo abarca una dimensión de la evaluación, y ciertamente no la más relevante. Que un juez suscriba la visión de un jurista normativo da cuenta de su influencia, pero no de su corrección. Si la razón por la cual un juez se apoya en un jurista normativo es que ese juez comparte con ese jurista una visión normativa particular, para quien no comparta esa visión, este antecedente difícilmente resulte una evidencia de la calidad del jurista: será, antes bien, precisamente lo contrario.

La anterior discusión acerca de la influencia de los juristas normativos sobre los jueces nos obliga a hacernos una pregunta más básica: ¿es el rol primario del jurista normativo influir en las decisiones judiciales, es decir, dar argumentos para que el juez decida de determinada manera? En otras palabras, ¿deberíamos asimilar el rol del jurista al del abogado? ¿O, por el contrario, su rol se acerca más al del juez?

Al jurista-abogado lo podríamos concebir en más de un sentido. Por un lado, podría tratarse de un abogado en el más llano de los sentidos: al servicio de su cliente, procura avanzar su causa por distintos medios, entre los que se cuentan obviamente los escritos judiciales, pero también los académicos. Para seguir con nuestro ejemplo, supongamos que

un abogado cuyo cliente está siendo perseguido por tenencia de droga refuerza su estrategia judicial con artículos de doctrina que sostienen que el art. 19 veda tal persecución. Es posible que el jurista actúe así no con un cliente en particular en mente, sino pensando en una clase de clientes cuyos intereses este abogado habitualmente defiende. Piénsese, por ejemplo, en un abogado especializado en defender a consumidores de droga, o en el abogado laboralista que suele defender a la “parte actora” o a la “parte demandada” en juicios laborales, y que desde su cátedra respalda posiciones afines a la parte que habitualmente defiende. Es interesante que esta dinámica muy probablemente tome la forma de un círculo vicioso: el doctrinario que escribe a favor de determinada clase de cliente difícilmente sea contratado, luego, por la clase opuesta, lo cual tenderá a encasillarlo cada vez más, tanto desde lo profesional como desde lo doctrinario, como abogado de tal o cual clase.

Por el otro lado, encontramos al jurista que se propone valerse de su rol para brindar argumentos doctrinarios que respalden una posición acorde con sus preferencias morales. Este jurista también razona como un abogado, en el sentido de que busca los mejores argumentos para promover su causa, pero ella no depende de quién contrata sus servicios, sino de sus preferencias morales. Ahora bien, justamente porque razona como abogado, este jurista usará todos los argumentos que considere efectivos, y, por ende, seleccionará las fuentes normativas de manera no neutral: tomará los antecedentes parlamentarios, jurisprudenciales y doctrinarios que respalden su posición, y cuidadosamente procurará dejar de lado o distinguir aquellos que no lo hacen. Partirá de la solución legal más cercana a sus preferencias morales, y a partir de allí razonará de manera inversa, de adelante para atrás, buscando los mejores argumentos jurídicos para llegar a ella.

Contrastemos a este jurista, ahora, con el que concibe su rol bajo el prisma del juez. Recordemos que lo que resulta distintivo del rol del juez es que toma su decisión tras haber analizado e interpretado de manera neutral las fuentes normativas relevantes; que su decisión es la conclusión, y no el punto de partida, de su razonamiento legal. Para el jurista-juez, su tarea es conceptualmente comparable a la judicial, aunque obviamente las consecuencias reales de sus razonamientos sean muy diferentes a las de una sentencia. Este jurista se esforzará por dejar de lado sus prejuicios y preferencias y llegar a la decisión más

neutral posible a la luz de las fuentes de derecho relevantes. Brindará argumentos en favor de posturas con las que no simpatiza desde el punto de vista moral, pero que le parecen inescapables desde el punto de vista jurídico. Como en el caso del juez, el punto no es que este cometido sea factible en esos términos, sino que esa es la vocación o actitud que cabe esperar de él. Y, como dije antes, su desempeño exitoso dependerá no solo de esa vocación o actitud, sino también de su *capacidad* de alcanzar ese cometido.

Planteé hasta aquí dos tipos ideales de juristas normativos, el jurista-abogado y el jurista-juez. En realidad, resulta más atinado ubicar a los distintos juristas normativos a lo largo de un continuo, con los dos tipos ideales en cada extremo. Con este marco en mente, me atrevo a formular la siguiente hipótesis: no es esperable que un jurista sea totalmente asimilable a un juez, es decir, que sea alguien que se pone a escribir de un tema proponiéndose ser absolutamente neutral, ciego a su preferencia moral por una solución u otra; pero, en la medida en que lo concebimos como parte de una práctica académica, tampoco es esperable que sea totalmente asimilable al jurista-abogado, aquel que manipula de manera intencional las fuentes seleccionando algunas en desmedro de otras, no porque eso resulta de lo que ese jurista considera la mejor teoría interpretativa, sino porque favorece, en el caso concreto, a su cliente, a su concepción moral preferida o a alguna combinación de ambas. Bajo esta hipótesis, el jurista normativo, en tanto integrante de una práctica académica, debe exhibir cierto grado de neutralidad frente a su objeto de estudio. Ese umbral básico no será superado por el jurista cuya concepción de su rol resulte demasiado cercana al abogado.

No se sigue de lo anterior que la calidad del jurista normativo dependa de cuán cerca se encuentra del tipo ideal de jurista-juez; su excelencia dependerá de virtudes tales como la originalidad, la solvencia teórica, la contundencia y elegancia de sus argumentos, la calidad de su expresión, etc. Más aún, dado el terreno en el que nos movemos, parece inevitable que nuestra evaluación de un jurista esté teñida por nuestra opinión sobre los méritos de las teorías normativas en las que sustenta su postura y la solución concreta que propone.

Finalmente, es improbable que un jurista se posicione siempre en el mismo lugar del continuo juez-abogado con independencia de la cuestión de fondo que está analizando. En tal sentido, cabe conjeturar

que, cuanto más intensa es su preferencia por determinada solución, mayor será su inclinación, consciente o inconsciente, a acercarse al rol de abogado. Lo mismo, por su puesto, cabe esperar del juez, aunque a este debemos exigirle una mayor vocación y capacidad para refrenar esa inclinación.

Dicho esto, volvamos al caso que nos ocupa y, en particular, a la actitud que Farrell y Nino adoptan frente a él.

## 6. DOS JURISTAS EN UNA ENCRUCIJADA

A la hora de explicar por qué Farrell y Nino interpretan el art. 19 de maneras tan disímiles a pesar de que ambos profesan idéntico compromiso moral con el liberalismo, seguramente debemos tener en cuenta que uno y otro se apoyan en distintas teorías acerca del rol de la moral como fuente de derecho. En efecto, y aunque en ambos casos existen matices, Nino se acerca a la visión de Dworkin<sup>(28)</sup>, y Farrell, al positivismo<sup>(29)</sup>.

No dudo de que esto explica en alguna medida la diferencia interpretativa advertida, pero quiero proponer una explicación complementaria: más allá de sus diferentes concepciones de filosofía del derecho, Nino y Farrell representan, al menos en el caso analizado, distintos modos de entender al jurista normativo. Bajo esta hipótesis, Nino estaría más cerca del jurista-abogado, y Farrell, en especial en su versión Mr. Hyde, del jurista-juez.

En este sentido, recordemos que Nino plantea que, más allá de sus antecedentes, el art. 19 constituye una “magnífica oportunidad” para encontrar base constitucional a los principios liberales, y claramente

---

(28) Nino tiene una clara afinidad con Dworkin. Véase, Carlos S. Nino, “La Constitución como convención”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 6 (1990), pp. 189-217. Entre muchos puntos de contacto, cabe notar que la metáfora de la catedral que Nino usa para referirse a la tarea de interpretar el derecho es muy similar a la de la novela en cadena ofrecida por Dworkin. Sin embargo, en el caso concreto de la interpretación del art. 19, la discusión sobre los antecedentes de la Constitución y el liberalismo de los constituyentes lo podría emparentar con lo que más arriba describí como originalismo moral.

(29) Véase, Martín Farrell, “Positivismo jurídico: Dejen que herede Palmer”, *Leciones y Ensayos*, n° 93 (2014), pp. 63-84.

orienta su fundamentación en esa dirección. Al plantearlo de esta manera, Nino estaría mostrando que, en realidad, lo determinante en su lectura del art. 19 es su intención de no dejar pasar la oportunidad de anclar en él los principios morales que cree correctos. Por eso, la secuencia de su razonamiento *no es* la siguiente: (a) existen razones normativas para tomar en consideración los antecedentes del art. 19 a la hora de interpretarlo; (b) esos antecedentes muestran un compromiso con el liberalismo; entonces (c) debemos interpretar al art. 19 en clave liberal. Más bien, parecería partir de la premisa: (a) el liberalismo es la posición filosófica correcta..., y el resto del razonamiento se ordena en función de esta premisa. Si esto es así, como dije, Nino se estaría acercando aquí al modo de razonar del jurista-abogado.

Farrell es más ambiguo al respecto. En el primero de los artículos comentados, comienza por caracterizar la lectura de Spolansky como poco plausible por hacerle decir al art. 19 varias veces lo mismo con distintos conceptos, pero alega luego que la objeción decisiva es que esa lectura es incompatible con la filosofía moral liberal. No obstante, no propone una interpretación totalmente alineada con lo que él considera la mejor teoría de filosofía moral, sino que busca un espacio de intersección entre esta teoría y la lectura del art. 19 que encuentra textualmente plausible. Es decir que Farrell reconoce en el texto una fuente de normatividad *pro tanto* que es independiente de la corrección moral de su contenido.

En el segundo de los textos analizados, Farrell nos muestra con más claridad que se encuentra tironeado por dos polos en tensión: por un lado, sus convicciones de filosofía moral y, por el otro, sus convicciones sobre teorías de interpretación del derecho. Su particular modo de resolver esta tensión es recurrir a la voz de un traicionero Mr. Hyde, que nos ofrece argumentos que dejan al liberalismo con un pobre sustento jurídico. Este resultado, si bien no le agrada, parece resultarle ineludible —ahora— a la luz de su concepción de lo que cabe esperar de un jurista normativo.

Alguna vez le oí decir a Farrell que un juez que nunca adopta una decisión que no le gusta no puede ser un buen juez. En el caso que nos ocupa, Farrell nos deja entrever que, a su juicio, esta consideración no le resulta totalmente ajena al jurista normativo; es eso, precisamente,

lo que acerca a Mr. Hyde —y, por interpósita persona, al Dr. Farrell— al jurista-juez.

\* \* \*

La incomodidad que creo adivinar en Farrell probablemente sea inherente al rol del jurista normativo, quien con frecuencia se encontrará en el medio de un conflicto, consciente o inconsciente, entre sus convicciones morales sobre el fondo de la cuestión y aquellas referidas a los modos de determinar el contenido del derecho. Este conflicto se ve mediado por la concepción que ese jurista tiene de su rol *qua* integrante de la peculiar práctica académica en la que se encuentra involucrado.

Si esto es así, no deja de ser interesante que dos juristas normativos de la talla de Carlos Nino y Martín Farrell entiendan esa práctica de formas tan diferentes. Acaso esto nos sugiera que se trata de una disciplina académica con reglas aún inmaduras o demasiado porosas; o, tal vez, que el influjo de las consecuencias normativas, siempre al acecho en esta práctica, sea demasiado potente y desplace a un plano secundario a otro tipo de consideraciones. Sea como fuere, la magnitud de las implicancias morales, políticas e institucionales de esta disciplina sugiere que ella merece una reflexión más intensa. Espero que estas páginas contribuyan a ese proyecto, y quién mejor que Martín Farrell para iluminarnos en esa tarea.

# ARRIOLA, DR. FARRELL Y MR. HYDE. EL ART. 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y DOS LECTURAS DEL PRINCIPIO DEL DAÑO

*Ezequiel Malarino*<sup>(1)</sup>

1. En 2012, Martín Farrell publicó su formidable libro *Entre el derecho y la moral* que, entre varios interesantes trabajos, contiene un breve y lúcido artículo sobre la constitucionalidad de la tenencia de drogas para consumo personal y, en particular, sobre el caso *Arriola* de la Corte Suprema de Justicia<sup>(2)</sup>. En ese trabajo, Farrell manifestó que coincidía con la decisión de la Corte en *Arriola* y se alegraba de que ella hubiese cambiado su jurisprudencia sobre el tema en el sentido en que lo hizo. Sin embargo, al mismo tiempo advertía que hay buenas razones para criticar esa decisión y, a pesar de su posición favorable al fallo, se propuso mostrar lo que los adversarios de *Arriola* podrían haber dicho en su contra. Como dijo el homenajeador, el “Dr. Farrell está de acuerdo con la decisión de la Corte, pero (ese) capítulo lo escribió Mr. Hyde”<sup>(3)</sup>.

Me encuentro en una situación análoga a la de Farrell. Comparto, en cierto sentido, la decisión *Arriola*, pero este trabajo lo escribe Mr. Hyde. Por un lado, al igual que Farrell, comparto la filosofía política liberal que subyace al fallo. Estoy de acuerdo, en efecto, en que una sociedad solo está legitimada para interferir con pena en el ámbito de libertad de las personas cuando, con ello, se evitarían daños a terceros<sup>(4)</sup>. También

---

(1) Agradezco a Estefanía Peticaro (Universida de San Andrés) por su ayuda en las tareas de edición del trabajo.

(2) CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, 25/08/2009, *Fallos*, 332:1963.

(3) Martín Farrell, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”, en *Entre el derecho y la moral. Preguntas con respuestas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), p. 113.

(4) Como veremos más adelante, no es seguro que la Corte haya adoptado un principio del daño orientado a la prevención, tal como el que recién he enunciado en

coincido en cuanto a que toda persona adulta y capaz es soberana para tomar decisiones sobre su plan de vida y que, por lo tanto, no debería ser misión del derecho penal prevenir los daños que esa persona pueda causarse exclusivamente a sí misma. Comparto, asimismo, con la Corte que la mera inmoralidad de una conducta no es una razón para su criminalización. En fin, me habría gustado que nuestra Constitución fuese tan liberal como la Corte dice que es. Pero nuestra Constitución, de hecho, no es tan liberal como la Corte, Farrell y yo queremos que sea. Por otro lado, también estoy de acuerdo con la idea que tiene la Corte acerca de cómo debería ser una política de drogas; en particular, que tal política debería articular respuestas diferenciadas para la oferta y la demanda de drogas, reservando la criminalización principalmente para la primera y ofreciendo medidas alternativas (tratamientos, etc.) para la segunda. Pero creo que la elección de la mejor política penal no es un asunto que compete prioritariamente a un tribunal de justicia, sino al parlamento. En conclusión, aunque simpatizo con su ideología liberal, no comparto el fallo desde un punto de vista constitucional.

El Mr. Hyde del Dr. Farrell expuso varios problemas de la argumentación de la Corte y, en particular, mostró, luego de un análisis de la génesis del art. 19 de la Constitución Nacional, que su texto, tal como finalmente quedó redactado, “no puede justificar *Arriola*”<sup>(5)</sup>. Comparto

---

el texto; por lo tanto, mi acuerdo con ella depende de que efectivamente haya querido defender esta versión del principio del daño. Por lo demás, el alcance exacto de tal principio depende, en definitiva, de qué se entiende por daño, una cuestión ampliamente discutida en la literatura filosófica de la que no puedo ocuparme aquí. Ver, entre otros, John C. Rees, “A Re-Reading of Mill on Liberty”, *Political Studies*, vol. 8, n° 2 (1960), pp. 113-129; Herbert L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (Oxford: Oxford University Press, 1963); John Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, vol. 1 (Oxford: Oxford University Press, 1984); Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986), Joseph Raz, “Autonomy, Toleration and the Harm Principle”, en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart* (Oxford: Clarendon Press, 1986), pp. 313-333; David Dyzenhaus, “John Stuart Mill and the Harm of Pornography”, *Ethics*, vol. 102, n° 3 (1992), pp. 534-551; Piers Norris Turner, “Harm” and Mill’s Harm Principle”, *Ethics*, vol. 124, n° 2 (2014), pp. 299-326; Ben Saunders, “Reformulating Mill’s Harm Principle”, *Mind*, vol. 125, n° 500 (2016), pp. 1005-1032; John Stanton-Ife, “The Limits of Law”, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2022), <https://plato.stanford.edu/entries/law-limits>.

(5) Farrell, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”, p. 122. Básicamente, la interpretación de la Corte desconoce que, nos guste o no, el texto del art. 19 de la Constitución Nacional menciona a la “moral pública” como un criterio para interferir en la conducta individual.



plenamente sus argumentos, pero en este trabajo voy a dejarlos a un lado y hacer *como si* la lectura liberal que la Corte dio al art. 19 fuese una interpretación correcta, o al menos plausible, de su texto. Lo que me propongo es evaluar si la conclusión a la que llegó la Corte es defendible incluso si aceptamos que, de acuerdo con nuestra Constitución, solo es posible restringir el ámbito de libertad de las personas cuando su conducta pueda perjudicar a terceros. Adelanto mi conclusión: los argumentos de la Corte no pueden justificar su decisión (incluso si aceptamos como correcta su lectura liberal de la Constitución). La Corte no ofreció argumentaciones sólidas y basadas en evidencia que demuestren la irrazonabilidad de la penalización de la tenencia de drogas para consumo personal y, por lo tanto, permitan fundar una decisión de inconstitucionalidad.

2. En *Arriola* la Corte afirmó que el Congreso sobrepasó las facultades que le otorga la Constitución en tanto criminalizó conductas que no afectan a un tercero (consid. 31, voto que encabeza el fallo) y, por tal motivo, declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737. Al sostener que solamente las acciones que perjudican a un tercero pueden ser asunto de la autoridad, la Corte ve en el art. 19 el reconocimiento del principio milliano de que “el daño a terceros es el límite de la moral”<sup>(6)</sup>. Concebido de este modo, el perjuicio a terceros es entendido como una condición necesaria de la criminalización<sup>(7)</sup>. Por supuesto, que la existencia de un perjuicio a terceros sea una condición necesaria para que la autoridad pueda legítimamente criminalizar la conducta del individuo no significa que siempre que una conducta pueda generar este perjuicio el parlamento esté obligado a criminalizarla<sup>(8)</sup>. Lo que significa es que el parlamento no podrá justificar la restricción de la libertad si no puede conectar de una manera adecuada la conducta objeto de criminalización con un perjuicio a terceros. Según esta lectura liberal, el principio del daño está incorporado en el art. 19

---

(6) *Ibid.*, p. 114.

(7) Aunque aquí me referiré a la criminalización de comportamientos, el art. 19 de la Constitución Nacional regula las condiciones de cualquier *interferencia* estatal en la conducta individual.

(8) “Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente los intereses de otra, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y la cuestión de si el interés general será o no promovido interfiriéndola, se abre a discusión.” John S. Mill, *On Liberty*, 2da. ed. (London: John W. Parker and Son, 1859), p. 135.

de la Constitución como un principio negativo que establece cuándo el Estado no tiene facultades para interferir.

Ahora bien, para poder evaluar si la inconstitucionalidad declarada en *Arriola* está justificada es necesario analizar las razones que ofreció la Corte para sostener que la tenencia de drogas para consumo personal, salvo casos excepcionales, no perjudica a terceros. Estas razones deberían demostrar que la decisión legislativa de penalizar la tenencia para consumo es irrazonable. Para ello, es necesario preguntarse, ante todo, qué significa el requisito del perjuicio a terceros del art. 19 de la Constitución y qué entiende la Corte que ese requisito significa.

**3.** Empecemos por esto último. Para la Corte, la exigencia constitucional de un perjuicio a terceros significa que la conducta objeto de criminalización debe necesariamente dañar o poner en peligro concreto a terceros. En efecto, la Corte sostuvo que el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 es inconstitucional “en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (consid. 36, voto que encabeza el fallo)<sup>(9)</sup>. Un mero peligro abstracto, un mero riesgo estadístico, por el contrario, sería insuficiente para permitir una interferencia estatal.

El razonamiento de la Corte podría sintetizarse del siguiente modo: (a) una conducta que no perjudica a terceros está amparada por el art. 19 de la Constitución Nacional y, por lo tanto, su criminalización es contraria a la Constitución; (b) una conducta perjudica a terceros (solo) cuando daña o crea un peligro concreto de daño para un tercero; (c) el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 penaliza conductas que, realizadas bajo ciertas condiciones, no dañan ni crean un peligro concreto para un tercero y, por lo tanto, en esa medida es inconstitucional.

Como he anticipado, haré *como si* la premisa mayor fuese correcta y concentraré la atención en el resto del argumento. Como se advierte, la Corte supedita la constitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 a la comprobación de una lesión o riesgo concreto de lesión a un bien jurídico. Con esto, ella transforma un delito de peligro

---

(9) Referencias similares de la exigencia de, al menos, un peligro concreto se encuentra en otras partes del fallo, cfr. consids. 10, 18 y 19 del voto del juez Lorenzetti; consid. 10 del voto del juez Zaffaroni y consid. 12 y 13 del voto de la jueza Argibay.

abstracto en un delito de peligro concreto. Si esta exigencia de materialización del delito de peligro abstracto es correcta depende, entre otras cosas, de si la Constitución veda al poder legislativo criminalizar conductas a través de delitos de peligro abstracto<sup>(10)</sup>. Nótese que, si esta restricción existe, ella es válida para todos los casos de delitos de peligro abstracto y no solamente para el delito de tenencia de drogas para consumo personal, porque, en definitiva, ella se basa en la premisa general de que una norma cuya infracción no requiere que el juez compruebe (al menos) la existencia de un peligro concreto a un tercero, es inconstitucional. Por eso, si esa interpretación es correcta, tipos penales tales como la tenencia de material pornográfico con representaciones de menores de edad (art. 128, segundo párrafo, CP), la tenencia de armas de fuego de uso civil sin la debida autorización (art. 189 bis, segundo apartado, primer párrafo, CP) o bien la tenencia de materiales radiactivos, sustancias nucleares o aparatos capaces de liberar energía nuclear (art. 189 bis, primer apartado, tercer párrafo, CP), por solo citar algunos ejemplos, serían inconstitucionales. Si, en cambio, la exigencia de materialización no puede derivarse de la Constitución, entonces hay un punto fuerte en contra de la decisión de la Corte.

La pregunta que hay que responder es, entonces, si la Corte está en lo correcto cuando dice que el art. 19 de la Constitución Nacional, a través del requisito del perjuicio a terceros, requiere *necesariamente* un daño a un tercero o un peligro concreto de daño a un tercero para autorizar la criminalización de comportamientos y, en general, la interferencia en la libertad de acción del individuo.

4. El art. 19 de la Constitución, a través del requisito del perjuicio a terceros, incorpora alguna versión del principio del daño. La formulación tradicional, y canónica, del principio del daño es la acuñada por John Stuart Mill en *On Liberty*:

---

(10) Aun cuando fuese correcta la interpretación del requisito del perjuicio a terceros del art. 19 de la Constitución en el sentido de requerir al menos un peligro concreto para la criminalización de un comportamiento, ello no significaría que la materialización del bien jurídico por vía jurisprudencial lo fuese. Al exigir un peligro concreto la Corte transforma las condiciones de ilicitud del delito de tenencia de drogas para consumo personal y, por lo tanto, crea, jurisprudencialmente, un delito más grave. Alejandro Kiss, *El delito de peligro abstracto* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011). Para no entrometerse con funciones legislativas, la Corte debería haberse limitado a declarar la inconstitucionalidad, dejando al parlamento la decisión sobre la conveniencia de criminalizar esa conducta como delito de peligro concreto.

el único propósito por el cual el poder puede ser ejercido legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir el daño a otros <sup>(11)</sup>.

Más modernamente, Joel Feinberg dio a este principio una formulación parcialmente diferente:

Es siempre una buena razón a favor de una legislación penal que ella sea efectiva para prevenir (eliminar, reducir) daño a personas distintas del autor..., y que no haya otro medio que sea igualmente efectivo sin un costo mayor para otros valores <sup>(12)</sup>.

Más allá de importantes diferencias <sup>(13)</sup>, ambas formulaciones comparten una idea central: el principio está orientado a prevenir daños. Decir que el principio del daño está orientado a prevenir daños puede parecer una afirmación obvia, vacía. Sin embargo, aunque esta formulación es ampliamente mayoritaria, es posible poner el foco simplemente en la conducta dañina en lugar de hacerlo en el daño que puede prevenirse a través de la criminalización de la conducta <sup>(14)</sup>. Así, por ejemplo, Ashworth define el principio del daño de un modo que no presupone una fundamentación preventiva <sup>(15)</sup>:

El Estado está justificado en criminalizar toda conducta que cause daño a otros o cree un inaceptable riesgo de daño a otros <sup>(16)</sup>.

(11) Mill, *On Liberty*, p. 22.

(12) Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, p. 26.

(13) Básicamente, Mill se refiere al uso de la *coerción estatal* en general mientras que Feinberg se limita a la *criminalización* de comportamientos; además, Mill sostiene que el principio del daño es la *única razón* para interferir en la libertad de los ciudadanos mientras que Feinberg cree que es una *buena razón* (aunque puede haber otras) para criminalizar comportamientos.

(14) Ver, John Gardner y Stephen Shute, "The Wrongness of Rape", en J. Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series* (Oxford: Clarendon Press, 2000), pp. 193-217; Victor Tadros, "Harm, Sovereignty, and prohibition", *Legal Theory*, vol. 17, n° 1 (2011), pp. 35-65; R. Antony Duff y Sandra Marshall, "Abstract Endangerment, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalization", *Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice*, vol. 3, n° 2 (2015), pp. 132-161.

(15) Simester y von Hirsch proponen una formulación similar: "el Estado está justificado en intervenir coercitivamente para regular la conducta solo cuando aquella conducta cause daño o cree un riesgo de daño a otros" (Andrew P. Simester y Andreas von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation* (Oxford: Hart Publishing, 2011), p. 35.

(16) Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 27.

Aunque esta definición no excluye una fundamentación preventiva (ciertamente, criminalizar conductas que causan daño o crean un riesgo inaceptable de daño a terceros puede ser una manera efectiva de prevenir este tipo de daño), también permite una fundamentación no instrumental. Según este punto de vista, tales comportamientos deberían ser criminalizados, porque son *en sí mismos* censurables. De otro modo, conductas que dañan a terceros o ponen a un tercero frente a un riesgo (inaceptable) de daño son *inmorales* precisamente porque afectan a otro y, por lo tanto, *merecen* ser penadas, independientemente de que a través de ellas se eviten daños a terceros<sup>(17)</sup>.

Habría, entonces, dos versiones del principio del daño, que podríamos denominar como Principio de Prevención del Daño y Principio de la Inmoralidad del Daño. De acuerdo con el primero, tenemos buenas razones para criminalizar una conducta si haciendo eso evitamos daños a terceros; según el segundo, en cambio, tenemos buenas razones para criminalizar una conducta si esa conducta daña a terceros o pone a un tercero en un riesgo inaceptable de daño (porque dañar a terceros o poner a un tercero frente a un riesgo inaceptable de daño es inmoral)<sup>(18)</sup>. Estos principios no coinciden completamente con las formula-

---

(17) En sentido similar, Duff y Marshall dicen: “no necesitamos pensar que la razón para criminalizar una conducta dañina es prevenir el daño que causa; por el contrario, podríamos sostener que la razón primaria para criminalizar tal conducta es que ella constituye una clase de falta moral que debe ser censurada por el derecho penal” (Duff y Marshall “Abstract Endangerment, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalization”, p. 136). Para este punto de vista, la inmoralidad y el daño son dos condiciones necesarias de la criminalización; pero entre estas condiciones debe existir una conexión. La razón para criminalizar una conducta es que ella *es inmoral porque daña a un tercero* (o crea un riesgo directo de daño para un tercero) (Patrick Tomlin, “Retributivists! The Harm Principle Is Not for You!”, *Ethics*, vol. 124, nº 2 [2014], p. 280).

(18) En la literatura contemporánea se han distinguido muchas otras versiones del principio del daño. Tomlin (*ibid.*), por ejemplo, distingue cuatro principios del daño, dos de los cuales (que él llama Principio del Daño de Mill y Principio de la Inmoralidad Dañina) son similares a los recién mencionados y Edwards, luego de distinguir cuatro versiones básicas, ha llegado a identificar veinticuatro principios diferentes (James Edwards, “Harm Principles”, *Legal Theory*, 20, nº 4 [2014], pp. 253-285). La proliferación de versiones del principio del daño discutidas en los últimos años ha llevado a Duff y Marshall a decir que hoy existe una verdadera “epidemia” de principios del daño (Duff y Marshall “Abstract Endangerment, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalization”, p. 136). Estos autores distinguen dos principios del daño en términos análogos a los referidos en el texto (*ibid.*, p. 135). También Tadros identifica dos versiones similares de este principio, aunque los enuncia negativamente (Tadros, “Harm, Sovereignty, and prohibition”). Los primeros en identificar

ciones antes expresadas. Las formulaciones de Mill o Feinberg presuponen una justificación preventiva; la formulación de Ashworth, en cambio, puede fundamentarse tanto en la prevención del daño como en la inmoralidad de la conducta dañina.

Ambas versiones del principio del daño fueron recién expresadas como principios positivos que dan razones para la criminalización; ellas también pueden ser expresadas como principios negativos que imponen límites o restricciones a la criminalización. Como principios negativos, tal como la Constitución y la Corte entienden al principio del daño, podrían enunciarse del siguiente modo:

*Principio de Prevención del daño (negativo):* No se puede criminalizar un comportamiento si a través de su criminalización no se evitan daños a terceros.

*Principio de la Inmoralidad del Daño (negativo):* No se puede criminalizar un comportamiento si ese comportamiento no daña a terceros o no crea un riesgo inaceptable de daños a terceros (porque es inmoral dañar a terceros o crear un riesgo inaceptable de daños a terceros).

El art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto impide criminalizar comportamientos que no perjudiquen a un tercero puede querer decir que el parlamento no puede criminalizar comportamientos que no *evitan daños* a terceros, o bien que no puede criminalizar comportamientos que no *dañan* a terceros o no crean un peligro directo de daño a un tercero (porque una conducta que daña a un tercero o crea un peligro directo de daño a un tercero es en sí misma reprochable)<sup>(19)</sup>.

Dado que el alcance de estos principios es diferente, según cómo se interprete el principio del daño contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional el margen de libertad del legislador en sus elecciones de criminalización será diferente. En efecto, si bien el Principio de la Inmoralidad del Daño contiene al Principio de Prevención del Daño (ambos

---

dos posibles versiones del principio del daño en los términos recién señalados fueron Gardner y Shute en su formidable trabajo sobre la inmoralidad de la violación (Gardner y Shute, "The Wrongness of Rape").

(19) Desde el punto de vista de un Principio de la Inmoralidad del Daño, la extensión del principio del daño al peligro concreto de daño es plausible, porque no solo conductas que causan daño a terceros, sino también aquellas que ponen a un tercero frente a un peligro directo de daño pueden ser en sí mismas reprochables.

entendidos como principios negativos)<sup>(20)</sup>, lo contrario no es cierto. El Principio de la Inmoralidad del Daño contiene al Principio de Prevención del Daño, porque todo aquello que no puede ser criminalizado según este último principio tampoco puede serlo por el primero. Pero el Principio de la Inmoralidad del Daño restringe más las opciones de legislación que el Principio de Prevención del Daño. Mientras que el primero impide al legislador criminalizar todas las conductas, a excepción de las que dañen a un tercero (o creen un riesgo directo de daño a un tercero), el último le impide criminalizar todas las conductas, salvo las que contribuyan a prevenir daños a terceros<sup>(21)</sup>.

De este modo, el Principio de Prevención del Daño no se opondría a la criminalización de comportamientos que causen daño a terceros o creen un peligro directo de daño a terceros, pero, en principio, tampoco a la de aquellos que solamente creen un peligro indirecto de daño, porque una manera efectiva de prevenir daño es reducir la incidencia de clases de conductas que estén relacionadas, de manera directa o indirecta, con un daño. En efecto, para un principio del daño orientado a la prevención no es necesario que la conducta objeto de criminalización dañe a un tercero o lo ponga directamente en peligro, sino que es suficiente con que su criminalización contribuya a prevenir el daño. Como señalan Gardner y Shute:

no es una objeción para el principio [preventivo] del daño que una conducta no dañina fuese criminalizada, ni incluso que una conducta con ninguna tendencia a causar un daño lo fuese. Es suficiente para satisfacer el principio del daño que, si la conducta no fuese criminalizada, habría un daño<sup>(22)</sup>.

Por ello, la criminalización de comportamientos que crean solamente un riesgo estadístico de lesión (peligro abstracto) sería problemática

---

(20) Como principios fundadores o positivos, la relación es inversa a la señalada en el texto. De aquí en adelante, todas las referencias a estos principios serán como principios restrictivos o negativos.

(21) Para decirlo de otro modo, el principio de la inmoralidad del daño impide criminalizar conductas que no dañen a un tercero (o no pongan en peligro concreto a un tercero), aunque mediante su criminalización se eviten daños a terceros; en cambio, el principio de prevención del daño impide criminalizar conductas que no eviten daños a terceros, aunque esas conductas dañen a terceros o los pongan en peligro.

(22) Gardner y Shute, "The Wrongness of Rape", p. 216.

para el Principio de la Inmoralidad del Daño, pero no para el Principio de Prevención del Daño.

5. Ambas interpretaciones son, en principio, interpretaciones plausibles del principio del daño del art. 19 de la Constitución Nacional. Así las cosas, un defensor de *Arriola* podría sostener que el principio del daño reconocido en nuestra Constitución no está fundado en la prevención, sino en la conducta inmoral (porque) dañina. La mera tenencia de estupefacientes para consumo personal (o el consumo de drogas), salvo casos excepcionales, no afectaría directamente a otro y, por lo tanto, su criminalización sería inconstitucional. Independientemente de que se la considere inmoral en sí misma, esa conducta no sería, en todo caso, inmoral *porque* daña a un tercero (o *porque* lo pone frente a un riesgo concreto de daño). Dado que el legislador no puede criminalizar la mera inmoralidad<sup>(23)</sup>, sino solo la inmoralidad que emerge del daño a terceros (o del peligro concreto de daño a terceros), la mera tenencia de estupefacientes para consumo personal no pasaría el test de constitucionalidad. La única forma de salvar al art. 14, segundo párrafo, ley 23.737 sería, entonces, reinterpretarlo como un delito de peligro concreto, exigiendo, al menos, que la tenencia cree un riesgo directo de daño a un tercero<sup>(24)</sup>. Con esto, nuestro imaginario defensor de *Arriola* habría respondido en sentido afirmativo la pregunta planteada más arriba de si la Constitución veda al poder legislativo criminalizar conductas a través de delitos de peligro abstracto.

La conclusión a la que llegó la Corte de que los comportamientos que no provocan daño o riesgo concreto de daño a un tercero no pueden criminalizarse es compatible con una interpretación del principio del daño basada en la inmoralidad de la conducta dañina. Sin embargo, esta defensa tiene algunos problemas. Primero, en ninguna parte de la sentencia *Arriola* la Corte hace explícito que el principio del daño del art. 19 de la Constitución Nacional debe ser entendido en el sentido del Principio de la Inmoralidad del Daño. Una aclaración a este

---

(23) Esto, por supuesto, si aceptamos la lectura liberal que hace la Corte del artículo 19 de la Constitución nacional. Como dije al inicio, no creo que esta interpretación sea correcta, porque desconoce que el texto constitucional menciona a la “moral pública” como un criterio para interferir en la conducta individual.

(24) Sobre los problemas de esta reinterpretación jurisprudencial, cfr. la nota 10.



respecto era necesaria, si se tiene en cuenta que el principio del daño ha sido entendido tradicionalmente en clave preventiva<sup>(25)</sup>. Aún más, es difícil que la Corte estuviese pensando en una versión no preventiva del principio del daño, porque a la época del fallo *Arriola* no había comenzado siquiera a discutirse la posibilidad de una fundamentación no preventiva de este principio<sup>(26)</sup>. Por supuesto, la Corte no necesita de una discusión académica previa para interpretar la Constitución en un sentido u otro. Sin embargo, si en el momento de tomar una decisión sobre el alcance de un principio existe una interpretación que no solo es tradicional y dominante, sino que es la única conocida, entonces, de acuerdo con una elemental lógica de la argumentación (y del sentido común) quienquiera adoptar un punto de vista diferente tiene, al menos, que explicitarlo. El hecho de que la Corte no lo haya hecho sugiere que no quiso darle al principio un sentido distinto al tradicional.

Segundo, algunos pasajes de *Arriola* sugieren una visión preventiva de este principio. No solo las alusiones al “espíritu liberal” del art. 19 (consid. 32, voto que encabeza el fallo) encajan mucho mejor en la versión preventiva del principio del daño, sino que la cita explícita al principio del daño de Mill es un indicio de que la Corte pensaba en o, al menos, tomó como obvia la versión preventiva<sup>(27)</sup>.

Tercero, aceptar que el principio del daño impide siempre la criminalización de comportamientos que no causen daños a terceros o pongan en peligro concreto a un tercero significa rechazar de plano la constitucionalidad de cualquier delito de peligro abstracto, una solución que, si es aplicada consistentemente, dejaría a los ciudadanos sin

---

(25) Como dice Tomlin, cuando alguien invoca el principio del daño, normalmente invoca, explícita o implícitamente, un principio (preventivamente orientado) en la línea del formulado por Mill (Tomlin, “Retributivists! The Harm Principle Is Not for You!”, p. 279).

(26) Hasta donde yo sé, los primeros que reconocieron que el principio del daño también admitía una fundamentación no preventiva fueron Gardner y Shute, “The Wrongness of Rape”, *op. cit.* Aunque ellos aceptan la versión preventiva, que denominan “principio del daño’ liberal”.

(27) En el fallo se lee: “No es misión del derecho penal prevenir los daños que una persona puede causarse a sí misma. No hay lugar para plantear dicha cuestión cuando la conducta de esa persona no afecta a los intereses de ninguna otra (conf. John Stuart Mill, *On Liberty*, en Wasserstrom R., comp. ‘*Morality and the Law*’, Belmont, California, 1971, cap. III, págs. 92-93)” (consid. 30, voto del juez Fayt).

una adecuada protección en muchos ámbitos (Ashworth 2009, p. 38). Piénsese solamente en que no podría ser delito la tenencia de armas nucleares. Este argumento no pretende hacer primar una razón político criminal sobre una decisión constitucional. Solo sugiere que las consecuencias de una interpretación para otros casos deben contar al elegir entre dos interpretaciones constitucionalmente plausibles. Si la Corte quiere interpretar el principio del daño en el sentido del Principio de la Inmoralidad del Daño, entonces, razones de consistencia la deberían conducir a declarar la inconstitucionalidad de varios delitos del Código Penal. Si no está dispuesta a hacer esto, entonces, hay un argumento a favor de interpretar el principio del daño en clave preventiva.

Ninguno de estos argumentos es, sin embargo, decisivo. Más importante es la siguiente consideración. El legislador, al criminalizar la tenencia de estupefacientes para consumo personal como un delito de peligro abstracto parece haber asumido una interpretación preventiva de este principio. Ciertamente, para respetar un principio del daño orientado a la prevención no es necesario que la conducta objeto de criminalización dañe a un tercero o lo ponga directamente en peligro; “[e]s suficiente (...) con que, si la conducta no fuese criminalizada, habría un daño”<sup>(28)</sup>. El legislador bien pudo haber partido de que la tenencia de drogas para consumo personal, aunque no dañe a un tercero, ni cree un riesgo directo de daño a un tercero, incrementa el riesgo (indirecto) de que otras personas sean dañadas<sup>(29)</sup> y, por lo tanto, su criminalización contribuye a prevenir daños a terceros<sup>(30)</sup>.

---

(28) Gardner y Shute, “The Wrongness of Rape”, p. 216.

(29) Como explica Tadros en relación con la tenencia de armas: “Aunque puede ser (...) equivocado decir que una persona que posee armas toma el riesgo de dañar a otros, no es incorrecto decir que otros tienen un riesgo incrementado de ser dañados si aquella persona tiene un arma” (Tadros, “Harm, Sovereignty, and prohibition”, p. 45).

(30) La decisión acerca de la regulación más adecuada para lograr un objetivo corresponde al legislador. En los delitos de peligro abstracto, el legislador selecciona, entre las condiciones de una ley causal general, cuál de ellas tiene que verificarse en concreto. En ciertas ocasiones, solamente selecciona antecedentes remotos de una de las condiciones del resultado y la infracción de la norma consiste en la realización de ese único fragmento. La clase de acciones seleccionada por el legislador en contacto con las restantes condiciones de la ley causal general podrían desencadenar un resultado de la clase de los que la norma tiene por finalidad evitar, pero para la punibilidad de un delito de peligro abstracto no interesa que la acción seleccionada entre efectivamente en contacto con estas otras condiciones (sobre todo lo anterior, Kiss, *El delito de peligro abstracto*, pp. 89 y ss.; 169 y ss.). Este tipo de regulación resul-

Si esto es así, entonces, la decisión de inconstitucionalidad parece no pisar sobre bases sólidas. En efecto, la regulación de la tenencia de drogas para consumo personal como delito de peligro abstracto no infringe el principio del daño del art. 19 de la Constitución, si este es interpretado en clave preventiva. La interpretación en clave preventiva de este principio es una interpretación absolutamente plausible. Por lo tanto, el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 no podría ser descalificado como irrazonable en un juicio de control de constitucionalidad por el solo hecho de no exigir un daño o peligro concreto a terceros<sup>(31)</sup>. La Corte puede invalidar decisiones del legislador solo en caso de *evidente* contradicción con la Constitución; pero ella no demostró que el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en tanto delito de peligro abstracto, lesiona palmariamente el principio del daño del art. 19 de la Constitución Nacional. En nuestro sistema constitucional, la Corte no es el único, ni el primer intérprete de la Constitución, sino su último intérprete. Ser último intérprete no significa que cualquier decisión que ella tome sea correcta, porque, evidentemente, definitividad no equivale a infalibilidad (Hart 1994, pp. 141 y ss.). Para que la decisión final de la Corte que afirma la inconstitucionalidad de una ley sea también jurídicamente correcta es necesario no solo que ella se base en una interpretación razonable de la Constitución, sino también que no exista una posibilidad razonable de que la ley cuya constitucionalidad se impugna sea interpretada de conformidad con la Constitución. Respetar el sistema de pesos y contrapesos de la división de poderes en el que se apoya nuestro orden constitucional significa ser deferente con decisiones *razonables* del poder democrático<sup>(32)</sup>.

---

ta más eficaz para prevenir el daño, porque no deja en manos de cada persona cómo controlar el riesgo de que se produzca el resultado que la norma quiere evitar; esta es una buena razón para que el legislador se decida por un delito de peligro abstracto.

(31) Por supuesto, esta disposición podría ser inconstitucional si no existe una conexión adecuada entre la tenencia de drogas y los daños a terceros en el sentido de que su criminalización sea un medio eficaz para prevenir daños.

(32) Es una doctrina asentada de la Corte, expresada también en el fallo “Arriola”, que “la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico”, debido a que “las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de legitimidad democrática, piedra angular del autogobierno de los pueblos” (consids. 33 y 34, voto que encabeza el fallo).

6. A decir verdad, es difícil saber qué concepción del principio del daño defiende la Corte. Sin embargo, cualquiera que fuera, la sentencia *Arriola* tiene problemas de fundamentación. Si ella defiende un Principio de la Inmoralidad del Daño, la decisión es problemática no porque esa sea una lectura absurda del principio del daño del art. 19 de la Constitución, sino porque existe otra lectura de ese principio que también es razonable y no lleva, necesariamente, a una declaración de inconstitucionalidad. Si, en cambio, ella partió de un Principio Preventivo del Daño, yerra sobre los alcances que esa fundamentación permite asignar al principio, porque una fundamentación preventiva no se opone a la criminalización de delitos de peligro abstracto<sup>(33)</sup>.

Sea como fuera, si la Corte hubiese reconocido que la decisión legislativa de regular la tenencia de estupefacientes para consumo personal a través de un delito de peligro abstracto (o la decisión legislativa de regular otros delitos de peligro abstracto) evidencia una razonable toma de posición a favor de un principio preventivo del daño y hubiese aceptado (y aplicado consistentemente) ese principio no habría hecho un argumento general en contra de la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto y la discusión sobre la constitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, ley 23.737 se podría haber planteado en un lugar distinto y mucho más razonable. Ese lugar es el de la causalidad general (y probabilística)<sup>(34)</sup>. En efecto, afirmar que el principio del daño

---

(33) Este mismo error ha sido atribuido a Mill (Tomlin, “Retributivists! The Harm Principle Is Not for You!”, p. 282). Mill parte de que el fin de la interferencia es la prevención del daño para concluir que el foco de la interferencia es la conducta dañina. Una conducta que no causa daño a un tercero queda fuera del alcance de la interferencia estatal legítima. Pero, como ya ha sido advertido, el principio del daño no se opone a que una conducta no dañina pueda ser objeto de criminalización, siempre y cuando con ello se eviten daños. Un Principio Preventivo del Daño no tiene que preguntarse si la conducta es dañina, sino si la criminalización de la conducta evitará daños.

(34) Al optar por un delito de peligro abstracto el legislador se decide por una regulación en el plano de la causalidad general. La causalidad general, a diferencia de la causalidad individual, no se refiere a situaciones o eventos concretos o singulares situados en tiempo y espacio (por ej. “el consumo de la sustancia S por Juan causó su muerte”), sino a *clases* de situaciones o eventos (“el consumo de la sustancia S causa muertes”) (Christopher Hitchcock, “Probabilistic Causation”, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/causation-probabilistic/>). La causalidad general se asienta típicamente en una concepción probabilística de la causalidad. Según esta concepción, X es causa de Y cuando la presencia de X aumenta la probabilidad de Y. Esto la distingue de la concepción determinista de la causalidad, ampliamente utilizada en el derecho para establecer relaciones entre eventos individuales pasados

del art. 19 de la Constitución está orientado a la prevención del daño no lleva automáticamente a concluir que el art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 sea constitucional. Tal disposición puede ser declarada inconstitucional si no existe un vínculo adecuado entre la conducta criminalizada y el daño a terceros.

Así las cosas, lo que la Corte debió haberse preguntado es si la tenencia de drogas para consumo personal crea un inadmisibles riesgo de daños a terceros que justifica la restricción de la libertad de acción del individuo. Analizar esta pregunta requiere de un cuidadoso análisis de la proporcionalidad de la medida. Un aspecto central de este análisis se refiere a la eficacia de la medida en relación con el fin. Al respecto, la Corte debió haber evaluado si la criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal es eficaz para evitar daños a terceros y, para ello, habría sido recomendable que hiciera un análisis de la amplia investigación empírica disponible sobre la relación entre drogas y delincuencia<sup>(35)</sup>. Solo si tras ese análisis la Corte hubiese concluido que la decisión legislativa de criminalizar la tenencia de drogas para consumo personal es manifiestamente irrazonable, podría haber declarado, justificadamente, la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, ley 23.737.

---

(por ej., “Ayer Juan acuchilló a José, causándole la muerte”). En efecto, mientras esta última sostiene que la causa determina la consecuencia en el sentido de que ella es condición suficiente (aunque no tiene que ser necesaria) de la consecuencia, la concepción probabilística simplemente afirma que la causa aumenta la probabilidad del efecto (Hitchcock, *Probabilistic Causation*; Frederick Schauer y Barbara A. Spellman, “Probabilistic Causation in the Law”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 176, n° 1 [2020], pp. 4-17). Por lo tanto, si uno quiere cuestionar “un predicado de peligro abstracto” debe “argumentar en el mismo plano en que este se ubica, es decir, el de la causalidad general” (Kiss, *El delito de peligro abstracto*, p. 91).

(35) Para un panorama de esta literatura véase, entre muchos otros, Robert MacCoun, Beau Kilmer y Peter Reuter, “Research on Drugs-Crime Linkages: The Next Generation”, en *Toward a Drugs and Crime Research Agenda for the 21st Century*, National Institute of Justice (2003), pp. 65-95; Helen R. White y Dennis M. Gorman, “Dynamics of the Drug-Crime Relationship”, en *The Nature of Crime: Continuity and Change. Criminal Justice 2000*, vol. 1 (2000), pp. 151-218; Sharon M. Boles y Karen Miotto, “Substance Abuse and Violence: A Review of the Literature”, *Aggression and Violent Behavior*, vol. 8, n° 2 (2003), pp. 155-174; Trevor Bennett y Katty Holloway, “The Causal Connection between Drug Misuse and Crime”, *British Journal of Criminology*, vol. 49, n° 4 (2004), pp. 513-531. Serge Brochu, Natacha Brunelle y Chantal Plourde, *Drugs and Crime: A Complex Relationship. Third revised and expanded edition* (Ottawa: University of Ottawa Press, 2018); y los textos publicados en Michael Tonry y James Q. Wilson (eds.), *Drugs and Crime. Crime and Justice: A Review of Research*, University of Chicago Press, vol. 13 (1991).



# LA RELIGIÓN EN LA OBRA DE MARTÍN FARRELL

*Diego Botana*

## 1. INTRODUCCIÓN

El liberalismo en sus varias concepciones encontró y encuentra en la materia religiosa, una fuente de tensión. Cuando John Locke, en sus *Cartas sobre la Tolerancia*, destacó que toda religión es ortodoxa a sí misma, identificó una fuente primaria del origen de esta tirantez.

Consecuentemente, pareciera que un verdadero liberal, como es el caso de Farrell, no puede ignorar el fenómeno religioso como objeto de estudio y, específicamente, si la religión puede convivir en un estado liberal. Máxime, como volveré en el Capítulo V, cuando quien se ocupa del tema se declara creyente<sup>(1)</sup>.

En su texto “El papel de la religión en un estado liberal”<sup>(2)</sup>, concluye que la convivencia es posible, siempre y cuando las iglesias que actúen en un estado liberal estén dispuestas a aceptar sus reglas. Remata el texto con la consigna “religión y estado, asuntos separados”, a la que adhiero.

Para llegar a esa conclusión, reconstruye y define el liberalismo desde el que propone tal conclusión, que es el de la neutralidad:

El estado liberal en su versión neutral, entonces, no promueve ninguna concepción de lo bueno, y respeta todos los planes de vida que no dañen a terceros sin su consentimiento. Es contingente que esos planes de vida incluyan o no la religión.

---

(1) Véase Martín Diego Farrell, “La existencia del mal como argumento para la inexistencia de Dios”, en *Filosofía moral, política y del derecho* (Buenos Aires: La Ley, 2020), pp. 289-322.

(2) Texto inédito, proporcionado por el autor.

Desde luego que esta definición requiere de un presupuesto, que es el subjetivismo moral, como contracara de aquello que se exacerbó en las guerras de religión del siglo XVI, que fue un “extremo objetivismo axiológico”<sup>(3)</sup>.

No es mi propósito comentar la reconstrucción de Farrell del liberalismo desde la filosofía política, sino enfocarme en su interpretación del papel de la religión (y en especial la religión católica), en el derecho constitucional argentino. En el capítulo V haré algunos comentarios respecto del texto de Farrell vinculado al mal y la inexistencia de Dios, para terminar con un breve corolario.

## 2. LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES EN JUEGO

En el texto constitucional vigente, dos artículos requieren ser interpretados para compatibilizar al estado liberal y a la religión.

El art. 2 que expresa: “El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”, y el art. 19, que en su primera oración dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Si bien parece menos relevante, el art. 73 también tiene alguna influencia en la materia, cuando prohíbe a los *eclesiásticos regulares* ser miembros del Congreso. Como veremos en el Capítulo III siguiente, esa disposición formaba parte de un *sistema* vinculado a lo religioso, mucho más amplio que los actuales textos vigentes.

Por supuesto, los arts. 14 y 20, en cuanto otorgan el derecho a ejercer libremente su culto a los habitantes de la Nación y a los extranjeros que pisen el suelo argentino, son la contracara liberal necesaria, y diría fundamental, para esta tarea.

Para que la religión, entonces, ocupe el lugar que le corresponde en un estado liberal, Farrell encara la tarea de interpretar los textos en esa clave. El art. 2, cuya ubicación en el texto constitucional no deja de ser elocuente, permite este trabajo. La acepción del vocablo “sostener” que elige es la que, según su criterio, es la más liberal, cuyo

---

(3) Farrell, “El papel de la religión en un estado liberal”, en prensa.



cumplimiento estaría dado por un apoyo económico a la Iglesia Católica, entidad a cargo del “culto católico, apostólico, romano”. Luego, quedaría determinar la magnitud del aporte, que en su visión debería ser el mínimo indispensable. De esta manera, estaría cumplido el mandato constitucional, y mínimamente afectada la visión liberal.

En lo que hace al art. 19, la incorporación de la palabra “moral” es lo que genera una disrupción en una norma que, según Farrell, era de clara inspiración liberal. En su “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”<sup>(4)</sup>, reconstruye la incorporación del vocablo en el texto vigente, permitiendo una claraboya por la cual visiones paternalistas o quizá perfeccionistas afecten la teoría elaborada por John Stuart Mill sobre el daño a terceros como límite a la autonomía. Y tal interpretación, viendo la evolución de la doctrina constitucional, no hace más que confirmar como fundados sus temores.

Fallos como *Colavini* y *Montalvo*, por citar solo algunos, echan mano a esta idea de moral mayoritaria para justificar la penalización de acciones humanas que *per se* no causarían daño a terceros.

En *Arriola* y en otros fallos como *Castillo* (sobre educación católica en Salta), la Corte hizo lecturas minimalistas tanto del art. 2 como de la palabra moral en el art. 19, dándole a la religión el lugar que Farrell le propone en un estado liberal.

Dicho esto, me propongo, en la reconstrucción histórica que haré en el Capítulo siguiente y en la interpretación que formularé en el Capítulo IV, aportar algunos elementos para sostener que la idea liberal del lugar de la religión podría volver a situarse nuevamente en un lugar distinto. Aclaro que no estoy promoviendo que ello ocurra, ya que —como sostuve en la introducción— estoy de acuerdo con la consigna “Iglesia y Estado, asuntos separados”.

No obstante, el texto constitucional, aún con posterioridad a la reforma de 1994, otorga espacio para la interpretación. Por el contrario, la derogación lisa y llana del art. 2, y un texto del art. 19 como el que

---

(4) Véase, Martín Farrell, “¿Existe un derecho constitucional a la tenencia de estupefacientes?”, en *Entre el Derecho y la Moral. Preguntas con respuestas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), pp. 111-125.

se propuso en el Consejo para la Consolidación de la Democracia<sup>(5)</sup>, que Farrell integró, reducirían a su mínima expresión, o quizá harían desaparecer, cualquier juego interpretativo.

Mientras tanto, las dos opciones están abiertas.

### 3. UN POCO DE HISTORIA

Es un lugar común sostener que, en la Convención Constituyente de 1853, el tema religioso ocupó un lugar destacado. La revisión de las “Asambleas Constituyentes Argentinas” de Emilio Ravignani permite confirmar la aseveración. A partir de allí, muchos hablan del “triunfo” de los liberales frente a los conservadores en materia de religión. No obstante, si se revisa el texto constitucional, puede verse que la supuesta victoria no fue otra cosa que un acuerdo entre católicos. Unos más intransigentes y otros con características acuerdistas, que estaban dispuestos a morigerar la religión de estado, en otra fórmula que distaba mucho de ser liberal en materia religiosa. Hay en el resultado una solución ecléctica<sup>(6)</sup>, donde la libertad de cultos queda firmemente establecida, como dije, en los arts. 14 y 20, pero por otro lado el texto abunda en una enorme cantidad de convenciones vinculadas al catolicismo y a la Iglesia Católica.

Por hacer un *racconto* a modo ilustrativo, la constitución de 1853 contaba con estas cláusulas en la materia:

- El art. 2 (vigente), de sostenimiento del culto católico, que ocasionó un profundo debate entre los conservadores liderados por Zenteno, que pretendían el sometimiento del estado a la religión católica.
- El art. 62 (hoy art. 73, vigente), que dispuso que los clérigos regulares no podían ser miembros del Congreso. En el debate, el convencional Zapata aclaró que esa cláusula era necesaria, ya que quienes pertenecían a órdenes religiosas, tenían una

---

(5) El texto propuesto fue: “Las acciones de los hombres que no perjudican u ofendan a terceros ni alteren el orden, están exentas de la autoridad de los magistrados”.

(6) Tal y como lo expuso Víctor Tau Anzoategui en su trabajo *Las ideas Jurídicas en la Argentina*, 3ra. ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999).

*“obediencia pasiva”* con sus superiores, que podría ser contradictoria con sus obligaciones como legisladores.

- El inc. 15 del art. 64, relativo al trato pacífico con los indios y su conversión al catolicismo (derogado en la reforma de 1994). El texto original no incluía esta obligación del estado y la modificación fue incorporada por pedido del diputado Lavaysse. Gorostiaga la acepta con el argumento de que según él se encontraba ínsita en el trato pacífico propuesto originalmente.
- El inc. 19 del art. 64, que dispuso como atribución aprobar o desechar concordatos con la sede apostólica y arreglar el ejercicio del patronato en todo el país.
- El inc. 20 del art. 64, referido a la admisión en el territorio de órdenes religiosas a más de las existentes, atribución del Congreso que fue motivo de intenso debate.
- El art. 73, que dispuso la obligación de pertenencia del presidente al culto católico, requisito incluido por pedido del diputado Lavaysse en la convención.
- El art. 77, en punto al juramento del presidente en oportunidad de asumir, que hacía referencia a “Dios nuestro señor y estos Santos Evangelios”. En comparación con las fórmulas de los antecedentes de la etapa revolucionaria, el texto resultó enormemente más moderado.
- El inc. 8 del art. 83, que otorgó al presidente la atribución para ejercer el patronato nacional en la presentación de obispos para las iglesias catedrales, a propuesta en terna del Senado.
- El inc. 9 del art. 83, referido a la facultad de conceder o retener las bulas y pases, concilios, breves y prescriptos de la Santa Sede, con intervención de la Suprema Corte, requiriéndose una ley, si fueran disposiciones de carácter general y permanente.
- El art. 105, vinculado a la prohibición a las provincias de admitir órdenes religiosas en sus territorios, el que se aprobó sin mayor debate.

La carga en materia religiosa y exclusivamente católica con que contaba el texto de 1853 fue abrumadora. La convención examinadora

de 1860, con la participación nada menos que de Bartolomé Mitre y Domingo Faustino Sarmiento, nada modificó en este aspecto. Por el contrario, Sarmiento defendió lo acordado frente a la propuesta de reforma de Félix Frías, en línea con el grupo conservador. El silencio de Dalmacio Vélez Sarsfield también fue elocuente.

Para entender estas cláusulas, en mi opinión resulta fundamental remontarnos a la colonización española y las denominadas “atribuciones patronales” que los papas les otorgaran a los reyes de España, para legitimar la ocupación de los territorios descubiertos.

Estas atribuciones, originalmente concedidas por el papa como “donaciones” unilaterales a través de varios documentos pontificios, incluyeron, en primer lugar, el “título” sobre las tierras descubiertas, la posibilidad de “presentar” al papa personas idóneas para que ocupen el cargo de obispos y arzobispos en los territorios conquistados y la facultad de recolectar y repartir los “diezmos”, que eran los impuestos eclesiásticos que se pagaban a las distintas diócesis. Estas atribuciones tenían como contrapartida el compromiso del monarca de llevar a esas tierras lejanas, la conversión de quienes allí habitan, a la religión católica.

En una etapa en la que occidente comienza a convulsionarse por la caída de Constantinopla en manos de los moros, Roma ve en la empresa conquistadora emprendida por las naciones católicas una manera de continuar con la tarea evangelizadora.

Paralelamente, en 1517, a escasos 24 años del descubrimiento de América, se produce un acontecimiento político-religioso que sacude el *statu quo* hasta sus cimientos, que es la reforma protestante encabezada por el sacerdote agustino Martín Lutero y luego la creación, por Enrique VIII, de la Iglesia de Inglaterra. El siglo XVI, entonces, es testigo de un cimbronazo fundamental al régimen imperante. Por una parte, Occidente ve sus fronteras peligrar en manos de los otomanos, quienes en 1453 habían conquistado Constantinopla, último vestigio del Imperio Romano. En 1492, la empresa emprendida por Cristóbal Colón sienta las bases para la construcción del imperio español. Finalmente, en 1517, como dijimos, la autoridad papal se ve conmovida por la aparición de Lutero, para terminar en 1534 en Inglaterra con la *Act of Supremacy*, donde se declara al monarca como defensor de la fe y libre de la autoridad papal.

Al calor de estos acontecimientos, Europa comienza a dividirse entre monarquías católicas, con el liderazgo de Francia, España y Portugal, e imperios cuya religión los liberaba de la autoridad papal, como por ejemplo Inglaterra.

La Iglesia Católica, hasta entonces líder espiritual de occidente y legitimadora de las monarquías existentes<sup>(7)</sup>, se recuesta en la monarquía española para emprender la aventura misional en las nuevas tierras.

El imperio español se reconocía a sí mismo como católico. No obstante, encuentra en las atribuciones patronales un mecanismo para lograr —sin provocar un cisma— un férreo control de la Iglesia Católica por parte del soberano. En otras palabras, desde un punto de vista político, el monarca legitima su autoridad mediante su subordinación al papa como cabeza de la Iglesia, pero comienza a construir mecanismos mediante los cuales, a través de las instituciones eclesiásticas, consolida su poder terrenal.

Alberto De la Hera así lo expresa:

El emperador cristiano no se conforma con la condición de simple fiel, de un súbdito más de la Iglesia, sino que quiere arrogarse una especial relevancia dentro del marco mismo de lo espiritual, y llega al conflicto jurisdiccional con la Iglesia, al pretender ejercer poderes que solo a aquella le corresponden<sup>(8)</sup>.

Originalmente, Roma otorga *concesiones* al monarca católico, en el entendimiento de que se trata de atribuciones que se ejercerían en plena comunión con el pontífice. La empresa conquistadora se transforma, en la visión romana, en una gigantesca avanzada misionera, donde serían los gobernantes fieles a la Iglesia, quienes, a través del poder del imperio, llevarían el evangelio a las nuevas tierras.

---

(7) El régimen hierocrático que prevaleció —con enormes altibajos— durante la edad media, empieza a desarrollarse conceptualmente a partir del año 494 cuando el papa Gelasio establece la famosa fórmula de los dos poderes: “Hay dos poderes... mediante los que este mundo es gobernado: el poder del pontífice y el poder real. De estos, el del pontífice es el más importante... si bien [el emperador] tiene el poder real sobre la raza humana, debe someterse con fe a aquellos que tienen a su cargo las cosas divinas, y mirar a ellos para su salvación” (citado en Joseph Canning, “A History of the Medieval Political Thought. 300-1450” (Abingdon: Routledge, 1996).

(8) Alberto De la Hera, *El regalismo borbónico en su proyección indiana* (Madrid: Rialp, 1963), p. 20.

No obstante, las tensiones entre el poder terrenal y el espiritual, que se venían manifestando desde que el papa Gelasio conceptualiza la idea de los dos poderes, se funden en un sistema que termina provocando una unanimidad entre religión y poder, donde es el soberano —reitero, católico— quien utiliza a la Iglesia y sus canales de transmisión, como agentes del imperio.

Se consolida entonces un poderosísimo sistema de gestión de la materia política y religiosa, gobernada por el “emperador cristiano”, quien sin romper con Roma en los hechos gobierna a la Iglesia de América con mano férrea, dejando al papa como un simple “validador” del accionar conquistador.

El mecanismo burocrático se consolidó a través de la creación del Consejo de Indias, una entidad dirigida por el monarca, que era el que canalizaba la totalidad de las relaciones entre Roma y la Iglesia en América<sup>(9)</sup>.

El historiador católico Ludwig Hertling es elocuente cuando describe que no se admitían nuncios o legados apostólicos romanos en América. Asimismo, los obispos solo podían interactuar con Roma a través del Consejo de Indias<sup>(10)</sup>.

Diversos antecedentes jurídicos permitieron al monarca construir el dominio de la Iglesia en América y utilizarla como brazo legitimador de su accionar político. La unanimidad se produjo a través de la consolidación y el control de la Iglesia y sus agentes (en especial los obispos), a través del monarca.

Pecando de simplificador, me propongo detenerme en dos aspectos de enorme relevancia, que permitieron este afianzamiento. En primer lugar, la creación de un *corpus* legal de primera magnitud, denominada como *Recopilación compendiada de las Leyes de Indias*<sup>(11)</sup>. Esta

---

(9) Nelson Dellaferrera, en su texto “La iglesia diocesana: las instituciones”, destaca que “la subordinación económica de la Iglesia fue total, y que el Rey era el único que tenía todos los derechos y todos los poderes de administración”, en *Nueva historia de la Nación Argentina*, t. 2 (Buenos Aires: Planeta, 1999), p. 389.

(10) Ludwig Hertling, *Historia de la Iglesia* (Barcelona: Herder, 1993), p. 408.

(11) Véase, Joaquín Aguirre y Juan Manuel Montalbán, *Recopilación Compendiada de las Leyes de Indias, aumentada con algunas notas que no se hallan en la edición de 1841 y con todas las disposiciones dictadas posteriormente para los dominios de ultramar* (Madrid: Imprenta y Librería de D. Ignacio Boix, 1846).

tarea codificadora incluyó como privativas del monarca a la totalidad de las atribuciones patronales otorgadas por el papado a partir del descubrimiento.

Se reguló la manera en que se recolectarían y distribuirían los diezmos oportunamente otorgados por el papa. En punto al patronato, que era la facultad del monarca de presentar a los candidatos a obispos al pontífice para su consagración apostólica, la recopilación dispuso:

El derecho de patronato que en los estados de Indias corresponde á los reyes católicos por el descubrimiento de aquellos países, y por la edificación y dotación de las iglesias y monasterios, como también por concesiones de los Sumos Pontífices, sea siempre privativo de la corona, y no puede salir de ella en todo ni en parte, por gracia o merced real, ni por costumbre, prescripción ni otro título. Y ninguno se atreva á entrometerse en cosas pertenecientes al patronato, bajo la pena de perder las mercedes reales que hubiere adquirido en el estado de indias, é inhabilitación para obtener otras, y de destierro perpetuo de los dominios españoles<sup>(12)</sup>.

El texto es elocuente, en cuanto la regulación determinaba para sí el derecho al ejercicio del patronato, dejando de lado su causa original, que no era otra cosa que una donación realizada por el pontífice al monarca.

La fórmula de juramento exigida a los obispos así designados también confirmaba esta cuestión, en cuanto les exigía a los prelados presentados —antes de recibir la consagración episcopal por parte del papa— que presten juramento de defender y cumplir las estipulaciones vinculadas al real patronato. La normativa disponía que, sin tal juramento, el Consejo de Indias no realizaría la presentación ante Roma para la consagración del candidato<sup>(13)</sup>.

Finalmente, el monarca desarrolló la institución del *pase* o *exequatur*, que fue una atribución soberana de enorme relevancia. Se trataba de un mecanismo jurídico mediante el cual el rey tenía la potestad de autorizar, tanto en la península como en América, cualquier documento pontificio emitido por Roma (bulas, prescriptos, encíclicas, etc.),

---

(12) *Ibid.*, Libro Primero, Título VI, p. 25.

(13) *Ibid.*, Libro Primero, Título VIII, p. 33.

previa revisión por parte del Consejo de Indias. La clave de revisión no era otra que la preservación de las atribuciones patronales. En otras palabras, todo documento que desde Roma osara cuestionar esta institución, era ignorado en la península, puesto que el monarca no le otorgaba el pase necesario para su circulación en sus dominios.

Un historiador católico mexicano, cuando describe la actitud de Felipe II respecto de la bula de confirmación de nada menos que el Concilio de Trento, sostiene que la manera en que lo manda a divulgar en el reino demuestra que no es tanto el papa quien lo ordena, sino el propio monarca. Según este autor, la pragmática que emite el rey una vez recibido el documento desde Roma, cuando ordena a los obispos que se cumpla dicha normativa en el reino, es prueba elocuente del control de España respecto de la Iglesia Católica en sus dominios. Agrega que, según su interpretación, pareciera que el sin esa orden soberana, ningún obispo la cumplirá<sup>(14)</sup>.

Otra prueba de la manera en que España ejercía su control sobre la Iglesia en sus territorios es la construcción teórico-jurídica que realizan los juristas españoles en defensa de estas atribuciones, y la reacción —sin ningún efecto— por parte de Roma.

Autores como Juan de Solórzano y Pereira o Pedro Frasso, por poner dos ejemplos, desarrollan un corpus doctrinal de enorme relevancia, donde justifican que las atribuciones patronales son una facultad inherente al soberano, dando un marco conceptual a lo que en los hechos sucedía. Solórzano escribe su monumental *Política Indiana* entre 1629 y 1639, la cual fuera prohibida en Roma. Es muy interesante observar los comentarios que realiza el Fiscal de la Cámara Apostólica en Roma, Antonio Laelio<sup>(15)</sup>, donde refuta los argumentos expuestos por Solórzano y recomienda la inclusión de la obra en el *Index* de libros prohibidos.

En su crítica, el fiscal le atribuye al autor del texto un mecanismo curioso. Por una parte, halago y gratitud a quien otorgara los privilegios

---

(14) Véase Jesús García Gutiérrez, *Apuntes para la historia del origen y desenvolvimiento del Regio Patronato Indiano hasta 1875* (México D.F., Jus, 1941), pp. 100 y ss.

(15) Para un muy buen análisis del dictamen de Laelio y sus consecuencias, véase Francisco Javier de Ayala, “Ideas canónicas de Juan de Solórzano”, en *Anuario de Estudios Americanos*, t. IV (1947), p. 579.



(el papa), para luego tomar su control como un verdadero patrón de la iglesia indiana. Según Laelio, se trata de razones puramente políticas.

Pedro Frasso va un paso más allá, cuando construye en su *De regium patronatu Indiarum*, que las atribuciones patronales revisten el carácter de irrevocables y que el papa, al otorgarlas, pierde la facultad de anularlas<sup>(16)</sup>.

El argumento es atractivo por su sencillez y circularidad. Frasso sostiene que cualquier revocación que pretenda hacer el pontífice no contaría con el *pase* del monarca español. Es decir, aquello que fue otorgado de manera unilateral por el papa, requiere para su terminación de la aceptación del donatario. Lo que era un privilegio se torna derecho contractual bilateral.

Por supuesto que esta interpretación corrió la misma suerte en Roma que la *Política Indiana* de Solórzano, y fue incluida en el *Index* en 1688.

En ambos casos, tales inclusiones tuvieron un efecto nulo en la península y en América. Las bulas específicas de rechazo de estas obras no obtenían el *pase* y quedaban archivadas en el Consejo de Indias, sin tener difusión alguna.

Es importante recordar, como dije más arriba, que los obispos de España y América se comunicaban con Roma exclusivamente a través del Consejo de Indias. Ergo, Solórzano, Frasso y otros autores de similares características, circulaban en el reino dando un marco conceptual justificatorio a la muralla de contención construida por España para darle a Roma una injerencia menor en el manejo de la iglesia americana. Por supuesto, los monarcas y sus súbditos eran católicos. La unanimidad religiosa no estaba en juego. Se trataba de una estructura donde la política subordinaba a la religión (en este caso la católica) como una herramienta de legitimación.

Esta muy breve síntesis descriptiva de las atribuciones patronales fue, como veremos a continuación, la fuente primaria de las cláusulas

---

(16) Véase el muy buen trabajo de Fernando de Arvizu y Galarraga, "El pensamiento regalista de Don Pedro Frasso en su obra 'De regio patronatu indiarum'", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 12 (1986), pp. 21-51.

constitucionales vinculadas a la religión católica, que se incorporaron al texto constitucional argentino en 1853 y se mantuvieron hasta 1994.

No hay una ruptura con el *statu quo*, sino que hay una fórmula de adaptación que pretende mantener el pasado y conjugarlo con el futuro, mediante una combinación ecléctica que estaba condenada al fracaso, como demostraré en el capítulo siguiente. No obstante, tal esquema permitió, en muchos momentos de nuestra historia, que la lectura constitucional en materia religiosa no sea liberal.

#### **4. EN MATERIA RELIGIOSA, LA CONSTITUCIÓN NO FUE LIBERAL, Y HOY ARRASTRA ESA INERCIA**

Las provincias unidas del Río de la Plata, desde la revolución de mayo hasta la batalla de Caseros fueron unánimes en materia religiosa. Una revisión pormenorizada de los documentos fundacionales, proyectos constitucionales, y las constituciones de 1819 y 1826 confirman lo expuesto, en cuanto a que siempre declararon a la católica como la religión de estado.

Asimismo, en ese marco siempre se mantuvieron las atribuciones patronales en cabeza de los poderes de administración que se fueron sucediendo en el tiempo.

Si bien en todos los textos las ideas de la ilustración en cuanto a división de poderes, control republicano y derechos individuales se encontraba reflejada en toda su extensión, la materia religiosa mantuvo la tradición hispánica, a pesar de la existencia de otras alternativas.

Por supuesto que no estoy hablando del entendimiento del lugar de la religión en el estado que reconstruye Farrell, o como dice Cécile Laborde, aquel en el que el estado liberal procura “una estructura de justicia dentro de la cual todos los ciudadanos pueden llevar adelante su concepción de una vida buena. Libertad religiosa y el no establecimiento de una religión por el estado se interpretan a través de ideales generales de igualdad y neutralidad”<sup>(17)</sup>.

---

(17) Cécile Laborde, *Liberalism's Religion* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2017), p. 4. Traducción del autor.

Por el contrario, me refiero el experimento de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>(18)</sup>, que estaba disponible tanto para las Provincias Unidas, como para los convencionales de 1853.

Lo que está claro es que la independencia y el proceso constituyente de los Estados Unidos estuvo fuertemente influido por la tradición cristiana protestante, donde la convivencia entre distintas denominaciones prevalecía, a pesar de que los *charters* de fundación de varias de las trece colonias traían disposiciones de establecimiento de la religión anglicana<sup>(19)</sup>.

Por otra parte, la revolución americana se enfrenta decididamente con el rey de Inglaterra, quien era asimismo cabeza de la Iglesia Anglicana. Michael McConnell lo explica de esta manera:

La Revolución Americana inmediatamente interrumpió la relación entre religión y gobierno en los estados con establecimiento anglicano. La Iglesia de Inglaterra fue desacreditada durante la Revolución por su conexión con la Corona y las simpatías partidarias de la mayoría de su clero<sup>(20)</sup>.

La primera enmienda refleja esa ruptura y ata de manos al gobierno federal en materia de establecimiento de una religión de estado. Las denominaciones cristianas podían convivir, en un esquema tributario del propuesto por John Locke en su *Carta sobre la tolerancia* escrita en 1689.

En el Río de la Plata, por el contrario, ni la revolución de mayo de 1810 ni la declaración de Independencia de 1816 rompen decididamente con la religión católica. Sabemos también que en la revolución de mayo el monarca español no era el enemigo, sino lo que trató de hacer fue suplir el vacío de poder provocado por las guerras napoleónicas. La declaración de independencia de 1816, en tanto, si bien manifiesta la voluntad de "...romper los violentos vínculos que las ligaban [a las Provincias Unidas] a los reyes de España, recuperar los derechos

---

(18) "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof..."

(19) Por ejemplo, el *charter* de Virginia de 1606 así lo disponía.

(20) Michael McConnell, "The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion," *Harvard Law Review*, vol. 103, n° 7 (1990), p. 1436. Traducción del autor.

de que fueron despojados, e investirse del alto carácter de nación libre e independiente del rey Fernando 7...”, se cuida de no declarar una ruptura con una soberanía tirana, como lo hace la de Filadelfia, ni tampoco lista los agravios que justifican la empresa revolucionaria<sup>(21)</sup>.

Por el contrario, una somera revisión de la producción legal desde esas fechas en adelante muestra la voluntad de los patriotas de conservar las regulaciones y atribuciones de la madre patria respecto de la religión católica. En otras palabras, dentro de la “recuperación” de los derechos despojados, estaban los vinculados a la relación entre la Iglesia Católica y la monarquía.

Para lograr este objetivo, el *corpus* jurídico de Solórzano y Frasso, así como de otros juristas más recientes, como Antonio Joachim de Rivadeneyra y Barrientos<sup>(22)</sup>, fueron de suma utilidad para justificar que las atribuciones patronales eran una facultad soberana que se trasladaba a la nueva nación independiente.

Desde un punto de vista político, era necesario justificar y legitimar los acontecimientos del momento. Los predicadores católicos eran un recurso de primera magnitud. Halperín Donghi, en su clásico *Revolución y Guerra*, refiere estas cuestiones y destaca que los revolucionarios obligaban a los curas a apoyar la revolución<sup>(23)</sup>. En materia jurídica, ante la existencia de una canonjía vacante, la Junta consultó a los cano-nistas Gregorio Funes y Juan Luis Aguirre, quienes concluyeron que el ejercicio del real patronato le correspondía a la Junta. Resuenan en el

---

(21) Para un profundo análisis del contexto e ideas de la Declaración de la Independencia, véase Natalio Botana, *Repúblicas y Monarquías. La encrucijada de la independencia* (Buenos Aires: Edhasa, 2016), pp. 101 y ss.

(22) Antonio Joachim de Rivadeneyra Barrientos fue un abogado y jurista oriundo de la Ciudad de Puebla, México (1710), que escribió un *Manual compendio de el regio patronato indiano* (Madrid, imprenta de Antonio Marín, 1755), que mantiene la línea argumental de Solórzano y Frasso, e intenta darles a las atribuciones patronales un carácter de “derecho natural” del patrono, es decir, el monarca. Sostiene que no requiere gracia u otorgamiento papal.

(23) Tulio Halperín Donghi, *Revolución y guerra. Formación de una elite dirigente en la Argentina criolla*, 3ra. ed. (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2004), p. 193. Véanse también los trabajos de Roberto Di Stéfano, como por ejemplo *El púlpito y la Plaza. Clero, sociedad y política de la monarquía católica a la república rosista*, 1ra. ed. (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2004); y “Lecturas políticas de la Biblia en la revolución rioplatense (1810-1835)”, *Anuario de Historia de la Iglesia*, n° 12, Universidad de Navarra, Pamplona (2003).

dictamen los argumentos de Solorzano, Frasso y Rivadeneira, que eran lectura corriente en los claustros universitarios<sup>(24)</sup>.

De este modo, los revolucionarios no hacen otra cosa que continuar con la estructura borbónica que describí en el Capítulo anterior. La fórmula ecléctica comenzaba a perfilarse: las ideas de la ilustración corrían en el Río de la Plata y se plasmaban en los documentos fundacionales como una clara ruptura con el absolutismo, pero en materia religiosa la continuidad era total. La Asamblea del año XIII, por poner un ejemplo, otorga al Supremo Poder Ejecutivo la facultad de “presentar” a los obispos, y declara que la Iglesia local es independiente de toda autoridad eclesiástica fuera de su territorio, como símbolo de la incomunicación con la península<sup>(25)</sup>.

En esta coyuntura, los problemas no tardaron en presentarse. En primer lugar, Roma no estaba dispuesta a aceptar la supuesta transmisión al nuevo soberano de las atribuciones patronales. Si ya había cuestionado severamente las interpretaciones realizadas por los Solórzano y Frasso, no parecía realista que aceptara esta nueva lectura.

En segundo lugar, las ideas liberales en materia de libertad de prensa se vieron fuertemente confirmadas en el Reglamento de 1811, donde se declara:

Tan natural como el pensamiento le es al hombre comunicar sus ideas. Es esta, una de aquellas verdades que mas bien se siente, que se demuestra... El gobierno fiel a sus principios, quiere restituir á los pueblos americanos, por medio de la libertad política de la Imprenta, ese precioso derecho de la naturaleza, que le había usurpado un envejecido abuso del poder, y en la firme persuasión de que es el único camino de comunicar las luces, formar la opinión pública, y consolidar la unidad de sentimientos, que es la verdadera fuerza de los estados...<sup>(26)</sup>.

---

(24) Véase, entre otros, Abelardo Levaggi, “La Iglesia y sus relaciones con el Estado”, en *Nueva Historia de la Nación Argentina*, t. 5 (Buenos Aires: Planeta, 2000), p. 314; Mariano Martínez, *Una nación para la Iglesia argentina. Construcción del estado y jurisdicciones eclesiásticas en el Siglo XIX* (Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 2013), pp. 117-118.

(25) Emilio Ravignani, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. 1 (Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, 1937-1939), pp. 42 y ss.

(26) *Ibid.*, t. VI, 2da parte, p. 606.

Pero en el mismo documento en su art. 8 establece la censura eclesiástica en las obras que tratan de la materia religiosa, manteniéndose la obligación de obtener la previa autorización del obispo diocesano. Es relevante destacar que hoy la Iglesia Católica mantiene su revisión interna, pero lo relevante de 1811, es que el estado era quien tenía la potestad de hacer cumplir esta prerrogativa.

La efímera Constitución de Cádiz, promulgada en la península en 1812, es la que otorga a los revolucionarios mucho de lo que implementaron en el Río de la Plata. Un texto de avanzada para la época, que le permitió a Miguel Herrero de Miñon sostener que se trató de la “pieza inaugural del constitucionalismo liberal europeo”<sup>(27)</sup>. Por una parte, integra principios de la Ilustración como ser la división de poderes, la representación y la libertad de imprenta (con la censura en materia religiosa), y por la otra consagra a la católica como la religión de estado y la obligatoriedad de enseñarla en las escuelas del Reino.

En ambas orillas del Atlántico hay una ruptura en materia política con el absolutismo y una continuidad en materia religiosa. Todo debate político, en este marco, cuyo resultado fuera contrario a la doctrina católica, tenía poca vida.

En el Río de la Plata, las constituciones de 1819 y 1926 continúan con esta línea de trabajo: libertades políticas y religión de estado. Las atribuciones patronales, en todos los casos, quedan incorporadas a en los textos fundamentales, con un esquema similar al que se regulara en la *Recopilación Compendiada de las Leyes de Indias*, con las necesarias modificaciones. Ahora es el presidente el que presenta a los obispos ante el papa, y el poder judicial el que ejerce el *pase* o *exequatur* en reemplazo del otrora poderoso Consejo de Indias.

Nuevamente sobrevuela un concepto que no parece modificarse. Quienes regulaban estas cuestiones se consideraban miembros de una nación católica, heredera de la tradición española.

La etapa de la “desunión” de las Provincias Unidas<sup>(28)</sup> no altera la situación de la relación con la Iglesia Católica. De hecho, los textos y

---

(27) Miguel Herrero de Miñon, “Como un espejo. La recepción europea de la Constitución de Cádiz”, *Revista de Derecho Político*, UNED, n° 84 (2012), p. 59.

(28) Tomo esta expresión del texto de Marcela Ternavasio, *Historia de la Argentina - 1806-1852*, 3ra. ed. (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015), en el que en los capítu-

reglamentos constitucionales provinciales que surgen a partir del fracaso de la Constitución de 1819 mantienen la misma tesitura de adopción y sostenimiento del culto católico, así como el ejercicio del patronato. Esto generó una gran cantidad de conflictos jurisdiccionales en materia de designación de obispos, ya que las diócesis aprobadas oportunamente por Roma en tiempos de la colonia no necesariamente coincidían —geográficamente— con las jurisdicciones provinciales. En todos los casos, los gobiernos buscaban soluciones mediante el intento de la utilización de las atribuciones patronales por parte de los gobernadores<sup>(29)</sup>.

En este contexto se llega a las deliberaciones de 1853, y es allí donde se plasma la fórmula ecléctica a la que me referí al inicio de este capítulo. Esa combinación entre atribuciones patronales, perfectamente establecidas en el texto constitucional, tal y como las describí precedentemente, con el Estado Argentino asumiendo para sí la facultad de presentar obispos ante Roma, fijando el derecho de *pase* y *exequatur* de los documentos pontificios, ordenando el sostenimiento del culto católico (la contraprestación por las atribuciones patronales) y la conversión del indio al catolicismo, no son otra cosa que el corolario de una tradición profundamente arraigada, La condición de que el presidente sea católico, parece la consecuencia necesaria de todo lo anterior. Como en tiempos de la colonia, no cabía la posibilidad de que quien tuviera los beneficios patronales, no pertenezca al culto católico.

Por supuesto que este esquema resultaba de cumplimiento imposible. Para su pleno ejercicio se requería un acuerdo con la Santa Sede, que no llegó hasta 1966. Pese a la insistencia de Juan Bautista Alberdi, designado por el General Urquiza en misión a Europa con posterioridad a la conformación de la Confederación con sede en la ciudad de Paraná, de intentar un acuerdo con Roma, la empresa fracasó.

Pretendía Alberdi convencer a la Santa Sede que la fórmula constitucional era la adecuada: atribuciones patronales otorgadas al presidente

---

los 5 y 6, destaca la situación política de las provincias previo a la batalla de Caseros en 1852.

(29) Véase Martínez, Mariano, *Una nación para la Iglesia argentina. Construcción del estado y jurisdicciones eclesíásticas en el Siglo XIX* (Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 2013), entre otros.

católico, en una república que reconocía la libertad de cultos. La Iglesia no estaba preparada para semejante admisión.

La prueba más acabada del fracaso se puede ver en los concordatos que la Santa Sede firmó con nuevos estados en América, entre los años 1846 y 1878 (8 en total). Las condiciones que establecía Roma no se encontraban en el texto constitucional argentino. Por una parte, el papa reclamaba la declaración de la católica como religión de estado, la obligación de la educación católica en las escuelas, la censura eclesiástica con apoyo estatal (modelo 1811, como vimos), plena libertad en la comunicación de la Iglesia con Roma (derogación del pase o exequatur), y sostenimiento del culto en caso de abolición de los diezmos (impuestos eclesiásticos). Si ese “paquete” de condiciones se cumplía, Roma otorgaba de manera graciosa el “derecho de presentación” de obispos<sup>(30)</sup>.

Es interesante ver como Roma vuelve a la fórmula original de las bulas alejandrinas de 1492 en adelante, y confirma el rechazo de las ideas regalistas de Solórzano y Frasso.

Nuestra historia, en especial a partir de 1880 y en el siglo XX, es pródiga en tensiones entre estas dos visiones que anidaron en la Convención Constituyente de 1853. En todos los casos, se trató de cuadrar lo imposible: una libertad de cultos amplia y una relación con la Iglesia Católica que no era igualitaria.

Los debates de las leyes de educación laica o matrimonio civil son un claro exponente, donde puede verse que nadie pretendió romper con la Iglesia Católica. Que el divorcio vincular se hubiera legislado recién en 1986, a pesar de que la ley de matrimonio civil se dictara en 1888, es otra muestra elocuente de la influencia católica.

Como lo hace notar Farrell en su texto, tampoco estuvo claro que el Acuerdo firmado con la Santa Sede en 1966 haya solucionado estas tensiones, al pretender creer que terminó de consolidar la separación entre la Iglesia y el Estado. Fue, sin lugar a duda, un hito de enorme

---

(30) Para una completa descripción de los patronatos efectivamente celebrados en ese período, véase Carlos Salinas Araneda, “Los concordatos celebrados entre la Santa Sede y los países latinoamericanos durante el Siglo XIX”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (sección Historia del Derecho Canónico)*, XXXV, Valparaíso, Chile (2013).



relevancia y vino de algún modo a cerrar aquello que Alberdi no pudo hacer en los albores de la organización nacional. Una lectura atenta del documento demuestra, en mi opinión, que lo que hace el tratado es liberar a la Iglesia Católica de aquello que nunca aceptó, que fue el derecho a designar sus propios dignatarios, la conformación de las jurisdicciones eclesiásticas, y la libre comunicación entre la Iglesia local y Roma. En otras palabras, el estado resignó todo aquello que tomó como atribución soberana en 1853. De manera muy creativa, de algún modo realizó una reforma constitucional *de facto*, cuando acordó no ejercer prerrogativas constitucionales.

Lo interesante del caso es que el acuerdo, de algún modo, independizó al art. 2 de la Constitución de las restantes cláusulas vinculadas a las atribuciones patronales, cuando en el considerando Segundo las partes declaran que "...a fin de actualizar la situación jurídica de la Iglesia Católica Apostólica Romana, que el Gobierno Federal sostiene..."<sup>(31)</sup>. Es decir, el sostenimiento económico como elemento central de las atribuciones patronales queda ajeno a su operatividad y se mantiene a pesar de su derogación. Confirma lo expuesto lo que también Farrell remarca, en punto al párrafo final de la nota de elevación, que dice: "Al dignarse aprobar el Acuerdo mencionado, V.E. dará satisfacción a la mayoría del pueblo argentino cuya tradición y cuyo destino están unidos a la Iglesia Católica"<sup>(32)</sup>.

Dando un salto temporal, quizá en años más cercanos el contrapunto más relevante que se dio a finales del siglo XX fue la clara impronta liberal que marcó la Corte Suprema de Justicia designada por el presidente Alfonsín en 1983, con el fallo *Sejean*, entre muchos otros, y la integrada a partir de 1990 por el presidente Menem, con la decisión *Comunidad Homosexual Argentina*.

En ambas integraciones, las cláusulas constitucionales vinculadas a la religión católica sirvieron para construir los argumentos de las soluciones, en algunos casos con una lectura de neto corte liberal, y en otros con visiones más perfeccionistas, con fundamento en el art. 2 del texto constitucional.

---

(31) Véase texto del acuerdo publicado en el Boletín Oficial del 22 de diciembre de 1966, que incluye la nota de elevación.

(32) Véase texto citado en la nota precedente.

Este muy breve y sesgado recorrido histórico no tiene otro objetivo que coincidir con el texto de Farrell, en punto al papel de la religión en el estado liberal, la cual requiere una lectura minimalista de la constitución y de ciertos textos vigentes. Son las propuestas formuladas por el Consejo para la Consolidación de la Democracia en 1984 las que de algún modo terminan de ubicar al texto constitucional en el camino de la neutralidad en materia religiosa que propone Farrell. Mientras tanto, una lectura sistemática como la que propongo nos alerta sobre posibles visiones más inclinadas, con los matices del siglo XXI, hacia algún tipo de paternalismo o, quizá, visiones más perfeccionistas.

## **5. EL DILEMA DEL MAL Y LA EXISTENCIA DE DIOS (A PROPÓSITO DE FARRELL Y LA TEODICEA)**

Como sostuve en el capítulo introductorio, religión y estado liberal son fuente de tensiones. Está claro también que Farrell adhiere, de manera consistente, a una visión moral subjetivista, que le permite una construcción coherente del aparato del estado liberal y su vinculación con la religión.

Para quienes adherimos al “teísmo en sentido estricto”, tal y como Farrell define este término en su trabajo “La Existencia del mal como argumento para la inexistencia de Dios”<sup>(33)</sup>, la tarea de compatibilizar ambas esferas resulta mucho más ardua.

No obstante, lo interesante de nuestro autor en este texto, es que no renuncia a su condición de creyente e intenta a través de la teodicea como método ideado por G. W. Leibniz para explicar la existencia del mal y justificar la bondad de Dios<sup>(34)</sup>, pensar las atribuciones de Dios de manera que resulten compatibles con un estado liberal. Por supuesto

---

(33) Farrell, “La existencia del mal...”, cit. *supra*, nota 1. En punto al teísta en sentido amplio y estricto, Farrell propone la siguiente definición: “Por una parte, tenemos al teísta en sentido amplio, que cree en algún tipo de ser divino, o de realidad divina, sin mayores especificaciones. Por la otra está el teísta en sentido estricto, el cual es más ambicioso en su creencia, puesto que no solo cree en un Dios sino que cree también que se trata de un ser omnipotente, omnisciente, eterno y supremamente bueno, que es quien creó el mundo”.

(34) Véase José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, vol. 4., Q-Z (Madrid: Ariel, 2004), p. 3468.

que esta posible razón puede no ser la que pensara Farrell a la hora de escribir este atractivo texto, pero una lectura sistemática de ambos artículos que comento en este trabajo permite, en mi opinión, arribar a esta conclusión.

Está claro que, en el siglo XXI, un teísta en sentido estricto debe lidiar con algunas dificultades a la hora de debatir en la arena pública en una sociedad plural. Me atrevo a sostener que el principal obstáculo resulta ser la pretensión (cada vez más solapada) de utilizar al estado para imponer determinadas “visiones comprensivas de lo bueno” (en palabras de Rawls) pretendiendo que son moralmente verdaderas por haber sido reveladas sea un texto sagrado, en una tradición o un magisterio. Algo que resultaba común en la sociedad hispánica que gobernaba América hasta el siglo de las independencias (como vimos resumidamente en los capítulos anteriores), hoy resulta impensado al menos en el occidente tributario de la tradición de la Ilustración.

El monopolio de la creación e interpretación de las reglas morales que provendrían de Dios es lo que produce el conflicto. Por ejemplo, la Iglesia Católica como modelo acabado del teísmo en sentido estricto, es quien se atribuye la custodia de la doctrina en materia teológica y moral. Basta ver el *Catecismo de la Iglesia Católica*<sup>(35)</sup>, para encontrar las reglas morales de conducta que se desprenden de la Sagrada Escritura. O quizá, para dejar el tema más claro, la revisión de la Encíclica *Veritatis Splendor* (El Esplendor de la Verdad) firmada por Juan Pablo II, no deja lugar a dudas en materia de su enseñanza moral:

...la razón encuentra su verdad y su autoridad en la ley eterna, que no es otra cosa que la sabiduría divina. La vida moral se basa pues en el principio de una “justa autonomía” del hombre, sujeto personal de sus actos. La ley moral proviene de Dios y en El tiene siempre su origen. En virtud de la razón natural, que deriva de la sabiduría divina, la ley moral es, al mismo tiempo, la ley propia del hombre. En efecto, la ley natural, como se ha visto, “no es otra cosa que la luz de la inteligencia infundida en nosotros por Dios”. Gracias a ella conocemos lo que se debe hacer y lo que se debe evitar<sup>(36)</sup>.

---

(35) *Catecismo de la Iglesia Católica*, Asociación de Editores del Catecismo, 1993.

(36) *Veritatis Splendor*, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II a todos los Obispos de la Iglesia Católica sobre algunas cuestiones fundamentales de la enseñanza moral de la Iglesia (Buenos Aires: Claretiana, 1993), p. 63.

En punto a la vinculación entre la teología y la filosofía, la Encíclica *Fides et Ratio* (Fe y Razón) es la que persigue el marco de relación entre la fe y la razón, como su nombre lo indica. En todos los casos, es la Teología la que gobierna. El párrafo inaugural de este documento es elocuente:

La FE y la RAZÓN son como las dos alas con las cuales el espíritu humano se eleva hacia la contemplación de la verdad. Dios ha puesto en el corazón del hombre el deseo de conocer la verdad y, en definitiva, de conocerlo a él para que, conociéndolo y amándolo, pueda alcanzar también la plena verdad sobre sí mismo<sup>(37)</sup>.

Farrell, en su trabajo, desafía esta regla y echando mano al método de Leibniz para justificar la existencia de Dios, argumenta que resulta analítica y lógicamente imposible que Dios sea omnipotente, omnisciente y completamente bueno. La existencia del mal físico es lo que le permite, contrariamente a lo que sostenía Leibniz, llegar a esta conclusión. Consecuentemente, la existencia de Dios debe dejarse influir por las razones que permitan su justificación lógica, lo que significará, sin lugar a dudas, que los atributos que la Teología le otorga a Dios desde la revelación deban modificarse.

Culmina con un consejo como creyente para lograr una teodicea exitosa: “Que a ella se le permita influir en la teología, en vez de limitarse a justificarla”. Y esto se debe, como también lo expone claramente, a que la carga de la prueba de demostrar la existencia de Dios recae en el teísta, y no en el que no lo es.

El desafío que propone es accesible, claramente, a los teístas en sentido amplio, pero resulta mucho más difícil, por no decir imposible, para aquellos que lo son en sentido estricto (ver nota 33 sobre esta distinción). A todo evento, Farrell entiende a la religión como una relación con una divinidad externa al hombre y no parece inscribirse en la definición de religión de Feuerbach, en cuanto sostiene:

---

(37) *Fides et Ratio*, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II a los Obispos de la Iglesia Católica sobre las relaciones entre Fe y Razón (Buenos Aires: Paulinas, 1998), p. 5.

Dios no es más que un mito en el que se expresan las aspiraciones de la conciencia humana: el que no tiene deseos, no tiene dios...; los dioses son los votos del hombre realizados<sup>(38)</sup>.

En otras palabras, contrariamente a la tesis feuerbachiana, en cuanto a que Dios y la religión son el “espejo del hombre”, Farrell le da a Dios una entidad propia. Claramente, no está conforme con las atribuciones que el teísmo en sentido estricto le otorga, pero no se resigna a su inexistencia.

## 6. ¿UN “DIOS LIBERAL”?

En el siglo XIX, la “filosofía liberal” era férreamente rechazada por los teístas en sentido estricto, con la Iglesia Católica a la cabeza. Razones históricas hicieron que otras denominaciones cristianas no católicas tuvieran una mucho mayor flexibilidad para entenderse con el liberalismo. La descalificación se fue morigerando con el paso del tiempo, para intentar una convivencia más armónica. La segunda guerra mundial, el fascismo y el comunismo aportaron lo suyo para que la Iglesia comience a vincularse con las ideas de democracia, división de poderes, separación entre la Iglesia y el Estado. Conceptos medievales como la distinción tomista entre derecho natural y derecho positivo; o la profundamente desarrollada división entre la esfera de lo religioso y lo estatal, con fundamento en el siempre repetido pasaje evangélico en el que Jesús ordena dar “al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios”, encontraron nuevas significaciones.

El Concilio Vaticano II y la Encíclica *Centesimus Annus*<sup>(39)</sup>, entre muchos otros documentos, encaminaron a la Iglesia hacia esa convivencia. No obstante, la tensión se mantiene en cuestiones morales como el matrimonio igualitario, el aborto y el suicidio asistido, entre muchos otros.

---

(38) Ludwig Feuerbach, *Religion*, citado en Henri De Lubac, *El drama del humanismo ateo*, 2da. ed. (Madrid: Ediciones Encuentro, 1990), p. 23.

(39) *Centesimus Annus*, Carta Encíclica del Sumo Pontífice Juan Pablo II a sus hermanos del Episcopado, al Clero, a las familias religiosas, a los fieles de la Iglesia Católica y a todos los hombres de buena voluntad, en el centenario de la “*Rerum Novarum*” (Buenos Aires: Paulinas, 1991). En este texto, la Iglesia expresa su adhesión a la democracia, al estado de derecho y a la división de poderes, como “una visión realista” de la naturaleza social del hombre.

Farrell, como buen liberal, aboga por que el debate se dé en el plano de las razones públicas, y la religión no sea parte interesada, salvo que los teístas en sentido estricto estén dispuestos a debatir (y perder), con fundamento en razones públicas y no en consideraciones vinculadas a una revelación que dependa exclusivamente de la fe.

Su texto “La religión en el Estado liberal” expone de manera consistente esta cuestión y —como ya dije— no puedo más que coincidir en su visión. Queda claro, por las razones que expliqué en el Capítulo V anterior, que el problema lo tenemos quienes desde el teísmo en sentido estricto adherimos con entusiasmo a una organización liberal de la sociedad.

Ahora bien, como Farrell se declara creyente, no se detiene allí e interpela, mediante una teodicea rigurosa, a quienes consideran a Dios como un ente distinto del hombre, con el objeto de cuestionar aquello que la teología le atribuye a Dios y es lo que justifica el “esplendor de la verdad” en palabras de Juan Pablo II. Este cuestionamiento tiene como efecto lógico que no resulte tan claro ese brillo, quedando un creyente liberal, redimido de ese yugo. Sin perjuicio de su resultado, lo que parece claro es que Farrell es un liberal al que Dios y la religión no le resultan indiferentes.

## TRES CUESTIONES SCHMITTIANAS EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO DE ROBERT ALEXY

*Andrés Rosler*

Martín Farrell es un verdadero *rara avis*. Se trata de un juez filósofo —o quizás “para evitar malentendidos” haya que decir un filósofo del derecho que llegó a convertirse en juez— que, en pleno apogeo de la idea del derecho como un experimento moral o político a cielo abierto, no cree que los jueces deban ser filósofos, sociólogos, artistas, novelistas en cadena, mucho menos superhéroes, sino que para él los jueces deben ser simplemente jueces. A pesar de que fue expresado *ex cathedra*, su *dictum* acerca de la diferencia entre un juez y un pretor se ha vuelto famoso: “Un juez que nunca dicta una sentencia cuyo resultado le desagrade no es un buen juez”.

Además, dado que Farrell es un filósofo moral y del derecho sobresaliente, con una apertura mental que muy pocos tienen en este negocio, el papel limitado o modesto que le asigna a los jueces en la creación y la aplicación del derecho no se debe obviamente a la falta de imaginación o de conocimiento, sino que su posición obedece fundamentalmente a su convicción acerca de cuál es el papel que le corresponde a los jueces en un Estado de derecho democrático.

No sin antes agradecer profundamente a los editores de este volumen la oportunidad de contribuir a este homenaje, dado que en el último tiempo —siempre fiel a su curiosidad intelectual permanente— Martín Farrell se ha interesado por la obra de Carl Schmitt y teniendo en cuenta el peligro que representa el neoconstitucionalismo para el Estado de derecho<sup>(1)</sup>, quisiera aprovechar esta ocasión para examinar

---

(1) Ver, por ejemplo, Bernd Rüthers, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*, traducido por F. J. Campos

tres aspectos schmittianos del neoconstitucionalismo de Robert Alexy que afectan decisivamente la manera de entender el razonamiento judicial: (a) la defensa de la constitución; (b) la apertura a la trascendencia; (c) la supuesta neutralidad axiológica del positivismo.

A pesar de que salta a la vista que el neoconstitucionalismo de Alexy es una reconstrucción filosófica del orden jurídico-político alemán de posguerra, la obra de Alexy no suele ser puesta en contacto con la de Carl Schmitt. Esto último llama bastante la atención, ya que en Alemania “el sonido Schmitt” resultó ser “el *basso continuo*... en muchos debates de posguerra de la teoría del derecho y del derecho constitucional”<sup>(2)</sup>.

El pensamiento de Schmitt operaba —y tal vez todavía lo hace— como un *basso continuo*, ya que a comienzos de la actual república federal no era frecuente y mucho menos conveniente hacer referencia directamente “a la persona más detestada de la doctrina constitucional alemana”<sup>(3)</sup>. Sin embargo, en algunas ocasiones es imposible no percibir muy nítidos ecos schmittianos en los mismísimos inicios del régimen de Bonn. Como muestra bastan dos botones. En primer lugar, el constitucionalista Adolf Süsterhenn, convencional constituyente y, además, ministro de Justicia del primer gobierno federal de posguerra, durante la segunda sesión de la asamblea constituyente del 8 de septiembre de 1948 sostuvo:

El tribunal constitucional requerido por nosotros también debe tener el derecho de poner a prueba si el contenido de una ley corresponde al espíritu y a los fundamentos iusnaturales y de derechos humanos de la constitución, como por ejemplo es el caso del tribunal federal de los EE.UU., el cual más allá de la voluntad del legislador se ha convertido en guardián de la constitución, en protector del derecho natural y

---

Zamora (Madrid: Marcial Pons, 2020). Irónicamente, el muy reciente libro de Rüthers sobre la revolución secreta llevada a cabo por el Tribunal Federal Constitucional alemán confirma las señales de alarma ya casi centenarias enviadas por Schmitt en su ensayo sobre *El guardián de la constitución* acerca de lo que sucede cuando un tribunal se convierte en el protector de la constitución. Ver Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung. Anhang: Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, 5ta. ed. (Berlín: Duncker & Humblot, 2016).

(2) Jan-Werner Müller, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought* (New Haven: Yale University Press, 2003), p. 64.

(3) Volker Neumann, *Carl Schmitt als Jurist* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2015), p. 116.



de la conciencia encarnada de la totalidad del pueblo. No le tenemos miedo alguno al peligro —pintado en la pared por el tocayo del señor colega [constituyente] Carlo Schmid aunque escrito con dos “t” — de una así llamada política con forma de justicia [o política judicializada: *justizförmigen Politik*] (4).

En segundo lugar, en febrero de 1954, durante una sesión de la comisión de jurisprudencia y derecho constitucional del parlamento alemán, Adolf Arndt —quien no solo había sido perseguido por los nazis, sino que en la década de 1950 era el jurista principal de la socialdemocracia alemana— explicaba que:

[E]l artículo 79 [de la Ley Fundamental de Bonn] solamente da una potestad limitada para la reforma o ampliación de la constitución. Por lo demás, incluso si el artículo 79 no se hallara en la constitución, así y todo existiría un límite material para una modificación. Este descubrimiento se lo debemos a los trabajos de Carl Schmitt. No tengo inhibición alguna en citar al Diablo; pues a veces es también la fuerza que siempre niega la que produce el bien. Gente como Carl Schmitt o Ernst Jünger u otra gente de esta clase, que se ha dedicado fuertemente a la demolición de ideas falsas, ha desempeñado una función histórica totalmente positiva (5).

## 1. EL ARGUMENTO DE LA INJUSTICIA O LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Alexy trata de mostrar la conexión directa y necesaria entre derecho y moral apelando a dos grandes escenarios. El primero corresponde al razonamiento judicial *excepcional* provocado por la injusticia legal, la cual ocasiona una desconexión entre derecho y moral “desclasificante” (6). A pesar de que estemos frente a disposiciones legales (al menos institucionalmente hablando) y eficaces, las mismas quedan jurídicamente “desclasificadas”, se convierten en “no-jurídicas” o

---

(4) Citado en Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre* (Berlín: Duncker & Humblot, 1958), p. 106.

(5) Citado en Dirk van Laak, *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik* (Berlín: Akademie Verlag, 2002), p. 160.

(6) Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho*, J. Malem Seña (trad.) (México, Gedisa, 2013), p. 32.

“no-derecho”, debido a su inmoralidad o injusticia manifiesta. Esto es característico de las disposiciones legales del nazismo. Por supuesto, aquí Alexy desarrolla la tesis de Radbruch, según la cual “la contradicción entre la ley positiva y la justicia” es “tan insoportable que la ley, en tanto ‘derecho injusto’” tiene “que ceder ante la justicia”<sup>(7)</sup>.

En este contexto, Alexy cita un pasaje del fallo sobre ciudadanía del año 1968 del Tribunal Constitucional Federal que hace referencia a la ley de ciudadanía del Reich del 25 de noviembre de 1941 que privaba de la ciudadanía alemana a los judíos emigrados durante el nazismo:

*El derecho y la justicia no se encuentran a disposición del legislador.*

La concepción según la cual un legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera significa una recaída en la actitud intelectual de un *positivismo legal valorativamente neutro*, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis jurídica. Justamente *la época del régimen nacionalsocialista en Alemania ha enseñado que también el legislador puede imponer lo injusto*. Por ello, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que hay que negar a las disposiciones ‘jurídicas’ nacionalsocialistas la validez como derecho porque *contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia* que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho<sup>(8)</sup>.

Al respecto, Alexy comenta: “Este es un clásico argumento no positivista. Se niega la validez... o el carácter de derecho a una norma impuesta conforme al ordenamiento y socialmente eficaz durante la duración de su validez por violar el derecho suprapositivo”<sup>(9)</sup>.

En este punto, el Tribunal Federal Constitucional y Alexy entran en territorio claramente schmittiano, particularmente el de la distinción entre Constitución y ley constitucional<sup>(10)</sup>. La distinción en su forma ma-

(7) *Ibid.*, p. 34.

(8) *Ibid.*, p. 16.

(9) *Ibid.*

(10) Cabe recordar que la propia Ley Fundamental de Bonn también entra claramente en territorio schmittiano. Por ejemplo, el artículo 21.2 de la Ley Fundamental o Constitución alemana reza: “Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales”. El artículo 18 del mismo documento sostiene que: “Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa..., de la

dura —su forma temprana ya se puede apreciar en la segunda edición de *La Dictadura*<sup>(11)</sup>— aparece en el capítulo III de su *Teoría de la constitución*, que trata sobre el concepto positivo de constitución, según el cual la constitución es una decisión “completa” tomada por el poder constituyente “sobre el tipo y la forma de la unidad política”. El poder constituido puede disponer o sancionar leyes constitucionales, pero sin afectar la decisión constitucional fundamental. Las leyes constitucionales siempre presuponen la Constitución<sup>(12)</sup>.

Convendría mencionar los primeros cuatro ejemplos que ofrece Schmitt para ilustrar “el significado práctico de la distinción entre Constitución y ley constitucional”<sup>(13)</sup>:

(a) el art. 76 de la Constitución de Weimar sobre la reforma constitucional, cuando se refiere a la “constitución”, tiene que ser entendido de tal forma que por su intermedio solo se puedan modificar las leyes constitucionales, pero no la Constitución;

---

libertad de enseñanza..., de reunión..., de asociación..., del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones..., así como del derecho de propiedad... y del de asilo... pierde [*verwirkt*] estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal”. El art. 79 de la GG, por su parte, estipula que: “Está prohibida una reforma de esta ley fundamental, a través de la cual se afecte la división de la federación en estados federados [*Länder*], la participación fundamental de los estados federados [*Länder*] en la legislación o los derechos fundamentales transcritos en los artículos 1 a 20”

(11) Ver Carl Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 4ta. ed. (Berlín: Duncker & Humblot, 1978), pp. 218-219.

(12) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 2da. ed. (Berlín: Duncker & Humblot, 1954), p. 22. En *Legalidad y Legitimidad* Schmitt sincroniza la distinción del título con la distinción entre ley constitucional y Constitución: “tal como lo ha expuesto un destacado teórico del derecho constitucional, Maurice Hauriou, [los principios fundamentales] tienen una ‘supralegalidad constitucional’, que no solo se eleva por sobre las leyes usuales, simples, sino también sobre las leyes constitucionales escritas y excluye su supresión a través de leyes de reforma de la Constitución. Soy de la opinión de Hauriou, de que toda constitución conoce estos ‘principios fundamentales’ que pertenecen al sistema constitucional fundamentalmente invariable... y que el sentido de las disposiciones constitucionales sobre la revisión de la Constitución no es el de abrir un procedimiento para la eliminación del sistema del ordenamiento que debe ser constituido mediante la Constitución. Cuando la Constitución prevé la posibilidad de reformas constitucionales, entonces ella no quiere entregar algo así como un método legal para la eliminación de su propia legalidad, y mucho menos un medio legítimo para la destrucción de su legitimidad”. Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (Berlín: Duncker & Humblot, 1932), pp. 60-61.

(13) Schmitt, *Verfassungslehre*, pp. 25-27.

(b) la Constitución es inviolable, pero las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción para proteger precisamente la Constitución;

(c) la Constitución asegura o garantiza una serie de derechos fundamentales, que no pueden ser eliminados sin violar la Constitución misma;

(d) las disputas constitucionales en sentido estricto no se refieren a las disposiciones o leyes constitucionales, sino a la Constitución como “decisión política fundamental”.

Tanto Alexy como Schmitt, entonces, quieren proteger ciertos principios fundamentales en situaciones de excepción. La diferencia es que mientras que Alexy y el Tribunal Federal Constitucional alemán creen que la violación de esos principios constituye una injusticia manifiesta que debe ser corregida por los tribunales o un tribunal en particular, Schmitt prefiere entenderlo como una cuestión política antes que como una decisión jurisdiccional. Me parece que el punto de Schmitt no solo se refiere a que los tribunales no son órganos políticos, sino que, además, *si estamos frente a una verdadera excepción* —es decir, el tema que Schmitt trata fundamentalmente en su *Teología política*— no tiene sentido apelar a los tribunales. El solo hecho de que se pueda tramitar una causa supone que existe el tiempo suficiente para debatir sobre el caso, con lo cual no estamos frente a una verdadera excepción en sentido schmittiano<sup>(14)</sup>.

Las excepciones que sí pueden tratar los tribunales son aquellas que afectan los derechos fundamentales sin llegar al extremo en el que todo el orden constitucional está en peligro. Precisamente, en su ensayo sobre “derechos y deberes fundamentales”—que bajo el título “Contenido y significado de la segunda parte de la Constitución del Reich” le había sido encargado por Richard Thoma y por Gerhard Anschütz para el famoso *Manual de derecho constitucional alemán de 1932*<sup>(15)</sup>—Schmitt explica, asimismo:

Toda normativa legal, toda intervención administrativa, toda intromisión estatal debe ser por principio limitada, medible y previsible, todo

---

(14) Sobre los diferentes momentos del razonamiento legal según Schmitt, véase Andrés Rosler, “Normalidad y excepción: el pensamiento jurídico de Carl Schmitt”, en G. Jensen (ed.), *Estudios sobre derecho, sociedad y pandemia* (Buenos Aires: IJ Editores), en prensa.

(15) Ver Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, pp. 181-230.

control estatal por su parte debe ser otra vez controlable. Siempre hay que aferrarse a que el contenido y el alcance de la libertad no deben resultar a partir de la ley. Una libertad “según la medida de la ley” no es libertad en absoluto en el sentido liberal. La reserva de la ley, por lo tanto, no es jamás la reserva de una condición o de un resumen, sino que es siempre solamente la reserva de una excepción, y por cierto una excepción que como tal debe ser por principio limitada, previsible y comprobable. En lo individual, en diferentes tiempos y en diferentes Estados, pueden existir diferentes interpretaciones sobre la medida de esta limitación impuesta al legislador. Se ha de decir en general que el legislador que llena la reserva de ley tiene a su disposición un amplio margen de maniobra, pero no debe eliminar el derecho de libertad como tal<sup>(16)</sup>.

Por otro lado, conviene recordar que Schmitt reconoce que determinadas cuestiones constitucionales (en el sentido amplio de la expresión) sí incumben a los tribunales: “quisiera afirmar la competencia judicial de revisión [*Prüfung*] respecto a la constitucionalidad [*Verfassungsgesetzlichkeit*] de las simples leyes [constitucionales], porque en verdad [en este caso] el principio de la separación de los poderes permanece protegido a pesar de todo”<sup>(17)</sup>. El punto de Schmitt es que

o bien existe una contradicción *manifiesta* [o *revelada*: *offenbarer*] frente a las disposiciones constitucionales, es decir una violación de la constitución: entonces el tribunal que determina explícitamente esta violación en toda forma ejercita en verdad una justicia vindicativa según la justicia penal; o bien la duda sobre el contenido de una norma está tan fundamentada y la norma en sí es tan poco clara que entonces tampoco se puede hablar de una violación si el tribunal tiene otra interpretación que el legislador, cuya ley se encuentra en contradicción con la dudosa ley constitucional. Entonces es claro que el tribunal funge como legislador, en la medida en que pone fuera de toda duda un contenido dudoso con fuerza de ley<sup>(18)</sup>.

Para Schmitt sería ingenuo creer que las decisiones genuinamente constitucionales transforman la inconstitucionalidad dudosa en una (in)constitucionalidad *urbi et orbi*. En estos casos, el juez no es un perito o experto que convence por su superioridad científica, sino que tiene autoridad. La famosa y profética conclusión de Schmitt es que

---

(16) *Ibid.*, pp. 208-209.

(17) Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 196.

(18) Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, pp. 80-81.

“[u]na expansión desenfrenada de la Justicia no transformaría al Estado en jurisdiccionalidad [o *jurisdictio: Gerichtsbarkeit*], sino que al revés transformaría a los tribunales en instancias políticas. La política por así decir no se juridificaría, sino que la Justicia se politizaría. La justicia constitucional sería una contradicción en sí misma”<sup>(19)</sup>.

## 2. EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS O LA APERTURA A LA TRASCENDENCIA

El segundo escenario, en el que según Alexy aparece la conexión directa y necesaria entre derecho y moral, es el del razonamiento judicial ordinario. Mientras que el escenario anterior del argumento de la injusticia tiene en cuenta una situación excepcional —a saber, la de una disposición jurídica extremadamente injusta—, el argumento de los principios corresponde a la agenda diaria del razonamiento judicial, “la vida jurídica cotidiana”<sup>(20)</sup>. Alexy habla del “perfeccionamiento” (*Fortbildung*) judicial<sup>(21)</sup>, que en un gesto de transparencia es traducido al español como “creación”<sup>(22)</sup>.

La situación ordinaria es diferente de la excepcional no solo por la frecuencia con que aparecen estos casos, sino que, además, mientras que en el primer escenario no hay dudas, ya que se trata de la “injusticia” extrema y manifiesta, en el segundo escenario, en cambio, estamos frente a la “textura abierta” del derecho, esto es, frente al derecho dudoso<sup>(23)</sup>. Es por eso que en estas situaciones la conexión entre derecho y moral no es “desclasificante”, sino “cualificante”, ya que en este caso la eventual deficiencia moral de la disposición no la convierte absolutamente en no-jurídica<sup>(24)</sup>.

Nuevamente, Alexy toma una sentencia del Tribunal Constitucional Federal, esta vez de 1973, como punto de partida para su reflexión:

---

(19) *Ibid.*, 98.

(20) Alexy, *El concepto y validez del derecho*, p. 73.

(21) *Ibid.*, p. 22.

(22) *Ibid.*, p. 17.

(23) *Ibid.*, p. 74.

(24) *Ibid.*, p. 32.

La sujeción tradicional del juez a la ley, elemento básico del principio de la división de los poderes y, por lo tanto, del Estado de derecho, ha sido modificada en la Ley Fundamental, en todo caso en su formulación, en el sentido de que *la actividad judicial está sujeta a la “ley y el derecho”* (art. 20, párrafo 3). Con esto, de acuerdo con la opinión general, *se rechaza un positivismo legal estrecho. (...) El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas*. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho [*ein Mehr an Recht*], que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto *un todo dotado de sentido* y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial<sup>(25)</sup>.

Como anticipamos, en este escenario nos enfrentamos a la estructura abierta del derecho:

Como dice Hart, todo derecho positivo posee una estructura abierta (*open texture*). Hay varias razones para que ello sea así. Especial importancia tiene la vaguedad del lenguaje del derecho, la posibilidad de contradicciones entre normas, la falta de una norma en la que pueda apoyarse la decisión y la posibilidad de decidir, en casos especiales, en contra del texto de una norma. Puede, en este sentido, hablarse de un “*ámbito de apertura*” del derecho positivo, que puede ser más o menos amplio pero que existe en todo sistema jurídico. Un caso que cae en el ámbito de apertura puede ser llamado un “caso dudoso”<sup>(26)</sup>.

La idea de que existe un “plus en derecho” y la de la “apertura” a los principios conjuran nuevamente el espíritu de Carl Schmitt. Schmitt habla de una “plusvalía” que le corresponde al Estado, “un premio supra-legal sobre la base de la posesión legal y del poder legal y sobre la base de la obtención de la mayoría”. “Este premio político”, agrega Schmitt, “es relativamente calculable en tiempos de calma y normalidad”, pero “en situaciones anormales es totalmente incalculable e imprevisible”<sup>(27)</sup>. Según Schmitt, este premio suprallegal:

[s]e origina en primer lugar a partir de la interpretación y la aplicación concretas de conceptos indeterminados y discrecionales, como “seguridad y orden públicos”, “peligro”, “estado de necesidad”, “medidas necesarias”, “hostilidad contra el Estado y la Constitución”, “disposición

---

(25) *Ibid.*, pp. 17-18; Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg: Karl Albert, 2011), p. 23.

(26) Alexy, *El concepto y validez del derecho*, pp. 73-74.

(27) Schmitt, *Legalität und Legitimität*, p. 35.

pacífica”, “intereses vitales”, etc. Tales conceptos, sin los cuales organización estatal [*Staatswesen*] alguna se las puede arreglar, tienen la peculiaridad de que están inmediatamente vinculados a la situación correspondiente, que obtienen su contenido concreto recién y ante todo a través de la aplicación concreta, que lo únicamente decisivo es su aplicación y manejo concretos en todos los tiempos y situaciones difíciles y políticamente importantes. En segundo lugar, para el caso de duda, en la situación políticamente difícil el poseedor legal del poder estatal tiene la presunción de legalidad de su lado, quien naturalmente siempre entra en escena para la aplicación de tales conceptos indeterminados. En tercer lugar, finalmente, en caso de legalidad dudosa de entrada, estas disposiciones también son rápidamente ejecutables, incluso cuando se prevé posibilidades de reclamos y protección jurisdiccional. En una carrera de velocidad entre el Ejecutivo y la Justicia, la mayoría de las veces la Justicia llegaría demasiado tarde, *incluso si en los casos políticamente interesantes se le diera a ella en la mano, para ella misma, el instrumento no inocuo de medidas y disposiciones temporales*. Por eso, *la chance jurisdiccional significa por cierto una corrección necesaria y una protección no despreciable, pero ella no puede ser políticamente decisiva*<sup>(28)</sup>.

Como se puede apreciar, Schmitt no cree que los jueces deban tener esta plusvalía supralegal o política, ya que según él la jurisdicción es usada para protegerse de esta plusvalía y en todo caso, aunque la justicia tuviera ese poder no daría el efecto buscado. Con lo cual, volvemos a un punto que vimos más arriba. La plusvalía supralegal no se refiere a la *corrección* de la decisión tomada o por tomar —después de todo eso es precisamente lo que está en cuestión—, sino a la autoridad y en todo caso a la ventaja con la que cuenta quien ejerce el poder.

Por otro lado, las varias referencias de Alexy al “ámbito de apertura del derecho positivo”<sup>(29)</sup> hacen que nos venga a la mente asimismo el “cristal de Hobbes” propuesto por Schmitt en sus notas o indicaciones a la edición de 1963 de *El concepto de lo político*:

El muy admirado sistema de Thomas Hobbes deja abierta una puerta a la trascendencia. La verdad según la cual “Jesús es el Cristo”... es una verdad de la creencia pública, de la “public reason” y del culto público, en el cual participa el ciudadano. (...). Pero la espeluznante guerra civil de las confesiones cristianas plantea inmediatamente la pregunta:

(28) *Ibid.*, pp. 35-36, énfasis agregado.

(29) Alexy, *El concepto y validez del derecho*, pp. 74, 76 y 126.



¿Quién interpreta y ejecuta de modo jurídicamente vinculante esta verdad continuamente necesitada de interpretación? ¿Quién decide cuál es el verdadero cristianismo? Este es el inevitable *Quis interpretabitur?* [¿Quién interpretará?] y el incesante *Quis iudicabit?* [¿Quién juzgará?]. ¿Quién acuña la verdad en moneda válida? A esta pregunta responde la proposición: *Autoritas, non veritas, facit legem* [La autoridad, no la verdad, hace la ley]. La verdad no se ejecuta a sí misma, para eso hacen falta órdenes ejecutables<sup>(30)</sup>.

### Schmitt agrega:

Enseguida se plantea la pregunta de si la neutralización [del conflicto] puede ser llevada más allá del marco de la confesión común en Jesucristo, por ejemplo hasta la creencia común en Dios —entonces la primera proposición también podría decir: Alá es grande—, o todavía más lejos hasta algunas de las muchas verdades necesitadas de interpretación, ideales sociales, *los más altos valores y principios básicos* a partir de cuyo cumplimiento y ejecución se originan disputas y guerras, v.g. libertad, igualdad y fraternidad; o: el ser humano es bueno; o: a cada uno según su rendimiento, etc.<sup>(31)</sup>.

En este contexto habría que mencionar, además, el ensayo que escribe Schmitt en 1960, *La tiranía de los valores*, sobre la jurisprudencia del por aquel entonces joven Tribunal Federal Constitucional. En la introducción Schmitt señala: “El interés que la jurisprudencia alemana mostró después de la Segunda Guerra Mundial por proveerse una fundamentación basada en la filosofía de los valores iba mano a mano con una revitalización del Derecho Natural. Ambas cosas expresaban el extendido afán de superar la mera legalidad del positivismo jurídico y conquistar el suelo de una legitimidad reconocida. Para algún que otro jurista, la filosofía de los valores tenía, en comparación con el derecho natural tomista, la gran ventaja de su cientificidad y modernidad”<sup>(32)</sup>. Sin embargo, dado que el Tribunal Federal Constitucional había encontrado en la nueva constitución valores objetivamente fundamentados, Schmitt advierte: “En una comunidad cuya Constitución prevé un legislador y leyes es asunto del legislador y de las leyes por él creadas determinar la mediación a través de reglas calculables y ejecutables y evitar el Terror de la ejecución inmediata y automática del valor. (...)”.

---

(30) Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 3ra. ed. (Berlín, Duncker & Humboldt, 1963), pp. 121-122.

(31) *Ibid.*, pp. 122-123, énfasis agregado.

(32) Carl Schmitt, *La tiranía de los valores* (Buenos Aires: Hydra, 2009), p. 107.

Un jurista que se aventura a ejecutar valores de manera inmediata debería saber lo que hace”<sup>(33)</sup>.

En este mismo ensayo Schmitt se hace una pregunta muy vinculada al “cristal de Hobbes”:

La validez de los valores se basa en posiciones de valor. Ahora bien, ¿quién es aquí el que pone los valores? (...) La libertad puramente subjetiva de la posición de valores conduce... a una lucha eterna de los valores y las cosmovisiones, a una guerra de todas contra todos, a un eterno *bellum omnium contra omnes*, en comparación con el cual el viejo *bellum omnium contra omnes* e incluso el estado de naturaleza homicida de la filosofía del Estado de Thomas Hobbes son verdaderos idilios. (...) Lo que para uno es el Diablo, para el otro el Dios<sup>(34)</sup>.

El punto de Schmitt es que es debido al desacuerdo sobre valores y principios que contamos con sistemas institucionales con autoridad. Insistir con teorías de la corrección jurídica que se basan en valores y principios, que encima son aplicados *inmediatamente*, hace que el derecho se vuelva redundante o contraproducente, invocando al problema como parte de la solución. Los jueces tienen que estar preparados para ser independientes de su propia ideología y sus propios valores. Por supuesto, hay casos que son genuinamente dudosos, pero entonces las teorías valorativas tampoco nos van a ayudar a resolverlos si es que existe un genuino desacuerdo sobre los valores. Es por razones morales de segundo orden que decidimos obedecer al sistema institucional antes que insistir con nuestros propios valores al respecto. Debería quedar claro entonces qué es lo que sucede en estos casos. No es la corrección sino la autoridad la que prevalece: *authoritas, non veritas*.

La gran cuestión del argumento de los principios es cómo identificamos un caso dudoso una vez que ampliamos el alcance del razonamiento judicial desde la ley hasta el derecho en general. ¿Es el derecho en general o suprapositivo al que recurrimos para resolver el caso dudoso o el caso dudoso se produce, en primer lugar, porque hemos recurrido al derecho suprapositivo? ¿El derecho en sentido amplio es el problema o la solución del caso dudoso? Traduciendo esto al lenguaje alexiano, ¿la ponderación y los principios son el efecto o la causa del

(33) *Ibid.*, pp. 146-147.

(34) *Ibid.*, p. 130.

caso dudoso y/o de la apertura del derecho? Pensemos en el caso del aborto: ¿cuáles son los materiales relevantes, los principios dotados de autoridad de antemano? ¿Cómo elegir entre los diferentes y opuestos principios en juego?<sup>(35)</sup>. Alexy asume que la fiesta puede tener lugar porque ya han sido repartidas las invitaciones, pero no queda claro de antemano quiénes van a ser los invitados.

Alexy suele invocar el punto de vista de los participantes<sup>(36)</sup>, es decir, el de los jueces, para defender la conexión necesaria entre derecho y moral en ocasión del argumento de los principios. Alexy tiene que recurrir a la perspectiva de los participantes en general, ya que si su teoría solo valiera para Alemania debido a que la Ley Fundamental de Bonn les indica a los jueces cómo deben desempeñar su función, un positivista podría explicar este punto sin mayores dificultades.

Sin embargo, este argumento de Alexy es circular. Hay jueces precisamente como Farrell que no se sienten reflejados en el contenido de sus sentencias, ya que si fuera por ellos en no pocas ocasiones habrían dictaminado de modo diferente. Un juez farrelliano *no* conecta necesariamente al derecho con la moral. Recordemos el *dictum* de Farrell nuevamente: “Un juez que nunca dicte una sentencia cuyo resultado le desagrade no es un buen juez”.

En este mismo sentido, John Gardner cita un juez del *common law* debido a que su opinión es bastante representativa para esa clase de sistemas: “siento que... me faltaría franqueza si fuera a ocultar mi infelicidad respecto a la conclusión que me siento compelido a alcanzar”<sup>(37)</sup>. La misma filosofía judicial se puede apreciar en la presentación del juez Neil Gorsuch durante su audiencia de confirmación ante el Senado de los EE.UU.:

[N]uestro sistema de auto-gobierno requiere que los jueces apliquen el texto de nuestras leyes tal como fueran sancionadas por los representantes del pueblo. Entonces nuestros jueces, según el diseño institucional, juegan un papel crucial aunque limitado. Deciden casos o controversias, pero al resolver esos casos solo pueden ver las leyes escritas por el pueblo. Los jueces no son libres de reescribir las leyes

---

(35) Alexy, *El concepto y validez del derecho*, p. 75.

(36) *Ibid.*, p. 41.

(37) John Gardner, *Law as a Leap of Faith* (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 141.

para obtener los resultados que ellos creen son más justos. Los jueces no son libres de reordenar las disposiciones jurídicas para hacerlas más equitativas. Obviamente, los jueces no son libres de actualizar la Constitución. Ese no es su trabajo. Ese poder es retenido por el pueblo actuando a través de sus representantes. Y cuando nuestros jueces no respetan este poder limitado, cuando sustituyen sus propias preferencias políticas por las de la rama legislativa, le quitan al pueblo estadounidense el derecho de gobernarse a sí mismo. Cuando eso sucede, el gobierno es socavado centímetro a centímetro y paso a paso, el equilibrio de poder cuidadosamente construido es alterado y la libertad individual está perdida <sup>(38)</sup>.

Los jueces entonces no son superhéroes, sino soldados que obedecen la autoridad incluso de la Constitución <sup>(39)</sup>. Después de todo, es por eso que se les toma un juramento. Sin embargo, la moralización que ha experimentado la noción de democracia al haberse quedado afortunadamente sin enemigos, ha hecho que a veces nos olvidemos de que la Constitución democrática —al igual que el resto del derecho— impone una relación de autoridad, de supra- y subordinación <sup>(40)</sup>. Si la Constitución fuera realmente un sucedáneo del discurso moral, su solo contenido sería suficiente para imponer obligaciones, sin promulgaciones ni juramentos (ni fuentes para el caso).

Otra cuestión muy importante a tener en cuenta es que, como bien dice Alexy: “Existe un caso dudoso cuando la ley que hay que aplicar es imprecisa y las reglas de la metodología jurídica no conducen necesariamente a un único resultado” <sup>(41)</sup>. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado de que la precisión o la imprecisión, la facilidad o la dificultad de un caso sean jurídicas, es decir, dependan del caso en sí mismo y no de sus repercusiones. A veces un mismo caso no conduce a un único resultado, pero no porque sea impreciso o difícil, sino sencillamente debido a que las consecuencias del caso son políticamente urticantes, mucha gente sale a la calle, hay varios intereses de por medio, etc.

---

**(38)** Audiencia de confirmación sobre la nominación del hon. Neil M. Gorsuch para que sea juez asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, 20 de marzo de 2017, p. 3.

**(39)** Huelga aclarar que en algunos casos hasta los soldados tienen que desobedecer las órdenes y, precisamente, cuando un soldado desobedece una orden no dice que la está “interpretando”.

**(40)** Ver Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 5.

**(41)** Alexy, *El concepto y validez del derecho*, p. 19.

### 3. NAZISMO Y POSITIVISMO

Dado que los dos grandes escenarios en los que se despliega el neoconstitucionalismo de Alexy, sea el de la injusticia manifiesta o el de la estructura abierta del derecho, se refieren a —si no es que giran alrededor de— la neutralidad axiológica y la indefensión del positivismo en relación con el nazismo, tal vez convenga aprovechar esta oportunidad para esclarecer muy brevemente algunos malentendidos.

En primer lugar, la idea de que el derecho de Weimar era legalmente inerte es una leyenda. Existían varias leyes que protegían la república que no fueron aplicadas por los jueces: el parágrafo 2 de la Reichsvereinsetzung (RVG) de 1908, el art. 129 del Código Penal, y las leyes de defensa de la república de 1922 y de 1930<sup>(42)</sup>. Por ejemplo, según el parágrafo 9, sección 1 de la ley de Defensa de la República de 1930, debía ser prohibido un partido “que persiga la aspiración de socavar la forma constitucional republicana del Estado del Reich o de un Land”. El propio Schmitt, antes de cruzar el Rubicón, obviamente sabía de la existencia de estas disposiciones, tal como lo muestra su discurso en homenaje a Hugo Preuß de 1930<sup>(43)</sup>. Los partidos contra el sistema entonces ya estaban prohibidos por ley, pero la ley evidentemente no fue aplicada.

En segundo lugar, la neutralidad axiológica del positivismo es otra leyenda, lo cual se puede advertir en las críticas que el propio Schmitt le formula al positivismo durante el nazismo, que por otro lado son básicamente las mismas críticas de Alexy y el Tribunal Federal Constitucional.

Comencemos por el tristemente célebre artículo de Schmitt de 1934, “el Führer defiende el derecho”:

El 3 de octubre de 1933 el Führer ha hablado sobre Estado y derecho en las Jornadas de Juristas Alemanes en Leipzig. Él indicó la oposición entre un derecho sustancial (no separado de la eticidad y de la justicia) y la vacía legalidad de una neutralidad no verdadera y desarrolló las contradicciones internas del sistema de Weimar, que se

---

(42) Ver Neumann, *Carl Schmitt als Jurist*, pp. 258-259.

(43) Ver Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, pp. 178-179, n. 20.

auto-destruyó en esta legalidad neutral y se entregó a sus enemigos. A esto añadió la frase: “Esto debe ser una advertencia para nosotros” <sup>(44)</sup>.

Pasemos ahora a un par de artículos de 1935 escritos por Schmitt sobre el Estado de derecho, cuyo propósito era abogar por “el Estado de derecho alemán de Adolf Hitler” <sup>(45)</sup>. En su trabajo “El Rechtsstaat”, Schmitt sostiene *more alexiano* que “no hay Estado que se declare abiertamente como un Estado de no derecho [*Unrechtsstaat*] y por lo tanto todo Estado quiere un Estado de derecho” <sup>(46)</sup>. Sin embargo, dice Schmitt, “en el siglo XIX la concepción individualista-liberal del Estado y de la sociedad se ha apoderado de la palabra Estado de derecho” <sup>(47)</sup>. Schmitt agrega que “el Estado de derecho como un modo de operar no determinado en términos de contenido, sino solo formalmente, no sustancialmente sino funcionalmente, se ofrece a las más diferentes concepciones de justicia como un instrumento de su aplicación y realización”. De este modo, “el Estado de derecho se convierte en un *contra-concepto* del Estado de justicia. No sirve a la justicia en sentido material, sino a una previsibilidad positivista”. Esta concepción del Estado de derecho “conduce asimismo de modo consecuente a un positivismo legal neutral, intercambiable y transforma al Estado de derecho en su contrario, a saber en un Estado legal indiferente” <sup>(48)</sup>.

Ahora bien, a diferencia de Alexy y del Tribunal Federal Constitucional, incluso en su etapa “polémica” Schmitt es consciente de que la tesis de la neutralidad axiológica no le hace justicia al positivismo liberal. En su artículo “¿Qué significa la disputa por el ‘Estado de derecho’?” de 1935, Schmitt reconoce que el Estado de derecho liberal temprano (cuya filosofía del derecho era el positivismo) “todavía tenía una cosmovisión y era capaz de una lucha política” <sup>(49)</sup>. En el artículo sobre el Estado de derecho, también de 1935, Schmitt reconoce que el positivismo no es axiológicamente neutral, ya que al Estado de derecho liberal le corresponde “un *concepto de ley* determinado: la ley en sentido

---

(44) Carl Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, 3ra. ed. (Berlín: Duncker & Humblot, 1994), p. 227.

(45) Carl Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916 bis 1969*, Günter Maschke (ed.) (Berlín: Duncker & Humblot, 1995), p. 117.

(46) *Ibid.*, p. 109.

(47) *Ibid.*, p. 111.

(48) *Ibid.*, pp. 111-112.

(49) *Ibid.*, p. 126.

formal es solo una resolución que se lleva a cabo bajo la participación de la representación del pueblo libremente elegida según un procedimiento determinado después de una discusión pública, porque según la visión liberal solo la participación de la representación del pueblo y solo este procedimiento pueden asegurar la razón y justicia necesarias para una ley, las cuales le dan a la ley su ‘primacía’ ante todas las otras expresiones de voluntad del Estado”<sup>(50)</sup>. El punto queda todavía más claro en el siguiente pasaje de Schmitt: “a pesar de la aparente neutralidad e instrumentalidad, esta clase de Estado de derecho se convierte... en un medio típico del individualismo liberal”, ya que de este modo las acciones del Estado son previsibles para los individuos<sup>(51)</sup>.

Dicho sea de paso, la energía política del positivismo liberal también se puede advertir en la monografía de Schmitt sobre Hobbes de 1938 escrita después de haber caído en desgracia con el régimen, que no fue bien recibida por los juristas nazis, ya que en la teoría política y jurídica de Hobbes confluyen el positivismo, el iluminismo y la soberanía del Estado que precisamente luchaban contra las corporaciones, es decir, “la *potestas indirecta*, que exige obediencia sin poder proteger, quiere mandar sin tomar sobre sí el riesgo de lo político”<sup>(52)</sup>, lo cual es una referencia más o menos velada de Schmitt al jacobinismo marrón del partido nacionalsocialista que se había apoderado del Estado.

Schmitt mismo, en tercer lugar, adopta una forma de positivismo que podemos llamar normativo o político en la medida en que —antes y después de su adhesión al nazismo— defiende al Estado, “esa obra maestra de la forma europea y del racionalismo occidental”<sup>(53)</sup>, como creador del derecho. “El Estado”, dice Schmitt en la edición de *El concepto de lo político* de 1963, “es un imperio de la razón (esta fórmula proviene de Hobbes y no recién de Hegel), un *imperium rationis* (*De cive* 10 § 1)”<sup>(54)</sup>. Schmitt, además, denomina a su propio concepto

---

(50) *Ibid.*, p. 114, cf. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, p. 99.

(51) Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos*, p. 112, énfasis agregado.

(52) Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, G. Maschke (ed.), 2da. ed. (Stuttgart: Klett-Cotta, 1982), p. 127.

(53) Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, p. 10.

(54) *Ibid.*, p. 121.

de constitución “positivo”<sup>(55)</sup> y en la monografía ya mencionada sobre Hobbes en varias oportunidades señala al autor del *Leviatán* como el padre espiritual del Estado de derecho y del positivismo liberal, amén de identificarlo como el gran teórico del Estado, es decir, del derecho público europeo<sup>(56)</sup>.

En cuarto lugar, cabe recordar la otra leyenda, tal vez la más preocupante, según la cual el positivismo era la filosofía del derecho del nazismo. En rigor de verdad, era exactamente lo contrario. Como explica Michael Stolleis,

Como la doctrina constitucional de la República Federal temprana se pensó a sí misma como decididamente antipositivista y siempre explicó que el positivismo arrastraba la culpa de la “perversión del derecho” nacionalsocialista, el “buen” antipositivismo continuó ininterrumpidamente. El “orden de valores” de la Ley Fundamental, que posibilitó el contacto con los valores suprapositivos y entonces nuevamente infiltró “puntos de entrada” en el derecho válido, pareció garantizar un futuro democrático y conforme al Estado de derecho. Que los nacionalsocialistas y sus constitucionalistas también se presentaban como decididos antipositivistas y asimismo hablaron de “puntos de entrada”, pareció ser ciertamente un desarrollo colateral marginal, si no es que esta circunstancia fue directamente reprimida”<sup>(57)</sup>.

Bernd Rüterthers precisamente muestra que la perversión nacionalsocialista del derecho se debió al antipositivismo imperante<sup>(58)</sup> y en su reciente obra sobre la “revolución secreta” llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Federal alemán que convirtió al Estado de derecho democrático en un Estado judicial, llega básicamente a la misma conclusión. El “mismo método” de interpretación objetivo o teleológico-utilitario utilizado por el derecho nacionalsocialista para poner en marcha su plan de “renovación jurídica”, “prevaleció cada vez más en todas las áreas del derecho, después de 1949, sobre todo bajo el liderazgo del Tribunal Constitucional Federal, como el método prevaleciente de ‘interpretación’ (*Auslegung*) o más precisamente de ‘inser-

(55) Ver Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 20.

(56) Ver Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, pp. 103-104; 157.

(57) Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus* (Munich: Beck, 1999), p. 200.

(58) Ver Bernd Rüterthers, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich* (Madrid: Marcial Pons, 2016).



ción' (*Einlegung*), que se ha sostenido hasta hoy" (59). El final del libro de R uthers es absolutamente farrelliano: "La transformaci3n de la sociedad y del ordenamiento jurídico o incluso de la Constituci3n es tarea de los 3rganos legislativos legitimados democráticamente, en el Estado constitucional democrático, no de los tribunales ni del Tribunal Federal Constitucional" (60).

#### 4. CONCLUSI3N

A primera vista, la recuperaci3n schmittiana del Estado moderno, o del positivismo político si se quiere, parece ser un retroceso o en todo caso una manera de volver al pasado. Sin embargo, es exactamente al revés. La idea de que el derecho es la filosofía verdadera, *vera philosophia*, en realidad es anterior al positivismo, ya que es característica del *mos gallicus* humanista, según el cual la normatividad del derecho dependía de su racionalidad (61). Si realmente nos preocupa hacer retroceder el reloj habría que recordar que la idea de un Estado jurisdiccional basado en respuestas correctas es una noci3n premoderna, característica de la Edad Media, ya que en aquel entonces se podía "equiparar al Estado con la jurisdicci3n, en la medida en que se crea en normas de contenido, absolutas, cuyo solo descubrimiento y aplicaci3n permitan una judicializaci3n absoluta" (62), lo cual obviamente supone la homogeneidad del Estado medieval (63). El derecho moderno, en cambio, es una respuesta a la heterogeneidad, al desacuerdo sobre estas normas absolutas, sobre las razones de contenido, por lo cual no podemos darnos el lujo de insistir con las respuestas jurídicas correctas independientemente del sistema jurídico y con jueces que actúan como superh eros al servicio de consensos valorativos inexistentes.

---

(59) R uthers, *La revoluci3n secreta*, p. 52.

(60) *Ibid.*, p. 165.

(61) Ver Schmitt, *Staat, Gro raum, Nomos*, p. 213.

(62) Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufs tze aus den Jahren 1924-1954*, p. 98.

(63) Ver Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, p. 75.



DEBER, PODER Y QUERER. EL CONATUS DE  
SPINOZA Y ESOS TRES REGISTROS SOBRE EL FILO  
DE LA AUTONOMÍA Y LA HETERONOMÍA

UNA HIPOTÉTICA (Y ANACRÓNICA) RESPUESTA DE  
ATRIA AL DEBATE KELSEN-SCHMITT SOBRE AQUEL  
CONCEPTO LÍMITE: LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

*Máximo Lanusse Noguera*

*Justice, might.-It is right that what is just should be obeyed; it is necessary that what is strongest should be obeyed. Justice without might is helpless; might without justice is tyrannical. Justice without might is gainsaid, because there are always offenders; might without justice is condemned. We must then combine justice and might and, for this end, make what is just strong, or what is strong just. Justice is subject to dispute; might is easily recognized and is not disputed. So we cannot give might to justice, because might has gainsaid justice and has declared that it is she herself who is just. And thus, being unable to make what is just strong, we have made what is strong just" "...No doubt equality (...) is just; but, being unable to cause might to obey justice, men have made it just to obey might".*

Blas Pascal, Pensées<sup>(1)</sup>.

---

(1) Reproduzco la versión en inglés de W. F. Trotter, de *The Great Books of The Western World*, nro. 33 (Londres: Encyclopedia Britannica, 1952), p. 227. Agregó aquí una traducción (propia) al castellano y otra en el idioma original, disponible en la web:

## 1. GRATITUD A QUIENES NOS ENSEÑARON

Conocí a Martín haciendo una de esas cosas que nos dan dicha. Leer, estudiar, pensar, debatir. Fue mi profesor, primero de maestría y luego en el programa de doctorado de la UP, donde compartimos seminarios estimulantes. También pude compartir varios otros desconstruados, fuera de las exigencias de planes curriculares. Nos invitaba Jaime Malamud Goti y leíamos, todo eso que, a quienes tuvimos formación jurídica, nos da sed: Borges, Shakespeare, Dante, Virgilio, Dodds, Bernard Williams, Homero, Hesiodo, Sófocles y Esquilo, entre otros.

En todos esos años pude apreciar su sentido del humor, su inteligencia y su docencia. Pero más allá de lo anecdótico, el rasgo que liga esos aspectos de su carácter intuyo es cierta predisposición lúdica, una frescura y disfrute casi infantil de la labor intelectual como un “juego”. Jamás se identificó con quienes confunden la calidad de las ideas con las liturgias académicas, la seriedad y la veneración, la producción intelectual reducida a *espacio de consagración*. Martín siempre estuvo dispuesto a jugar con el pulso y la vitalidad de las ideas frescas, genuinas, lejos de las inmaculadas tentaciones dogmáticas.

---

*Justicia, Poder- Es correcto que lo que es justo sea obedecido; es necesario que lo que es fuerte sea obedecido. La justicia sin fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica. La justicia sin fuerza es contradicha porque siempre hay ofensores; la fuerza sin la justicia es acusada. Por tanto, hay que poner juntas la justicia y la fuerza; y ello para hacer que lo que es justo sea fuerte y que lo que es fuerte sea justo. La justicia es sometida a disputa; el poder es fácilmente reconocido y no es discutido. Entonces no podemos darle poder a la justicia porque el poder la ha negado y ha declarado que él es justo. En consecuencia, incapaces de darle fuerza a la justicia, hemos hecho de lo fuerte lo justo. Sin duda la equidad es justa; pero ante la imposibilidad de lograr que el poder obedezca a la justicia, los hombres han hecho que sea justo obedecer al poder.*

*Justice, force.*

*Il est juste que ce qui est juste soit suivi; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi.*

*La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique.*

*La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste.*

*La justice est sujette à dispute. La force est très reconnaissable et sans dispute. Aussi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste.*

*Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste.*

También debo confesar que me debatí entre la crítica y la admiración ¡Esa extrema facilidad para simplificar los problemas más complejos y presentarlos con una claridad imposible! No sé, me parecía sospechosa, tenía que hacer trampa. Pura manipulación socrática, no había otra explicación.

Pero no, era talento, un particular cuidado en el uso sobrio del lenguaje y la introducción de información justa y necesaria en cada argumentación. De todas maneras, yo ya estaba arruinado, había leído demasiada filosofía y no pude esquivar a los (barrocos) franceses.

Ahora tengo la oportunidad de agradecer y reconocer a aquel maestro con algunos párrafos, pobres en ideas, pero ricos en cariño. Intentaré disimular lo primero y evitar la tentación de los ornamentos.

El artículo, sin duda, dejará en evidencia la naturaleza de mi (irracional) envidia. Como enseñaba Martín, solo envidiamos a aquellos con quienes nuestra condición no es (demasiado) asimétrica.

Bien, intentaré (con toda probabilidad, fútilmente) evitar lo que Michel de Montaigne llamó “la vanidad de las palabras” y decir algo que pueda resultar interesante. No me atrevo a decir útil.

La obra de Martín ha sido de lo más vasta y variada. Ha atravesado tópicos de filosofía moral, filosofía política y teoría del derecho. Lejos de cualquier pretensión, y con el perdón de los editores, las líneas que siguen simplemente persiguen recorrer algunos problemas transversales a esas disciplinas teóricas, que espero, capturen el interés y entrega de Martín. Él siempre fue muy prolijo en diferenciarlas. No seré tan disciplinado, porque me interesa lo que las imbrica, como tópicos de la filosofía práctica. No se trata de un asunto poco importante sino como postularon los griegos, acerca de “cómo es preciso vivir”, agregaría yo, “juntos”.

La última invitación, y oportunidad, que tuve de compartir tiempo cualitativo con Martín, y que con mucha pena tuve que rechazar, fue a una nueva versión del seminario de debate del doctorado de la UP. Ese año el plan era leer y discutir la obra de Fernando Atria, “La forma del derecho”<sup>(2)</sup>. Un libro extraordinario. Se me ocurrió, entonces, dedicar

---

(2) Fernando Atria, *La forma del derecho* (Madrid: Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, 2016).

estas páginas a Martín, pero habitar algunas de las ideas de Atria, con alusiones impresionistas en lugar de un estudio sistemático, como una forma de remediar aquella ausencia.

Ahora sí, abandono los prolegómenos.

## 2. NORMAS *VERSUS* DECISIONES

En el trabajo “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”<sup>(3)</sup>, Martín Farrell se concentra en aquel debate surgido en la “breve, dramática y agitada República de Weimar (1919-1933)”<sup>(4)</sup>, pero cuya producción teórica trascendió aquel singular contexto.

Es una curiosidad, pero si bien en las facultades de derecho aparentemente ganó Kelsen, en el campo de la ciencia política, prima la influencia de Schmitt.

La constitución de Weimar no evitó la Alemania nazi, el orden jurídico internacional no evitó el terror y la tortura y mucho menos, erradicar la soberanía. Quizá porque los hechos le dieron la razón a Schmitt es que seguimos soñando con el gobierno de la ley junto a Kelsen.

Yo creo que ambos teóricos admiraron los dispositivos culturales modernos de coexistencia, uno al derecho, el otro a la política. En este artículo intentaré sugerir que el derecho sin la política carece de sentido y que la política sin el derecho se desfonda en lo que desde el vamos pretendía superar, la guerra. Se trata de canalizar la vida colectiva atravesada por la heterogeneidad y el desacuerdo, sobre el trasfondo ético de una *decisión de vivir juntos*. Entre el fanatismo y la indiferencia, entre la enemistad y la clausura discursiva, intentamos habitar el desacuerdo. El propio Kelsen en su ensayo *Qué es la Justicia* concluyó algo similar.

Pero Martín, siempre fiel a J. Stuart Mill, se ocupa antes que nada de señalar que no tematizará la filiación ideológico y política de tamaños personajes, sino que se circunscribirá a describir sus posiciones

---

(3) Martín Farrell, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, en *Enseñando ética* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, Colección de Ciencia Jurídicas, 2015), pp. 209-235.

(4) *Ibid.*, p. 209.

como juristas, ambos destacados. En ese sentido, advierte que no resulta sensato defender la teoría de Schmitt o la de Kelsen por su superioridad respecto del contrincante. En cambio, Martín parece disolver la tensión con otra pregunta como relevante, contextual y pragmática: “¿En qué situaciones piensa usted recurrir a la teoría?” La tesis que defiende Martín en el capítulo de “Enseñando ética” es que, en situaciones de normalidad, la teoría de Kelsen “da cuenta perfectamente del derecho”, mientras que en situaciones de excepción “es mejor recurrir a la teoría de Schmitt”.

No reproduciré los términos de aquel debate bien conocido. Pero Farrell lo *simplifica* así.

Kelsen describe a la perfección el derecho como normatividad al punto que todos sus esfuerzos se dirigen a erradicar todo componente decisionista. Ello lo conduce a enarbolar una ciencia normativa y a recluir lo demás a la sociología y psicología. En consecuencia, destina una buena cantidad de sus esfuerzos a desterrar el ineludible componente fáctico que coloca a la soberanía por encima del ordenamiento jurídico (y le otorga capacidad incluso para colocar una nueva norma fundamental en la base). Por un lado, a través de la purificación epistemológica, pero por otro, colocando a los ordenamientos jurídicos nacionales dentro de un orden supranacional global, de manera que el *principio de efectividad* (correlato del de eficacia) no fuere patrimonio del soberano (o de la revolución triunfante) sino del orden internacional (el problema, agregaría yo, es que ese orden dista de trascender las relaciones de fuerza...).

En contraste, Schmitt describe a la perfección los estados de excepción en los que el soberano “decide” la excepción (y, por ende, el derecho), colocándose por fuera y por encima de toda norma legal.

Ambos acentos generan miradas opuestas en torno al derecho. Mientras Kelsen subraya su existencia como *deber ser válido*, que equipara a estatalidad, Schmitt destaca su subordinación fáctica a la decisión soberana, la existencia de una unidad política (o un conflicto) que trasciende cualquier formalidad jurídica y aspiración de imparcialidad. Ese “o” es tramposo, por cuanto es Martín el que pone el énfasis en la crisis y la emergencia, Schmitt, más que en algún contexto que la explique o justifique, encuentra en la soberanía, en la voluntad, en la decisión, la *esencia de lo político* (que subordina a lo jurídico).

Tras la pregunta por el mejor guardián de la Constitución, en rigor, hay dos conceptos diferentes de ella, mientras Kelsen está pensando en el mejor guardián de las normas o el sistema de normas, Schmitt, está pensando en el mejor guardián de la unidad política. El “qué” se custodia pone en juego el “quién” debe hacerlo y si puede (y quiere) hacerlo. Schmitt quiere defender la soberanía constitutiva del ser y la acción política, no al sistema jurídico.

A Martín le interesa en particular el rol de las cortes supremas o tribunales superiores de justicia cuando son forzados a revisar decisiones del Poder Ejecutivo que, en nombre o a raíz de alguna emergencia o amenaza existencial, suspenden o transgreden en forma directa el orden jurídico para salvar la existencia política, es decir, aquellos casos en que se juegan las posibilidades o no del derecho de “sujetar a la contingencia de lo político”, para usar una elocuente expresión de Atria<sup>(5)</sup>.

Por ese motivo, en el debate sobre quién debe ser el guardián de la constitución, se inclina por el enfoque de Kelsen que, de alguna manera, a pesar (o en virtud) del destino de la república de Weimar, finalmente triunfó como auto representación del derecho, sea en el formato del constitucionalismo moderno o el neoconstitucionalismo contemporáneo. Pero ello sin ignorar que es la teoría de Schmitt la que mejor describe esos contextos de excepción en los que se suspende el ordenamiento jurídico. Y es que Martín lo sabe muy bien, no hay derecho sin fuerza, todo *deber* supone *poder*.

Dicho de otra forma, como bien destaca con palabras de Heller, “la ordenación normativa social sólo se comprende de manera adecuada si se considera que *el ser* y *el deber ser* no se encuentran en un estado de aislamiento (unilateral), sino —por el contrario— en una coordinación correlativa...”<sup>(6)</sup>. El Estado existe como decisión constitutiva (facticidad), pero persiste y adopta su forma como conjunto de normas válidas (validez).

Martín Farrell es perfectamente consciente y realista: en la vida real, las tensiones entre los hechos, las decisiones y las normas existen, y en momentos críticos, quienes deben velar por la sujeción a las

(5) Fernando Atria, “El Derecho y la contingencia de lo político”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 26 (2003), pp. 319-345.

(6) Herman Heller, *Teoría del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 1974), pp. 74 y 203.



normas, “deben” reconocer la supremacía de la fuerza, como condición de posibilidad de toda institución de normas. Se trata del registro de la necesidad y la posibilidad, aunque no necesariamente de la justicia. Pero la justicia que no se realiza en el tiempo no es justicia. Las promesas que no se cumplen corroen la posibilidad de que exista la confianza que les permite performar en una práctica. La magia de la *acción a distancia*, la magia de eso que llamamos lenguaje (performativo) precisa de determinadas condiciones sociales, no opera en el vacío<sup>(7)</sup>.

Martín tiene la intuición correcta cuando pone el acento en la preocupación práctica sobre la obsesión teórica, lo relevante no es que pensar acerca de todo esto sino *qué hacer*. Pero más allá de la diferencia de velocidades que es preciso reconocer a la hora de la acción, norma y excepción, no son fenómenos ontológicamente diferentes, sino las dos caras de un mismo fenómeno, que es la dependencia ineludible de cualquier derecho de la fuerza (y de un trasfondo). El derecho para operar precisa de la fuerza, la excepción solo lo despierta de aquel sueño de estabilidad donde se da por sentado un orden que en rigor es contingente.

Y tanto Kelsen como Schmitt sabían muy bien que lo que se plasma en normas y obligaciones es antes que nada y que todo, voluntad, una decisión en el tiempo y en la historia, donde existen vencedores y vencidos. Esa voluntad contingente, con la mediación del olvido, que opera en la normalidad, se traduce en normas y estructuras institucionales que se justifican funcionalmente: mandatarios con discrecionalidad orientada a fines políticos, tribunales sujetos a la ley que deben adjudicar para intervenir imparcialmente en los conflictos jurídicos, parlamentos que deben deliberar para expresar la voluntad general. Pero los conflictos políticos, si se intensifican, despiertan, abren, la pregunta por la soberanía, más allá de la ley. Pero aquí se asoma otro eco, el de Paul Kahn:

---

(7) Pierre Bourdieu celebraba a John L. Austin por haber realizado esa maravillosa pregunta en torno cómo podemos “hacer cosas con las palabras”; pero criticaba el intentar encontrar únicamente en el lenguaje el principio de su eficacia. Para Bourdieu esa autoridad le es dada al lenguaje desde afuera. Para dar cuenta de esa fuerza, de esa acción a distancia, esa transformación real operada en ausencia de contacto físico “deberemos —como con la magia según Marcel Mauss— reconstruir la totalidad del espacio social en el cual son generadas y ejercidas las disposiciones y las creencias que hacen posible la eficacia de la magia del lenguaje”.

La aspiración de la soberanía es total, la aspiración de la razón encarnada en la ley también, mientras no se perciba una amenaza existencial pueden ignorarse mutuamente, mantener lo que Kahn llama una separación acústica gracias a las fronteras (que resguardan el espacio interior del exterior) y la memoria institucional o conmemoración (que resguarda el tiempo de la violencia revolucionaria, del poder constituyente originario). Esos límites arquetípicos aseguran el olvido de la contingencia de ambos bordes, la guerra y la revolución, crean un universo de sentido dentro del cual es posible la ilusión de lo universal<sup>(8)</sup>.

### 3. NADIE SABE LO QUE PUEDE UN TRIBUNAL

Lo que Martín llama *el principio de Kahn*, entonces, irrumpe como máxima de prudencia para esos tribunales. En tanto ejercen la jurisdicción, en ellos se depositó la defensa del derecho. *La decisión judicial es solo tan fuerte como la promesa (o posibilidad, matiza Farrell) de defender la decisión si surge algún conflicto acerca de ella*. Ese principio no es otra cosa que reconocer en la soberanía la fuente de la fuerza y gobernabilidad necesaria para cualquier derecho. De allí, con la ayuda del análisis de algunos casos, Farrell extrae dos corolarios prácticos, y de impronta kelseniana (es decir, que reconocida la facticidad schmittiana en situaciones anormales, perseguirán robustecer los reaseguros jurídicos): 1) “Cuánto más lejos esté la decisión del Tribunal de ser inevitablemente influida por razones de fuerza, mayor es el deber del Tribunal de ajustar esa decisión al ordenamiento jurídico en vigencia”<sup>(9)</sup>; 2) “Cuando el Tribunal no puede adoptar la decisión estrictamente jurídica, debe adoptar la decisión que más se aproxime a ella”<sup>(10)</sup>. Y, de forma coherente con su consecuencialismo, Farrell concluye que tanto el Principio, como los corolarios “ponen de manifiesto un elemento que no puede faltar en ninguna teoría de la decisión judicial: *el correcto cálculo de las consecuencias de la decisión*”<sup>(11)</sup>.

Es interesante preguntarse si no se trata de una advertencia contra la popular concepción de la “Jurisdicción” como un “foro de principios”

(8) De mi prólogo o comentario preliminar y traducción en Paul Kahn, *Violencia Sagrada. Tortura, terror y soberanía* (Buenos Aires: Yale Law School-Universidad de Palermo, Colección de Ciencias Jurídicas, 2015), pp. 11-12.

(9) Farrell, “Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema”, p. 227.

(10) *Ibid.*, p. 231.

(11) *Ibid.*, p. 234. El énfasis me pertenece.

y no de políticas<sup>(12)</sup>. No para refutarla, sino para matizar los componentes deontológicos y su fuerza gravitatoria en el razonamiento judicial. Los derechos como “cartas de triunfo”, exigen, de hecho, no instrumentalizar a las partes y, por ende, no ceder ante las presiones políticas. Sin embargo, *deber supone poder* y en resguardo de la propia autoridad del derecho y de la jurisdicción que lo adjudica, Farrell recuerda el consejo de Creonte en *Edipo en Colonos*: “No ordenes aquello que no puedas imponer”.

Es oportuno un paréntesis, la imposibilidad puede estar dada por alguna situación de emergencia, crisis, correlación de fuerzas, pero también por la complejidad del problema. Allí se abre un horizonte de reflexión para los “litigios estructurales”<sup>(13)</sup> y el desafío de la efectiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estoy pensando en que un derecho con fuerza no es solo un derecho que cuenta con el poder del estado, sino un derecho que expresa relaciones sociales dinámicas, dialécticas y en tensión, un derecho que quizá no es (solo) un título excluyente, una mera carta inmunitaria, sino una relación, y su eficacia, se juegue en la posibilidad de comprender y dejarse penetrar por una trama social compleja, lejos del vacío del mundo de las ideas y del deber ser. En ese registro, se imbrica en un espacio social que ofrece oportunidades y resistencias, donde el poder y la fuerza se juega en la posibilidad de lograr una composición virtuosa de las potencias implicadas, los actores sociales. Un tribunal que declara, pero no comprende, un tribunal que impone, pero no escucha, puede ser un tribunal impotente que, bajo el aura de imperativos categóricos, fracasa en el imperativo práctico.

Robert Cover<sup>(14)</sup> también puso el acento en *la interpretación legal como actividad práctica*, en su sentido performativo. Desde su enfoque, se trata de un conocimiento práctico que persigue imponer su significado a la institución y reestructurarla. “Hay, sin embargo, un vacío persistente entre el pensamiento y la acción. Una cosa es entender lo que

---

(12) Véase, Ronald Dworkin, “The Forum of Principle”, *New York University Law Review* 56 (1981), pp. 469-518.

(13) Quien ha trabajado con más profundidad este tema es Mariela Puga, en numerosos trabajos, pero especialmente en: Mariela Puga, *Litigio estructural*, tesis doctoral (2013).

(14) Robert Cover, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial* (Barcelona: Gedisa, 2002), pp. 113-156.

se debería hacer, otra cosa enteramente distinta es hacerlo”<sup>(15)</sup>. Pero no solo es una práctica, sino que constituye una práctica, la palabra judicial es un mandato para que otros hagan. Y, “salvar el abismo entre el pensamiento y la acción en el sistema legal no es siempre un acto de voluntad. El espacio entre la comprensión y la acción corresponde aproximadamente a diferencias entre papeles institucionales y a la división del trabajo y de responsabilidad (...) De este modo lo que podría describirse como un problema de voluntad respecto del individuo, se transforma, en un contexto institucional, primariamente en un problema de organización social”<sup>(16)</sup>. Transformar la realidad supone una comprensión especializada de la relación entre la interpretación y la organización social, o las precondiciones sociales, para su efectividad.

El análisis de Farrell es agudo y pertinente, la dificultad radica en que, en buena medida, no deja de ser contrafáctico y el desenlace pasible de racionalizaciones ilimitadas. El éxito y el fracaso, como en la variación borgiana, pueden ser dos impostores.

Por ejemplo, ¿qué hubiera pensado Martín *ex ante*, cuando la mayoría de la Corte declaró aplicable el 2x1 en un “juicio de lesa humanidad”? Además, que, en ese caso, como en el que declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final, tal como el propio Farrell, lo admite, existen profundos y generalizados desacuerdos entre lo que constituiría una decisión conforme a derecho<sup>(17)</sup> y una signada por un contexto político o de correlación de fuerzas, excepcional y singular. Por otra parte, aquella decisión tuvo la peculiaridad de encontrarse con la resistencia popular.

Detrás del *qué custodiamos* cuando pensamos en la constitución, no podemos dejar de pensar en el *quién*, reconocer la primacía del derecho o mostrarnos deferentes a la excepción, carece de sentido sin el horizonte político de un pueblo cuyos deseos desean acontecer, sin el horizonte, complejo, difícil, aun imposible, del autogobierno.

Baruch Spinoza postuló en su ética que *nadie sabe lo que puede un cuerpo*. Podríamos argumentar que nadie sabe *lo que puede* un

---

(15) *Ibid.*, pp. 128-129.

(16) *Ibid.*, p. 131.

(17) Me refiero a las tensiones entre las visiones en torno al *ius cogens* o la *conciencia jurídica internacional* y las reglas jurídicas del derecho interno.

Tribunal. La invitación de Farrell, como el *conatus* spinoziano, es que mientras pueda, persevere (en su carácter institucional) y resguarde la autoridad del derecho. Pero también que sepa reconocer aquellas situaciones extraordinarias, en las que, por fuerza o necesidad, no podrá garantizar la autoridad de sus fallos y solo queda reconocer la soberanía y en todo caso velar por los pocos, pero fundamentales, límites jurídicos que aquella pueda reconocer como beneficiosos para sí en el plano de la legitimidad, la estabilidad y la persistencia política.

Farrell argumentó con éxito que la validez y vigencia de las normas presuponen un trasfondo de normalidad, porque solo entonces los conflictos (en definitiva, “jurídicos” y de baja intensidad) “deben y pueden” resolverse exactamente como la legislación y los contratos lo previeron. Sin ese trasfondo se abre camino la decisión soberana que debe improvisar para responder a la situación de excepción (conflicto político, de alta intensidad).

En el fondo Schmitt no critica a Kelsen sino al liberalismo y a cierto nihilismo de época que viene con la “representación jurídica” (crítica al parlamentarismo). Martín, por su parte, defiende el estado liberal, y sea en periodos de normalidad o de excepción, le preocupa la seguridad jurídica, pero no como fetiche en sí misma, sino como garantía de “estabilidad”. Y es allí donde su consejo pragmático a los tribunales incluye a Schmitt, no como deseo (principio de placer) sino como *principio de realidad*.

Es que la otra dificultad, subyacente quizá, es la distinción o frontera público-privado. Puede ser pacífica y admitir sin más la adjudicación jurisdiccional imparcial que reasegura los contratos, que le preocupan a Farrell. Pero si le damos a lo político más lugar que el de proveer de la fuerza y el *enforcement*, a las relaciones comerciales, la distinción se vuelve polémica por naturaleza, es decir, política, cómo diría Atria, remite a “concepciones”, donde no hay lugar para la imparcialidad.

#### **4. LA CONTINGENCIA DE LO POLÍTICO**

Ahora bien, la respuesta práctica de Farrell al problema, no lo resuelve y ello podría ser sintomático. Martín parece estar de acuerdo con Schmitt respecto a quien “decide la excepción”, pero se pregunta qué lugar deben cumplir los tribunales, en teoría últimos garantes del

ordenamiento jurídico, en esos contextos. El soberano, quien se lo arroga con éxito, es una respuesta de hecho que no desplaza la pregunta de derecho. En particular, acerca de si los jueces máximos, deben acatar “jurídicamente” aquella decisión y con ello contribuir con aquel, o colocarse a prueba como la “voz del derecho”.

El núcleo del problema es político (e irresoluble), entre la validez y la facticidad, opera la legitimidad. Porque la voz del derecho, en el contexto moderno y contemporáneo, es la forma mediada de la voz del Pueblo. Claro, Schmitt perdió la fe en esa mediación...

De alguna manera del enigma de la constitución nos deslizamos al enigma de la democracia.

Farrell no puede pensar lo político y la democracia más que como un sistema para agregar preferencias en un contexto de respeto de los derechos individuales. En ese sentido, está convencido que una dictadura con tribunales es mejor que una sin ellos. Por eso no tiene dudas cuando sostiene que en 1930 la Corte hizo lo que estaba a su alcance en beneficio de aquellos derechos que pudieran subsistir. De ese modo, en lugar de ser desplazada, al menos podría marcar la cancha en términos de un mínimo de estabilidad y legitimidad al nuevo régimen.

Pero, lo paradójico, no es la caída (de la religión civil) de Schmitt ni el individualismo metodológico de Farrell. Lo paradójico, es que los máximos cultores del valor de la constitución, quienes levantan las banderas del neoconstitucionalismo, también parecen haber perdido la fe en la política y la mediación del derecho. Pues sus cultores sueñan “llegados de nostalgia por un premoderno orden natural, no-contingente” donde “anclar nuestras prácticas políticas en algo que no dependa de nuestras prácticas...”<sup>(18)</sup>.

Sin embargo, “(d)esde los inicios de la modernidad hemos entendido lo político como contingente, en el sentido de que podría haber sido de otro modo. Para bien o para mal, ya no podemos encontrar refugio ni en la naturaleza ni en la divina providencia, porque ni la naturaleza ni la divina providencia nos gobiernan: nosotros nos gobernamos, y sólo por eso podemos ser libres. La contingencia de la política es lo que hace posible la libertad”<sup>(19)</sup>.

(18) Atria, “El derecho y la contingencia de lo político”, pp. 342-343.

(19) *Ibid.*, p. 343.

De acuerdo con Fernando Atria, el derecho, que es forma y estructura, cumple una función, hacer más probable lo improbable. A todo derecho lo anima algún principio, alguna función. En el caso de la modernidad, se trata del principio democrático. Lo que las formas institucionales persiguen hacer más probable es la identificación de la “voz del pueblo”. Por supuesto, ello supone un ideal de reciprocidad en el reconocimiento de la dignidad y autonomía personal, pero el horizonte es *la polis*.

El orden jurídico en sus manifestaciones contemporáneas, por miedo, como Ulises, quisiera clausurar la contingencia de lo político. Pero sin lo político, no hay voluntad, porque no hay comunidad política y *vivimos bajo ideas muertas*. Sin embargo, esa comunidad política, ese existente político, es dialéctico, vive, porque hay desacuerdo, el desacuerdo es estructural, aunque lo jurídico nazca de su descuento ficcional. Ahora bien, lo político, en la mirada de Schmitt es igualmente simplificador y reductor, pues imagina un soberano capaz de expresar al pueblo.

Atria, más que creer en una unidad política existente (la ficción constitucional) cree en un movimiento político que, a través de la mediación de conceptos capaces de alojar una multiplicidad de concepciones, puede desplegarse en la dinámica jurídico-política que llamamos, sacramental e imperfectamente, democracia.

La constitución, vive gracias a una virtud, su carácter polémico. Es decir, por su potencia para alojar esa contradicción dialéctica que permite la diferencia entre conceptos (abstractos, pero no por ello vacíos) y concepciones (formas concretas de desarrollo y repercusión práctica de aquellos). La existencia de una comunidad política supone una constitución que significa compartir esos conceptos que llamamos derechos fundamentales (justicia, igualdad, libertad, derechos constitucionales), dispuesta a conformar el marco en el cual se desarrollará la disputa y deliberación política para la definición de su contenido, es decir, las concepciones que finalmente se plasmen en la legislación y políticas públicas.

En lo que sigue me interesa esbozar y solo esbozar ese trasfondo vital e irresoluble del problema: el interés y actualidad que tiene aquel debate de la República de Weimar en el mundo contemporáneo, para su comprensión cultural (Paul Kahn), y para su comprensión institucional

(Atria), más allá de las auto representaciones y conceptualismos, que desembocan en ingenuidad, cinismo, impotencia y espejismos. Ambos, con una clara reivindicación de la teología política. Kahn sobre la base de la genealogía y arquitectura de la imaginación política. Atria, por el camino de la teología negativa como modo (imperfecto) de significación para hacer inteligibles nuestras instituciones y aquello que las anima.

Quiero destacar ambos registros, el de Kahn, como análisis cultural pone la atención en las dos formas coexistentes de la imaginación política contemporánea: el estado de derecho y la política de la soberanía; el de Atria, como teoría del derecho intenta transformar el fracaso de las instituciones en un síntoma de idolatría. Como tal nos empujará a construir y trabajar desde la experiencia del déficit. La teoría del derecho no será el prólogo silencioso de toda decisión jurisdiccional como postulaba Dworkin, sino de la acción política. No será el peso de la gran novela o catedral colectiva reconstruida a su mejor luz moral con la tracción herculeana de su coherencia la que nos proyecte hacia un horizonte de vida no alienado (libre/autónomo), sino la experiencia del déficit, el deseo, el registro vivo de la falta, los deseos del pueblo que desean acontecer, los movimientos sociales y políticos y su hacer histórico-social.

Por último, sugeriré una vuelta a Spinoza quien, tanto con su ética como con su política, coloca en el plano inmanente de la composición y descomposición de potencias colectivas, al *conatus*, ese deseo y esfuerzo por perseverar en el ser, donde la razón ya no es descarnada, abstracta y desapasionada, sino que está anudada en formas expansivas de la alegría. La relación política útil será aquella que produce un aumento de la potencia, y ese es el único alcance de tal cosa como la razón. "(A)poyándose en la superior potencia de una pasión racional como es *lo útil*, única capaz de canalizar, sin traicionar el principio ontológico del derecho natural, la desproporción entre el desenfrenado deseo de poder y la potencia efectiva, entre la libertad y la necesidad, entre el naturalismo y el racionalismo"<sup>(20)</sup>. La fuerza entonces no le viene dada desde afuera al derecho ni tiene que mendigarla, sino que él mismo, es expresión de ella, fuerza inmanente dentro de una trama

---

(20) Carlo Altini, "Spinoza lector de Maquiavelo", en *La fábrica de la soberanía. Maquiavelo, Hobbes, Spinoza y otros modernos* (Buenos Aires: El Cuenco de Plata, 2005), pp. 119-145.



de relaciones (recíprocamente, útiles). Libertad, posibilidad y necesidad solo se fragmentan por cierta censura epistémica, la inadecuación de nuestras ideas y un exceso de imaginación al servicio de las siempre vigentes servidumbres humanas (el temor y la esperanza). Se trata de aquel poder que tan habitualmente confundimos con libertad, aquel poder que desplaza a la potencia, porque es sin el otro o a costa del otro. La concepción del otro como límite en lugar de como oportunidad condena al derecho al sitio de un débil escudo contra fuerzas hostiles, un título para excluir.

## 5. LA IMAGINACIÓN POLÍTICA

Farrell es pragmático y realista, el problema es que su motivación es la propia de un liberal asustado. Por eso, si bien comprende la relación del derecho con la fuerza, lo hace por razones instrumentales y ello lo lleva a levantar muros en lugar de vasos comunicantes.

Sin embargo, entre el derecho y la política, entre la norma y la excepción, hay continuidad. La fuerza opera al interior del derecho, la reducción surge de su simplificación normativa. Claro que las metáforas espaciales surgen de la necesidad de significación, el derecho precisa diferenciarse de la fuerza y a la vez necesita montarse en ella. Ambas cosas, para no ser impotente. Cuando concebimos al derecho y al lenguaje, como prácticas sociales, su fuerza, su magia, su capacidad performativa se funde o confunde con todo el campo de relaciones que allí se imbrican.

Es un hábito arraigado en la teoría del derecho la insistencia en la distinción analítica entre lo que es y lo que debe ser. La fuerza se inscribe en la dimensión de la facticidad, la rectitud, justicia o corrección en la dimensión normativa<sup>(21)</sup>. Sin embargo, hechos y normas, decisiones y reglas, nunca son autosuficientes, precisan de una *narrativa* para adquirir sentido. Más allá de la *autonomía de las esferas* que teorizó

---

(21) Nótese que no se agota en derecho y fuerza, pues siempre se puede añadir el horizonte infinito e incalculable de la justicia. La relación entre el derecho y la fuerza puede espejarse en la relación entre el derecho y la justicia, donde la relación no es de exterioridad, pero sí de irreductibilidad, la fuerza opera desde dentro y desde fuera, la pregunta por la justicia también. Las formas y estructuras le brindan un canal de expresión y acción a potencias críticas y conservadoras.

Max Weber operan dentro de lo simbólico. Y es bueno recordar, que ambos registros, el de la ley y el de la soberanía, el de la normalidad kelseniana y el de la excepción schmittiana, se inscriben en una narrativa, en un sentido. Como lo supo decir Cover *habitamos un nomos*, un universo normativo, donde *derecho y narración* están relacionados inseparablemente. “Toda Constitución tiene una épica”<sup>(22)</sup>.

La riqueza del enfoque que nos presentó Martín Farrell es que toma nota y presta atención al hecho de que el fenómeno jurídico que la teoría del derecho pretende explicar, no pertenece en forma exclusiva al *modo de ver* deóntico ni al *modo de ver* consecuencialista, sino que vive justo entre medio. La limitación de esta teoría es la racionalidad instrumental, su pretendida neutralidad y la presunción de las bondades indiscutibles de la estabilidad y el orden dando por descontado *quien lo desea y quien se beneficia con ese régimen* de reparto.

Derecho y fuerza, desde algún registro analítico, no son lo mismo, pero deben escucharse mutuamente, aún en ese registro. La dimensión narrativa, quizá pueda postularse como ese “entre” que permite alguna mediación. Pero ello nos desplaza del registro analítico hacia la razón imaginativa y hermenéutica (Ricoeur). La unilateralidad de Creonte y de Antígona, mitigada e interpelada por la prudencia de Hemón (que, sin embargo, no pudo convencer a su padre y el desenlace fue trágico). Los límites del lenguaje normativo que con tanta elegancia explicó Genaro Carrió, no nos dejan en el binario: legalidad vs. decisionismo, sino que nos exigen la implicación en una práctica significativa como lo supo ver Wittgenstein.

Lo que es muy caro a nuestra civilización es que estamos forzados a admitir una consecuencia: nadie controla ni es dueño de esa narrativa. Los peces, aunque jugaran a la racionalidad, no pueden abandonar el medio acuático donde viven y nadan.

Y es entonces, que debemos renunciar a “explicar”, “calcular” y “predecir” para “comprender”. Como sugería Baruch “me he propuesto nuevamente no reír, ni llorar por las acciones humanas y ni siquiera detestarlas, sino comprenderlas”.

---

(22) Cover, *Derecho, narración y violencia*, p. 16.

Es en ese camino que Kahn, delinea la complejidad contemporánea:

el Estado moderno lidia con la tensión fundamental entre dos imaginaciones, la legal y la de la soberanía ¿Cómo es que podemos conservar un doble compromiso con el Estado de derecho y simultáneamente con el sacrificio de vidas del Estado de excepción?

Los estados liberales, no menos que otros, quedan atrapados en esta contradicción. Desde el momento que son liberales, proclaman principios y valores, que afirman, tienen alcance y significancia universal. Desde el momento en que son Estados, están vinculados con un espacio y tiempo particular. Esta tensión produce un compromiso dual con el Estado de Derecho. Ambos lados de la tensión producen una visión de absoluto: la pretensión de justicia universal y la pretensión sacrificial de soberanía <sup>(23)</sup>.

Posiblemente, Schmitt estaba pensando en esa superestructura mítica, en esa narrativa, cuando se anticipó a la muerte de la constitución de Weimar.

Se puede considerar como terminado el tiempo de la monarquía cuando se pierde el sentido del principio de la monarquía, el honor, cuando aparecen reyes constitucionales que intentan probar, en lugar de su consagración y su honor, su utilidad y disponibilidad para prestar servicio (...) Si el parlamento pasa de ser una institución de la verdad evidente a un mero medio práctico y técnico, bastará solo con demostrar a través de los hechos, ni tan siquiera necesariamente mediante una abierta dictadura, que existen otras posibilidades para que el parlamento toque su fin <sup>(24)</sup>.

La advertencia de Schmitt, escrita en 1923, tardaría menos de una década en realizarse, observa Atria y agrega que “proveer de una formulación del principio democrático que pueda hacer inteligible la idea de derecho moderno” es su objetivo. Si el esfuerzo es vano —remata con una bellísima cita de Habermas— (será en todo caso) “el diario de un escritor helenista que se limitara a documentar para el mundo futuro las promesas no cumplidas de una cultura que se hunde” <sup>(25)</sup>.

---

(23) Kahn, *Violencia sagrada. Tortura, terror y soberanía*, p. 200.

(24) Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo* (Madrid: Tecnos, 199), pp. 11-12.

(25) Atria, *La forma del derecho*, p. 346.

## 6. LA CONSTITUCIÓN COMO CONCEPTO LÍMITE. HACIA UNA MIRADA SACRAMENTAL DE LAS INSTITUCIONES

Atria insiste en que a la hora de pensar y teorizar acerca del derecho es preciso, si pretendemos salir de la jaula nominalista, distinguir forma/estructura de función. Es que si se trata de hacer más probable lo improbable (lo cual supone que sea posible), debemos reflexionar críticamente si las formas/estructuras que nuestro contexto civilizatorio ha ideado para diseñar las instituciones jurídicas, hacen más probable las funciones y principios que las animan. De nada sirve predicar, por ejemplo, que el horizonte de una organización institucional sea la administración y gestión eficaz de directrices políticas, la imparcialidad en la adjudicación de reglas a los conflictos o la legitimidad democrática de las decisiones legislativas si no pensamos en las estructuras y formas que harán más probables tales aspiraciones.

En ese sentido, es particularmente crítico de la mirada tradicional acerca del control de constitucionalidad basado en la visión (reduccionista) de la constitución como una ley de mayor rango y jerarquía. El argumento kelseniano de que los poderes políticos no deben ser jueces en causa propia para revisar la constitucionalidad de sus decisiones, sencillamente no lo convence, porque los conceptos expresados como derechos no resuelven las disputas en torno a su significado, es decir, entre las concepciones que desarrollan su contenido y efectos reales sobre las formas de definir la coexistencia. En consecuencia, no es posible una adjudicación imparcial, el significado de la constitución pertenece a la esfera de la acción política.

La adjudicación imparcial supone la existencia de una regla común. Ello no es problemático en las relaciones y transacciones reguladas por el principio de autonomía de la voluntad y las reglas de imputación para las personas jurídicas. En tales casos existe una correspondencia ontológica entre lo institucional y lo preinstitucional, solo que la formalización jurídica de la relación hace más probable que lleguen a buen puerto.

Pero sí es problemático cuando la comunidad de las reglas se basa en la imputación de una voluntad a la soberanía democrática, es decir, al pueblo. Porque no existe una noción preinstitucional de pueblo (excepto que incurramos en simplificaciones totalitarias) y la noción institucional está reducida a la representación político legal (*el pueblo no*

*gobierna ni delibera sino a través de sus representantes*). Existen profundos y generalizados desacuerdos en torno a la identificación del significado y contenido de los derechos. Ellos expresan conceptos cuyas implicaciones concretas están en disputa entre concepciones heterogéneas. La noción de magma de Castoriadis<sup>(26)</sup>, su metáfora geológica, donde lo líquido se cristaliza o fosiliza, donde lo sólido se licúa, nos interpela a concebir a la constitución en una escala que la aleja de las leyes de mármol y la coloca en el río del tiempo. La fuerza de la constitución como significante está en su capacidad para abrir el juego de la disputa política por su significado.

La reducción de la constitución a ley de mayor rango tiene un aire de familia con la operación que realiza Farrell al colocar al derecho en una relación de exterioridad con la fuerza y la excepción. Cierta creencia en torno a que el monopolio jurisdiccional de *decir el derecho* lo fortalece y protege de las contingencias de lo político. Sin embargo, Atria intuye que, al sustraer los derechos de la acción política, se les quita su fuerza constitutiva y, además, se debilita la credibilidad de los tribunales, al volverse evidentemente facciosos.

La lectura moral de la constitución que pregona Dworkin es de acuerdo con Atria su lectura política, en consecuencia, no existen verdaderas razones para creer que la estructura jurisdiccional hará más probable su adjudicación imparcial, en tanto lo que está en disputa es qué adjudicar, es decir, el contenido de los derechos. Pero es muy diferente concebirlos como obligación, desde el miedo a la intemperie política que como deseo, es decir, expresión soberana de la decisión de vivir juntos (y de qué manera).

Posiblemente Atria estaría encantado con Martín como juez garantizando las reglas de los contratos, más no estaría dispuesto a entregarle la posibilidad de clausurar la lucha por los derechos. Atria sospecha que se sacrifican ambas cosas cuando no ponemos en cuestión *la*

---

(26) Agradezco a Juan Nieto por hacerme clarificar este punto de Atria. El punto es que más allá de las reglas comunes o no comunes, que al llamarlas de ese modo incluso adoptan un aura neutral y arbitral, el problema de los derechos, es la disputa por su significado. La postura de Castoriadis en torno a lo que llamó la institución imaginaria de la sociedad y las significaciones sociales es muy útil para pensar esto, la relación significante-significado se desfonda en la política y el desacuerdo. Véase: Cornelius Castoriadis, *La institución imaginaria de la sociedad* (Buenos Aires: Ensayo Tusquets, 2007).

*tensión que existe entre la función y la estructura cuando se trata de la constitución.*

El mérito de los derechos es aglutinar lo que de otra forma serían intereses dispersos y con los cuales el estado podría tener una respuesta meramente clientelar, el derecho como concepto permite la acción política colectiva. Sin embargo, como bien lo señala Mariela Puga en sus trabajos, en ocasiones son las propias limitaciones de los incentivos del juego político (cortoplacista, electoralista, etc.) y la complejidad de los problemas (que exceden la simplificación de la falta de voluntad) los que exigen nuevas formas de intervención estructural y remedial que ponen en crisis la mirada bipolar de los litigios (y de todo el modelo de la adjudicación), así como expanden la acción política y estratégica, más allá de la división tradicional de funciones o poderes del estado que repetimos desde las revoluciones modernas.

Es que, así como los tribunales pueden transformarse en instrumentos facciosos, también el parlamento y los poderes ejecutivos pueden fracasar sistemáticamente en hacer más probable la legislación y administración conforme al interés general.

La propuesta de una mirada posinstitucional del significado de “pueblo” (noción portadora de su propia negatividad) y de las instituciones en general, como experiencias del déficit, de la falta, nos interpelan.

Lo que permite el derecho es, entonces, cierta distancia irónica que impide clausurar la discusión. Ni el opio ni la revolución, reconocer el carácter polémico de la constitución que hace posible la política<sup>(27)</sup> en lugar de la guerra.

## **7. CONCLUSIONES: HACIA UN HORIZONTE POST INSTITUCIONAL**

*En el centro de Europa están conspirando.*

*El hecho data de 1291.*

*Se trata de hombres de diversas estirpes,  
que profesan diversas  
religiones y que hablan en diversos idiomas.*

---

(27) El riesgo de pretender clausurar los conflictos con los tribunales lo desarrolló Burt. Véase, Robert. A. Burt, *Constitución y Conflicto* (Buenos Aires: Eudeba, 2000).

*Han tomado la extraña resolución de ser razonables.*

*Han resuelto olvidar sus diferencias  
y acentuar sus afinidades.*

*Fueron soldados de la Confederación  
y después mercenarios, porque eran pobres  
y tenían el hábito de la guerra  
y no ignoraban que todas las empresas  
del hombre son igualmente vanas.*

*Fueron Winkelried, que se clava en el pecho las lanzas  
enemigas para que sus camaradas avancen.*

*Son un cirujano, un pastor o un procurador, pero también  
son Paracelso y Amiel y Jung y Paul Klee.*

*En el centro de Europa, en las tierras altas de Europa,  
crece una torre de razón y de firme fe.*

*Los cantones ahora son veintidós. El de Ginebra, el  
último, es una de mis patrias.*

*Mañana serán todo el planeta.*

*Acaso lo que digo no es verdadero, ojalá sea profético.*

Jorge Luis Borges, Los conjurados<sup>(28)</sup>.

La norma y la excepción, el deber y sus condiciones de posibilidad, allí radicaba el problema de Farrell a la hora de pensar el rol de los tribunales en contextos de normalidad y de emergencia. A mí me gusta su sentido práctico, pero como anticipé, su registro de realidad, aunque no lo explicita, se vincula a sus deseos de orden y estabilidad. *No se puede eludir la ley del deseo.*

Estamos acostumbrados a pensar el deber y el poder, pero en el camino olvidamos el querer que les otorga sentido.

Lo interesante del *conatus* de Spinoza es que *coloca al movimiento del deseo en relación* (supremo rigor de la libertad). Pues en la relación o composición está su fuerza. Nada más y nada menos es, ontológicamente hablando, la noción de *utilidad* que compone ética y política.

---

(28) "Los conjurados", en *Obras completas* (Buenos Aires: Emecé, 1986), p. 501.

El poder posibilita la realización del querer, el deber hace más probable el vínculo entre lo que queremos (en plural) y lo que podemos (y, en última instancia, realizamos), lo cual a su vez reivindica la voluntad como componente vital y la necesidad como comprensión de las condiciones de posibilidad.

*La ley, dice Atria, es la voluntad de una comunidad sin comunidad de voluntades.* El derecho es una práctica anticipatoria, nos permite intentar actuar como si pudiéramos componer una voluntad. El pueblo *es una forma anticipatoria de hablar de la humanidad completa.* Un punto infinito, presente, cargado de pasado y de futuro, en simultáneo, que nos acerque acaso, a *la perspectiva de lo eterno.*

Quizá lo importante, entonces, es no sucumbir a una mirada idólatra, ni de líderes y sus decisiones, ni de instituciones y sus posibilidades de erradicar las contingencias, sino el compromiso irónico con la acción, que nos resguarda de la ingenuidad (de creer que lo que, solo anticipamos, ya existe) y del cinismo (que reduce el derecho a racionalidad instrumental). Un juez no va a salvar la república, el parlamento no encarnará la voluntad popular, el mandatario supremo no sabrá siempre lo que hay que hacer. Pero mientras existan instituciones jurídicas como ese *tricho* que se le ocurrió a Ost<sup>(29)</sup>, existirá esa distancia, ese espacio siempre vacío, para que circule la pregunta acerca de cómo queremos vivir (juntos), a pesar de estar atravesados por una irreductible heterogeneidad y desacuerdo estructural. Las posibilidades de la justicia se juegan en las posibilidades de la deconstrucción<sup>(30)</sup>. Es extraordinario el “principio protestante” de Paul Tillich, recogido por Atria, para distinguir la idolatría institucional (o institucionalismo trascendental) que nos condena al opio y la quietud, de una visión sacramental (negativa), que nos movilice:

El protestantismo tiene un principio que está más allá de todas sus realizaciones. Es la fuente crítica y dinámica de todas las realizaciones protestantes, pero no es idéntica con ninguna de ellas. No puede ser confinado por una definición. No es agotado por ninguna religión histórica; no es idéntico a la estructura de la reforma ni a la del

(29) François Ost, “Para qué sirve el derecho... para contar hasta tres”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 40 (2017), pp. 15-48.

(30) Jacques Derrida, *Fuerza de la ley. El fundamento místico de la autoridad* (Madrid: Tecnos, 1997).



cristianismo temprano, ni ninguna forma religiosa. Las trasciende a todas, así como trasciende a cualquier forma cultural [...] Contiene la protesta divina y humana contra cualquier pretensión absoluta hecha por una realidad relativa [...] es la expresión teológica de la relación verdadera entre lo incondicional y lo condicionado o, religiosamente hablando, entre Dios y el hombre<sup>(31)</sup>.

Como arremete Ost cuando aborda la pregunta ¿para qué sirve el derecho? Que responde con el juego de palabras, para contar hasta tres:

¿Qué cambia en el momento en que dos personas deciden dar un paso a la esfera del Derecho? Esa era mi pregunta al comenzar. El Derecho, así he respondido, pone sus finalidades (medición, limitación, entretejido) al servicio de la relación social primaria. Tiene lugar una reformulación, funcionalmente operativa, pero *nada garantiza todavía que esa formalización ponga de manifiesto un deseo de justicia, o satisfaga la libertad, la igualdad y la dignidad de sus protagonistas*. Hace falta para ello que esta juridificación sea inscrita en un plano superior, esa a la que denomino la escena de un tercero; siendo la construcción progresiva del Estado de Derecho y del justo proceso sus manifestaciones más notables. Pero este ascenso del 'uno' al 'dos' y al 'tres' es una operación inestable respecto de la que nada nos puede garantizar que sea perenne aun si se inscribiera en instituciones y se grabara en el mármol de las Constituciones. En todo momento la regresión está al acecho cuando el 'dos' de la instancia técnica es directamente instrumentalizado por el 'uno' de la relación social primaria y por el menos escrupuloso de sus actores. Un bucle negativo entra en funcionamiento, de manera que, lejos de aportar un valor ulterior, el Derecho, prestando sus formas, su legitimidad y su coacción a un poder desnudo, agrava aún más el déficit de justicia de la situación. *Esta fragilidad revela la naturaleza normativa del Derecho, que es al tiempo donde está su fuerza y su fragilidad: se inscribe en el orden de lo que es deseable, y no en el registro determinado de lo que es real. Deriva del valor y no solo del hecho. Igualmente conserva y con razón una desconfianza crítica en relación consigo mismo... El tercero de que se trata a lo largo de todo este estudio ¿qué rostro, qué contenido darle? La pregunta es legítima y, sin embargo, hace falta saber resistir a la tentación de llenar algo que ha de seguir siendo un lugar vacío. El tercero de quién*

---

(31) Atria, *La forma del derecho*, p. 448.

*aquí se habla funciona como una referencia estructural, un operador dialéctico que impide al 'uno' o al 'dos' encerrarse en sí mismos...* <sup>(32)</sup>.

Lo que está en juego es la vieja encrucijada: *we the people, nos los representantes del pueblo, "ellos y nosotros" ...NOS-OTRES...*

El pueblo es la manera en que actuamos desde ese futuro del que no podemos hablar, desde la comunidad humana universal <sup>(33)</sup>.

Martín hace bien en recordar que lo importante es qué hacer, cómo actuar en un contexto. La norma y la excepción, son expresión de una buena lectura de los tiempos. Pero el problema es que, tras su deseo de orden y estabilidad, se olvida de los deseos que constituyen lo político, el *querer* que justifica el continuo político-jurídico, ese pueblo que solo puede ser la página en blanco de una comunidad de hablantes hacedores que inventó la democracia y con ello la historia (autoinstituyente).

---

(32) Ost, "Para qué sirve el derecho... para contar hasta tres", pp. 47-48. Los énfasis me pertenecen.

(33) Atria, *La forma del derecho*, p. 465.



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1RA. QUINCENA DE JUNIO DE 2022  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA







