

Derecho y poder

Aportes al canon transnacional

Isabel C. Jaramillo
(compiladora)

DERECHO Y PODER
APORTES AL CANON TRANSNACIONAL

DERECHO Y PODER

APORTES AL CANON TRANSNACIONAL

Isabel C. Jaramillo
(compiladora)

Derecho y poder: aportes al canon transnacional / Isabel Cristina Jaramillo (compiladora). -- Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2015.
256 páginas; 17 x 24 cm.

Otros autores: Andrea Celemín Caicedo, Guillermo Otálora Lozano, Laura Betancur Restrepo, Carlos Andrés Baquero Díaz, Sergio Anzola, Luisa Fernanda Cano Blandón, José Rafael Espinosa, Félix Torres.

ISBN 978-958-774-110-0

1. Filosofía del derecho I. Jaramillo Sierra, Isabel Cristina II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho

CDD 340.11

SBUA

Primera edición: marzo del 2015

© Isabel Cristina Jaramillo (compiladora)

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Calle 19 núm. 3-10, torre B, oficina 1401
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: 3394949, ext. 2133
<http://ediciones.uniandes.edu.co>
infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-110-0
ISBN e-book: 978-958-774-111-7

Corrección de estilo: Manuel Romero
Diagramación interior y de cubierta: Andrea Rincón

Impresión:
Impresos Legis S.A.
Calle 26 núm. 82-70
Teléfono: 425 5255
Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
Isabel C. Jaramillo	
Parte I	
SOLIDARIDAD E INTEGRIDAD: MÁS ALLÁ DEL ENFRENTAMIENTO ENTRE DERECHO Y MORAL	21
LAS RAZONES PARA OBEDECER EL DERECHO: RESPUESTAS DESDE LA DOCTRINA DEL DERECHO SOCIAL	23
Andrea Celemín Caicedo	
RONALD DWORKIN: LAS DOS CARAS DE LA OBJETIVIDAD Y LA RESPONSABILIDAD MORAL DEL JUEZ	49
Guillermo Otálora Lozano	
Parte II	
LA ESPECIFICIDAD DE LA SUBORDINACIÓN SEXUAL Y RACIAL	103
“RAZONAR SOBRE LA SODOMÍA” DE JANET HALLEY: INFLUENCIA Y PREGUNTAS DESDE UNA LECTURA FOUCAULTIANA	105
Laura Betancur Restrepo	

RAZA, DERECHO Y PODER: APORTES DESDE LA TEORÍA CRÍTICA RACIAL	135
Carlos Andrés Baquero Díaz	

Parte III

CONSTITUCIONALIZACIÓN, OBJETIVACIÓN DEL DERECHO Y DERECHO COMO EXCLUSIÓN	161
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: APORTES DE DWORKIN, PORTALIS Y SAVIGNY	163
Sergio Anzola	
OBJETIVAR EL DERECHO PARA DISTRIBUIR EL PODER: LEÓN DUGUIT	191
Luisa Fernanda Cano Blandón	
EL FUNDAMENTO MÍSTICO DEL LEVIATÁN: MÁS ALLÁ DEL DEBATE ENTRE EL LIBERALISMO Y EL ABSOLUTISMO DE HOBBS	213
Jose Rafael Espinosa	
LEY, VIOLENCIA Y COMUNIDAD: UNA LECTURA DE “EL ESPÍRITU DEL CRISTIANISMO Y SU DESTINO” DE HEGEL	231
Félix Torres	

INTRODUCCIÓN

*Isabel C. Jaramillo**

Los ensayos que se incluyen en este libro parten del supuesto de que en algún momento histórico el problema de lo jurídico quedó vinculado al problema del poder y, a partir de lecturas juiciosas, proponen preguntas, o dan respuestas, sobre las maneras en las que distintos autores del canon transnacional de teoría jurídica han presentado la relación entre derecho y poder. En esta introducción explicaré brevemente a qué nos referimos con el canon transnacional de teoría jurídica y en qué sentido los ensayos que se incluyen en este libro aportan a este canon. Termino con unas breves reflexiones sobre direcciones que podría adoptar el trabajo futuro en teoría jurídica.

Un canon transnacional de teoría jurídica (CTTJ)

La teoría jurídica, como toda teoría, es al mismo tiempo un esfuerzo por reordenar conceptualmente la realidad y el resultado de las condiciones particulares en las que esta realidad se presenta a quienes escriben sobre ella. En otras palabras, es un esfuerzo de universalización que inevitablemente es local. Así, más que hablar de la teoría jurídica, como si existiese una sola más verdadera, objetiva o neutral, vale la pena hablar de teorías jurídicas que se organizan de distintas maneras en distintos contextos para producir nuevas ideas y argumentos, o para fortalecer ciertos argumentos dominantes.

Esto no quiere decir, claro, que todos los argumentos y formas de articularlos son igualmente buenos o útiles. Algunos autores y textos se leen con

* Profesora titular y directora de Investigaciones y Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes; SJD, Harvard Law School, 2007.

mayor frecuencia, de generación en generación y en países enormemente diversos. Estos textos podríamos decir que son textos canónicos en el sentido de que existen consensos implícitos sobre la importancia de conocerlos para poder participar en la comunidad académica en derecho. No son canónicos, sin embargo, en el sentido de que son más verdaderos, objetivos o neutrales que otros. Han resultado de una serie de elecciones, mayoritariamente irracionales, de múltiples actores, no necesariamente articulados ni orientados por un interés específico.

Este libro se construye teniendo como horizonte un canon transnacional en teoría jurídica que resulta de unir autores hegemónicos en los tres momentos de globalización del pensamiento jurídico propuestos por Duncan Kennedy: el momento clásico (con predominio alemán y énfasis en la construcción conceptual), el momento social (con predominio francés y énfasis en la relación entre el derecho y lo social) y el momento constitucional (con predominio anglosajón y énfasis en la relación entre derecho y poder).¹ Los autores de este horizonte, entonces, incluyen inicialmente a Savigny, Von Ihering, Geny, Duguit, Hart y Dworkin. Hemos agregado a estos autores una lista de autores “críticos” del canon hegemónico, pero bastante canónicos también: Hegel, Marx, Kennedy, Derrida, MacKinnon, Halley, Crenshaw y Gotanda.²

El problema del derecho y el poder en el CTTJ

Los autores del CTTJ pueden leerse con muchos fines en mente. Uno de estos fines es el de iluminar, entender, articular o exponer la relación entre derecho y poder. Las respuestas del CTTJ a la pregunta sobre el derecho y el poder pueden organizarse en tres ejes que son: la definición de derecho, la

¹ Véase Duncan Kennedy, “Three Globalisations of Law and Legal Thought, 1850-2000”. En: D. Trubeck y A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-74.

² Vale la pena señalar que incluso este canon que sigue las tres globalizaciones excede a los autores que se estudiaron en este libro y que los que se seleccionaron en este libro no respondieron a ninguna teoría específica sobre dicha multitud de autores. Partiendo de una convocatoria amplia a partir del canon, se escogieron y trabajaron los mejores textos a lo largo de más de un año. En particular, debe enfatizarse que no hay una predilección teórica o mensaje oculto en decidir publicar dos textos sobre Duguit en una colección de tan solo ocho textos. Fue una casualidad que los textos sobre este autor y no los que se escribieron sobre Marx, por ejemplo, fueron de mayor calidad.

definición de poder y la relación estrictamente hablando. Expondré rápidamente de qué se trata cada uno de los ejes para poder entrar de lleno a los aportes que hacen los ensayos en este libro.

La definición de derecho

En el eje de la definición del derecho podemos incluir el debate entre positivistas e iusnaturalistas, por un lado, y el debate entre formalistas y antiformalistas, por otro. En el primer debate, se plantea la pregunta por la definición del derecho en relación directa con la razón: ¿podemos llamar *derecho* aquello que no podemos defender racionalmente? Sería una forma de plantear la polémica. Los positivistas contestarían que sí, los iusnaturalistas, que no. Aunque de hecho la mayoría de los autores optaría por alguna postura intermedia que intentaría destruir la dicotomía reduciendo la razón a la política o la política a la razón. Esto es, argumentando que si bien el derecho es el resultado de un proceso político, dado que dicho proceso es nuestra mejor aproximación a lo racional, en últimas el derecho es nuestro mejor intento por ser racionales; o argumentando que cuando pensamos políticamente somos también racionales y esta racionalidad debe protegerse.

En el segundo debate, la pregunta por la definición del derecho se relaciona con la razón instrumental: ¿podemos llamar *derecho* a aquello que no nos sirve para lograr fines sociales? Los formalistas contestarían que sí, los antiformalistas, que no. Al igual que en el caso anterior, muchos autores contribuyen a este debate tratando de mostrar que la dicotomía en torno a la cual se teje el debate no se sostiene; o bien porque los únicos fines sociales que deberíamos intentar hacer prevalecer serían los que ya están incluidos en el derecho, o bien porque se hace evidente que en ningún caso se está decidiendo en contra de fines sociales, el asunto es cuáles fines sociales y de quién.

La definición de poder

En relación con el poder, los autores del CTTJ pueden organizarse también alrededor de dos debates. El primer debate es el del poder como expropiación y el poder como subordinación. El segundo debate es el del poder como represión y el poder como producción.

La idea de que ejercer poder es principalmente quitarle algo a alguien es la que define el poder como expropiación. Aquí se vuelve importante entender

quiénes están en conflicto y qué es lo que es susceptible de ser arrebatado a cada uno de ellos. El poder como expropiación es una imagen que han instalado entre nosotros los contractualistas con su representación de los humanos como seres relativamente iguales en cuanto a sus capacidades, necesidades y deseos, y por tanto constantemente chocando o enfrentándose por los recursos que están disponibles y son escasos.

El poder como subordinación, por el contrario, supone que ejercer poder es principalmente tener la capacidad de hacer que otro se comporte como uno quiere o necesita, aun cuando esto vaya en contra de los deseos y necesidades de quien padece o sobre quien se ejerce poder. El poder como subordinación, entonces, parte del supuesto de grupos humanos estructurados y acciones irracionales. La principal dificultad teórica para estos autores es explicar la irracionalidad particular que lleva a unos individuos a actuar en contra de sus propios intereses.

En el debate sobre el poder como represión y el poder como producción lo que está en juego es qué tanto la realidad (identidad, actos, objetos) preexiste a los ejercicios de poder o es un resultado del poder. En el universo que nos representa el poder como represión, las personas y las cosas existimos antes de cualquier interacción y percibimos el poder como una pérdida o un impedimento; como una restricción a la libertad originaria. Por el contrario, la idea de poder como producción nos invita a imaginar que lo que percibimos como fijo, estable y preexistente es resultado de acciones concertadas o desordenadas pero en todo caso cambiantes.

La relación entre derecho y poder

En este eje identificamos dos posturas. En la primera, el derecho y el poder se conciben como dos esferas de la vida o dos objetos separados, con identidad propia y definida. En esta postura, se puede considerar que el derecho es un límite al poder, el reflejo del poder o que tiene una autonomía relativa frente al poder. En la segunda, por el contrario, se considera que derecho y poder son mutuamente constitutivos, de modo que no tiene sentido intentar definirlos o encontrar sus relaciones.

Los aportes de esta colección de ensayos

Los ocho ensayos que se incluyen en este libro hacen aportes de muy diversos tipos. Tienen en común, sin embargo, su interés por revelar algún aspecto de los debates que he mencionado sobre la relación entre derecho y poder.

La solidaridad y la integridad como conceptos que permiten trascender la diferencia entre derecho y moral

Los ensayos “Las razones para obedecer el derecho: respuestas desde la doctrina del derecho social” y “Ronald Dworkin: las dos caras de la objetividad y la responsabilidad moral del juez” se enmarcan en la discusión sobre la definición del derecho, y a partir de lecturas novedosas de la obra de Duguit y Dworkin, defienden el esfuerzo de estos autores por superar la dicotomía entre positivismo e iusnaturalismo. El primero explica cómo la noción de solidaridad social propuesta por Duguit ha sido calificada por unos como una reverencia al positivismo, a la luz del empeño científico del autor, y por otros como una concesión al iusnaturalismo, dado que la solidaridad describe una cualidad no observable de las relaciones sociales. Para la autora, este énfasis en la clasificación de Duguit en uno de los extremos de la dicotomía precisamente desconoce que el esfuerzo del autor era superar la dicotomía para proponer una manera completamente nueva de entender el derecho y su racionalidad.

En efecto, “Las razones para obedecer el derecho: respuestas desde la doctrina del derecho social” nos muestra que la racionalidad que Duguit pretende encontrar en el derecho es una racionalidad ligada a su noción de solidaridad: se funda en las relaciones humanas que se dan de hecho, en lugar de partir de nociones como el individuo, los derechos o el Estado, que dejan de observar la relación para observar sus extremos como si pudieran operar aisladamente. Esta confianza en la racionalidad, sumada a la desconfianza de los gobernantes y sus estrategias de legitimación, sin embargo, se distingue de la fe iusnaturalista porque busca basarse en hechos observables y no en abstracciones que no se corresponden con la realidad. Porque para Duguit es claro, así lo revela *este trabajo*, que la solidaridad no es un valor que puede predicarse de ciertas actuaciones en ciertos momentos sino que es lo que hace que existan las relaciones mismas entre las personas.

En el trabajo “Ronald Dworkin: las dos caras de la objetividad y la responsabilidad moral del juez”, se hace un ejercicio similar con el trabajo de Dworkin: en el que se nos enseña, de una manera novedosa, cómo Dworkin busca apartarse de la dicotomía entre derecho y moral proponiendo la noción de la unidad de valor o de integridad. También se propone, a partir de esta noción, centrar en el debate sobre la definición del derecho la responsabilidad moral de quienes participan en el debate.

Como bien lo señala el autor, para Dworkin es crucial defender la existencia de respuestas correctas en el derecho; esta noción es al mismo tiempo la que ha generado el mayor número de críticas. Por esta razón, este trabajo enfatiza el esfuerzo de Dworkin por cambiar la pregunta de la definición del derecho, que sería la de un observador externo, por una pregunta sobre la definición del buen derecho, que sería la de quien hace parte de la práctica. Así, frente a la pregunta de la objetividad, Dworkin no necesita acudir a las estrategias de la marginalización, neutralización o ideologización (como llama “Ronald Dworkin: las dos caras de la objetividad y la responsabilidad moral del juez” a las estrategias de los positivistas) sino que puede sumergirse a fondo en la cuestión del valor para hacer colapsar valor y objetividad a través de la idea de integridad. El autor nos explica cómo al introducir la idea de la interpretación constructiva, Dworkin nos lleva a aceptar que la construcción de argumentos pasa por la moral y de allí a aceptar la verdad moral en cuanto posibilidad de coherencia y articulación de las verdades morales concretas y aisladas que somos capaces de producir en circunstancias determinadas.

Para el autor, más allá de la utilidad de la noción de integridad como concepto que permite sintetizar derecho y moral o, al menos, volver la pregunta sobre su separación irrelevante, es vital la carga que se pone en el operador jurídico de superar los argumentos derivados del texto, gramaticales o de sintaxis, para adentrarse en argumentos de valor moral, valor político y coherencia. Esto sería lo que, en su concepto, marcaría una diferencia en la práctica del derecho, especialmente en el contexto local.

La especificidad de la subordinación sexual y racial

Los ensayos de “Razonar sobre la sodomía’ de Janet Halley: influencia y preguntas desde una lectura foucaultiana” y “Raza, derecho y poder: aportes desde la teoría crítica racial” ahondan en el debate sobre la manera en la que el derecho produce subordinación sexual y racial, respectivamente, apartándose

ambos de la idea del poder como acto de violencia que ocurre entre extraños que son, en cuanto humanos, iguales. Sus trabajos se distancian, sin embargo, en cuanto sus lecturas de los autores apuntan a dos extremos distintos: mientras “Razonar sobre la sodomía’ de Janet Halley: influencia y preguntas desde una lectura foucaultiana” explica cómo para Halley la inestabilidad entre actos e identidades es una estrategia para la subordinación de personas que realizan prácticas sexuales diversas, “Raza, derecho y poder: aportes desde la teoría crítica racial” enfatiza en los autores de la escuela de teoría crítica de raza, la identidad como espacio de subordinación.

En efecto, a propósito del ensayo de Janet Halley sobre el caso *Bowers vs. Hardwick*, la autora explora la pregunta sobre la diferencia entre actos e identidades y su relación con la subordinación sexual. Al respecto, plantea que si bien algunos han leído a Halley y al mismo Foucault como proponiendo una liberación sexual en el énfasis de los actos, en el fondo Halley defiende la idea más compleja de la subordinación en la inestabilidad: es la posibilidad de la inestabilidad lo que marca el poder de los heterosexuales; su facultad de examinar, clasificar y condenar a quienes clasifica como homosexuales y sus actos.

En “Raza, derecho y poder: aportes desde la teoría crítica racial”, por su parte, se profundiza en la crítica que hacen los autores de la llamada teoría crítica racial, al mismo tiempo que se exponen las diferencias internas de esta escuela. Así, a partir del trabajo de Kimberlé Crenshaw Williams y de Neil Gotanda, el autor propone que el aporte de la teoría crítica de raza radica en comprender la raza como un mecanismo de subordinación simbólica con efectos en la distribución material de recursos. La subordinación simbólica consistiría en la producción de ideas de lo blanco y lo negro como natural (es decir, estable) y de lo negro como inferior. Estas ideas justificarían diferencias en la distribución de recursos como la vivienda, la salud, el empleo, etcétera.

“Raza, derecho y poder: aportes desde la teoría crítica racial” va más allá para mostrar, sin embargo, que Crenshaw y Gotanda difieren en la manera en la que entienden cómo participa el derecho en la subordinación simbólica: mientras para Crenshaw esta subordinación se produce primero por fuera del derecho y luego se ve reflejada en él, para Gotanda, es la norma jurídica en sí misma la que produce las ideas sobre la raza. En consecuencia, como lo muestra el ensayo, Crenshaw y Gotanda también se distancian en cuanto a la manera en la que entienden que puede usarse el derecho. Así, si para Crenshaw el derecho será siempre un espacio peligroso de cooptación si las ideas que lo anteceden no cambian, para Gotanda un nuevo encuadre del tema de la

raza podría llevar a situaciones realmente distintas (su propuesta particular se orienta a adoptar la doctrina sobre libertad religiosa para el tema de raza).

Constitucionalización, objetivación del derecho y derecho como exclusión

Los cuatro ensayos restantes, “La constitucionalización del derecho internacional: aportes de Dworkin, Portalis y Savigny”, “Objetivar el derecho para distribuir el poder: León Duguít”, “El fundamento místico del Leviatán: más allá del debate entre el liberalismo y el absolutismo de Hobbes” y “Ley, violencia y comunidad: una lectura de ‘El espíritu del cristianismo y su destino’ de Hegel”, se ubican en el debate sobre la relación entre derecho y poder. De estos trabajos, solamente “La constitucionalización del derecho internacional: aportes de Dworkin, Portalis y Savigny” se ubica en el extremo que se pregunta cuándo y cómo se relacionan el derecho y el poder, mientras que los otros tres trabajos están interesados en entender el derecho en cuanto poder.

En “La constitucionalización del derecho internacional: aportes de Dworkin, Portalis y Savigny” se hace una lectura de Dworkin a la luz de la pregunta sobre la constitucionalización del derecho internacional. En este escenario, donde se discute intensamente si los Estados deberían dirigirse hacia la adopción de una constitución internacional única o seguir trabajando en el esquema de muchos escenarios paralelos y conceptualmente diversos, el autor argumenta que la propuesta de Dworkin de contar con funcionarios que caso por caso intenten encontrar la coherencia del sistema resolvería el problema del acuerdo fundacional (cuya negociación parece imposible) y también el de la dispersión/contradicción (que genera inequidad e incertidumbre). Recurriendo a Portalis y Savigny, sin embargo, vuelve a una pregunta más compleja: ¿es posible producir una comunidad política a través de decisiones legales (ya sea un código o un grupo de sentencias) o debe consolidarse primero la comunidad a través de una cultura, lenguaje y tradiciones comunes para que pueda adoptar leyes que lo reflejen?

Como recordarán los lectores, este fue un debate intenso, y no necesariamente resuelto, en el siglo XIX. La estrategia francesa, defendida por Portalis, fue imponer el Código Civil como ley a todas las regiones para formar la comunidad política francesa, para crear a Francia como nación. En este caso no existía verdaderamente un sustrato común sino que el Código se creó a partir del trabajo teórico y el estudio del derecho romano. La estrategia alemana, que se demoró más de un siglo y que defendió Savigny, fue exactamente

trabajar en la consolidación de la tradición, la lengua, la cultura, para después proceder a producir un código que las reflejara. El autor concluye que apostarle a la idea del derecho como integridad nos permite superar este debate. Por una parte, porque precisamente el proceso de implementación del Código de Napoleón demostró que una comunidad política efectivamente puede producirse a partir de una serie de normas ordenadas de manera sistemática y coherente; por otra parte, porque, en la ausencia de un acuerdo fundacional o un dictador, no se puede aspirar a una codificación completa sino a respuestas aisladas que, no obstante, aspiran a la coherencia y sistematicidad.

El trabajo “Objetivar el derecho para distribuir el poder: León Duguit”, por el contrario, ahonda en la manera en la que Duguit supera la contradicción entre derecho y poder a través de la idea de la objetivación del derecho. Para la autora, la objetivación del derecho es el resultado de la crítica de la noción de derecho subjetivo y de la adopción de la solidaridad como fundamento de la norma jurídica. También enfatiza que esta visión del derecho como realidad objetiva, en efecto, implica una redistribución del poder: en cuanto el derecho es poder, afirmar que el derecho se construye en las relaciones, y no de manera privilegiada por ciertos actores, supone poner el poder nuevamente en manos de la masa y no de la élite. En palabras de la autora: “Al negar la personificación del Estado y la imposición de una voluntad general sobre otras, el solidarismo conserva el poder individual en cada sujeto que vive en interdependencia social” (p. 210).

Este trabajo revela con increíble claridad cómo Duguit se aparta de los extremos autoritarios y liberales en cuanto ambos suponen que derecho y poder están separados y luchan por entender su relación. Por el contrario, muestra a un Duguit que, así como en el tema de la contradicción en la definición del derecho, encuentra en la realidad social el lugar del derecho y de esa manera redistribuye el poder.

Finalmente, los trabajos “El fundamento místico del Leviatán: más allá del debate entre el liberalismo y el absolutismo de Hobbes” y “Ley, violencia y comunidad: una lectura de ‘El espíritu del cristianismo y su destino’ de Hegel” se interesan por la manera en la que en el primer caso, Hobbes y Derrida, y en el segundo, Hegel, nos muestran la imposibilidad de separar derecho y violencia en el hecho mismo de que el derecho es exclusión. En el primer trabajo la dificultad de separar el derecho de la violencia, como lo propone Derrida, se nos revela en la rutinización de la discusión sobre el liberalismo o autoritarismo de Hobbes. En el segundo trabajo, por su parte, se expone

la manera en la que en ‘El espíritu del cristianismo’ Hegel elabora la idea de que el derecho, en cuanto siempre es un particular que se reclama universal, implica siempre una exclusión.

En efecto, en “El fundamento místico del Leviatán: más allá del debate entre el liberalismo y el absolutismo de Hobbes” se revisita a Hobbes a través de la pregunta por su clasificación en la dicotomía entre liberalismo y autoritarismo. En lugar de justificar una respuesta, no obstante, el autor nos muestra cómo la enorme dificultad de concluir revela algo significativo sobre la manera en la que relacionamos el derecho y el poder. En su opinión, y usando a Derrida, esta dificultad nos muestra cómo el derecho no puede encontrar fundamento en sí mismo y no tiene otro fundamento que la violencia.

En “Ley, violencia y comunidad: una lectura de ‘El espíritu del cristianismo y su destino’ de Hegel”, por su parte, se retoma un texto no muy estudiado de Hegel para desarrollar también la idea del derecho como violencia en cuanto exclusión. Concretamente, el autor explica que en este texto Hegel construye una crítica dirigida a “cuestionar la capacidad de la legalidad para instaurarse, regularse y empoderarse como espacio neutral, justificado y, en esa medida, libre de violencia” (p. 231). La primera parte de la crítica, señala el autor, se refiere a la manera en la que el derecho, las leyes, objetiva o universaliza situaciones particulares. Esto implica siempre una exclusión en cuanto el universal se reclama por fuera de la historia. La segunda parte de la crítica tiene que ver con que esta universalización de lo contingente o particular no puede justificarse por sí misma. Concretamente “la obligatoriedad de la universalidad de lo legal proviene de su propia universalidad”.

Una agenda de trabajo en teoría jurídica

Los ensayos en esta colección sugieren, en mi concepto, tres líneas de trabajo en teoría jurídica que podrían transformar nuestras discusiones actuales. La primera de estas líneas es la de tomarse en serio el derecho como poder y, particularmente, el derecho como poder que produce realidades y no simplemente las refleja. Esto implicaría poner entre paréntesis la preocupación por el poder como represión o expropiación y el derecho como barrera o límite. En esta línea podríamos profundizar particularmente en cómo es que el derecho produce realidades: cómo se vuelve parte de nuestro saber sobre el mundo, cómo se vuelve natural u obvio lo que no es sino una intuición particular de

un momento dado, cómo se “olvidan”, “reprimen” o “niegan” las críticas que insisten en mostrarnos la contingencia y cómo estas realidades, aunque en contradicción, nos resultan completamente aceptables.

La segunda línea de trabajo en teoría jurídica que sugieren estos ensayos es la de la elaboración de las diferencias entre teorías de la subordinación y las disidencias y contradicciones en el interior de cada teoría. Una tendencia muy importante cuando pensamos en el “poder” es que imaginamos que “en últimas” podemos reducir todas las subordinaciones a una misma lógica o razón, de modo que si conocemos una, las conocemos todas. Como lo sugieren los trabajos de “Razonar sobre la sodomía” de Janet Halley: influencia y preguntas desde una lectura foucaultiana” y “Raza, derecho y poder: aportes desde la teoría crítica racial”, la subordinación puede ser el resultado de estrategias muy diversas que conducen a realidades, a mundos, muy variados. Como también lo sugieren estos trabajos, los autores que piensan en cada subordinación no necesariamente se ven mejor representados como cantando al unísono un mismo argumento: por ser subordinados no están exentos de matices, sutilezas y enfrentamientos.

La tercera línea de trabajo es la de generar preguntas sobre las preguntas para encontrar un momento de productividad en el tedio de los argumentos que se repiten incesantemente, de la manera en la que lo plantea el texto “El fundamento místico del Leviatán: más allá del debate entre el liberalismo y el absolutismo de Hobbes”. Así, en lugar de seguir preguntando si el formalismo es mejor que el antiformalismo, podríamos preguntarnos por qué esta es la pregunta que nos preocupa, o en lugar de seguir insistiendo en que el derecho limite la fuerza y reprima nuestros deseos de quitarle a los demás lo que tienen, podríamos preguntarnos de dónde viene esta idea de que lo que deseamos es quitarle a los demás lo que tienen.

En conclusión, apropiarse del canon de teoría jurídica transnacional es una tarea que no necesita limitarse a leer a los autores solamente a la luz de las inquietudes propias de su tiempo. Estar implicados en los contextos locales, por otro lado, no solo es inevitable sino revelador. No exclusivamente porque nos enseña cuán empobrecidos están estos ambientes, sino porque nos obliga a tomarnos en serio las repeticiones y atrasos, y a hacernos preguntas sobre ellos. Desde este horizonte enriquecemos el canon al tiempo que introducimos sutileza y variedad.

Referencias

KENNEDY, Duncan, "Three Globalisations of Law and Legal Thought, 1850-2000".
En: D. Trubeck y A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-74.

Parte I

Solidaridad e integridad:
más allá del enfrentamiento entre
derecho y moral

LAS RAZONES PARA OBEDECER EL DERECHO: RESPUESTAS DESDE LA DOCTRINA DEL DERECHO SOCIAL

*Andrea Celemin Caicedo**

Durante mucho tiempo la pulsión entre el iusnaturalismo¹ y el positivismo jurídico² pareció ocupar un papel protagónico en el panorama de la teoría del derecho. La determinación de los contenidos que caracterizan el concepto de *derecho*, el esclarecimiento de las relaciones existentes entre el derecho y el poder político, y la postulación de razones para justificar el deber de obediencia al derecho por parte de los grupos sociales fueron explicados de forma exhaustiva por los miembros de algunas de estas corrientes de pensamiento.

Sin embargo, la delimitación del derecho como concepto no se agotó, ni se ha agotado en las propuestas generadas desde las doctrinas iusnaturalistas y positivistas o desde los diálogos establecidos entre aquellas. En ciertas oportunidades es posible divisar explicaciones divergentes que se han levantado de manera crítica con la pretensión de zarandear algunos de los cimientos o

* Abogada con maestría en Derecho de la Universidad Nacional, estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

¹ El iusnaturalismo hace énfasis en la conexión entre el derecho y la moral, y comprende que el contenido del derecho y su obligatoriedad se fundamentan en la idea de razón. También en la posibilidad de reflejar “los dictados del derecho divino y materializarlos en la ley humana a través de la razón”. Harold Berman, *The nature and functions of Law*, Nueva York, The Foundation Press, 1996, pp. 16 y 17.

² El positivismo hace énfasis en la conexión entre “el Derecho y poder político, y comprende el origen del Derecho y su obligatoriedad, en la autoridad política de las reglas legales”. *Ibid.*, p. 18.

presupuestos que desde tiempo atrás fueron afincados por el positivismo y el iusnaturalismo. A través de este remezón, estas explicaciones han intentado ofrecer justificaciones alternativas al deber de obediencia al derecho. Las propuestas y reflexiones de León Duguit, con su doctrina del derecho social, se enmarcan en esta perspectiva crítica.

Este ensayo tiene el propósito de revisar las propuestas de León Duguit para analizar la manera como este autor justifica el deber de obediencia a las normas jurídicas. Al intentar criticar las explicaciones construidas desde el positivismo y el iusnaturalismo para justificar la obediencia al derecho, este autor propone una interesante perspectiva que merece ser revisada.

Para realizar esta revisión, el ensayo estará dividido en varias partes. En la primera se efectuará una breve descripción de la recepción teórica en Colombia de la obra de Duguit. Esta descripción pretende despertar el interés por su doctrina del derecho social más allá de las ideas comunes que sobresalen cuando se hace referencia al trabajo de este teórico francés. En la segunda parte se realizará una confrontación entre las principales ideas del positivismo y el iusnaturalismo con la doctrina del derecho social para analizar la contribución de la crítica duguitiana en la comprensión del concepto de derecho. También en la delimitación de la función de la ciencia jurídica y en la explicitación del deber de obediencia a las normas jurídicas. En la última parte, se realizará una ubicación de la doctrina del derecho social dentro del contexto de las críticas que en su momento aparecieron para exponer el fenómeno jurídico y para explicar el deber de obediencia al derecho.

¿La teoría jurídica de Duguit?

Una manera de iniciar un acercamiento a la teoría del derecho de León Duguit debe proponer una emancipación de la precomprensión de algunas ideas “clásicas” de este autor francés que, desde hace mucho tiempo, han tenido amplia resonancia en ciertas áreas de la disciplina jurídica. Pero estas ideas, por razones de especialidad, han compartimentado la propuesta duguitiana y lo han hecho aparecer como una figura más ligada al derecho administrativo o al derecho constitucional que a la teoría jurídica.

Así, en el área del derecho administrativo, por ejemplo, la fundamentación del concepto de servicio público frecuentemente hace alusión a la teoría

de Duguit.³ Sobre este concepto, es posible encontrar multiplicidad de referencias en las que a la figura del teórico francés se le endilga un cierto grado de paternidad en la consolidación del derecho administrativo:

[...] el segundo concepto que se usó para la construcción material de la administración pública es el de servicio público. [...] el concepto de servicio público nació a finales del siglo XIX como una creación de la jurisprudencia francesa para aplicar el derecho público a personas diferentes a la administración y a los contratos celebrados por la misma, fundamentos que serían retomados por Duguit, quien en su teoría constitucional reemplaza la soberanía por el concepto de servicio público como elemento del Estado, fundando la escuela realista que construye el derecho administrativo y la administración pública sobre las bases del servicio público.⁴

Igualmente, el pensamiento de Duguit ha impactado otras áreas del derecho público como el derecho constitucional. Su influencia en la consolidación de la concepción del Estado social como una reformulación del concepto de Estado es incuestionable, especialmente a partir de aportes como la limitación a la idea de propiedad en razón de su función social.⁵ Sobre el particular se ha determinado:

³ Sobre el particular, se puede consultar: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del Derecho en las bases del concepto de servicio público”, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 5 (primer semestre del 2011), pp. 43-86. Recuperado de <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/Deradm/article/view/2953/2597>.

⁴ Carlos Castro Cuenca, “La contratación estatal”. En *Teoría general: perspectiva comparada y regulación internacional*, Bogotá, Ediciones Universidad del Rosario, 2010, p. 30.

⁵ Señala sobre el particular López Medina: “El trabajo teórico de Duguit se halla ligado al surgimiento de ‘un nuevo derecho público’ en la expresión que hizo popular Adolfo Posada en su texto ‘La nueva orientación del derecho público’ que sirve como epílogo a *La transformación del Estado*. En la teoría del derecho colombiano el concepto de *función social de los derechos* se elevó a rango constitucional en el Acto Legislativo No. 1 de 1936, más precisamente en su artículo 10 reformativo del 28 de la Constitución de 1886. Acerca de la recepción de las ideas de Duguit en el derecho público nacional, véase: Álvaro Tirado Mejía, *La reforma constitucional de 1936*; Tulio Enrique Tascón, *Derecho constitucional colombiano*, 1945. Sobre la relación entre el antiformalismo del derecho privado y el derecho público de Duguit, véase el muy interesante texto de Darío Echandía, *La ley moral y la reforma a la jurisprudencia civil*. Prólogo al libro de Eduardo Zuleta Ángel,

El principio de la solidaridad social confiere una justificación y un fundamento para la intervención del Estado en la reglamentación de la vida económica y social, desde la regulación de la propiedad privada hasta la reglamentación del derecho al trabajo o la asistencia social, precisamente en conexión directa con la concepción solidarista de la Institución y la Libertad. Desde esta óptica, el concepto solidarista reconoce nuevas funciones y obligaciones de orden positivo que el concepto individualista de la libertad y la propiedad rechazaba. Este pensamiento revoluciona la idea de Estado. Esta nueva percepción de Estado es exactamente la misma idea en la cual se fundamenta la construcción jurídico-política del Estado Social.⁶

Sin embargo, la doctrina del derecho social construida por León Duguit no se agota en estas dos referencias tan ampliamente difundidas en el pensamiento jurídico colombiano. Estrechamente ligada con estas ideas se halla toda una plataforma conceptual que procura dar una compleja explicación del fenómeno jurídico y que pone especial énfasis en dilucidar hasta qué punto aquellos que detentan el poder poseen algún tipo de “derecho” conferido por el derecho para ser obedecidos.

Esta plataforma doctrinal pretende alzar su voz contra algunas de las ideas más canónicas de las escuelas de pensamiento tradicional como el positivismo y el iusnaturalismo. En seguida, se realizará una revisión de aquellos postulados contra los que la doctrina del derecho social acometió durante las primeras décadas del siglo xx, que, como se verá, van mucho más allá del concepto de servicio público o de la idea de función social de la propiedad.

Reconsideración de la explicación para el surgimiento del Estado

Una de las principales batallas emprendidas por Duguit contra las formas de pensamiento tradicional de la disciplina jurídica, de las que sin lugar a dudas han bebido y continúan bebiendo tanto el positivismo como el iusnaturalismo, tiene que ver con la fundamentación de la legitimidad del concepto

Escritos jurídicos, Temis, Bogotá, 1974”. En Diego López Medina, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, p. 327.

⁶ Rafael Portales y Diana Espino, “Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado social”, en *Universitas, Revista de Filosofía del Derecho y Política*, núm. 12 (julio del 2010), p. 57.

de Estado. Y es que ambas escuelas han explicado el surgimiento del Estado acudiendo al uso del concepto del contrato social. Qué mejor que darle voz a uno de los más importantes contractualistas, John Locke, para establecer la crítica de Duguit contra la noción de pacto como fundamentación del concepto de Estado:

[...] los hombres se hallan naturalmente en un estado así, y en él permanecen, hasta que por su propio consentimiento, se hacen a sí mismos miembros de alguna sociedad política [...]. Para evitar este estado de guerra —en el que sólo cabe apelar al Cielo, y que puede resultar de la menor disputa cuando no hay autoridad que decida entre las partes en litigio— es por lo que con razón los hombres se ponen a sí mismos en un estado de sociedad y abandonan el estado de naturaleza.⁷

Duguit se niega a considerar como plausible la fundamentación del Estado construida a partir de la noción de pacto o contrato social, desde el cual se otorga poder al soberano para abandonar el estado de naturaleza. Para Duguit, el Estado es una construcción social que surge de una realidad observable y que puede ser sujeta a la verificación a través de distintos medios. Esta realidad es que los hombres no han nacido como individuos aislados que cuando se encuentran con otros hombres se tratan de avasallar y dominar. Más bien, los hombres han nacido como miembros de la sociedad y esta vida social ha generado entre ellos relaciones de cercanía y afinidad (solidaridad orgánica) o de interdependencia (solidaridad mecánica).

Por este motivo, contra la noción de estado de naturaleza se erige la doctrina del derecho social en la que el proceso de explicación de aparición del Estado es inverso. El hombre no es concebido como un ser aislado o en constante confrontación con los demás, sino más bien como un ser insertado en una estructura social de la cual depende para su subsistencia y desarrollo: “el hombre vive en sociedad, ha vivido siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad con sus semejantes”.⁸

Las ideas de Duguit se encuentran muy alejadas de la doctrina contractualista, más aún del contractualismo en su versión más radical: aquella elaborada por Thomas Hobbes. En el contractualismo hobessiano, el hombre de

⁷ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 45 y ss.

⁸ León Duguit, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, 1926, p. 8.

forma individual y hasta aislada llega a la conclusión de que necesita asociarse con los demás hombres y formar el Estado para tener “derechos”, y esta necesidad aparece como un acto de voluntad de los individuos. Por el contrario, a esta postura hipotética, el profesor francés responde: “la sociedad humana es un hecho primario y natural y de manera alguna producto o resultado de la voluntad humana”.⁹ En otras palabras, la imagen del surgimiento del Estado representada por Duguit es la de la espontaneidad del Estado como el producto del desarrollo del curso de las relaciones humanas. Ante esta situación, es la espontaneidad y no la voluntad de asociarse de los hombres, para someterse sin reservas a un poder mayor, la que explica la aparición del aparato estatal.

Es en esta reconstrucción de la aparición del elemento estatal como fórmula de organización social en la que más fácilmente se puede hacer eco de la autoproclamación de León Duguit como un teórico que está acomodado en las fronteras del positivismo; pero del positivismo cientificista que pretende derivar conclusiones a partir de la observación de la realidad. Sin embargo, tal y como se verá más adelante, las reconsideraciones teóricas de Duguit en relación con la forma como debe comprenderse el derecho y el poder estatal marcan una profunda distancia con algunas de las tesis sostenidas por el positivismo jurídico, en especial con la idea de la inexistencia de una conexión necesaria entre las reglas jurídicas y ordenamientos morales u otra clase de sistemas estáticos de producción de normas jurídicas, donde los actos de creación de las normas inferiores dependen del contenido de una norma superior.

Reconsideración de la fundamentación para la soberanía estatal

Si el Estado no es el producto del deseo voluntario de asociarse para renunciar al estado de naturaleza, el fundamento del poder estatal no se encuentra en este acto consensual. Para Duguit, el fundamento del poder soberano del Estado se halla bien lejos de esta imagen calificada por él mismo como ficticia y artificial.

De acuerdo con su teoría, en las organizaciones sociales las relaciones entre los hombres no son homólogas. Por el contrario, es posible constatar que sea cual fuere la organización social (horda, familia, nación), algunos hombres

⁹ *Idem.*

mandan y otros obedecen.¹⁰ La diferencia entre quienes mandan y quienes han de obedecer se efectúa mediante el ejercicio del poder o la fuerza. Siendo entonces que la dominación de un hombre respecto de otros hombres es el resultado del ejercicio de la coacción, no es posible encontrar una teoría o doctrina que fundamente la imposición de este poder o mando de unos hombres contra otros hombres, así este poder se imponga mediante la idea de soberanía del Estado. Duguit crítica el que se quiera encontrar una justificación —a través de la construcción del concepto de soberanía— de la imposición de la fuerza y de la coacción. En su comprensión, esta posibilidad de ejercer el poder es una realidad que se explica como fenómeno social, por lo cual resulta infructuoso cualquier intento para la legitimación del uso de la fuerza para la obediencia de los mandatos del Estado.

Por este motivo, él emprende una dura crítica a las ideas democráticas¹¹ y procura dar cuenta de las contradicciones de la democracia, especialmente a causa de la restricción al sufragio universal. De acuerdo con la idea de democracia criticada por Duguit, la soberanía radica en la nación, que es una voluntad separada y diferente de la de aquellos individuos que generaron el pacto. Sin embargo, la existencia del Leviatán o de la sociedad civil elaborada por los contractualistas no explica las razones por las cuales esta voluntad general debe obedecerse. Del hecho de que esta voluntad se considere como diferente de las voluntades individuales, no puede desprenderse el deber de obedecer esta voluntad general. Para Duguit, este intento de legitimación del concepto de soberanía es una ficción útil, pues el hecho observable es que la soberanía no es ejercida por todos sino por algunos, que pueden ser uno o varios, pero que gracias a estas ideas tienen el camino despejado para un dominio sin ninguna clase de limitación. Esta crítica la describe Duguit en los siguientes términos:

La teoría del Estado persona y de la soberanía derecho no responde en manera alguna a estas condiciones, puesto que implica que el Estado es una personalidad distinta de los individuos que la constituyen, y que esta personalidad está dotada de una voluntad superior, por su esencia a todas las voluntades individuales y colectivas existentes en un territorio determinado viniendo a constituir esta superioridad de voluntad la

¹⁰ *Ibid.*, p. 31.

¹¹ Duguit advierte del peligro de las doctrinas democráticas por conducir “a la omnipotencia del poder político y a la subordinación completa e ilimitada del individuo”. *Ibid.*, p. 19.

soberanía-derecho. Y todo esto no es más que puro conceptismo, quimeras forjadas por la mente o destruidas de toda realidad positiva.¹²

A esta idea de soberanía estatal —que en su versión más clásica es descrita como metapoder, como poder absoluto e indivisible con la facultades de situarse incluso por encima o por fuera de la ley que por ella misma ha sido creada— se impone una limitación: el derecho. Así, el límite al poder, a la fuerza detentada en cualquier organización social (incluido el Estado), se halla en el derecho. En otros términos, contra la idea de soberanía estatal como metapoder irresponsable frente a la ley, Duguit contrapone la idea del derecho como la cuerda que ata, mediante la solidaridad social, al Estado y a los gobernantes. Ahora bien, de muchas formas Duguit trata de definir las características de esta cuerda que sujeta el poder del Estado desde la doctrina del derecho social. Por ello Duguit sostiene que:

Los gobernantes poseen, por su propia significación, la mayor fuerza existente en una sociedad determinada; están por tanto, obligados por la regla de derecho, a emplear la mayor fuerza de que disponen para la realización de la solidaridad social. Deben, además y por lo mismo, hacer leyes necesarias para alcanzar este resultado y *a fortiori* no pueden hacer leyes que se opongan al desarrollo mismo de la solidaridad social. El derecho impone, pues a los gobernantes, no solo obligaciones negativas sino también positivas.¹³

Los individuos que gobiernan y que detentan la soberanía estatal están atados a la ley que ellos han creado para realizar la solidaridad social. Por este motivo, el derecho, de acuerdo con su doctrina, es un instrumento para garantizar que los gobernantes se ciñan al cumplimiento de las obligaciones estatales para la promoción del desarrollo social.

En este sentido, la doctrina duguitiana ha sido clasificada por algunos autores como funcionalista. En esta catalogación del pensamiento de Duguit, realizada por autores como Wilkinson, la preocupación de la obra del teórico francés, y de otros funcionalistas, más que centrarse en la comprensión de lo que significa el concepto de derecho se enfoca en ofrecer una explicación a las preguntas acerca de para qué sirve el fenómeno jurídico. En el funcionalismo

¹² *Ibid.*, p. 31.

¹³ *Ibid.*, p. 35.

propugnado por Duguit, el derecho cumple una función: la de limitar el ejercicio del poder efectuado por aquellos que gobiernan el orden social a través de la idea de solidaridad:

En estas visiones funcionalistas, la relación entre el derecho y el Estado es profundamente contingente y el Estado es concebido no como una monolítica o absolutamente entidad soberana, sino como una asociación (asociación de asociaciones) condicionada por sus propósitos públicos y sociales. El Derecho se adapta para reflejar los cambios económicos y sociales y nuestra concepción de la naturaleza de las normas sociales evoluciona como la sociedad moderna que se convierte crecientemente en compleja y burocratizada. El Derecho, para esta perspectiva, es secundaria y derivadamente —si no marginalmente— en la narrativa del desarrollo social.¹⁴

Reconsideración de la idea del Estado como productor monopolístico del derecho

Los embates de Duguit contra la teoría clásica del Estado no solo se dirigieron a cuestionar los fundamentos de su legitimidad. En la doctrina del derecho social también ocupa un lugar importante el cuestionamiento de las visiones monistas del derecho en las que el Estado monopoliza los criterios de producción de las reglas jurídicas.

El concepto de derecho sostenido por el positivismo jurídico tiene una fuerte disposición a describir el derecho como una categoría social ligada de forma exclusiva al contexto de producción estatal. Pero el concepto de derecho en la comprensión duguitiana se encuentra plagado de otras manifestaciones sociales que actúan de forma coetánea con el derecho producido por el Estado. Gurvitch identifica el concepto de pluralismo jurídico en la obra de Duguit en los siguientes términos:

La otra consecuencia de su concepción es que el Estado no puede pretender ser la única organización llamada a constatar el derecho preexistente o espontáneo del medio social. Puede haber otras y si ellas triunfan en sus objetivos, los resultados de sus constataciones serán equivalentes a la ley estatal y podrán competir con ella. Es el caso de los sindicatos profesionales federalizados, que representan según Duguit, una

¹⁴ Michael Wilkinson, “Three conceptions of Law: towards a jurisprudence of democratic experimentalism”, en *Wisconsin Law Review*, núm. 673 (2010), p. 685.

nueva expresión de la fuerza social de la potestad del gobernante llamada a constatar el derecho espontáneo e inorganizado preexistente.¹⁵

En este sentido empieza a vislumbrarse un Duguit con una militancia poco clara a las fuentes de explicación del fenómeno jurídico de las que se alimenta la escuela positivista, por la centralidad que esta escuela de pensamiento le otorga al contexto de formación estatal de las reglas jurídicas. Como es bien sabido, el positivismo en su versión imperativista ha llegado incluso a señalar que el derecho se constituye por el conjunto de órdenes respaldadas por amenazas emitidas por el soberano.¹⁶

Sin embargo, para Duguit el derecho es fenómeno “anterior” y “superior” al Estado, es decir, es posible encontrar organizaciones sociales en las que las relaciones de solidaridad orgánica y mecánica generen fenómenos normativos de índole jurídica que no requieren del reconocimiento estatal para su desarrollo o consolidación. Tan concluyente es esta descripción del carácter pluralista del derecho para Duguit que él llega a afirmar que “el derecho es enteramente independiente de la autoridad política”.¹⁷

Reconsideración del deber de obediencia a las reglas jurídicas

Una preocupación compartida por el iusnaturalismo y por el positivismo se encuentra en las elaboraciones realizadas por ambas escuelas para fundamentar el deber de obediencia a las normas jurídicas. La obra de Duguit pretende construir una respuesta alternativa a la pregunta acerca del porqué se debe obedecer al derecho por encontrar como irreales o peligrosas las respuestas elaboradas por las escuelas dominantes.

La legitimidad del derecho, desde el punto de vista del iusnaturalismo, es descrita por Portalis en los siguientes términos:

El hombre nace con necesidades; es preciso que pueda alimentarse y vestirse: tiene, pues derecho a las cosas necesarias para su subsistencia y conservación. He aquí el origen del Derecho de propiedad. Nadie habría plantado, sembrado ni edificado, si

¹⁵ Georges Gurvitch, *La idea del derecho social*, Granada, Comares, 2005, p. 665.

¹⁶ Cf. Berman, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷ Duguit, *op. cit.*, p. 15.

las tierras no hubieran sido divididas y si cada individuo no hubiera estado seguro de poseer pacíficamente su dominio. El derecho de propiedad es en sí, por consiguiente una institución directa de la naturaleza, y la manera en que se ejerce es un accesorio, un desarrollo, una consecuencia del Derecho mismo.¹⁸

Aunque Duguit comprende que esta doctrina del derecho individual resulta útil, o por lo menos adecuada al inspirar la idea de que los derechos naturales son el límite al poder coactivo del Estado, considera que es necesario el que se discutan las bases de esta teoría por las múltiples contradicciones y ficciones de las cuales parte. Según sus postulados, la idea del derecho individual es hipotética, es decir, nunca ha ocurrido y, por ende, como ficción que es no puede ser el fundamento de un hecho real como lo es el deber de obedecer el derecho.¹⁹

Para Duguit es necesario comprender que el ser humano se encuentra desde su nacimiento atado a la colectividad. Se dice atado en cuanto a la ficción del hombre libre, Duguit contrasta una representación del hombre involucrado con los demás hombres y que debe efectuar ciertas obligaciones para el mantenimiento y desarrollo tanto de la vida individual como de la vida social. Así, a la idea del hombre libre, Duguit opone la concepción contraria: la de un hombre amarrado con los demás por lo que él describe como los lazos de la solidaridad o interdependencia social.²⁰

De la misma manera que Duguit alza su voz contra la idea de legitimidad del derecho a partir del derecho natural, también critica la idea de obediencia al derecho como consecuencia de la sanción y coacción ejercida por el Estado.

Así como el fundamento del derecho no se halla en los derechos naturales individuales, tampoco puede explicarse en el poder sancionador del Estado que se encuentra respaldado por la coacción y se expresa mediante la ley. Según los postulados del derecho social, el fundamento del derecho se encuentra en la solidaridad social: “la solidaridad es el verdadero fundamento del derecho”.²¹

¹⁸ Jean Etienne Marie Portalis, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Madrid, Civitas, 1997, p. 102.

¹⁹ Cf. Duguit, *op. cit.*, p. 5.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Ibid.* p. 13.

Reconsideración del concepto de derecho subjetivo

El desacuerdo entre positivistas, iusnaturalistas y otras posturas, que no se pueden enmarcar exactamente en estas tradiciones, como la escuela histórica,²² no es absoluto. Una sinergia que hace semejantes estas corrientes tiene que ver con la relación existente entre los conceptos de derecho subjetivo y derecho objetivo. Para cada una de estas corrientes existen ciertos intereses jurídicamente protegidos (derechos subjetivos) a partir de los cuales es posible derivar el conjunto de conductas que deben ser obedecidas por todos los ciudadanos y que dan lugar a promulgar lo que se conoce como derecho objetivo.

Duguit critica ampliamente la construcción del concepto de derecho objetivo como supeditado o fundamentado en los derechos subjetivos de carácter individual. La doctrina del derecho social parte de la idea contraria, es decir, comprende que a partir del derecho objetivo se pueden reconocer los derechos subjetivos. Vale la pena dejar hablar a Kelsen, uno de los más importantes exponentes de la escuela positivista, para presentar el concepto de derecho subjetivo defendido por el iusnaturalismo y la escuela histórica, que es criticado por él mismo y por León Duguit mediante su doctrina del derecho social:

La tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo incluso a aquél prioridad sobre ésta, debe ser referida a la doctrina del derecho natural. Esta supone que existen derechos naturales, innatos al hombre, existentes antes de todo orden jurídico positivo; el papel principal entre ellos lo desempeña el derecho a la propiedad privada. Conforme a esta forma de pensar, la función de un orden jurídico positivo (o del Estado) que satisfaga la condición natural, consiste en garantizar estos derechos

²² La escuela histórica es otra de las grandes escuelas que se ha dado a la tarea de ofrecer una explicación para el concepto de Derecho. De acuerdo con Berman: “Un tercer tipo de concepto es que el Derecho halla su origen y sus sanciones ni en la razón ni en el poder político pero en las tradiciones, características y en el carácter de la comunidad, la llamada escuela histórica ve el Derecho como teniendo una conexión orgánica con la mente y el espíritu de la gente. El Derecho es ‘desarrollado primero por la costumbre y la fe popular’, así es un error ver el Derecho también como un cuerpo ideal o una proposición natural, o como un sistema de reglas promulgadas por el Estado, la ley es preferiblemente una expresión de la conciencia común de la gente en un tiempo y lugar determinado”. Berman, *op. cit.*, p. 21.

naturales, estatuyendo las obligaciones correspondientes. Esta concepción influyó también sobre los representantes de la Escuela Histórica, que no sólo inauguraron el positivismo jurídico del siglo XIX, sino que determinaron muy esencialmente la construcción conceptual de la teoría general del derecho.²³

Al igual que Kelsen, Duguit critica la idea de *naturaleza humana* a partir de la cual se ha construido el concepto de derecho subjetivo. De acuerdo con la postura de Duguit, los derechos no se derivan de la naturaleza humana sino más bien del ejercicio de la solidaridad orgánica, que es descrita en su teoría como la relación existente entre los hombres para complementarse según sus capacidades y habilidades. Así surge la libertad, que no aparece como un derecho individual sino como fenómeno necesario para posibilitar la interdependencia social. Por este motivo, la libertad no puede considerarse como ilimitada y absoluta sino que, por el contrario, se encuentra orientada a la realización de la solidaridad social. Igual ocurre con la propiedad:

Si se persiste en hacer del derecho de propiedad un derecho natural del hombre, fundado en la idea de que teniendo el hombre el derecho de ejercer libremente su actividad, debe tener así mismo el derecho de apropiarse el fruto de esa actividad, se llega lógicamente al comunismo, puesto que todo hombre que trabaja debería ser propietario, y solamente podría serlo el que trabaja. La propiedad individual debe considerarse como un hecho contingente, producto momentáneo de la evolución social, y el derecho del propietario como un hecho justificado y al mismo tiempo limitado por la misión social que le incumbe, a consecuencia de la situación particular en que se encuentra.²⁴

De acuerdo con lo anterior, el concepto de derecho subjetivo no encarna una natural disposición del hombre a contar con ciertas prerrogativas sino que se deriva de la interdependencia social.

Tal y como se vio anteriormente, los positivistas ya habían denunciado esta idea del derecho subjetivo ligado al concepto de naturaleza humana. Sin embargo, los positivistas elaboraron una nueva fórmula para desligar el derecho subjetivo del derecho natural: por medio de la vinculación del concepto de derecho a la idea de producción estatal. Se puede dejar hablar nuevamente

²³ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 143.

²⁴ Duguit, *op. cit.*, p. 14.

a Kelsen para poner en evidencia este vínculo: “Si se pone de lado la suposición de los derechos naturales, y sólo se reconoce los derechos estatuidos por un orden jurídico positivo, resulta entonces que el derecho subjetivo en el sentido discutido, presupone una obligación jurídica correspondiente; más, consiste en esta obligación jurídica”.²⁵

Duguit alza su voz contra este presupuesto del positivismo. De acuerdo con sus ideas, la fórmula propuesta por el positivismo no es satisfactoria, es más, es sumamente peligrosa.²⁶ Por ello, y a diferencia de lo que sostienen los positivistas que niegan que las reglas jurídicas tengan un contenido necesario, para Duguit el contenido del derecho está inescindiblemente ligado a la solidaridad social.

Las reformulaciones de Duguit: ¿también contra el positivismo?

Hemos visto a lo largo de este ensayo cómo en el contexto jurídico colombiano no ha existido una difusión del pensamiento de Duguit desde la perspectiva de la teoría del derecho. Sin embargo, algunas de las escasas referencias que desde la teoría jurídica se encuentran en nuestro contexto describen la doctrina del derecho social a la escuela del positivismo jurídico.²⁷

²⁵ Kelsen, *op. cit.*, p. 143.

²⁶ Señala Duguit: “Los hombres de la revolución aceptan esta teoría y declaran que el titular de ese derecho subjetivo de soberanía no es el rey, sino la nación. Por lo demás, la teoría en nada cambia. El rey era una persona; la nación será una persona. Su derecho al igual que el del rey será absoluto en sus efectos y en su duración. Será también indivisible, inalienable e imprescriptible [...]. Con esta concepción legalista, el Estado se convierte en una potencia formidable. Ya muy grande cuando encarnaba en un hombre, el poder público se ofrece sin límites cuando encarna en la nación. El Estado es entonces verdaderamente el Leviatán de Hobbes, lo absorbe todo, lo iguala todo, lo rige todo; no soporta al lado ninguna vida independiente y bajo el pretexto de la igualdad, no consiente oír debajo de él más que una masa pulverizada de individuos omnipotentes y desarmados”. En: León Duguit, *Las transformaciones del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán, 1922, p. 90.

²⁷ En manuales de teoría del derecho en Colombia es posible leer: “Positivismo Jurídico: la existencia de la regla de Derecho es la espina dorsal del positivismo jurídico. Las consideraciones deontológicas y las fundamentaciones racionales no son tenidas en cuenta ante una negación absoluta del derecho natural. Quizás el más destacado seguidor de este movimiento sea León Duguit (1859-1928), en cuya obra de gran frondosidad y

Esta catalogación, como es de suponerse, hace eco de las propias palabras de Duguit que se califica a sí mismo como positivista.

Pero si bien es cierto que Duguit comparte algunos aspectos o premisas básicas del positivismo jurídico, su doctrina del derecho social no puede alinearse tan fácilmente con todas las tesis que identifican esta escuela de pensamiento. Hacer encajar el pensamiento del teórico francés en la imagen analítica del positivismo jurídico es una tarea infructuosa, como la del niño de dos años que quiere hacer encajar en su rompecabezas la figura del círculo en el espacio destinado al cuadrado.

Si se sigue la concepción elaborada por uno de los exponentes más importantes del positivismo jurídico, H. L. A Hart, es posible identificar tres tesis centrales indispensables para dar cuenta de lo que sostiene y defiende esta escuela de pensamiento. Sobre el particular se señala:

Conocido es que Hart definía el positivismo jurídico a través de tres tesis, cuyo cumplimiento estimaba imprescindible para cualquier teoría del derecho que pretenda y merezca ser llamada positivista. Tesis que, en líneas generales se leen de la siguiente forma: la primera de ellas es la llamada tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, o adoptando término de clásicos positivistas como Jeremy Bentham y John Austin, entre el derecho que es del derecho que debe ser [...]. La segunda tesis la enuncia como la tesis de las fuentes sociales del derecho. Éste dependerá para su existencia, de una práctica social que determine cuáles son las fuentes de las que emanan las normas jurídicas [...]. A la tercera y última tesis del positivismo se la conoce como la tesis de la discrecionalidad judicial.²⁸

Tal como se comentó anteriormente, la tesis de las fuentes sociales del derecho —de acuerdo con la cual el derecho se identifica como un hecho social— es una idea de la que la doctrina del derecho social elaborada por Duguit se encuentra completamente empapada. En este sentido, se podría aprobar el etiquetamiento de su doctrina en el positivismo jurídico. Sin embargo, como en la identificación de las restantes tesis del positivismo la conclusión no es tan halagüeña, resulta necesario quitarle a Duguit el rótulo de “seguidor” para colocarle el de “detractor” del positivismo.

sabiduría figuran obras como *El Estado, el derecho y la ley positiva* [...]”. Rogelio Peña, *Teoría general del derecho*, Bogotá, ECOE, 2011, p. 35.

²⁸ Rafael Escudero, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004, p. 13.

Continuemos con la tesis de la discrecionalidad judicial. De conformidad con esta tesis, el derecho, al hacer uso del lenguaje común, tiene amplias limitaciones a la hora de orientar el papel de aquel que desempeña la tarea de adjudicación. De acuerdo con Hart: “Los cánones de interpretación no pueden eliminar, aunque sí disminuir, las incertidumbres del lenguaje; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren de interpretación”.²⁹

Son pocas las referencias que Duguit efectúa acerca de la idea de adjudicación judicial. Su obra no da suficientes pistas sobre la manera como Duguit concibe la completitud y coherencia del sistema jurídico. Tampoco sobre la forma como los jueces aplican o interpretan las normas a casos particulares, con lo que determinar hasta qué punto su teoría jurídica se identifica con la tesis de la discrecionalidad no pasaría de ser un ejercicio de especulación argumentativa. En ese sentido, aún no es posible colocar la imprenta de “detractora” del positivismo a la propuesta duguitiana.

Sin embargo, probablemente la tesis más popular del positivismo, aquella que permite que sus seguidores exhiban sus tarjetas de presentación con el membrete de “positivistas” es la que defiende la tesis de separación conceptual entre el derecho y la moral. Sostener que la doctrina del derecho social encaja en la defensa de esta tesis representa un desafío infranqueable para la teoría duguitiana.

En términos de Hart, la tesis de la separación es definida de la siguiente forma: “Aquí entenderemos por positivismo jurídico la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suela ocurrir así”.³⁰

Si bien es cierto que Hart no desconoce que el derecho pueda tener relaciones de cierto grado con los sistemas normativos morales, de acuerdo con su definición del concepto de derecho estas relaciones no necesariamente son útiles para describir el derecho. Sin embargo, en la teoría de Duguit el derecho no puede desligarse de la solidaridad social porque de ella aparece y en ella se fundamenta. En la teoría de Duguit hay un vínculo sustancial entre el derecho y la solidaridad social.

²⁹ Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 158.

³⁰ *Ibid.*, p. 230.

La teoría jurídica americana ya había reconocido esta imposibilidad de distinguir en las ideas duguitianas una conexión con el positivismo jurídico. Por ejemplo, lo hace notar Félix Cohen, uno de los más importantes representantes del realismo jurídico norteamericano, quien señaló sobre la doctrina de Duguit:

To M. Leon Duguit we may profitably appeal for a statement of the typical position that the field of law of ethics and morality. To show the inadequacy of his doctrine is to point to the fallacy upon which a vast amount of legal philosophizing is squarely based. Law according to Duguit, has for its sole purpose social solidarity. Solidarity, he insist, is a fact, no a rule of conduct. But, as with so many other jurist, this inductive generalization suffers a gradual metamorphosis, and is finally used as the sole basis for such commands of ethical judgments as following: "Respect every act of individual will determined by any end of social solidarity" [...]. Since it is impossible to derive the goodness of an act from its frequency or universality, Duguit judgments can be true only if the doctrine of solidarity is, in contradiction to his owns claims, an ethical imperative. It seems fair to characterize such a position as crypto-idealism.³¹

Duguit considera que existe una relación necesaria entre la regla jurídica y lo que ella debe decir. Pero esta relación no se encuentra en la idea de derecho individual natural del iusnaturalismo sino en el concepto de solidaridad social: "Una regla de conducta se impone, por consiguiente, al hombre social, por la fuerza misma de las cosas, regla que puede formularse así; no hacer nada que cause perjuicio a la solidaridad social bajo cualquiera de sus dos aspectos,

³¹ "Para el señor Duguit nosotros probablemente podemos apelar a una declaración de la típica posición de que el campo del derecho está en el de la ética y la moralidad. El derecho de acuerdo con Duguit tiene el solo propósito de la solidaridad social. La solidaridad, él insiste, es un hecho, no una regla de conducta. Pero como ocurre con muchos otros juristas esta generalización inductiva sufre una gradual metamorfosis y es usada finalmente como orden de juicios éticos como el siguiente: 'respetar cada acto de voluntad individual determinado por cualquier fin de solidaridad social'. Considerando que es imposible derivar la corrección de cualquier acto de su frecuencia o universalidad, el juicio de Duguit solo puede ser cierto si la doctrina de la solidaridad social es una contradicción en sus propios términos, un imperativo ético. Entonces parece justo caracterizar una posición de este tipo como criptoidealismo" (traducción propia). Morris R. Cohen y Félix S. Cohen, *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Nueva York, Prentice Hall, 1951, pp. 640 y 641. Recuperado de <http://heinonline.org/biblioteca.uniandes.edu.co:8080/HOL/Print?collection=beal&handle=hein.beal/reaajuphil0001&cid=3>.

y hacer todo lo que, por su naturaleza, es preciso realizar para desarrollar la solidaridad social mecánica y orgánica”.³²

Ahora bien, no se quiere asimilar aquí la solidaridad social al derecho natural tal y como parecería sugerirlo Cohen al calificar como *criptoidealismo* la teoría de Duguit. Si bien la solidaridad social sí luce como un imperativo ético, el modelo duguitiano difiere del imperativo iusnaturalista porque el derecho no surge de la inequívoca o universalmente invariable naturaleza individual humana sino que adquiere su forma a partir de las relaciones de interdependencia social y de la forma como estas relaciones varían en un tiempo y en un espacio determinado.

Pero aun así no se trate de una conexión inmutable y racional o universalmente identificable en la naturaleza individual del ser humano, como la que propone el iusnaturalismo, la idea de la conexión necesaria del derecho con la solidaridad social rompe con el postulado de relaciones contingentes o no necesarias, ampliamente propugnado por el positivismo jurídico. También permite poner en evidencia que los postulados de Duguit intentan socavar las bases de esta escuela de pensamiento más que inscribirse en sus filas bajo el rotulo de “seguidor”.

En este orden de ideas, Duguit deriva el contenido del derecho de la norma “no hacer nada que cause perjuicio a la solidaridad social” y de la conformidad de las normas inferiores con este postulado dependerá la validez del derecho. Esta imagen contrasta fuertemente con la postura del positivismo jurídico en la que el contenido de las reglas de inferior jerarquía no dependerá de una norma superior de orden estático sino de su contexto de autorización,³³ en la versión kelseniana, o de su concepto de autorización internamente aceptado por los participantes de la práctica jurídica, en su versión hartiana.

Es esta conexión necesaria entre el derecho y la solidaridad social la que imposibilita la adscripción de este autor francés a la corriente del positivismo jurídico por contradecir por lo menos una de las tesis más importantes defendidas por esta escuela de pensamiento, la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Y es que si bien en la propuesta duguitiana el contenido de las normas jurídicas no debe desprenderse de la moral, como un sistema normativo de carácter estático del cual es posible desprender los mandatos a partir de un único, invariable y universal acto de la razón, su contenido se desprende

³² Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 11.

³³ Cf. Kelsen, *op. cit.*, p. 203 y ss.

de otro concepto estático, pero que es contingente, particular y depende de las interrelaciones entre los hombres: la solidaridad social. Así, el derecho que es termina confundándose de forma mística con el derecho que debe ser, el derecho que expresa la solidaridad social.

Georges Gurvitch también hace notar esta contradicción en la teoría del derecho social elaborada por Duguit:

Al caracterizar su doctrina como un sistema realista, socialista y objetivista, pretende darle una base positivista o más bien sensualista. Él se niega a reconocer otra realidad que no sea la que constatamos mediante la observación directa de nuestros sentidos, y se declara hostil no sólo a cualquier tipo de metafísica, sino incluso, al recurso a cualquier elemento conceptual en la ciencia del derecho. Sin embargo, no es sólo que Duguit no pueda evitar, como todo el mundo, utilizar los conceptos para expresar los resultados de sus análisis más empiristas, sino que incluso todas sus construcciones, en lo que tienen de más original, se desarrollan en un sentido directamente opuesto al sensualismo positivista.³⁴

A manera de corolario se puede señalar que muy a pesar de la constante inclinación de León Duguit a la adscripción de tesis del positivismo, especialmente a la consideración del derecho como un hecho o fenómeno social, la idea de que entre el derecho y la solidaridad existe una conexión necesaria y hasta fundamental obliga a apartar la identificación de su doctrina del derecho social bajo la égida del positivismo jurídico.

La propuesta de Duguit: una crítica distante de la idea del fin o la demolición del derecho

La crítica de Duguit frente a las justificaciones que desde el positivismo y el iusnaturalismo se le habían dado a la legitimidad del derecho como categoría social no contiene una pretensión de demoler o acabar con el derecho como fórmula de organización y cohesión social. Duguit construye una justificación para obedecer al derecho que permite marcar una diferencia de la doctrina duguitiana con las posturas fundamentadas en el pensamiento de Marx, a partir del cual el derecho es considerado como el reflejo de lo que

³⁴ Gurvitch, *op. cit.*, p. 657.

acontece en las relaciones económicas que históricamente se han caracterizado por la dominación de ciertas clases sociales sobre otras.

De acuerdo con estas doctrinas, con el surgimiento del sistema de producción capitalista aparece el derecho como una categoría social encargada de reforzar las condiciones para que la clase dominante en este sistema, la clase burguesa, acreciente su dominación sobre las restantes clases sociales, especialmente sobre el proletariado. Al ser el derecho reflejo o simple superestructura de las condiciones económicas de producción, sufrirá la misma suerte del sistema de producción capitalista cuando se dé paso al sistema comunista. Por ello y de acuerdo con estas posturas, el derecho no parece tener oportunidad sobre la tierra una vez se elimine la dominación de la burguesía.³⁵

Pero la crítica de Duguit no llega tan lejos. Su ambición académica no se alindera con la modificación del sistema de producción económica; su pensamiento político se preocupa por las consecuencias de las ideas desencadenadas en Francia y en toda Europa por la llamada lucha de clases.³⁶ En

³⁵ En una conferencia impartida por Duguit se lee su reacción frente a las posturas socialistas en relación con el derecho y con el trabajo de los juristas: “Pero francamente, temo ponerme mal a la vez con los socialistas o con los juristas ortodoxos. Con aquellos estimo que ya lo estoy. Tengo el honor de enseñar Derecho desde hace veinticinco años. Ahora bien, los profesores de derecho son todos sospechosos para los socialistas. Uno de éstos, y de los más calificados, M. A. Mater, en un artículo de la *Revue Socialiste*, declara que: ‘con razón se mira el Derecho como un instrumento de la clase burguesa, el Derecho como una disciplina conservadora ve a los juristas como reaccionarios profesionales [...], que los profesores de derecho remunerados por el Estado están obligados a halagar a la clientela rica, única que asiste a sus cursos y compra sus libros’. Y no es eso todo. M. A. Mater, después de buscar una injuria más cruel para nosotros, no ha encontrado nada mejor que colocarnos al lado de los sacerdotes y los guerreros. Espera, en efecto, ‘que en el nuevo régimen económico, los juristas no habrán de durar más que los pontífices y los guerreros’”. Duguit, *Las transformaciones del Estado*, p. 58.

³⁶ Señala Duguit en *Las transformaciones del Estado*: “el sindicalismo no vivirá, ni podrá llegar a realizar nada útil y eficaz, ni a desenvolverse en el campo de las realizaciones positivas, si no es nacional, podría decir incluso nacionalista, si no persigue el cumplimiento de una obra de unión y de organización nacional. En tanto que, bajo una u otra forma, se dedique a predicar la guerra de clases, organizando marcialmente a una clase cualquiera de la nación contra otra, su labor será estéril, dañina y criminal, sin lograr crear nada, si no es miseria y dolor, sea cual fuere el procedimiento que emplee o pretenda emplear, ya preconice la violencia material, la acción directa, la huelga general, la dictadura del proletariado, o bien, según la formula en vigor, pretenda hacer organizar la producción por los productores mismos”, p. 22.

su pensamiento, el derecho como categoría social no debe ser demolido una vez la estructura sobre la que se fundamenta sea transformada. Duguit, por el contrario, le da una oportunidad al derecho; pero no al derecho entendido como razón ahistórica y universal, o como razón de Estado, sino al derecho como concepto que limita el poder estatal a partir de la solidaridad social.

Duguit sigue milimétricamente los postulados de la sociología clásica de Durkheim para comprender la relación entre el derecho y la solidaridad social. Según esta manera de comprender las normas jurídicas, estas, más que ser el reflejo de las relaciones económicas, son el reflejo de las maneras como las personas se relacionan e interrelacionan las unas con las otras. Así, es posible verificar dos maneras distintas pero complementarias como se manifiestan estas relaciones: a través de relaciones de solidaridad mecánica y de solidaridad orgánica.

Por solidaridad social mecánica se comprende aquella que caracteriza a las organizaciones sociales primitivas o menos organizadas, en las que la cohesión social se fundamenta en la similitud o semejanza entre los miembros del grupo social. Por el contrario, la solidaridad social orgánica es verificable en sociedades más complejas y surge como producto de la división y especialización del trabajo social.

A partir de esta especialización se generan nuevos lazos de interdependencia entre los miembros de la sociedad que se necesitan unos a otros y cada vez en mayor medida para la realización de las distintas tareas y actividades sociales. El derecho aparece y se mantiene como un producto de estas distintas clases de solidaridad.

De acuerdo con Durkheim, como una manifestación de la solidaridad mecánica o de afinidad aparece el derecho represivo que tiene la función de sancionar las conductas que resulten contrarias a esta clase de solidaridad. Pero esta clase de normas va perdiendo protagonismo en la medida en que la solidaridad orgánica va adquiriendo preponderancia, es decir, en la medida en que se especializan las relaciones sociales. Para esta modalidad de solidaridad, las normas de derecho retributivo o de compensación y las normas de organización social y políticas, como las del derecho constitucional y el derecho administrativo, se convierten en las más importantes condiciones a partir de las cuales es posible moldear las relaciones de interdependencia que se dan entre los diversos miembros de la sociedad. Sobre este particular considera Durkheim:

Cuanto más solidarios son los miembros de una sociedad, más relaciones diversas sostienen, sea entre sí, sea con el grupo tomado colectivamente: pues, si sus encuentros fueran raros, no dependerían recíprocamente más que de forma intermitente y débil. Por otra parte el número de estas relaciones es necesariamente proporcional al de las reglas jurídicas que las determinan. En efecto, la vida social, en todo lugar donde existe de forma duradera, tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse, y el Derecho es sólo esta organización misma en lo que tiene de más estable y preciso. La vida general de la sociedad no puede extenderse sobre un punto sin que la vida jurídica se extienda al mismo tiempo y en la misma relación. Podemos, pues, estar seguros de encontrar reflejadas en el Derecho todas las variedades esenciales de la solidaridad social.³⁷

A la manera durkheimiana, León Duguit realiza una descripción de la solidaridad social como una característica, no de la naturaleza del hombre, sino de las relaciones entre los hombres. Así, desde siempre los hombres se han relacionado con los demás hombres por dos motivos: el gusto y la necesidad. De estos motivos que Duguit define como solidaridad por afinidad y solidaridad por división del trabajo, se construye la interdependencia social que es la que mejor puede explicar, desde su punto de vista, la estructura de las formaciones humanas y que se erige como el fundamento del derecho como categoría social.

Es por ello que el derecho constitucional y el derecho administrativo tienen gran relevancia en la obra de Duguit, pues estas áreas jurídicas son imprescindibles para descifrar y regular las manifestaciones de la solidaridad orgánica, que son las únicas que pueden legitimar la función estatal. Sobre el particular comenta Duguit:

Se comprende, pues, el sentido del alcance de la transformación profunda que se ha realizado en el derecho público. No es ya un conjunto de reglas a una persona soberana, es decir, investida del derecho subjetivo de mandar, y que determinan las relaciones de esta persona con los individuos y las colectividades que se hallan en un territorio dado, relaciones entre personas desiguales, entre un soberano y sus súbditos. El derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento

³⁷ Emilio Durkheim, *La división del trabajo social*, Buenos Aires, Editorial Schapire, 1967, p. 161.

regular e ininterrumpido. De la relación del soberano al súbdito no queda nada. De derecho subjetivo de soberanía, de poder, tampoco. Pero sí una regla fundamental de la cual se derivan todas las demás: la regla que impone a los gobernantes la obligación de organizar los servicios públicos, de fiscalizar su funcionamiento, de evitar toda interrupción. El fundamento del derecho público no es el del derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y de gestión de los servicios públicos.³⁸

En este orden de ideas, el derecho resulta imprescindible, pues cuanto más compleja y especializada se vuelva la sociedad, será más necesaria la colaboración e interdependencia con los otros, y la forma de asegurar que esta interdependencia responda a la solidaridad social y no al interés individual es por medio de las normas jurídicas; la norma jurídica en particular y el derecho en general tienen entonces su fundamento en la idea de solidaridad.

Ahora bien, la preocupación de Duguit por la función del Estado y por el papel del derecho se puede considerar como una crítica —no tan demoledora como la del marxismo— a los presupuestos del liberalismo: y la pretensión de que lo formal y lo universal son suficientes para garantizar el desarrollo del individuo y su concepción del Estado como el árbitro pasivo de lo que ocurre en la sociedad. Por este motivo, en el pensamiento de Duguit, el Estado tiene el papel de garantizar el cumplimiento del derecho pero comprendido como receptáculo de la solidaridad social.

Conclusión

Citando a un neoconstitucionalista español se puede señalar que el positivismo y el iusnaturalismo se han mostrado desde hace mucho tiempo como los “eternos finalistas de la copa del mundo en la filosofía del derecho”.³⁹ Pero el hecho de que los reflectores siempre se estén fijando en estos finalistas y en los “seguidores” de cada una de estas filas no puede conducir a olvidar que en este juego por definir lo que es el derecho hay otras teorías poderosas como la doctrina solidarista del derecho de León Duguit.

Sin embargo, la atracción hacia la teoría jurídica de Duguit puede explicarse en la capacidad transformadora del discurso jurídico que él mismo

³⁸ León Duguit, *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Francisco Beltrán, 1926, p. 50.

³⁹ Alonso García, *Criaturas de la moralidad*, Madrid, Trotta, 2009, p. 48.

parecía advertir de forma premonitoria en las obras dedicadas a explicitar su doctrina. Volver a los presupuestos de Duguit más allá de las fronteras del derecho público es necesario para redescubrir nuevamente las razones por las cuales el derecho debe ser obedecido, para denunciar que aquellos que tienen el poder para producirlo tienen esta autoridad no por la autoridad divina, o por el sometimiento voluntario de los demás, sino por una configuración real de las relaciones humanas. Por este motivo, quienes detentan el poder *deben* estar atados a la idea de la solidaridad social.

Y decimos *deben* porque lejos del ideal de positivismo jurídico de caracterizar el derecho para distinguirlo del que debe ser, los postulados de la doctrina del derecho social solo pueden ser exigibles en el plano prescriptivo, a pesar de los múltiples intentos que efectuó Duguit en su obra para convencernos de lo contrario.

Bibliografía

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y ESPINO TAPIA, Diana Rocío, “Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado social”, en *Universitas, Revista de Filosofía del Derecho y Política*, núm. 12 (julio del 2010), pp. 49-71.
- BERMAN, Harold, *The nature and functions of Law*, Nueva York, The Foundation Press, 1996.
- CASTRO CUENCA, Carlos, “La contratación estatal”. En: *Teoría general: perspectiva comparada y regulación internacional*, Bogotá, Ediciones Universidad del Rosario, 2010.
- COHEN, MORRIS R. y COHEN, Félix S., *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Nueva York, Prentice Hall, 1951.
- DUGUIT, León, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, 1926.
- , *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Francisco Beltrán, 1926.
- , *Las transformaciones del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán, 1922.
- DURKHEIM, Emilio, *La división del trabajo social*, Buenos Aires, Editorial Schapire, 1967.
- ESCUADERO, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004.
- GARCÍA, Alonso, *Criaturas de la moralidad*, Madrid, Trotta, 2009.
- GURVITCH, Georges, *La idea del derecho social*, Granada, Comares, 2005.
- HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

-
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Editorial Porrúa, 2009.
- PEÑA, Rogelio, *Teoría general del derecho*, Bogotá, ECOE, 2011.
- PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, Madrid, Civitas, 1997.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público”, en *Revista digital de derecho administrativo*, núm. 5, pp. 43-86.
- WILKINSON, Michael, “Three conceptions of Law: towards a jurisprudence of democratic experimentalism”, en *Wisconsin Law Review*, núm. 673 (2010).

RONALD DWORKIN: LAS DOS CARAS DE LA OBJETIVIDAD Y LA RESPONSABILIDAD MORAL DEL JUEZ

*Guillermo Otálora Lozano**

Absolute confidence or clarity is the privilege of fools and fanatics

Ronald Dworkin

Introducción

La oposición entre objetividad y subjetividad es un dispositivo común en el razonamiento jurídico contemporáneo. Las sentencias deben ser dictadas por razones objetivas, las leyes deben ser aplicadas de manera objetiva y las interpretaciones deben derivarse objetivamente del texto de las normas. A la vez, nuestra cultura jurídica rechaza como prácticas ilegítimas el “subjetivismo judicial” y las “lecturas puramente subjetivas” de las normas. A primera vista tenemos un compromiso con la objetividad en el razonamiento jurídico, pues de la objetividad percibida del razonamiento se deriva en gran parte la legitimidad y el poder del derecho.

La insistencia de la cultura jurídica en la objetividad de las decisiones refleja una faceta importante de la relación entre derecho y poder. La exigencia de objetividad es de alguna manera un impulso para hacer que el poder ceda al derecho. El ideal del Estado de derecho implica un gobierno de leyes y no de hombres. Por esa razón múltiples proyectos teóricos se han concentrado en aquello que Francisco Laporta aptamente llama el “control del poder por

* Abogado de la Universidad de los Andes, LLM Harvard Law School (2014).

el derecho”.¹ En la pregunta de si el derecho, expresado como razón, tiene la capacidad de prevalecer sobre el poder, expresado como voluntad.

Los proyectos teóricos que buscan explorar esa relación se topan con el reconocimiento inmediato de que el razonamiento jurídico contemporáneo es permeado por la subjetividad. Se reconoce la “textura abierta” de las normas y se reconoce además que de la lectura de un texto normativo se pueden derivar varias lecturas igualmente aceptables.² El reconocimiento de la subjetividad puede explicar la movida del razonamiento jurídico hacia la idea de la razonabilidad. La razonabilidad no exige que los intérpretes lleguen al resultado correcto, como si hubiera un solo resultado correcto, sino que demuestren que han hecho un esfuerzo razonable por llegar a un resultado correcto. Por esa razón dividimos las interpretaciones en razonables e irrazonables, entre interpretaciones discutibles e interpretaciones manifiestamente incorrectas, o entre resultados simplemente erróneos y arbitrariedades claramente evidentes.³ También hacemos divisiones entre leyes claras y oscuras, o entre casos fáciles y casos difíciles. Finalmente, hacemos una división profunda entre un concepto jurídico abstracto y su aplicación a los casos concretos. Así, una cosa es el contenido de una norma y otra cosa es su aplicación.

Estas categorías son la herencia del positivismo jurídico. Fue H. L. A. Hart quien introdujo la noción de zonas claras y zonas de penumbra⁴ y Kelsen el que sostuvo que la lectura de una norma solo puede proveer el rango de interpretaciones posibles, pero no puede proveer la interpretación correcta.⁵

¹ Francisco Laporta, *El imperio de la ley: una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 61-83.

² Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México D. F., UNAM, 1982, pp. 351-352; H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 155-164. Una lectura alternativa de la teoría de interpretación de Kelsen se encuentra en Hans Lindahl, “Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Legal Interpretation”, en *Cardozo Law Review*, vol. 24 (2003), pp. 769-798.

³ El giro hacia la razonabilidad explica muchas de las doctrinas judiciales y administrativas que otorgan discrecionalidad al intérprete “legítimo”. Las doctrinas de “margen de apreciación” de algunos tribunales constitucionales e internacionales, y los requisitos de “error manifiesto” en algunos derechos administrativos pueden ser legitimados por la tesis de la discrecionalidad del positivismo.

⁴ H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71 (1958), pp. 593-629.

⁵ Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 351-352. Para Duncan Kennedy, las normas son tan indeterminadas que no pueden establecer siquiera un rango de respuestas plausibles. El

El positivismo jurídico transmite la idea de que los intérpretes no pueden llegar a respuestas correctas en el derecho sino apenas a un rango de respuestas aceptables. El positivismo refleja fielmente la oposición entre objetividad y subjetividad. Lo objetivo, para la teoría positivista, es la existencia del ordenamiento jurídico, la pertenencia de las normas a este, la cadena de validez, las reglas secundarias, la norma fundamental y demás conceptos que sirven para delimitar el concepto de derecho. Lo subjetivo, lo que no pertenece a una teoría del derecho, es la aplicación de las normas.

Ronald Dworkin interviene en este debate con una idea novedosa sobre la objetividad. La teoría de Dworkin denominada *derecho como integridad* sostiene una tesis ampliamente descartada en nuestra práctica jurídica: existen las respuestas correctas a las preguntas interpretativas, y esas respuestas correctas se derivan de los principios de la moralidad política de la comunidad. Pero la respuesta correcta de Dworkin no es la respuesta correcta del conceptualismo del siglo XIX. No significa un retorno al formalismo, entre otras cosas, porque Dworkin acepta y hace suyo el ideal de un derecho que se transforma para dar cuenta de los cambios profundos de la moralidad política de la sociedad. La moralidad política de Dworkin es objetiva pero es cambiante, por lo tanto el derecho también cambia, y esos cambios en el derecho pueden ser implementados no por los legisladores sino por los jueces. Esta característica particular de la objetividad hace que Dworkin se abra a dos ángulos de ataque por parte de sus críticos. Una primera crítica viene de escépticos, quienes encuentran difícil creer que pueda haber una respuesta correcta para los casos difíciles. Una segunda crítica viene de quienes consideran que el efecto de la teoría de Dworkin es reabrir constantemente los debates que se creen cerrados, con lo cual se debilita una de las funciones primordiales del derecho, que es proveer guías ciertas de conducta para los funcionarios y los particulares. Paradójicamente, ambas críticas vienen de representantes de distintas tendencias del positivismo jurídico.

Este ensayo se desarrolla en tres partes. En primer lugar se intenta una explicación de los principales elementos de la teoría de Dworkin. En la segunda parte se elaboran dos grandes críticas contra Dworkin: el escepticismo frente

establecimiento de zonas de claridad y de penumbra son, para Kennedy, actos de “comportamiento interpretativo estratégico”. Ver Duncan Kennedy, “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, en *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2 (2008), pp. 363-385.

a la respuesta correcta y la objeción contra la reapertura de debates cerrados. Se reconstruyen estas críticas y se muestra que ellas son un reflejo de las dos caras de la objetividad en Dworkin. Finalmente, una tercera parte del ensayo explora la noción de responsabilidad moral. La teoría del derecho como integridad envía un mensaje sencillo: tanto los debates teóricos como los desacuerdos técnicos en el derecho tienen importantes elementos de moralidad política, y si vamos a razonar sobre el derecho debemos estar preparados para razonar sobre la justicia y para reflexionar sobre la función del derecho hacia la consecución de los ideales de justicia. Es decir, el intérprete del derecho tiene una ineludible *responsabilidad moral*.

En este ensayo propongo que para sacarle utilidad a la teoría de Dworkin no es necesario estar de acuerdo con ella en su totalidad. No toca comprar el paquete completo. Es suficiente la idea de que cuando hacemos argumentos jurídicos y argumentos de política pública relacionada con el derecho, estamos haciendo argumentos con fundamentos y consecuencias morales. Cuando estamos en desacuerdo sobre el significado de una ley o sobre la forma correcta de entender la Constitución, estamos manifestando un desacuerdo sobre la moralidad política. Debemos entonces tomar la moralidad en serio y evitar la falacia de que las leyes y las sentencias resuelven los debates morales y nos absuelven de una reflexión moral responsable. La tesis del ensayo es que en realidad la “objetividad” y la “respuesta correcta” de Dworkin se refieren a la responsabilidad moral de quien llega a una respuesta y no a la verificación independiente de la verdad de una proposición jurídica. Esa idea de objetividad permite criticar decisiones judiciales al parecer discrecionales y de esa manera interviene en la relación entre el derecho y el poder. Mediante la idea de objetividad como responsabilidad moral es posible sostener que una decisión judicial es correcta por ser moralmente responsable e incorrecta por ser moralmente irresponsable. En la tercera parte se desarrolla esta tesis usando dos grandes sentencias del derecho colombiano.

Hay al menos dos razones de peso para visitar a Dworkin en este contexto. La primera es que las lecturas de la teoría de Dworkin en la academia y la práctica colombiana en ocasiones han limitado su aporte a la técnica de principios, debido a su tesis de que el ordenamiento jurídico no solo tiene reglas sino también principios, y el debate de Dworkin con Hart es presentado como una diferencia sobre técnicas interpretativas y sobre diferencias

lógicas en la estructura de los distintos tipos de normas.⁶ Pero ese fue apenas un comienzo en el debate. La diferencia entre Dworkin y los positivistas es mucho más grande. Se trata de una diferencia sobre la función del derecho en una sociedad, un tema inicialmente explorado por Fuller,⁷ que Dworkin logra colocar en el plano de la moralidad política.

La segunda es una de actualización. La última obra de Dworkin fue un libro llamado *Justice for Hedgehogs* (2011), que puede traducirse como ‘justicia para erizos’. Este libro representa un proyecto filosófico muy ambicioso y controversial. Dworkin comienza el libro con una referencia al ensayo sobre el “Erizo y la zorra” de Isaiah Berlin, quien decía que “la zorra sabe muchas cosas, pero el erizo sabe una gran cosa”. Ronald Dworkin intentó demostrar que hay tal cosa como una “unidad de valor” de la cual pueden derivarse la moralidad, la política, y el derecho, así como muchos otros dominios de la vida (incluyendo la ética del vivir bien y la dignidad). Luego de la muerte de Dworkin en febrero del 2013, puede ser interesante revisar sus ideas originales sobre la objetividad en la interpretación a la luz de la elaboración final de sus ideas filosóficas en el 2011.

⁶ César Rodríguez, “Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin”. En: *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, pp. 18-19, 35-37, 45-47 (“Las teorías de Hart y Dworkin se encuentran en dos puntos principales. En primer lugar, los dos autores ofrecen soluciones distintas al problema relativo a los tipos de normas jurídicas y la existencia de una regla de reconocimiento. En segundo lugar, defienden posturas diferentes en relación con la pregunta sobre la solución de los casos difíciles y la discrecionalidad judicial”); Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 96 (“Pues bien, a las reglas y a la subsunción, en la moderna teoría del derecho, y sobre todo a partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. De esta manera, se ha impuesto la convicción de que junto a las reglas de estructura condicional hipotética existen los principios. Además, el reconocimiento de la existencia de principios implica a su vez el reconocimiento de una nueva forma de aplicación del derecho: la ponderación”). Ver también Corte Constitucional, Sentencia C-1287 del 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra (“La diferencia entre principios y reglas es para Dworkin una diferencia lógica”).

⁷ Lon Fuller, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, en *Harvard Law Review*, vol. 71 (1958), pp. 630-672.

La objetividad de Ronald Dworkin

Múltiples preguntas replanteadas

Dworkin comenzó su proyecto teórico entre los sesenta y los setenta con una pregunta muy sencilla: ¿por qué es correcta una decisión judicial? O, en otras palabras, ¿cuál es la mejor justificación para una decisión judicial? La decisión judicial había sido objeto de estudio extensivo en la teoría jurídica angloamericana al menos desde comienzos del siglo xx, pero había sido objeto de estudio desde una perspectiva radicalmente distinta. El enfoque predominante fue heredado del realismo jurídico y otras variantes del anti-formalismo, donde la decisión judicial se explicaba en una de dos formas. Se presentaba de manera descriptiva como un ejercicio de elección por jueces que no eran limitados por normas sino por otros factores de las prácticas sociales,⁸ o se presentaba de manera normativa como un ejercicio de elección por los jueces que debían escoger soluciones adaptadas a las necesidades de la sociedad.⁹ Las orientaciones generales del realismo jurídico se reflejan actualmente en al menos tres tendencias teóricas: las teorías pragmatistas de la adjudicación, que llaman al juez a llenar los vacíos dejados por la discreción judicial con ideales sustantivos de justicia;¹⁰ una variante de los *critical legal studies* (CLS) que en algún momento sostuvo una tesis de indeterminación

⁸ Por ejemplo, Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Brentanos, 1930; Joseph Hutcheson, “The Judgment Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision”, en *Cornell Law Quarterly*, vol. 14 (1929), pp. 274-288.

⁹ Un ejemplo representativo es la “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound, “Mechanical Jurisprudence” en *Columbia Law Review*, vol. 8 (1908), pp. 605-623.

¹⁰ La jurisprudencia económica de Richard Posner es un buen ejemplo. Al negar que las normas operan mecánicamente, el movimiento de *Law and Economics* busca cerrar la discreción con un razonamiento económico en las decisiones judiciales. Ver Richard Posner, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 8 (1979), pp. 103-140.

radical en los materiales jurídicos,¹¹ y las tendencias teóricas surgidas a partir de la “objección contramayoritaria” de Alexander Bickel.¹²

En este enfoque la pregunta útil sobre las decisiones judiciales es: ¿qué factores limitan al juez en su decisión? Para algunos son factores sociales. En la versión caricaturizada del realismo jurídico, se trata de lo que el juez comió a la hora del desayuno.¹³ Para otros, las normas sí tienen el poder de limitar las opciones del juez. En ese sentido reaccionó H. L. A. Hart frente al escepticismo de las reglas, señalando que las reglas son aceptadas por los funcionarios y no solamente aplicadas como predicción de una eventual coacción.¹⁴ También señaló Hart que la experiencia central del funcionario que aplica las reglas no es una de discreción o de rienda suelta a las preferencias personales, sino una de sujeción a las reglas: “la vida del derecho”, dice Hart, “consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los

¹¹ Por ejemplo Mark Tushnet, “An Essay on Rights”, en *Texas Law Review*, vol. 62 (1984), pp. 1363-1403. Por supuesto, es falso que los CLS hayan derivado del realismo jurídico. Pero no se puede negar que la idea básica del juez motivado por factores externos al discurso jurídico surgieron primero en el realismo de los veinte y luego en los CLS de los sesenta. Algunas coincidencias y distinciones se encuentran en Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 424-425.

¹² Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianápolis Bobbs-Merrill, 1962. Existen innegables conexiones entre la tesis teórica de la discreción judicial y la objeción contramayoritaria. Las objeciones democráticas contra el control constitucional deben gran parte de su fuerza argumentativa a la idea de que los jueces tienen varias opciones de decisión a su disposición. Las justificaciones del control constitucional surgidas de Bickel buscan superar la objeción contramayoritaria a través de mecanismos que reduzcan las opciones a disposición de los jueces y que permitan una justificación política de las elecciones que ellos hacen. Estas nociones de *opción y elección* aparecen explícita o implícitamente en John Hart Ely, Cass Sunstein, Mark Tushnet, Larry Kramer, entre otros.

¹³ Esa es una versión caricaturizada de la teoría de la adjudicación de Jerome Frank. Ver Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2009, pp. 128-129. El realismo jurídico sin embargo no trataba exclusivamente la fenomenología de la decisión judicial. El realismo hizo grandes propuestas normativas que nos ayudan a los abogados a pensar en los problemas jurídicos como problemas concretos e inscritos en un contexto social, y en el derecho como un objeto con valor instrumental y no con un valor intrínseco.

¹⁴ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Londres, Clarendon Press, 1994, pp. 124-154.

funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de *standards* variables, no exigen de aquéllos una valoración de caso a caso”.¹⁵

Ronald Dworkin intentó cambiar el centro gravitacional del debate teórico. La pregunta para Dworkin no era *si los jueces estaban limitados por el derecho*. Para Dworkin la pregunta relevante sería una más adecuada para un practicante que participa en la práctica jurídica que para un observador externo, y sería *qué razones justifican adecuadamente una decisión judicial*. Así como Lon Fuller, quien señaló que la pregunta verdaderamente interesante no era “qué es el derecho” sino “qué es un buen derecho”,¹⁶ Dworkin propuso reflexionar no sobre “qué es la decisión judicial”, “qué determina la decisión judicial” o “qué hace el juez”, sino acerca de “qué es una buena decisión judicial” y “qué hace un buen juez”. En esta clave pueden ser leídos tres de los artículos de Dworkin publicados entre 1963 y 1975, que atacaron las tesis del positivismo sobre la discrecionalidad judicial y propusieron la llamada “tesis de los derechos”, sosteniendo que los jueces estaban comprometidos con los fines institucionales del sistema jurídico, que debían fallar de acuerdo con principios derivados de una teoría de la moralidad política y que de esos principios surgían unos derechos preexistentes de los litigantes.¹⁷

Estas tesis tempranas de Dworkin parecen a primera vista chocar con tres tesis básicas del positivismo jurídico: la convencionalidad del derecho, la separación entre derecho y moral, y la discrecionalidad judicial.¹⁸ Es falsa entonces la afirmación de que el debate entre Dworkin y los positivistas fuera un caso de “barcos que se pasan en la noche”.¹⁹ La principal objeción de Dworkin contra

¹⁵ *Ibid.*, p. 168.

¹⁶ Lon Fuller, *op. cit.*, pp. 630-672.

¹⁷ Ronald Dworkin, “Judicial Discretion”, en *The Journal of Philosophy*, vol. 60 (1963), pp. 624-638; Ronald Dworkin, “The Model of Rules”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 35 (1967), pp. 14-46; Ronald Dworkin, “Hard Cases”, en *Harvard Law Review*, vol. 88 (1975), pp. 1057-1109.

¹⁸ Estas tesis no son compartidas por todos los positivistas, pero parecen ser el núcleo central de algunos positivistas paradigmáticos como los mencionados en este escrito: Hart y Kelsen.

¹⁹ Metáfora proveída en Brian Leiter, “The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century”, en *Rutgers Law Journal*, vol. 36 (2005), p. 173. Ver también Matthew Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 128.

el positivismo jurídico fue su ausencia de propósito y su falta de compromiso ético.²⁰ Esto es lo que hace interesante el replanteamiento de preguntas que efectúa Dworkin a lo largo de su prolífica obra.²¹

La obra de Dworkin muestra a lo largo de las décadas una proyección de lo concreto hacia lo abstracto. Empieza entre 1963 y 1975 con una “tesis de los derechos”, que niega la versión fuerte de una discrecionalidad judicial que no rinde cuentas a nadie; sigue en 1977 con una compilación general que deriva en un ataque general contra el positivismo jurídico en *Los derechos en serio*;²² continúa en 1982 esbozando su tesis de la interpretación constructiva en el derecho por medio de un paralelo con la interpretación literaria y señalando que el derecho mismo es una actividad interpretativa,²³ y construye una gran teoría sobre la naturaleza y el propósito general del derecho, proponiendo una teoría del “derecho como integridad” en 1986.²⁴ En cada una de las etapas, Dworkin replanteó las preguntas relevantes. Su teoría interpretativa sobre las concepciones del derecho abrió una discusión, ya no acerca de la naturaleza o el concepto del derecho, sino sobre su propósito. La pregunta en la obra

²⁰ Esta ausencia de propósito existe en el positivismo clásico que Dworkin atacó. Existen corrientes más recientes de “positivismo normativo”, donde el propósito y el compromiso ético aparecen claramente como justificaciones de las tesis del positivismo. Ver Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 173-199.

²¹ No exploraremos más allá de este punto los áridos debates entre teóricos positivistas sobre si Dworkin “realmente” ataca el positivismo, si es posible hacer un “positivismo incluyente” para acoger las críticas de Dworkin, si es mejor rescatar un “positivismo sin calificativos” o si Dworkin es “compatible con el positivismo”. Sobre estos puntos ver, por ejemplo, Rafael Escudero, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004; John Gardner, “Law’s Aims in Law’s Empire”. En Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 207-224.

²² Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1984.

²³ Ronald Dworkin, “Law as Interpretation”, en *Critical Inquiry*, vol. 9 (1982), pp. 179-200. Dworkin argumentó que el derecho es un proyecto colaborativo, parecido a una novela en cadena, donde cada autor debe interpretar a la vez que crea el siguiente capítulo de la obra. Stanley Fish criticó este artículo de Dworkin sosteniendo, a grandes rasgos, que la metáfora de Dworkin de la novela en cadena era errada. Realmente el autor primigenio y el autor posterior estarían obrando bajo los mismos supuestos de libertad y restricción. Ver Stanley Fish, “Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism”, en *Critical Inquiry*, vol. 9 (1982), pp. 201-216.

²⁴ Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, Cambridge (MA), Belknap Press, 1986.

de Dworkin ya no sería: ¿cuál es el concepto de derecho con mejor valor explicativo? En cambio, la pregunta sería: ¿qué concepción del derecho mejor se ajusta y justifica moralmente la práctica del derecho?

Dworkin cerró su carrera académica con un ambicioso libro sobre la unidad del valor, la objetividad en la interpretación, la verdad en los juicios morales, la responsabilidad ética de vivir bien y la responsabilidad moral.²⁵ Estas tesis filosóficas son ambiciosas, controvertidas y difíciles de justificar.²⁶ La mayor parte de ellas era insinuada en obras anteriores²⁷ y pone a la teoría del derecho de Dworkin en un aprieto importante.

El reto de la objetividad

El aprieto en que se encuentra la teoría de Dworkin es el reto de la objetividad. Dworkin señala que hay interpretaciones jurídicas correctas porque los principios de la moralidad política proveen argumentos para preferir una interpretación sobre otra. Es decir, hay juicios legales objetivos porque hay juicios morales objetivos.²⁸ Frente al hecho claro del desacuerdo en el derecho y el desacuerdo intenso en la moralidad, esta es una tesis difícil de sostener.

Pero el reto de la objetividad no se encuentra solamente en la obra de Dworkin, es un reto que múltiples teóricos del derecho han buscado enfrentar. El reto consiste en demostrar que el derecho puede ser una entidad, un objeto o una práctica que no depende de las opiniones de quien los observa o lo aplica, que tiene un estatus conceptual propio y autónomo. De la respuesta a este reto depende la fundamentación del Estado de derecho moderno, que exige un gobierno por leyes y no por personas. Pero es un reto demostrar esta

²⁵ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (MA), Belknap Press, 2011.

²⁶ Algunas de estas tesis fueron desarrolladas en obras anteriores. Ver por ejemplo Ronald Dworkin, "Objectivity and Truth: You'd Better Believe it", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25 (1996), pp. 87-139.

²⁷ Sin embargo las obras anteriores de Dworkin pueden ser interpretadas en varios sentidos. Antes de que Dworkin hubiera publicado "Objectivity and Truth" (ver nota anterior), sus contemporáneos lo consideraban un "antirrealista" moral, es decir, un filósofo comprometido con la tesis de que *no hay* verdad moral. Ver por ejemplo, Jeremy Waldron, "The Irrelevance of Moral Objectivity". En Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 164-165.

²⁸ David Lyons, "Moral Limits on Dworkin's Theory of Law and Legal Interpretation", en *Boston University Law Review*, vol. 90 (2010), p. 595.

objetividad del derecho, pues para un observador contemporáneo es claro que hay grandes dosis de subjetividad en las decisiones jurídicas. Existen tres grandes estrategias para hacer frente al reto de la objetividad: la *marginalización*, la *neutralización* y la *ideologización*.

La *marginalización* consiste en hacer del reto de la objetividad una preocupación irrelevante o marginal para la teoría del derecho. En esta estrategia, el reto de la objetividad surge exclusivamente al aplicar el derecho, no al concebirlo como un concepto abstracto. Por lo tanto, es posible marginar el reto de la objetividad señalando una diferencia clara entre la elucidación de los conceptos abstractos objetivos y su aplicación e interpretación. Kelsen y Hart usan la marginalización. Según Kelsen, el derecho no puede resolver el problema de la interpretación, pues “el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de este marco”.²⁹ Por lo tanto, la elección entre opciones interpretativas no es un tema del que pueda tratar la teoría pura del derecho. Para Kelsen los llamados “métodos interpretativos” no pueden realmente restringir el “mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad”,³⁰ y la discrecionalidad entonces no puede ser eliminada por las normas o por la teoría del derecho. Hart sostiene que estos son únicamente los casos de la penumbra. Se trata de casos marginales sobre los cuales la tradición jurídica norteamericana ha tenido una “obsesión”.³¹ La estrategia de Hart es minimizar la centralidad o importancia de los casos de discrecionalidad, de tal forma que no son el elemento predominante de la teoría del derecho. En todo caso, la aplicación del derecho es un tema distinto a la explicación conceptual, que es el verdadero objeto de la teoría del derecho.

La estrategia de Kelsen es desentenderse de la subjetividad del intérprete, desenredando a la teoría del derecho de ese problema complejo. La estrategia de Hart es minimizarla. En ambos casos los teóricos positivistas parten de dos grandes premisas analíticas que Dworkin luego refutará al sostener la tesis de la interpretación constructiva: la distinción entre la descripción y el juicio de valor, o en otras palabras entre el *ser* y el *deber ser*, y la distinción entre la *definición* de un concepto y su *aplicación* a casos concretos. Estas premisas

²⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 349-352.

³⁰ *Ibid.*, p. 354.

³¹ H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, p. 615.

permiten marginalizar el reto de la objetividad. Pero sin estas premisas, que Dworkin abandona, la marginalización se vuelve más difícil. La marginalización es, en suma, un método artificial para aislar el derecho de los aspectos que se consideran más problemáticos desde el punto de vista teórico. Es, en la metáfora de Alfonso García Figueroa, una “jaula de Faraday” que deja al derecho “oportunamente congelado para su adecuada disección por parte de los teóricos de los sistemas jurídicos”.³²

La *neutralización* consiste en ocuparse del reto de la objetividad proponiendo teorías de la interpretación con referentes neutros. Busca señalar al intérprete una serie de elementos que no son ideológicamente controversiales, para que el ejercicio interpretativo minimice la subjetividad. Parte de las mismas premisas analíticas de la marginalización pero echa mano de una adicional: el convencionalismo, la tesis de que los conceptos objetivos son aquellos sobre los cuales no hay desacuerdo. La estrategia de neutralización es adoptada por teóricos como Neil MacCormick, Ricardo Lorenzetti y John Hart Ely.

Neil MacCormick sostiene que la mayor parte de las respuestas en el derecho se puede obtener por medio de un razonamiento deductivo.³³ Solamente cuando se agota ese razonamiento deductivo es necesario recurrir a “justificaciones de segundo orden”.³⁴ Esas justificaciones de “segundo orden” se dividen en dos. En primer lugar, la interpretación debe ser justificada por medio de argumentos consecuencialistas sobre el efecto o el impacto de esta, pues las interpretaciones deben tener sentido en el mundo. En segundo lugar las interpretaciones deben tener sentido en el contexto del sistema jurídico, por lo cual deben ser consistentes y coherentes.³⁵ Luego, si se agotan las justificaciones de segundo orden, queda un espacio más pequeño para la discrecionalidad. Puesto que no hay un “estándar único y compartido” de ciertas nociones jurídicas, no es posible llegar a respuestas completamente objetivas. Dado que siempre habrá lugar para el desacuerdo sobre las interpretaciones,

³² Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, p. 177.

³³ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Londres, Clarendon Press, 1978, pp. 19-52.

³⁴ *Ibid.*, p. 103.

³⁵ *Ibid.*, pp. 106-107. Esa consistencia y coherencia es distinta a la exigida por la teoría de Dworkin, que se refiere a una coherencia de principio.

siempre habrá algún espacio irreductible de subjetividad.³⁶ Así pues, la estrategia consiste en reconocer que siempre hay subjetividad, pero esta se neutraliza por medio de una serie de pasos progresivos que empiezan por lo más objetivo del sistema jurídico y van agotando sus capacidades explicativas para reducir el marco de la subjetividad.

El constitucionalista argentino Ricardo Luis Lorenzetti propone una teoría de la interpretación con efectos similares. La propuesta de Lorenzetti está cargada de una compleja terminología y estructura analítica pero en últimas consiste en un esquema donde la deducción cumple un papel central y en las márgenes donde permanece alguna subjetividad se utilizan otros dispositivos endógenos al sistema jurídico. Según Lorenzetti la decisión judicial debe empezar deduciendo la solución de una regla formalmente válida, controlar la solución deductiva, y en casos difíciles basar la solución en los principios del ordenamiento jurídico para finalmente usar los dispositivos denominados “paradigmas para la decisión”.³⁷

A la vez, el constitucionalista estadounidense John Hart Ely reflexiona sobre la objetividad en el control constitucional. Sostiene que los jueces constitucionales en Estados Unidos deben usar referentes objetivos y demuestra a lo largo de su obra por qué los referentes invocados comúnmente en la práctica constitucional norteamericana no son objetivos y por lo tanto no tienen legitimidad democrática.³⁸ Ely concluye que el referente para interpretar la Constitución no debe ser un concepto sustantivo políticamente cargado, sino un concepto procedimental compartido por la comunidad y capaz de ser visto como neutro. Para Ely, ese concepto compartido es la garantía de los procesos de representación democrática.³⁹ Si las decisiones constitucionales de los jueces tienen la orientación de garantizar la representación democrática, podrán librarse de la acusación de subjetividad judicial.

³⁶ *Ibid.*, pp. 112-113.

³⁷ Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoría de la decisión judicial: fundamentos del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 183-196. El uso de los principios del ordenamiento jurídico se diferencia del requerido por Dworkin, quien deriva esos principios de un examen profundo de las convicciones morales de la comunidad.

³⁸ John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980, pp. 43-72. Ely se refiere, entre otros, a los valores personales de los jueces, el derecho natural y los “principios neutrales” de Herbert Wechsler.

³⁹ *Ibid.*, p. 181.

La neutralización, en suma, consiste en establecer procedimientos neutrales que permiten reducir la subjetividad o discrecionalidad del intérprete. Aunque se trata de una estrategia distinta, comparte las premisas analíticas de la marginalización y, en ambos casos, se sostiene que hay un ámbito irreducible de subjetividad. La tercera estrategia, la *ideologización*, intenta cerrar ese ámbito de subjetividad por medio de referentes sustantivos. Dos teóricos estadounidenses conservadores ejemplifican la ideologización: Richard Epstein y Richard Posner.

Epstein, un profesor de derecho de la propiedad, sostiene que la mejor manera de interpretar la Constitución de los Estados Unidos es el uso de la historia mediante el viejo método del *common law*. Epstein invita a interpretar el derecho constitucional por medio de la fidelidad al pasado, haciendo una extensión razonable de las reglas preexistentes para los nuevos casos. Para Epstein, “la tarea más difícil de la interpretación es separar y distinguir nuestras visiones sobre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser”.⁴⁰ También sostiene que la medida del éxito de la interpretación es el acuerdo que atraiga sobre el resultado: “si el intérprete es exitoso, entonces varias personas con puntos de vista políticos o intelectuales radicalmente diferentes deberán estar de acuerdo sobre la decisión correcta de un caso bajo una disposición constitucional”.⁴¹ De esta forma, ante el reto de la objetividad, la solución es la historia constitucional, pues es el único referente sustantivo sobre el cual la comunidad estaría de acuerdo.

Richard Posner es un notorio proponente contemporáneo del análisis económico del derecho. Posner propone una interpretación en que se llegue a buenos resultados para el día de hoy y se maximice la felicidad en el momento actual.⁴² El referente ideológico para Posner no es la historia, sino la utilidad.

Ambos ejemplos muestran una característica común. Intentan negar el espacio de subjetividad llenándolo con una ideología sustantiva. Para cada uno de sus autores, la respectiva propuesta sustantiva es clara, obvia y

⁴⁰ Richard Epstein, “A Common Lawyer Looks at Constitutional Interpretation”. En: Susan J. Brison y Walter Sinnott-Armstrong (eds.), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 72.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Richard Posner, “Interpretation Revisited”. En Susan J. Brison y Walter Sinnott-Armstrong (eds.), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Boulder, Westview Press, 1993, pp. 101-118.

no controversial. ¿Quién podría estar en contra de la historia constitucional? ¿Quién podría negar el valor primordial de la maximización de la utilidad? La respuesta a ambas preguntas, por supuesto, es que hay poderosos argumentos en contra del uso de la historia constitucional y de la maximización de la utilidad como elementos primordiales en la interpretación jurídica. La ideologización es una respuesta débil al reto de la objetividad. Representa la reivindicación arrogante de un ideal particular de moralidad política bajo la apariencia de una teoría neutra y no controversial de la interpretación.

Ronald Dworkin representa una cuarta respuesta al reto de la objetividad, denominada *derecho como integridad*. El derecho como integridad no impone una idea sustantiva a la cual el derecho deba obedecer *a priori*, sino que pone en manos del juez un deber especial de justificación. La estrategia argumentativa del derecho como integridad difiere radicalmente de los tres argumentos ya analizados. Dworkin en primer lugar ubica el reto de la objetividad en el centro de su teoría y colapsa la distinción entre un caso “fácil” y uno “difícil”.⁴³ En Dworkin el reto de la objetividad no es marginal. Por el contrario, permea todos los proyectos interpretativos, pues la interpretación siempre y en todos los casos involucra un elemento valorativo. Ese juicio de valor que en MacCormick sería de “segundo orden” y en Hart sería inherente exclusivamente a la “penumbra” está siempre presente en Dworkin. Lo que sucede, dice Dworkin, es que en los casos claros el elemento valorativo opera de manera casi invisible, como un “prólogo silencioso”, pues la valoración moral resulta en que se mantenga la respuesta automática que el caso claro siempre ha tenido.⁴⁴

¿Cómo puede Dworkin defender la existencia de respuestas objetivas en el derecho? En la obra de Dworkin hay dos conceptos claves que subyacen a la teoría del derecho como integridad: la interpretación constructiva y la verdad moral.

Para Dworkin la interpretación correcta no depende del consenso ni de una verificación científica. Esta búsqueda de consensos es lo que él denomina

⁴³ Aunque la obra Dworkin empieza discutiendo la discreción judicial en casos difíciles, en *Law's Empire* Dworkin sostiene que no hay distinción entre los casos fáciles y los difíciles. La única diferencia es que en un caso fácil la integridad moral actúa tras bambalinas como un “prólogo silencioso”, mientras que en los casos difíciles esta normalmente se hace explícita. Sobre esta ausencia de distinción, véase Lawrence Solum, “The Unity of Interpretation”, en *Boston University Law Review*, vol. 90 (2010), pp. 553-555.

⁴⁴ Ronald Dworkin, p. 354.

un “aguijón semántico” que paraliza los proyectos interpretativos e impide al derecho buscar sus propósitos sustantivos.⁴⁵ La interpretación es, en cambio, un asunto de justificación adecuada.⁴⁶ Una interpretación no es objetiva porque se pueda verificar por medio de un hecho externo, un valor axiomático o un principio fundante,⁴⁷ sino porque es más atractiva que las demás alternativas de interpretación a la luz de las dimensiones de descripción y justificación. Esa es la tesis a la que este artículo se referirá como la *interpretación constructiva* y es una de las bases para la compleja respuesta de Dworkin al reto de la objetividad.

La interpretación constructiva funciona en varios niveles. Dworkin considera que la mejor concepción del derecho se puede encontrar a partir de una interpretación constructiva de la práctica política y la práctica del derecho, y que esa concepción es el derecho como integridad.⁴⁸ Considera igualmente que los mejores métodos interpretativos del derecho pueden encontrarse a partir de una interpretación constructiva de cada una de esas prácticas, a la luz del principio unificador de la integridad.⁴⁹ Por último, considera que la decisión de casos concretos también puede considerarse objetivamente correcta si describe y justifica adecuadamente las decisiones del pasado que tienen algún peso en esa decisión.⁵⁰ La interpretación constructiva sirve como una teoría de la interpretación, una teoría sobre la teoría de la interpretación y una teoría sobre la teoría del derecho. Es interpretativa así como metainterpretativa.⁵¹ Es tanto una teoría como una metateoría.

La interpretación constructiva se refiere a una *justificación* de las prácticas que se interpretan. Cuando se interpreta un conjunto de normas relacionadas con un problema jurídico, se le impone un sentido de acuerdo con los principios que subyacen a esas normas. Estos principios son de moralidad política. La segunda clave para la respuesta de Dworkin frente al reto de la

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 45-46.

⁴⁶ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, pp. 124-126, 154-155.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 117.

⁴⁸ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 95-96.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 276-399.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 240-254.

⁵¹ Scott Shapiro la considera íntegramente una teoría “metainterpretativa”. Los argumentos de Shapiro contra la teoría “metainterpretativa” de Dworkin se exploran en la segunda parte de este escrito.

objetividad es la noción de la *verdad moral*. Para Dworkin existen juicios morales verdaderos. La defensa de esta tesis es compleja y difícil de creer. Es, según Minow y Singer, un intento de “usar las palabras para resolver conflictos entre las personas”.⁵² Sin embargo, para sacar valor de la teoría de Dworkin no es necesario creer completamente y de manera irrestricta la tesis de la verdad moral. Como se argumenta en la tercera parte de este ensayo, la mejor contribución de Dworkin a las discusiones sobre la interpretación jurídica puede encontrarse en la noción de *responsabilidad moral* elaborada en el capítulo 6 de *Justice for Hedgehogs*.

La interpretación constructiva

Según Dworkin, el derecho es un concepto interpretativo. Estamos de acuerdo en que existe y tiene valor, pero estamos en desacuerdo sobre su carácter, su propósito, su definición y el valor preciso que expresa.⁵³ En esto se diferencia de los conceptos que Dworkin llama “criteriales”, aquellos que podemos definir por vía de una serie de criterios sobre los cuales podemos expresar un acuerdo, como las figuras geométricas.⁵⁴

Por esta razón la teoría del derecho no es un proceso de clasificación y catalogación. La identificación de la verdad en las proposiciones jurídicas no consiste simplemente en la identificación de criterios convencionales a unos hechos en particular. Dworkin considera que el positivismo jurídico trata el derecho como un concepto “criterial”. El positivismo, según Dworkin, es una teoría “semántica” que considera que “sólo podemos argumentar entre nosotros sensiblemente si todos aceptamos y seguimos los mismos criterios para decidir si nuestros argumentos son plausibles, incluso si no podemos especificar de manera exacta, como un filósofo esperaría hacerlo, cuáles son esos criterios”.⁵⁵ Dice Dworkin que las teorías semánticas no pueden explicar los desacuerdos teóricos en el derecho, donde los jueces concuerdan sobre los hechos del caso y sobre las normas o los precedentes que deben influenciar

⁵² Martha Minow y Joseph Singer, “In Favor of Foxes: Pluralism as Fact and Aid to the Pursuit of Justice”, en *Boston University Law Review*, vol. 90 (2010), p. 903.

⁵³ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, pp. 157-161.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 158.

⁵⁵ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 44.

la decisión, pero no obstante divergen sobre la verdad de las proposiciones jurídicas.

En ese sentido, una teoría que se centra en la “convencionalidad” de los criterios para determinar la verdad de las proposiciones jurídicas, como lo es el positivismo,⁵⁶ no es capaz de dar cuenta de los desacuerdos sobre esos mismos criterios. La explicación del derecho no puede agotarse entonces en una descripción de los criterios que se usan para determinar si una proposición jurídica es verdadera o, en otras palabras, si una norma hace parte del sistema jurídico. Debe explicar los desacuerdos teóricos y resolver el reto de la objetividad.

El positivismo no explica los desacuerdos teóricos porque los considera un asunto ajeno al derecho, una cuestión de la “penumbra” de las normas que está presente únicamente en los casos difíciles, donde los jueces ejercen una discreción extralegal y hacen juicios *de lege ferenda*. Según la caracterización de Dworkin del positivismo jurídico, los casos difíciles son tratados en el positivismo como situaciones en que el derecho “se agota” y a partir del punto donde las normas dejan de ser útiles, el juez queda en libertad para ir en cualquier dirección.⁵⁷

Dworkin considera que esto no es así. Los jueces siguen vinculados al derecho incluso en los casos difíciles e incluso en las situaciones en que existen grandes desacuerdos sobre los criterios mismos para identificar la verdad de las proposiciones jurídicas.⁵⁸

¿Cómo puede explicarse que los jueces que divergen sobre los criterios o los fundamentos del derecho compartan de todas formas un mismo concepto del derecho, aunque constantemente existan profundos desacuerdos y el derecho mismo parezca cambiar continuamente por vía de interpretación?

Para Dworkin la clave está en tratar el derecho como un concepto interpretativo. Es un concepto que no es susceptible de un análisis neutral o

⁵⁶ La convencionalidad es un postulado central del positivismo. Ver Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 68 (“All contemporary positivists accept that the criteria for legality are conventional”).

⁵⁷ Ronald Dworkin, “Hard Cases”, p. 1096. El principal blanco de la crítica es H. L. A. Hart, quien desarrolla su modelo de discreción judicial en “Positivism and the Separation of Law and Morals”, pp. 593-629, y de manera más detallada en H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Londres, Clarendon Press, 1994, pp. 155-176.

⁵⁸ Ronald Dworkin, “Judicial Discretion”, p. 634.

desinteresado.⁵⁹ Por el contrario, la verdad en un concepto interpretativo, como la justicia, la moral y el derecho, se encuentra por medio de la interpretación.

La interpretación no se trata de establecer las características de un objeto o determinar las intenciones detrás de este. Se trata de *describir* el objeto adecuadamente y *justificarlo* para mostrarlo en la mejor luz posible. Solo así puede el intérprete aspirar a encontrar el significado del objeto. Aquí entra la analogía de Dworkin entre la interpretación en el derecho y la interpretación en la literatura.

La interpretación en la literatura, dice Dworkin, incluye un alto componente valorativo. Cada intérprete no solo busca describir de manera neutra la obra literaria, busca presentarla en la mejor luz posible, proveída por cierto valor estético. En los debates literarios, además, hay desacuerdos sobre el *punto* de la literatura y de la crítica literaria; sobre qué hace que una obra sea valiosa.⁶⁰

La interpretación en el derecho sigue una estructura similar. El juez que interpreta el derecho no solo se preocupa por la dimensión descriptiva, por las características de las normas que considera que influyen en una decisión en particular. El intérprete, tanto en la literatura como el derecho, “considera que se ha unido al autor en un intento de realizar, en una conversación, una norma, un poema o un dibujo, el valor que él cree que éste tiene y debe tener; su interpretación depende de este último juicio”.⁶¹

El derecho es entonces una práctica colaborativa. Dworkin explica la práctica colaborativa con el ejemplo de una novela en cadena, donde distintos autores se dividen el trabajo de escribir capítulos sucesivamente, pero están unidos en el propósito de hacer de la novela lo mejor que pueda ser. El autor del primer capítulo goza de un grado de libertad relativamente amplio. Los autores sucesivos están limitados en su libertad para escribir los capítulos posteriores. La limitación no solo proviene del *texto* de los capítulos anteriores, sino también del *sentido general* que han asumido. De esta manera, una novela en cadena sobre romance no puede súbitamente convertirse en una novela de ciencia ficción, y el autor posterior que intente hacerlo no estará mostrando fidelidad al sentido general de la obra y al proyecto general de construir una

⁵⁹ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 166.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 137-139.

⁶¹ *Ibid.*, p. 136.

sola novela.⁶² El juez tiene una responsabilidad similar. Debe examinar las decisiones del pasado y “determinar, de acuerdo con su propio juicio, lo que vienen a ser esas decisiones, lo que es realmente el punto o el tema de la práctica hasta ahora, tomada como un todo”.⁶³ Por lo tanto, dice Dworkin, “la interpretación es por naturaleza el informe de un propósito; propone una manera de ver lo que se está interpretando [...] como si fuera el producto de una decisión de perseguir un conjunto de temas o visiones o propósitos, un ‘punto’, en lugar de otro”.⁶⁴

La interpretación constructiva tiene entonces dos dimensiones: una de *descripción*, donde se reportan las características de un objeto, y otra de *justificación*, donde se intenta mostrar ese objeto en su mejor luz posible. La interpretación constructiva del derecho implica buscar el “punto” o el “sentido” general del derecho. El derecho, por tanto, no puede ser un concepto neutro, pues el derecho necesariamente debe buscar un propósito dentro del dominio de la moralidad.

Los desacuerdos teóricos en el derecho son entonces desacuerdos sobre el sentido del derecho. Los jueces que manifiestan desacuerdos entre sí están argumentando sobre la mejor *descripción* y *justificación* del derecho. La justificación del derecho la proveen los principios de moralidad política que están detrás de las normas jurídicas y que pueden establecer un sentido general para todo el sistema.⁶⁵ Por esa razón, los desacuerdos en el derecho son síntomas de desacuerdos sobre la moralidad política.⁶⁶

De esta forma, Dworkin absorbe el reto de la objetividad y lo convierte en un reto central por resolver. Su teoría del derecho no marginaliza ni neutraliza el problema de la objetividad, pues lo convierte en un aspecto central para la teoría del derecho y comienza a responderlo replanteando el derecho como un concepto interpretativo en lugar de uno “criterial”. Tampoco lo ideologiza. Dworkin no propone un derecho cuya discrecionalidad se llena con valores morales preestablecidos, absolutos o perennes. La verdad moral puede ser cambiante y puede variar entre comunidades. Al sustentar el principio moral

⁶² Ronald Dworkin, “Law as Interpretation”, pp. 191-193. Véase también Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 55-59.

⁶³ *Ibid.*, p. 194.

⁶⁴ *Ibid.* Véase también Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 58-59.

⁶⁵ Ronald Dworkin, “Hard Cases”, pp. 1064-1065.

⁶⁶ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 133.

de la integridad, Dworkin aclara que defiende “una interpretación de nuestra propia cultura política, no una moralidad política intemporal y abstracta”.⁶⁷

La interpretación constructiva tiene una característica adicional que explica los desacuerdos entre Dworkin y el positivismo. Esta colapsa la distinción entre la descripción y los juicios de valor: “desdibuja la línea entre dos cuestiones que pensaríamos muy distintas. ¿Qué significa un objeto como una norma, un poema o una pintura? ¿Qué clase de valor tiene ese objeto, como tal, para nosotros?”.⁶⁸ También colapsa la distinción entre un concepto y su aplicación.⁶⁹ Desde el punto de vista de la interpretación constructiva, es falso que haya una diferencia entre “explicar” un concepto y “aplicarlo”. Es falso al menos para los conceptos interpretativos. El derecho no se “aplica” como se pueden aplicar los criterios para determinar si un objeto es un libro. El concepto del derecho se desarrolla a medida que se interpreta y se interpreta a medida que se desarrolla. Los conceptos interpretativos, al no ser susceptibles de una descripción neutra y desprendida, tampoco lo son de una separación limpia entre la especificación del significado del concepto y su aplicación.

La explicación del derecho como un concepto interpretativo, es decir un concepto cuyo significado se encuentra y se crea mediante una interpretación constructiva, tiene dos efectos importantes para la teoría de Dworkin. En primer lugar, provee una alternativa viable para la explicación de los desacuerdos teóricos y de esa manera dispone al menos una promesa de resolución para el reto de la objetividad. En segundo lugar, ubica el derecho dentro del ámbito de la moralidad. La *justificación* de las interpretaciones jurídicas viene a ser hecha a la luz de argumentos de moralidad política. Esta estructura viola la separación entre moral y derecho propuesta por el positivismo, pero no establece, como en el iusnaturalismo caricaturizado de los positivistas, que la moralidad tenga un poder de “veto” sobre el derecho.⁷⁰ El derecho es parte del dominio de la moralidad política, y por eso cuando el intérprete se pregunta

⁶⁷ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 216.

⁶⁸ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 135.

⁶⁹ Este es un punto de crítica de los positivistas, quienes ven esta ausencia de distinción como una instancia de confusión conceptual de Dworkin. Ver Matthew Kramer, *op. cit.*, pp. 128-129.

⁷⁰ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, pp. 400-407. Ver también Hugh Baxter, “Dworkin’s ‘One-System’ Conception of Law and Morality”, en *Boston University Law Review*, vol. 90 (2010), pp. 857-862.

sobre el “punto” o el “sentido” de la práctica del derecho, debe hacer un argumento y un razonamiento moral.

El reto de la objetividad se traslada entonces al plano moral. La verdad en el derecho no se encontrará en las normas y los precedentes, sino en los principios morales que mejor puedan justificar esas normas y precedentes. En otras palabras, la verdad en el derecho dependerá de la verdad en la moralidad. Dworkin es en este sentido un *anti-Kelsen*. Donde Kelsen sostiene que no hay juicios legales verdaderos porque no hay juicios verdaderos sobre la justicia, Dworkin sostiene precisamente lo contrario, hay juicios legales verdaderos porque hay juicios morales verdaderos.

La verdad moral

Pero así como la *interpretación* tiene un sentido en Dworkin, que es distinto a nuestro sentido ordinario de lo que significa *interpretar*, la *verdad* y la *objetividad* tienen también un sentido peculiar. Es fácil sostener que no hay tal cosa como verdad y objetividad señalando algo como lo que sigue:

Si [...], desde el punto de vista del conocimiento científico, se rechaza la aceptación de valores absolutos, en general, y en especial, la de un valor moral absoluto —dado que el valor absoluto sólo puede admitirse a partir de una fe religiosa en la autoridad absoluta y trascendente de una divinidad—, y si, en consecuencia se acepta que, desde ese punto de vista, no cabe encontrar una moral absoluta [...]; si se niega que lo que es bueno o es justo según una moral, sea bueno o justo en todas las circunstancias, y que lo que sea malo según ese orden moral, sea malo en todas las circunstancias; si se admite que en diferentes épocas, en pueblos diferentes —y hasta en un mismo pueblo, dentro de diferentes estamentos, clases y profesiones— existen sistemas morales válidos muy distintos y entre sí contradictorios [...] si no se presupone ningún valor moral absoluto, no se tiene posibilidad de determinar lo que en todas las circunstancias deba ser considerado bueno y malo, justo e injusto.⁷¹

Estas refutaciones parten de la siguiente premisa: la verdad en la moralidad debe ser capaz de verificarse empíricamente por medio de una prueba científica capaz de demostrar un hecho externo. Dworkin sostiene que tal premisa viola el llamado principio de Hume, el cual supone que no es posible

⁷¹ Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 76-78.

derivar un juicio empírico de un juicio de valor, ni un juicio de valor de un juicio empírico.⁷² Propone entonces que el dominio de los juicios de valor es distinto a aquel de los juicios empíricos. Los juicios de valor se refuerzan mutuamente. La verdad en un juicio de valor se soporta en los demás juicios de valor que existan. Así, por ejemplo, los juicios sobre la moralidad se soportan mutuamente (por ejemplo, un juicio sobre la igualdad se soporta en los juicios sobre la libertad y viceversa⁷³) y a su vez se soportan en los juicios sobre la ética (el respeto a los demás como seres morales valiosos se soporta en el respeto del sujeto a sí mismo como un ser éticamente responsable). Por lo tanto, los juicios de valor no requieren una verificación independiente. La verdad en la moralidad es demostrable por la integridad de los juicios de valor: “Somos moralmente responsables de que nuestras diversas interpretaciones concretas logren una integridad global de tal manera que cada una soporte las demás en una red de valores que acojamos de manera auténtica”.⁷⁴

Dworkin concede que hay una cierta circularidad en esta proposición, pero es una circularidad inescapable y un razonamiento no más circular que el de la ciencia: “no más circular que la confianza que depositamos en una parte de nuestra ciencia para que elabore una teoría del método científico para verificar nuestra ciencia”.⁷⁵

Estas reflexiones de Dworkin permiten vislumbrar lo que *no es* la verdad moral. No es una verdad eterna ni absoluta. Tampoco una verdad incontrovertible. Es, por el contrario, una interpretación adecuada de un determinado concepto moral hecha de buena fe por un agente moralmente responsable. La verdad es una ambición que tienen los intérpretes sinceros y la interpretación es, en últimas, un proyecto por la búsqueda de la verdad.⁷⁶

Dworkin sustenta la posibilidad de la verdad moral rechazando dos clases de escepticismo: el interno y el externo.⁷⁷ El escepticismo externo es la

⁷² Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 17 (“Hume’s principle, properly understood, supports not skepticism about moral truth but rather the independence of morality as a separate department of knowledge with its own standards and justification”).

⁷³ *Ibid.*, p. 352 (“we must seek an interpretation of those two demands that produces not conflict but moral reinforcement”).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 101.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 126.

⁷⁷ Este punto es argumentado por Dworkin en al menos tres lugares. Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, pp. 76-85; “Objectivity and Truth”, pp. 87-139; *Justice for Hedgehogs*, pp. 40-68, 88-98.

posición según la cual no es posible que haya un juicio de valor verdadero o falso, pues no existe la verdad en los juicios de valor. Se trata de una posición que Dworkin llama *arquimediana* o *meta-ética*, pues “pretende ubicarse por fuera de cualquier cuerpo de creencias, y evaluarlo como un todo a partir de premisas y actitudes al cual no le deben nada”.⁷⁸ Dworkin rechaza el escepticismo externo como ininteligible. Señala que cualquier juicio sobre un juicio moral es en sí mismo un juicio moral: “cualquier argumento exitoso, de hecho cualquier argumento inteligible, de que los juicios de valor no son verdaderos ni falsos debe ser interno al dominio del juicio de valor y no externo a él”.⁷⁹ La moralidad es un asunto de argumentación, no de evidencia.⁸⁰ La interpretación moral es inescapable, por lo cual un crítico de la verdad moral debe proveer él mismo una mejor interpretación de esta, desde el mismo plano moral.

El segundo tipo de escepticismo es interno. El escepticismo interno incluye al menos tres clases de aseveraciones: juicios de valor negativos (por ejemplo, que la moralidad no requiere ni prohíbe un cierto comportamiento), juicios de indeterminación (que no hay respuesta correcta en la moralidad sobre cierto tema) o juicios de conflicto (que sobre determinado asunto hay valores morales en conflicto y por lo tanto no hay una respuesta correcta).⁸¹ Dworkin considera que los juicios de valor negativos necesitan un argumento asertivo tanto como un juicio de valor positivo. Es decir, necesitan una interpretación constructiva de los valores morales para lograr ser convincente. Considera también que los juicios de indeterminación son mejor explicados como juicios de *incertidumbre* donde, por más que hemos intentado un razonamiento moral, no hemos llegado a una respuesta clara sobre los deberes morales en cierto dominio. La incertidumbre no nos absuelve de buscar la verdad sino que nos compele a seguir buscándola. Por último, considera que la existencia de conflicto es ilusoria y puede ser disuelta por medio de una interpretación que permita dar coherencia a los distintos valores.

Dworkin sostiene que la argumentación moral busca la verdad. La verdad consiste en la coherencia estructural entre los distintos valores morales, buscada por un agente responsable que auténticamente quiere lograr esa coherencia. La verdad moral, por pertenecer al ámbito del *valor* y no de los *hechos*, no

⁷⁸ Ronald Dworkin, “Objectivity and Truth”, p. 88.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 89.

⁸⁰ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 82.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 88-90.

es demostrable ni falseable; es argumentable. En ese sentido, una interpretación es correcta cuando tiene mejores argumentos a favor que cualquier otra alternativa interpretativa.

Por eso para Dworkin la verdad moral es posible. No resuelve el reto de la objetividad proponiendo un esquema fijo de valores sino estableciendo una responsabilidad de establecer un esquema, que puede variar de persona en persona y de tiempo en tiempo, pero que siempre es susceptible de mejorarse mediante una interpretación constructiva. La verdad, por lo tanto, no es algo que se tenga sino algo que se aspira a alcanzar. En *Law's Empire*, Dworkin propone concretamente cómo alcanzar la verdad en el derecho, y esto es por medio de la integridad.

La integridad y el derecho como integridad

Dworkin propone una interpretación constructiva de las prácticas políticas que lleva a aceptar una virtud política denominada *integridad*. La integridad consiste en el deber que tienen los funcionarios del Estado de mantener una coherencia con el esquema de principios de la comunidad. Según Dworkin, un Estado que acoge el principio de integridad tiene un mejor reclamo de legitimidad que uno que no lo hace. Es decir, tiene la capacidad moral de imponer a los miembros de la comunidad una obligación de cumplir la ley.⁸²

También propone una interpretación constructiva de la práctica del derecho. Esto lo hace planteando tres “concepciones” ideales del derecho, que compiten entre sí para responder a la pregunta de la legitimidad del Estado. Sostiene que toda concepción del derecho discute con las demás dentro de un consenso abstracto de que:

[...] el propósito más abstracto y fundamental de la práctica jurídica es guiar y limitar el ejercicio del poder del gobierno en la siguiente manera. El derecho insiste en que la fuerza no sea usada ni retenida, sin importar qué tan benéficos o nobles sean los fines perseguidos por el gobierno, a menos que esto sea permitido o requerido por los derechos y las responsabilidades individuales que fluyen de las decisiones políticas anteriores que establecen las condiciones en que está justificada la fuerza colectiva.

⁸² Dworkin discute a fondo la integridad política en el capítulo 6 de *Law's Empire*, pp. 176-224.

El derecho de una comunidad, bajo esta perspectiva, es el conjunto de derechos y responsabilidades que cumplen con ese estándar complejo: permiten la coerción porque fluyen de las decisiones políticas relevantes.⁸³

Cada concepción del derecho entonces busca determinar cuáles son las “decisiones políticas relevantes” y qué quiere decir que los derechos “fluyan” de esas decisiones políticas. Para Dworkin, solo la concepción llamada *derecho como integridad* puede explicar y justificar la práctica jurídica. Es decir, no solo explica algunos aspectos importantes de la práctica jurídica como los desacuerdos teóricos y la discreción judicial, sino que los justifica mostrándolos en su mejor luz posible.

El derecho como integridad acoge la virtud política de la integridad, con unos deberes especiales para los jueces. El juez que acoge la integridad, un juez imaginario llamado *Hércules*, tiene un deber no solo de proteger los derechos establecidos explícitamente en la legislación y el precedente, sino también de proteger aquellos que están implícitos en el esquema de principios subyacente a las decisiones de la comunidad política.

El derecho como integridad tiene una elaboración temprana en la “tesis de los derechos” que Dworkin defendió en el artículo *Hard Cases* de 1975.⁸⁴ En esa ocasión, la tesis que defendió era que, cuando los jueces ejercen discreción, no lo hacen en el sentido fuerte de decidir como les parece sino que lo hacen envueltos por el derecho. Para Dworkin el derecho no se “acaba” cuando las reglas dejan de ser claras, como parecería sugerirlo Hart al disertar sobre la interpretación y la discreción judicial. Por el contrario, el esquema de principios detrás de las normas explícitas provee una base para otorgar derechos no escritos. En este ejercicio de discreción, el juez tiene dos responsabilidades. En primer lugar, debe argumentar con base en razones de principio y no razones de conveniencia. Es decir, debe fundamentar sus decisiones en un derecho que tienen las partes y no un aspecto de interés general que sería beneficiado con la decisión.⁸⁵ En segundo lugar, para argumentar en principio debe formular una teoría política convincente que muestre una buena explicación del esquema de principios que justifica las normas explícitas.⁸⁶ Es decir, debe realizar una sincera interpretación constructiva en búsqueda de la verdad moral. Solo así

⁸³ *Ibid.*, p. 93.

⁸⁴ Ronald Dworkin, “Hard Cases”, pp. 1057-1109.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 1061-1062.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 1064.

puede el juez cumplir su deber de hacer cumplir los derechos políticos de las personas, los cuales en ocasiones, pero no siempre, se traducen de manera explícita en las constituciones y las leyes.⁸⁷

Dworkin ilustra la posibilidad de otorgar derechos implícitos a las partes con base en una interpretación constructiva recurriendo a varios casos de la práctica judicial angloamericana que plantean casos difíciles. Frente a la pregunta de qué hacer en un caso difícil, el positivismo de Hart nos daría una de dos respuestas. Si estamos en una zona “clara” de la norma, donde todas las palabras son claras en este contexto,⁸⁸ el juez falla según la norma o contra la norma. Si estamos en una zona de “penumbra”, donde las palabras dejan de ser claras, el juez puede mantenerse dentro de la norma y al mismo tiempo ejercer discreción para elegir una solución entre los intereses en conflicto,⁸⁹ sin tomar una decisión necesariamente vinculada con la moralidad.⁹⁰

Dworkin intenta dar una respuesta que vincule al juez al derecho incluso cuando ejerce discrecionalidad. Realmente no importa si estamos en una zona “clara” o de “penumbra”. No estamos interpretando palabras aisladas,⁹¹ estamos interpretando el sentido general del derecho como una práctica interpretativa. En ese sentido, los insumos que proveen los textos de las normas o las decisiones anteriores de los jueces son apenas el comienzo de una investigación más profunda sobre los principios de moralidad política que subyacen al derecho. Para hacer una buena interpretación, el buen juez no aplica superficialmente el texto. En lugar de eso, se pregunta sobre los principios que justifican el derecho como un todo coherente.⁹² Hace caso omiso de las distinciones doctrinales entre los distintos regímenes del derecho cuando estas no tienen una justificación evidente de moralidad política.⁹³ Una vez logra formular una teoría que es coherente en cuanto al principio, y no solo coherente superficialmente, confronta sus candidatos de interpretación con esa teoría. La interpretación que resulte más atractiva en el ámbito de la justificación debe primar, así resulte en algún sacrificio de la dimensión de la adaptación.

⁸⁷ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 331.

⁸⁸ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 126.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 129.

⁹⁰ H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, pp. 612-613.

⁹¹ Fuller comparte este punto. Lon Fuller, *op. cit.*, pp. 662-669.

⁹² Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 255-258.

⁹³ *Ibid.*, pp. 252-253.

Es decir, en algunos casos el principio subyacente puede derrotar los textos concretos de las normas y los precedentes.

La teoría del derecho como integridad busca explicar y evaluar las decisiones judiciales de esta manera. Busca establecer una vinculación de los jueces, no a la superficie de los textos sino a la profundidad de los principios implícitos. Los jueces que recurren a la integridad, para Dworkin, contribuyen mejor a la legitimidad del Estado que los jueces que no lo hacen. La teoría del derecho como integridad tiene entonces tres efectos particulares en el contexto teórico de Dworkin.

En primer lugar, legitima la práctica judicial creativa. Dado que los jueces derivan los derechos no escritos de razones de *principio* (de derechos preexistentes que subyacen a las decisiones políticas) y no de *conveniencia*, sus decisiones no son necesariamente antidemocráticas.⁹⁴

En segundo lugar, formula un estándar ideal del *buen juez* a diferencia de las teorías positivistas y realistas que simplemente hacen un intento de describir al *juez real*. La pregunta de Dworkin no es: ¿qué hacen los jueces?, es: ¿qué hacen los buenos jueces? Con esto, otorga herramientas para evaluar y criticar las decisiones que tomas los jueces, incluso en casos difíciles. El juez no puede justificar públicamente su decisión con el expediente fácil de que la interpretación del derecho era permisible y falló dentro de su autonomía. Debe señalar las razones de principio que lo llevan a preferir una razón sobre otra.

En tercer lugar, explica la posibilidad de la objetividad y la respuesta correcta sin recurrir al formalismo jurídico ni al absolutismo político. Lo objetivo, explica Dworkin, no es lo mismo que lo indiscutible, lo axiomático o lo absoluto. La verdad moral es aquello que se busca cuando se hace una interpretación sincera y responsable. Por lo tanto, el simple hecho del desacuerdo no niega la posibilidad de la objetividad y no niega la responsabilidad que todos tenemos, y tienen en particular los funcionarios del Estado, de buscar las mejores interpretaciones del derecho. Las diferencias ideológicas no nos relevan del deber de ser sinceros y auténticos con nuestras convicciones. El hecho de que pensemos de una manera y nuestros colegas piensen distinto no nos autoriza automáticamente a despojarnos del derecho e imponer nuestras convicciones personales por encima del derecho. Nos hace responsables de buscar la mejor interpretación de manera sincera. En Dworkin, la interpretación es

⁹⁴ Ronald Dworkin, "Hard Cases", pp. 1061-1062.

una búsqueda constante por la verdad y el derecho es una búsqueda constante por la justicia. El carácter teleológico de la actividad interpretativa muestra que el juez no es un dios o un profeta, como el que aparece retratado en la portada de la traducción al español de “El imperio de la justicia”. El juez no posee la verdad sino que la busca de manera incesante sin tener nunca la certeza absoluta de haberla alcanzado. Dworkin lo llama *Hércules*; un nombre alternativo puede ser *Sísifo*, el mítico rey griego condenado por los dioses a cargar una inmensa roca cuesta arriba para verla rodar cuesta abajo y repetir su acción eternamente.

Dos grandes críticas

Las dudas sobre la objetividad

¿Es realmente alcanzable la objetividad en la actividad judicial? ¿Hay realmente una respuesta correcta? ¿El intérprete que busca la verdad tiene la esperanza de conseguirla, o es esta, por el contrario, un espejismo inalcanzable?

Existen múltiples críticas contra Dworkin sobre el punto de la objetividad en la interpretación. Una crítica temprana fue formulada por Stanley Fish, quien señaló la debilidad de los argumentos de Dworkin sobre la interpretación en el derecho y la analogía con la literatura. En su artículo *Law as Interpretation*, Dworkin ilustró la interacción entre libertad y restricción en la decisión judicial usando la metáfora de una novela en cadena. Señaló que el juez es un participante en la novela en cadena, con la libertad para interpretar los capítulos anteriores, pero restringido no solo por el texto de esos capítulos anteriores, sino por sus responsabilidades como coautor de la novela de mantener su sentido general.⁹⁵ Stanley Fish respondió señalando que la metáfora de Dworkin erraba en suponer que el autor primigenio de la novela en cadena solo crea, mientras que los autores subsiguientes crean e interpretan. En realidad, el último autor es tan libre y tan limitado como el primer autor⁹⁶ y no hay una verdadera distinción entre “encontrar” e “inventar” una historia en el texto.⁹⁷

⁹⁵ Ronald Dworkin, “Law as Interpretation”, pp. 179-200.

⁹⁶ Stanley Fish, *op. cit.*, p. 203.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 207.

La crítica de Fish no es simplemente un intento de revelar la falta de adecuación literaria de la analogía de Dworkin con la literatura. Refleja una debilidad importante de la teoría de la objetividad, que consiste en la incapacidad general de los textos de restringir al intérprete. Así como el último autor es tan libre o restringido como el primer autor, el juez actual es tan libre o restringido como el primer juez que interpretó la Constitución, y en general el intérprete no está limitado por textos independientes sino por una “conciencia tácita sobre lo que es posible y no es posible hacer, lo que es y no es una afirmación razonable, y lo que será y no será tenido como evidencia en un proyecto dado”.⁹⁸ Esta tesis atenta contra un pilar fundamental de la objetividad interpretativa de Dworkin, que consiste en atar a los intérpretes a las decisiones del pasado por medio de un deber de coherencia de principio, a la vez que les otorga una discrecionalidad guiada por la responsabilidad de buscar la mejor interpretación posible. En la crítica de Fish, la discrecionalidad no puede estar guiada por esa responsabilidad ligada a las decisiones sino por una responsabilidad del entorno y la profesión.

Joseph Raz hace una advertencia similar en una réplica a *Taking Rights Seriously*. Tal como lo haría Hart más adelante en su *Postscript*, Raz reconoce que el derecho no está compuesto solo de reglas sino de principios, pero sostiene que esta precisión no atenta contra las premisas del positivismo. Una de tales premisas es la discrecionalidad judicial. Para Raz, la existencia y el uso de los principios por los jueces no pueden tener el efecto que quiere Dworkin de eliminar la discrecionalidad. Por lo tanto, se declara en contra de la “inferencia de que como algunos principios son derecho entonces la discrecionalidad judicial no existe”.⁹⁹ Por el contrario, señala Raz, en el derecho siempre permanecerán tres fuentes de discrecionalidad judicial: la vaguedad en el lenguaje, la dimensión del peso de los principios y las normas que deliberadamente otorgan competencias discrecionales.¹⁰⁰

Podría responderse, siguiendo a Dworkin, que la objetividad no es dada por los textos de las normas ni sus características intrínsecas. La objetividad está dada por el razonamiento moral que permite orientar la interpretación hacia los fines del derecho como un todo coherente. Pero Raz también se declara

⁹⁸ *Ibid.*, p. 211.

⁹⁹ Joseph Raz, “Legal Principles and the Limits of the Law”, en *Yale Law Review*, vol. 81 (1972), p. 845.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 846.

en contra de esta tesis. Señala que está alimentada por “dos mitos nocivos”. El primero, es “el mito de que hay un cuerpo considerable de valores morales específicos compartidos por la población de un país grande y moderno” y el segundo mito consiste en que “los valores más generales proveen un fundamento suficiente para las conclusiones prácticas”.¹⁰¹ Según Raz estos mitos son falsos. Además, contribuyen a la opresión de las minorías y a que los jueces apoyen puntos de vista sectarios bajo la guisa de un consenso general.

A este argumento Dworkin podría responder que la verdad moral no depende de consensos ni hechos evidentes. Depende de una interpretación constructiva que haga coherentes todos los valores morales. Sin embargo su posición se abre a otro flanco de ataque. Jeremy Waldron señala que, haya o no objetividad moral, esta no puede eliminar la arbitrariedad en las decisiones judiciales.¹⁰² Waldron considera que la arbitrariedad tiene tres dimensiones: las decisiones impredecibles, las decisiones irracionales y las decisiones que carecen de legitimidad moral. Para Waldron, el razonamiento moral no elimina ninguna de estas tres eventualidades. No contrarresta las decisiones impredecibles, pues el razonamiento moral será diferente para cada juez, incluso si se sostiene que algún juicio de valor es capaz de ser cierto. De todas formas habrá desacuerdos y divergencias, los cuales se traducen en decisiones diversas e impredecibles.¹⁰³ Tampoco puede atenuar la irracionalidad, es decir la tendencia a decidir no con argumentos sino por medio de reacciones intuitivas, pues aunque los jueces digan que deciden según argumentos morales, en todo caso podrán decidir según sus reacciones intuitivas.¹⁰⁴ Finalmente, tampoco puede subsanar lo que para Waldron es el caso más preocupante de la arbitrariedad, que es la ilegitimidad democrática en el control judicial de la legislación. Si existen juicios morales objetivos, el control judicial de la legislación plantea un problema sobre la calidad de la deliberación moral de los jueces en comparación con aquella de los legisladores.¹⁰⁵ En suma, para Waldron las distintas

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 850.

¹⁰² Jeremy Waldron, *op. cit.*, pp. 158-187. El argumento de Waldron se dirige contra el *realismo moral* de Michael S. Moore, no contra la teoría de la objetividad de Dworkin. La objetividad moral de Dworkin se aparta del realismo moral, sosteniendo que la verdad moral no depende de hechos o evidencia, pero llega a la misma conclusión: que es posible la verdad o falsedad en los juicios morales.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 178-179.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 179-180.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 180-182.

dimensiones de la arbitrariedad persisten, exista o no la objetividad en los juicios morales, pues de todas formas no existe un procedimiento de decisión o una epistemología compartida en materia de razonamiento moral.¹⁰⁶

Otro crítico de Dworkin va más lejos. John Mackie sostiene que todo juicio moral es irreduciblemente subjetivo, pues “No existen valores objetivos”.¹⁰⁷ Por tal razón, la pretensión de Dworkin es inalcanzable. Ningún intérprete puede sostener que su interpretación jurídica es correcta debido a un correcto juicio sobre la moralidad política, pues “las reclamaciones de objetividad son siempre falsas”.¹⁰⁸

Es posible mencionar una última crítica. Esta se dirige, no contra la idea de la objetividad como tal, sino contra la “unidad del valor” que propone Dworkin, según la cual los distintos valores morales no pueden entrar en conflicto pues deben ser interpretados de manera constructiva hacia un todo coherente.¹⁰⁹ Martha Minow y Joseph Singer señalan que los valores son plurales y no unitarios. Por lo tanto, critican el llamado de Dworkin a producir interpretaciones constructivas que demuestren coherencia y refuerzo mutuo entre valores en lugar de conflicto entre ellos, pues “es un acto de subversión en lugar de descubrimiento de la verdad fingir que los valores son coherentes si, de hecho, en un contexto particular no tenemos realmente una buena manera de afirmar exactamente por qué un valor prevalece sobre otro”.¹¹⁰

Un importante error consiste en ignorar el costo de la consistencia y las ventajas de la pluralidad. La coherencia o la “unidad de valor” supone un riesgo a la honestidad y la transparencia en el argumento público: “las personas que creen que han encontrado la respuesta [...] con frecuencia adoptan un escudo de seguridad e incluso experimentan su resolución como obviamente correcta”.¹¹¹ El problema es que esto lleva, según los autores, a que esas personas “se sienten libres para actuar sobre la base de su nueva red de convicciones

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 171-176.

¹⁰⁷ John Mackie, *Ética: la invención de lo bueno y lo malo*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 17.

¹⁰⁸ John Mackie, “The Third Theory of Law”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7 (1977), p. 10.

¹⁰⁹ Así, por ejemplo, sostiene que no hay conflictos reales entre la libertad y la igualdad, pues la “verdadera” libertad puede ser formulada de tal forma que no contradiga el valor de la igualdad. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 352.

¹¹⁰ Martha Minow y Joseph Singer, *op. cit.*, p. 906.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 907

y por lo tanto se sienten libres para imponer su voluntad a otros”.¹¹² En cambio, el reconocimiento de la pluralidad puede promover la honestidad en el argumento y la tolerancia hacia las alternativas. Así, “una manera importante de hacer que nuestros valores sean coherentes es reinterpretarlos para hacer desaparecer el conflicto”, pero “otra manera igualmente bien establecida de perseguir la coherencia de valor es reconocer la existencia del conflicto y explicar de otra forma la elección de cómo actuar”.¹¹³

Minow y Singer sostienen que la estrategia interpretativa de Dworkin puede tener el efecto, en casos legales, de negar los intereses legítimos de la parte que resulta vencida en el argumento, a pesar de que hay intereses legítimos de ambas partes. En esos casos, dicen, lo mejor sería reconocer que no hay una solución clara en lugar de interpretar la ley y los valores morales hacia una coherencia que no tienen.¹¹⁴

Las anteriores críticas a Dworkin pueden ser agrupadas en una sola rúbrica: la objetividad es una ilusión. Se trata del “noble sueño”, identificado por Hart en la jurisprudencia norteamericana, de que los jueces deciden los casos ligados por el derecho y nunca según su discreción.¹¹⁵ Las críticas señalan que la objetividad de Dworkin es inalcanzable. Por distintas razones, los jueces no están ligados al derecho y a la moralidad en la forma como lo postula la teoría del derecho como integridad. La tesis de los derechos y la integridad sería, en este sentido, descriptivamente falsa.

La objeción contra el cambio perpetuo

Un segundo grupo de críticas no es descriptivo sino normativo. Además de señalar que la objetividad no es posible, se señala que el llamado a la objetividad por medio del razonamiento moral en realidad engendra más subjetividad, más voluntarismo judicial, mayor discreción fuerte de aquella que Dworkin no comparte.

Aquí se encuentran varios autores discutidos en la sección anterior. El primero de ellos es John Mackie. En su crítica a la teoría de Dworkin, señala

¹¹² *Idem.*

¹¹³ *Ibid.*, p. 908.

¹¹⁴ *Ibid.* pp. 913-916.

¹¹⁵ H. L. A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Georgia Law Review*, vol. 11 (1977), pp. 969-989.

que “su adopción tendería a hacer el derecho no sólo menos cierto sino también menos determinado que lo que sería en su rival positivista”.¹¹⁶ Esta teoría, dice Mackie, es un “llamado a un manejo más especulativo y emprendedor por parte de los jueces”.¹¹⁷ La teoría de Dworkin tiene este particular efecto al abrir las posibilidades de razonamiento moral que un positivista tomaría como cerradas una vez se adopta la norma. La teoría de Dworkin “con frecuencia toma como no resueltos asuntos que desde el punto de vista del positivismo jurídico claramente pertenecen al ámbito del derecho resuelto”.¹¹⁸

Joseph Raz señala igualmente que la teoría de Dworkin, en lugar de disminuir, aumenta la discreción judicial. Al sostener que los jueces no solo aplican reglas, sino principios, que no se aplican como un “todo o nada” sino que tienen una “dimensión de peso”, Dworkin propone que los jueces estén autorizados a sopesar principios de manera discrecional: “el ámbito de discreción es de hecho extendido doblemente, pues no sólo debe determinarse la importancia relativa de los principios, sino también la importancia relativa hacia cada principio de desviarse de él o de seguirlo en ocasiones particulares”.¹¹⁹

Ambos autores señalan un efecto particular del abandono del positivismo jurídico que Scott Shapiro aclara en una obra más reciente. Según Shapiro, el derecho es una actividad de planeación social.¹²⁰ El derecho provee planes para la comunidad con una finalidad de remediar los costos de la deliberación moral.¹²¹ Desde esta perspectiva, cuando la comunidad adopta normas —o *planes*, en la terminología de Shapiro— está evitando la necesidad de seguir la deliberación moral infinitamente, y permite que la comunidad se guíe por planes adoptados y determinados. La teoría de Dworkin viola este propósito:

Tener que responder a una serie de preguntas morales es precisamente la enfermedad que el derecho busca curar. La interpretación jurídica dworkiniana entonces reinfecta al paciente una vez el contagio ha sido neutralizado [...]. Si las leyes están diseñadas para resolver cuestiones morales, entonces la interpretación de una ley no puede ser determinada por ningún hecho moral cuya existencia esa ley, o cualquier otra ley

¹¹⁶ John Mackie, “The Third Theory of Law”, p. 15.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 16.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹¹⁹ Joseph Raz, *op. cit.*, p. 846.

¹²⁰ Scott Shapiro, *Legality*, Cambridge (MA), Belknap Press, 2011, p. 195.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 213-214.

del sistema, fue diseñada para resolver. Pero la interpretación constructiva se enfoca en estos hechos morales y por lo tanto socava la función resolutoria del derecho.¹²²

De esta manera, la teoría de Dworkin impide que las normas cumplan su función de resolver los desacuerdos morales, pues permite que esos desacuerdos morales persistan incluso hasta la fase de la adjudicación.

Esta posibilidad puede ser nociva desde el punto de vista de la distribución del poder político. La teoría de Dworkin indudablemente concede más poder al juez frente al legislador. Lo hace por dos razones: le permite legitimar la discreción por vía del argumento de principio y le permite manipular las normas legislativas usando argumentos de la moralidad política.¹²³

Dos caras de la objetividad

Estos dos grupos de críticas pueden ser vistos de manera complementaria, pero también contradictoria. En un primer nivel se complementan: señalan que la objetividad moral es *descriptivamente* falsa y a la vez es *normativamente* nociva. Se trata del mismo modo de argumento del positivismo contra la fusión del derecho y la moral. Pero de manera más profunda se contradicen. Aceptan que la objetividad es algo que queremos, pero es algo que no queremos buscar. La objetividad es un ideal imposible, pero cualquier intento de hacerla posible no es bienvenido.

Esta paradoja aparente permite ilustrar las dos caras del complejo ideal de la objetividad que maneja la teoría de Dworkin. La doble crítica a Dworkin muestra la doble cara de la objetividad. La primera faceta de la objetividad es la negación del subjetivismo, la discrecionalidad y la voluntad. El primer llamado de Dworkin es a evitar argumentos que se sostengan en una discrecionalidad fuerte y una elección libre entre intereses. Los argumentos deben sostenerse en la integridad. La tesis de Dworkin sobre la verdad moral no proporciona un test determinado para establecer si un juicio moral es verdadero o no, pero sí un ideal al cual un argumento moral puede aproximarse a mayor o menor grado. Aunque no podemos decir con certeza si los juicios morales son

¹²² *Ibid.*, pp. 310-311.

¹²³ Con todo, hay que señalar que Dworkin prevé un rol institucional separado para legisladores y jueces, como se evidencia en Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 176 (donde discute la "integridad política" y la "integridad adjudicativa").

verdaderos o falsos, sí podemos distinguir entre argumentos morales más adecuados y menos adecuados. Esta primera cara de la objetividad es la que ataca el primer grupo de críticas, que sostiene que, de hecho, tampoco podemos distinguir entre argumentos morales más adecuados y menos adecuados, o por lo menos no podemos hacerlo como lo propone Dworkin, y en todo caso esa posibilidad es irrelevante para la adjudicación legal.

La segunda faceta de la objetividad es la posibilidad del desacuerdo y el cambio. Como ya se anotó, la objetividad que propone Dworkin no es única, absoluta ni estática. Tampoco postula una escala de valores fija o una jerarquía autorizada para establecer la verdad objetiva. La objetividad es cambiante y contingente. Y lo que es más confuso, permite respuestas distintas por intérpretes distintos. Es por eso que Dworkin denomina su teoría una teoría protestante:

¿Qué es el derecho? Ahora ofrezco una distinta clase de respuesta. El derecho no está agotado por un catálogo de reglas o principios, cada una con su propio dominio sobre algún ámbito discreto de comportamiento. Ni por una lista de funcionarios con el poder de cada uno sobre alguna parte de nuestras vidas. El imperio del derecho está definido por la actitud, no por el territorio o el poder o el proceso [...]. Es una actitud interpretativa e introspectiva dirigida a la política en su sentido más amplio. Es una actitud protestante que hace a cada ciudadano responsable de imaginar los compromisos que su sociedad tiene hacia el principio, y lo que esos compromisos requieren en nuevas circunstancias.¹²⁴

Esta responsabilidad de cada juez y cada ciudadano es lo que preocupa al segundo grupo de críticos. En la tensión del derecho entre razón y voluntad,¹²⁵ los críticos del segundo grupo prefieren la voluntad de la autoridad que otorga certeza. Pero la certeza por medio de la autoridad no es la única forma posible de objetividad. La objetividad de Dworkin ciertamente no es una verdad única y absoluta, pero tampoco es una libre imaginación de cada juez y ciudadano sobre las exigencias de la moralidad política. Se ubica en un punto medio, el cual solo es explicable recurriendo a la noción de responsabilidad moral que

¹²⁴ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 431.

¹²⁵ Lon Fuller, "Reason and Fiat in Case Law", en *Harvard Law Review*, vol. 59 (1946), pp. 376-395.

Dworkin elabora en el capítulo 6 de *Justice for Hedgehogs*. La última sección de este artículo examina esa noción de responsabilidad moral.

La responsabilidad moral del intérprete

La objetividad y la verdad como responsabilidad moral

¿Qué es de la objetividad moral si no tenemos la posibilidad de conocer la verdad moral con certeza ni de determinarla con procedimientos comunes y públicos, y no tenemos tampoco una autoridad que resuelva los desacuerdos en el plano de la moralidad? ¿Qué es lo realmente objetivo si no tenemos esperanzas mínimas de encontrar la verdad, de llegar a respuestas que nos satisfagan a todos por igual? ¿Cómo puede una interpretación legal ser mejor que otra, si un juez puede adoptar una interpretación y el otro juez puede adoptar una diversa?

La clave para entender estas paradojas está en la “actitud protestante” referida por Dworkin en la cita anterior. El protestantismo es una influencia importante en la noción interpretativa de Dworkin, en el sentido de que la buena interpretación no requiere de una autoridad externa sino de una actitud introspectiva y responsable del intérprete. De hecho,

[...] es a raíz de la *sola scriptura* de Martín Lutero que vemos el despertar de una hermenéutica genuinamente moderna. Siguiendo el énfasis de Lutero en la fe y la introspección, fue posible cuestionar la autoridad de las interpretaciones tradicionales de la Biblia con el fin de enfatizar la manera en que cada lector enfrenta el reto de hacer suyas las verdades del texto. Nuestro entendimiento de un texto no consiste en una adopción fidedigna de las lecturas autorizadas o predominantes del momento. Es responsabilidad de cada lector individual trazar su propio camino hacia el significado y la verdad potencial del texto.¹²⁶

Martín Lutero, el precursor de la reforma protestante, promovió la lectura de las Escrituras en un tiempo en que tal actividad era resistida por la Iglesia católica. Promovió también la interpretación de la Biblia de tal forma que la reflexión individual, guiada por el “Espíritu Santo” y la “gracia de Dios”,

¹²⁶ Bjørn Ramberg y Kristin Gjesdal, “Hermeneutics”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <<http://plato.stanford.edu/entries/hermeneutics>>.

iluminara la búsqueda individual por el significado.¹²⁷ El protestantismo refleja una actitud interpretativa ligada y restringida por los textos, pero a la vez avivada por la reflexión personal hacia una perfección del entendimiento.¹²⁸

La “actitud protestante” puede ser explicada con referencia a la responsabilidad moral, una noción explorada por Dworkin en su última obra, *Justice for Hedgehogs*. En ella, Dworkin distingue entre la *precisión* y la *responsabilidad* de la interpretación. Ninguna interpretación moral puede ser demostrada como completamente precisa, pues no hay medios externos para verificarla:

No hay forma en que pueda evaluar la precisión de mis convicciones morales excepto desplegando más convicciones morales [...]. Si me enfrento a una persona que tiene opiniones morales radicalmente distintas a las mías, no puedo contar con encontrar algo en mi conjunto de razones y argumentos que él no aceptaría de manera racional. No puedo *demostrarle* que mis opiniones son verdaderas y las suyas falsas.

Pero sí puedo esperar convencerlo a él —y a mí mismo— de otra cosa que es con frecuencia más importante: de que he actuado responsablemente al llegar a mis opiniones y actuar sobre ellas.¹²⁹

Esta cita soporta la tesis central de este artículo, según la cual la mejor versión de la objetividad y la verdad moral de Dworkin no es la pretensión inalcanzable de una respuesta jurídica que es correcta a los ojos de cualquier observador imparcial y verificable en su corrección por medios externos. La respuesta objetivamente correcta en la teoría de Dworkin es una respuesta a la que el intérprete ha llegado por medio de un ejercicio moralmente responsable.

Al interpretar, entonces, tenemos que ejercer responsabilidad. La responsabilidad debe ser ejercida de tal forma que busquemos sinceramente una integridad global en nuestras interpretaciones concretas, de forma que “cada

¹²⁷ Markus Wriedt, “Luther’s Theology”. En: Donald McKim (ed.), *The Cambridge Companion to Martin Luther*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 92-93.

¹²⁸ Incluso algunas tendencias protestantes contemporáneas, como el cristianismo carismático, sostienen una distinción entre dos tipos de “palabra divina”: el *logos*, la palabra infalible pronunciada con autoridad en las Escrituras, y la *rhema*, la palabra revelada al individuo por un ser supremo. Poniendo de un lado la dimensión sobrenatural de esta distinción, puede haber un interesante paralelo entre estas categorías y la *adaptación* y *justificación* de Dworkin.

¹²⁹ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 100.

una soporte a las demás en una red de valor que acojamos auténticamente”.¹³⁰ Las personas moralmente responsables actúan con base en sus principios y sus convicciones. Las irresponsables actúan de manera insincera, o sin aplicar sus principios a casos concretos, o de manera moralmente esquizofrénica, o compartimentando sus convicciones sobre la moralidad.¹³¹

La *insinceridad* consiste en el comportamiento que se basa en intereses y no tiene en cuenta ningún principio que reconoce la importancia de las vidas de otras personas. La *inaplicación a casos concretos* cubre el caso de la persona que “se aferra fielmente a los principios morales de gran abstracción pero cede al interés personal u otra influencia paralela al decidir cómo estos principios abstractos aplican a casos concretos”.¹³² La *esquizofrenia moral* consiste en el compromiso a dos o más principios mutuamente contradictorios, donde la persona no busca una interpretación que los haga coherentes, sino que “sucumbe a cualquiera de los dos que le venga a la mente en el momento”.¹³³ Finalmente la *compartimentación moral* tiene que ver con las personas que tienen una coherencia “local” entre sus convicciones morales, de forma que para ciertas clases de asuntos sostienen unas convicciones y para otros sostienen unas distintas y contradictorias.

La responsabilidad moral es entonces todo lo contrario. Requiere que “busquemos una coherencia completa de valor entre nuestras convicciones” y que “busquemos autenticidad en [esas] convicciones”. Requiere que “interpretemos críticamente las convicciones que parecen inicialmente más atractivas o naturales [...] a la luz de las demás [convicciones]”.¹³⁴

El resultado de una “coherencia completa” es por supuesto inalcanzable. Así lo reconoce Dworkin al señalar que “debemos tratar la responsabilidad moral como una obra siempre en progreso: es responsable quien acepta la integridad y la autenticidad moral como ideales apropiados y despliega esfuerzos razonables hacia su logro”.¹³⁵ Así, el intérprete moral perfecto que Dworkin imagina cumple el mismo rol que el juez Hércules. No es un intérprete de

¹³⁰ *Ibid.*, p. 101.

¹³¹ Para la descripción de estas cuatro formas de irresponsabilidad moral, ver *ibid.*, pp. 104-105.

¹³² *Idem.*

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Ibid.*, p. 108.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 109.

verdad, es un ideal regulativo. Un ideal regulativo que nos permite distinguir entre un razonamiento legítimo y uno ilegítimo.

Es por eso que en sus obras anteriores Dworkin señala que el juez está ligado por su convicción profunda sobre la moralidad política de la comunidad, pero no por su ideología, sus reacciones automáticas, sus gustos o sus disgustos. El juez, incluso cuando debe razonar sobre la moralidad, debe hacer cumplir los derechos institucionales de las personas, no los derechos que se imagina o se inventa, ni aquellos que prefiere como cuestión de pura convicción personal.¹³⁶ Hay una diferencia entre la discreción fuerte y la discreción ligada por los principios, porque hay una diferencia entre un buen razonamiento moral y un mal razonamiento moral. O en palabras de Dworkin, entre un razonamiento responsable y uno falto de responsabilidad.

Es posible hacer una distinción de calidad del razonamiento desde el punto de vista de la responsabilidad moral. Dworkin lo hace señalando que el gobierno Bush de los Estados Unidos fue moralmente irresponsable en su justificación para lanzar la guerra contra Iraq.¹³⁷ Desde el punto de vista del juez, también podemos hacer una distinción entre un razonamiento moral responsable y uno irresponsable. Un ejemplo de razonamiento moral responsable es la sentencia del 20 de mayo de 1936 de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Eduardo Zuleta Ángel. A la vez, un buen ejemplo de razonamiento moral irresponsable es la sentencia C-577 del 2011 de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Razonamiento moralmente responsable: Corte Suprema de Justicia, sentencia del 20 de mayo de 1936

La sentencia del 20 de mayo de 1936 fue proferida por la llamada “Corte de Oro”. Una composición particular de la Corte Suprema de Justicia durante un período en que esa Corte hizo grandes cambios en la manera de entender

¹³⁶ Ronald Dworkin, “Hard Cases”, pp. 1057-1109.

¹³⁷ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, p. 103 (“A scientist who does not check his calculations lacks intellectual responsibility; a writer who does not back up his files lacks practical responsibility; someone who lives aimlessly lacks ethical responsibility; a voter who votes for a vice presidential candidate because he finds her sexy lacks moral responsibility. A political leader who sends a nation to war on plainly inadequate intelligence is irresponsible in all four ways”).

el derecho civil colombiano.¹³⁸ En ese caso la Corte Suprema de Justicia tuvo que resolver el problema de si la buena fe del comprador de un bien inmueble podía o no impedir que se ordenara la restitución del mismo por razón de un vicio desconocido en su tradición.

En 1873, el señor Alonso Triviño compró un lote de terreno en la ciudad de Cali. Este lote de terreno, según la legislación vigente, entró a formar parte de la sociedad conyugal entre el señor Triviño y su esposa, Adelaida Paz. Adelaida murió en 1894, con lo cual según la legislación vigente quedó disuelta la sociedad conyugal. Sin embargo, solo veintinueve años después, en 1923, fue hecha la partición de bienes que resultó en la adjudicación del lote de terreno a favor de la hija de Alonso Triviño y Adelaida Paz, la señora Aquilina Triviño Paz.

Entre 1920 y 1929 el padre, Alonso Triviño, realizó compraventas sobre el mismo inmueble, vendiéndolo por mitades a dos individuos distintos. Posteriormente un tercero, el señor Apolinar Guzmán, compró las dos mitades y comenzó a ejercer la posesión sobre el lote.

En este estado de cosas, la hija, Aquilina Triviño, demandó la restitución del inmueble a Apolinar Guzmán, quien fue condenado a restituirlo. La razón para esta condena de restitución era sencilla: según la legislación vigente, en particular los artículos 1401 y 1871 del Código Civil, el señor Alonso Triviño para 1920 y 1929 no era el dueño del inmueble pues la sociedad conyugal se había disuelto automáticamente cuando murió su esposa. Por lo tanto, Apolinar Guzmán no podía alegar la propiedad de un bien sobre el cual, en estricto sentido técnico, se había realizado una venta de cosa ajena.

Por lo tanto no importaba que hubiera actuado de buena fe, que una persona diligente no hubiera podido saber que el lote en realidad había pertenecido a una sociedad conyugal disuelta automáticamente décadas atrás, ni

¹³⁸ Sobre la “Corte de oro” y su significancia en el antiformalismo colombiano, véase Diego López Medina, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004, pp. 306-326. Con el ejemplo que propongo no estoy sugiriendo que la jurisprudencia de “Corte de oro” haya obedecido a tendencias teóricas similares a la de Ronald Dworkin. De hecho, la influencia teórica de la jurisprudencia de los años treinta, como lo muestra López Medina, es de origen europeo y refleja una mezcla de tendencias antiformalistas que privilegian la creación libre del derecho. Pero algunos casos pueden ser reinterpretados desde un punto de vista dworkiniano para mostrar la forma en que un juez puede legítimamente derivar derechos de los espacios implícitos de las reglas jurídicas mediante un razonamiento moralmente responsable.

que hubiera sido imposible prever que el bien sería adjudicado posteriormente a la hija de Alonso Triviño y Adelaida Paz. Tampoco importaba que Alonso Triviño, a sabiendas de las compraventas que realizó en 1920 y 1929, hubiera incluido el lote dentro de la partición de bienes para que fuera adjudicado finalmente a su hija. La buena fe de Apolinar Guzmán no valía contra las reglas del Código Civil.

O al menos así lo pensaron los jueces de primera y segunda instancia, antes de que la Corte Suprema de Justicia hubiera casado el fallo. En su sentencia de casación, la Corte Suprema de Justicia creó la doctrina del “error común creador de derecho”. Esta doctrina se fundó en una idea extensiva de la buena fe como un principio subyacente a la estructura del derecho privado colombiano. La Corte empezó señalando que la buena fe “tiene una función *creadora*, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho, y una función *adaptadora* para modelar el derecho sobre el hecho”.¹³⁹ La Corte consideró que la buena fe podía incluso “suplir la falta de derecho”.¹⁴⁰

La Corte encontró que en un caso como el de Apolinar Guzmán, la buena fe podía crear un derecho de propiedad a su favor: “si [...] aparece que hubo un *justo motivo* para llegar a la convicción de que el heredero aparente era el verdadero heredero o de que el propietario aparente era el verdadero titular del derecho, y además resulta que cualquiera otra persona, por avisada y diligente que se la suponga, habría tenido también justo motivo para llegar honesta y lealmente y de manera *excusable* a la misma convicción, la buena fe puede entonces llegar a tener esa función creadora de derecho”.¹⁴¹

La Corte invocó múltiples disposiciones dispersas del Código Civil, cada una de las cuales mencionaba la buena fe para darle efectos concretos. Por ejemplo, el artículo 1547 se refiere a “terceros poseedores de buena fe” en una hipótesis distinta. El artículo 2199 dice que “En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido, y dará derecho a terceros de buena fe, contra el mandante”. La Corte citó varias normas como estas, que se referían a la buena fe en otros contextos fácticos y concluyó que “el legislador colombiano [...] le reconoce efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, y hace ceder ante

¹³⁹ Gaceta Judicial núm. xciii, p. 46. Énfasis en el original.

¹⁴⁰ *Idem.*

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 47. Énfasis en el original.

ella la realidad jurídica. En otros términos: cada uno de esos textos consagra una medida de protección en favor del tercero de buena fe que incurrió en un error invencible [...]”.¹⁴² Estas normas, según la Corte Suprema, “representan simples aplicaciones —en hipótesis concretas y especialmente previstas por el legislador— de un principio superior y general de derecho, sobreentendido por éste y del cual pueden deducirse consecuencias nuevas no consagradas explícitamente por el código”.¹⁴³

En aplicación de ese *principio superior* la Corte derivó *consecuencias nuevas no consagradas explícitamente por el código*, y en el caso concreto estableció que “puede considerarse la buena fe de Guzmán como exenta de culpa, ya que, comparada su conducta con la de un hombre avisado y diligente colocado en las mismas circunstancias externas, no se advierte en aquél una falta de prudencia que no hubiera incurrido el tipo abstracto del hombre diligente”.¹⁴⁴ Añadió además un indicio de mala fe de Alonso Triviño y su hija: “[...] no es de presumir que [Aquilina Triviño Paz] al hacerse la partición que ella aprobó sin objeciones, ignorara un hecho que tenía que ser más o menos trascendental en la familia, cual era de que el lote que se le adjudicaba estaba en poder de terceros en virtud de ventas hechas por su padre. [...] dicha adjudicataria no fue ajena a los propósitos profundamente sospechosos por lo menos con que Alonso Triviño intervino en la adjudicación a su hija de bienes que ya él había vendido”.¹⁴⁵

Existen varias explicaciones posibles de lo que hizo en este caso la Corte Suprema de Justicia. Los magistrados disidentes dijeron en su salvamento de voto que la Corte había reescrito la ley y sustituido los términos del artículo 1871 del Código Civil.¹⁴⁶ Era una forma elegante de sostener que los magistrados de la mayoría violaron abiertamente la ley. Para los magistrados disidentes era ilegítimo que la Corte hubiera extendido de tal manera el alcance de la buena fe, pues “la buena fe del poseedor está prevista en nuestro derecho positivo para que produzca determinados efectos, pero nada más que éstos”.¹⁴⁷ Es decir, los magistrados debieron haber aplicado solamente lo que estaba

¹⁴² *Ibid.*, p. 50.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 56.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 57.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 59-60.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 59.

explícito en las normas individuales, y única y exclusivamente donde estas fueran aplicables al supuesto de hecho del caso. La sentencia propuesta por los magistrados de la minoría habría sido una forma de *compartimentación moral*. Un razonamiento moralmente irresponsable en el cual se hubiera inaplicado el principio de la buena fe a una determinada transacción, solo porque la norma particular aplicable a esa transacción no lo contemplaba, aun cuando las normas aplicables a todo tipo de transacciones diversas sí lo hacían. Este es un razonamiento moralmente irresponsable porque mantiene separados en compartimentos arbitrarios los principios abstractos que deberían justificar lo que se hace y se decide en todos ellos. Es semejante al ciudadano que demuestra solidaridad con sus compatriotas pero xenofobia con extranjeros.

Otra explicación es que los magistrados fallaron de acuerdo con su visión política particular, la cual encerraba contradicciones con una visión contraria sobre la función de la propiedad en el derecho colombiano. En una lucha política entre dos visiones sobre la autonomía privada y la propiedad, en este caso primó una sobre la otra, aunque ambas hubieran sido igualmente permisibles bajo las normas aplicables.¹⁴⁸ En la tensión entre el individualismo y el altruismo, una tensión irresoluble de ideologías contradictorias e incoherentes que subyacen a los discursos del derecho privado,¹⁴⁹ primó en este caso el altruismo. Esta visión puede corresponder a grandes rasgos con el “pragmatismo”, que para Dworkin es la convicción de que los derechos que autorizan la coerción estatal son los que derivan los jueces en ejercicio de una libre discrecionalidad. Esta visión, según Dworkin, explica la práctica jurídica mejor que el convencionalismo pero no es moralmente atractiva pues no justifica adecuadamente la coerción que ejerce el Estado.¹⁵⁰ Además es moralmente irresponsable por mostrar lo que Dworkin denomina *esquizofrenia moral*, donde no se busca hacer coherentes los principios subyacentes sino que se permite que un principio prime en un caso y otro principio prime en el siguiente.

¹⁴⁸ Por ejemplo, Daniel Bonilla señala que la Corte Suprema de Justicia en esta y otras sentencias del mismo período “no articuló una interpretación que hubiera podido eliminar las contradicciones en el sistema de propiedad”. Daniel Bonilla, “Liberalism and Property in Colombia: Property as a Right and Property as a Social Function”, en *Fordham Law Review*, vol. 80 (2011), p. 1152.

¹⁴⁹ Duncan Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, en *Harvard Law Review*, vol. 89 (1976), pp. 1685-1778.

¹⁵⁰ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 160-164.

El derecho como integridad explicaría la decisión de la Corte Suprema de Justicia sosteniendo que la decisión judicial fue precedida por una interpretación constructiva, donde se examinaron las normas relevantes,¹⁵¹ de donde se derivaron varias interpretaciones que serían “candidatas” a la decisión correcta. En este caso había al menos dos candidatos: 1) las compraventas a Apolinar Guzmán, derivadas de las compraventas efectuadas entre 1920 y 1929 por Alonso Triviño no tuvieron el efecto de transferirle la propiedad pues el lote se encontraba dentro de la sociedad conyugal que había sido disuelta varios años atrás, 2) las compraventas a Apolinar Guzmán tuvieron el efecto de transferirle la propiedad, pues este creyó de buena fe, con error invencible, que sus contratantes tenían la facultad para hacerlo, dado que ningún hombre diligente se hubiera podido percatar de la disolución de la sociedad conyugal ni prever la asignación posterior del bien a favor de la hija del señor Alonso Triviño. ¿Cuál interpretación es correcta?

De acuerdo con una teoría comprensiva de la buena fe, justificada por un ejercicio judicial moralmente responsable, no es atractiva la interpretación 1) detallada arriba. Sería más convincente a nivel de principio la interpretación 2) que protege a los terceros de buena fe que incurren en un error invencible, aunque no hubiera norma específica para la situación de un tercero como Apolinar Guzmán. La coherencia de principio exigiría tratar a Apolinar Guzmán en la misma manera en que el derecho trata a los terceros de buena fe en otras situaciones del derecho privado que sí son reguladas en los otros artículos del Código Civil. En esta decisión, que optó por la interpretación 2), la Corte Suprema de Justicia exhibió un razonamiento moralmente responsable.

La tesis de la Corte por supuesto es discutible. Pero la existencia de disenso no demuestra por sí sola la futilidad de una teoría jurídica basada en la objetividad y la verdad moral, si estos términos se entienden a la luz de la idea de responsabilidad moral. La Corte Suprema no podía posiblemente convencer a todos los jueces y abogados del país de que su tesis era correcta. Pero sí podía, parafraseando a Dworkin, demostrar otra cosa: que actuó responsablemente en su razonamiento para llegar a sus conclusiones.

¹⁵¹ Por ejemplo, el artículo 1401 del Código Civil sobre la disolución retroactiva de la sociedad conyugal y el artículo 1871 sobre los efectos de la venta de la cosa ajena.

*Razonamiento moralmente irresponsable: Corte Constitucional,
Sentencia C-577 del 2011*

La sentencia C-577 del 2011 pretendió resolver el problema de si un hombre y un hombre, o una mujer y una mujer, podían celebrar el contrato de matrimonio con el fin de conformar una familia, y si el legislador tenía el deber constitucional de reconocer ese derecho. Luego de una sentencia inhibitoria donde la Corte se había negado a pronunciarse sobre el punto,¹⁵² llegó finalmente a la Sala Plena el problema jurídico de si la restricción de la definición del matrimonio a “un hombre y una mujer” era contraria a la Constitución. La Corte primero enfrentó el espinoso asunto de la definición constitucional de la familia y concluyó, por primera vez y cambiando explícitamente su jurisprudencia, que la familia no se define por la heterosexualidad; por el contrario, la Constitución protege a las familias formadas por dos hombres o dos mujeres. La Corte Constitucional llegó a esta conclusión por medio de un razonamiento moral dirigido a lograr la integridad entre las convicciones sobre la razón de ser de la protección de la familia y las protecciones existentes en nuestra comunidad política a favor de parejas del mismo sexo.

La consecuencia lógica de esta primera decisión, si hubiera de mantenerse la coherencia de principio, sería la extensión de las protecciones de la familia a todas las parejas del mismo sexo, incluyendo las oportunidades y protecciones legales que se otorgan con regularidad a las familias. Eso por supuesto incluye el matrimonio. La Corte sin embargo separó las dos cuestiones afirmando que:

El matrimonio como forma de constituir una familia aparece inequívocamente ligado a la pareja heterosexual y la decisión de conferírle un tratamiento expreso a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias cuidadosamente enunciadas [...].¹⁵³

¹⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-886 del 2010, M. P. Mauricio González Cuervo.

¹⁵³ Este párrafo termina con la siguiente cita descontextualizada de un salvamento de voto suscrito en el 2001 por tres magistrados: “todo en forma tal que solo cabe apuntar que en este caso ‘la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución’”.

Por lo tanto, la Corte pasó a explorar los problemas que serían, a su juicio, peculiares de la llamada “familia homosexual” y establecer las “alternativas de solución” al “problema” de constituir una “familia homosexual”. La Corte concluyó que las parejas del mismo sexo tendrían la posibilidad de 1) constituir una unión de hecho, como habían podido hacerlo desde la sentencia C-075 del 2007 o 2):

[...] las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho —a la que pueden acogerse si así les place—, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales.

Para la Corte no era obvio que esa “institución contractual” pudiera ser el matrimonio. Dijo en cambio que había que plantear una nueva pregunta: “surge un interrogante relativo al alcance que, en el derecho colombiano, podría tener una institución contractual de esta índole”.

La Corte sostuvo que “la comparación entre el matrimonio y la institución contractual que tendría que crearse para atender las necesidades de protección de las parejas homosexuales no puede limitarse a un aspecto tan puntual como la constitución de la familia, porque cada una de esas figuras jurídicas comprende un elevado número de materias regulables, así como un sinnúmero de relaciones jurídicas proyectadas en distintas áreas del ordenamiento, más allá del derecho civil y del derecho privado en general”. Es decir, que existían materias donde el Estado podría válidamente regular de manera distinta las relaciones maritales entre un hombre y una mujer, por un lado, y un hombre y otro hombre, por otro. En otras palabras sería legítimo discriminar por orientación sexual en ámbitos discretos de la regulación de las relaciones matrimoniales. La Corte concluyó señalando que, debido a las múltiples posibilidades de regulación, esta correspondía al legislador y no a la Corte, por lo cual en lugar de declarar la existencia de matrimonio igualitario, decidió: “CUARTO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de

protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”.

En esta decisión confusa encontramos una *inaplicación a casos concretos* de los ideales morales abstractos. Hay una inaplicación de la libertad y la igualdad en la premisa de que las mayorías políticas pueden libremente elegir regular de manera distinta la relación entre cónyuges, con base en diferencias de orientación sexual y legislar sobre la categoría discriminatoria de “matrimonio homosexual”.

Hay así mismo una *esquizofrenia moral* en la decisión. Al comienzo de la decisión, los magistrados hacen un intento sincero por hacer coherente el texto del artículo 42 de la Constitución con la mejor interpretación moral de todo el sistema político colombiano. Al final de la decisión, deshacen su interpretación y sostienen que prima una particular interpretación “textual” del artículo 42 para distinguir entre la “familia heterosexual” y la “familia homosexual”. En la primera parte de la sentencia los magistrados acogen la integridad de principio. En la segunda parte la desechan a favor de una integridad superficial y un falso textualismo.

Por último hay una *compartimentalización moral*, donde la dignidad y la igualdad permiten eliminar discriminaciones contra personas y parejas del mismo sexo en ámbitos variados de la jurisprudencia constitucional, pero no en la regulación del matrimonio.

La sentencia tiene una lógica y una gran virtud pragmática. Abre el debate en el Congreso, fija un “piso” de protección del cual el legislador no puede bajar, supera gran parte de prejuicios antiguos y consolida una ganancia en la Corte Constitucional. A partir de esta decisión no se pueden seguir sosteniendo argumentos discriminatorios como el que niega a las parejas del mismo sexo el carácter de familia.¹⁵⁴ Establece una gran victoria para el activismo LGBT y revoluciona el entendimiento de la Constitución de una forma que ni los magistrados más progresistas de diez años atrás habían imaginado.¹⁵⁵ En el momento de la escritura de este ensayo, la sentencia ha sido el

¹⁵⁴ Los argumentos obviamente seguirán siendo sostenidos por un tiempo, pero serán menos coherentes con la jurisprudencia de la Corte, por lo cual serán menos creíbles y a la vez menos responsables desde el punto de vista moral.

¹⁵⁵ Pueden contrastarse las conclusiones de esta sentencia con los tímidos argumentos de los magistrados Cepeda, Córdoba y Montealegre en su salvamento de voto a la sentencia C-814 del 2001 que negó la adopción a parejas del mismo sexo.

fundamento jurídico para la celebración del primer matrimonio entre dos hombres en Colombia. No obstante también ha sido el fundamento jurídico para negar esa posibilidad a muchas otras parejas que buscan tramitar su unión ante jueces o notarios. Se trata entonces de una decisión donde hay ganancias y donde estamos en un mundo mejor que antes del 2011.

Pero la coherencia de principio rechaza el pragmatismo y el argumento de conveniencia, y la responsabilidad moral rechaza por lo tanto un argumento distinto al que busque una coherencia completa entre los valores morales. Podemos ver las consideraciones pragmáticas, como la ausencia de una mayoría suficiente en la Corte o la presencia de magistrados con visiones profundamente discriminatorias y por lo tanto incoherentes a nivel de principio, como *circunstancias* que impidieron la mejor decisión posible, pero nunca como *justificaciones* para la decisión defectuosa.

La responsabilidad moral nos permite divisar la decisión como defectuosa. Permite distinguir los casos de los jueces que razonan a partir de la pura convicción e ideología personal de aquellos en que el juez intenta una sincera reconstrucción de la moralidad de la comunidad política.

La responsabilidad moral permite entonces establecer estándares de crítica y evaluación a las actividades interpretativas discrecionales. El intérprete arrogante que impone su voluntad sobre las decisiones políticas y los derechos institucionales no se puede escudar en el carácter discrecional de la interpretación. Sí, la interpretación es discrecionalidad, pero incluso dentro de la discrecionalidad hay un deber de ser responsable; no de demostrarnos a quienes disentimos que la decisión es verdadera en el sentido en el que una proposición empírica es verdadera, sino de convencernos de que la decisión es responsable y por lo tanto una visión respetable de la moralidad política de la comunidad. Aquí entra el ejemplo de los “derechos ajedrecísticos” de Dworkin.¹⁵⁶ Si jugamos ajedrez, esperamos que el árbitro de ajedrez ejerza discreción y nos otorgue nuestros derechos institucionales del juego, y no los derechos que él se imagina serían mejores prescindiendo de las características fundamentales de ese juego. Por ejemplo, debe mantener las condiciones para que el factor predominante en la determinación del ajedrecista victorioso sea la destreza mental y no, por ejemplo, el esfuerzo o la meritocracia. Si jugamos a la adjudicación legal, esperamos que el juez ejerza discreción de forma que el factor predominante sean los principios subyacentes a decisiones de nuestra

¹⁵⁶ Ronald Dworkin, “Hard Cases”, pp. 1078-1080, 1105-1106.

comunidad política como la Constitución, y no los principios privados de un individuo o de una orden religiosa.

Para aplicar estándares de responsabilidad moral al razonamiento judicial no es necesario comulgar con las tesis controversiales de Dworkin exploradas en las partes I y II de este artículo. Ciertamente, la responsabilidad moral encaja con esas tesis y las justifica. Pero al reconocer que hay grandes debilidades en un ideal de la objetividad moral no se desconoce automáticamente que haya una cierta virtud en la búsqueda de la interpretación auténtica y sincera. En una democracia tenemos un derecho a exigir virtudes de los jueces. Es mejor que exijamos la virtud de la interpretación sincera y no la virtud de la interpretación privada. Para hacer esta exigencia, las estructuras teóricas de Dworkin tienen una utilidad indudable. Dworkin hace, como lo acusa Waldron, un retrato “color rosa” de los jueces y la adjudicación. Ese retrato no es, como erróneamente puede suponerse, una tesis completamente descriptiva. Tiene importantes elementos normativos que podemos rescatar para exigir de nuestros jueces, y particularmente de nuestros jueces constitucionales, una verdadera virtud judicial. Con Dworkin podemos decir a nuestros magistrados que la buena interpretación constitucional no se encuentra en las densas transcripciones de jurisprudencia, las ponencias extensas y complejas o las copiosas referencias en pies de página. Se encuentra en la coherencia de principio y la responsabilidad moral. El magistrado no es un autómatas vinculado al texto como si fuera la boca de la ley, pero tampoco un agente libre legitimado para imponer su voluntad al texto. Es un depositario de la confianza del público, un individuo acreditado por conocimiento y experiencia para ejercer, en nombre de toda la comunidad, la interpretación más sincera y auténtica posible de la Constitución de Colombia.

Conclusiones

Con este recorrido por las tesis de Dworkin, las fuertes críticas con que se encuentran y el importante aspecto de la responsabilidad moral, podemos señalar un importante punto de utilidad de su obra para nuestro contexto. La obra de Dworkin no es un manual técnico del uso de los “principios” y su oposición a las “reglas”. Es una invitación a reflexionar sobre los estándares por los cuales se hace responsable al público la argumentación judicial. Un poderoso argumento de que lo discrecional no es lo mismo que arbitrario ni voluntario, pues la discreción se debe ejercer con gran responsabilidad. Sin la necesidad

de convencernos de todas las complejas y controversiales tesis filosóficas que Dworkin maneja, podemos comenzar a responder a la pregunta que Dworkin replanteó. No nos preguntamos ya sobre *qué hace el juez*, ni hacemos fenomenología nihilista de la decisión judicial.¹⁵⁷ Nos preguntamos en cambio sobre *qué haría un buen juez*, con lo cual podemos criticar y someter a nuestros jueces de carne y hueso a los más altos estándares. Sin una teoría normativa de la decisión judicial, otorgamos un irrestricto y peligroso poder político a nuestros jueces. Podemos reconocer la discreción y la creatividad judicial, así como la facultad del juez de apartarse o derrotar el texto. Podemos también reconocer el deber del juez de adaptar el derecho a las circunstancias sociales y acercar las normas y los precedentes a las necesidades de la sociedad. Pero debemos acompañar esas importantes concesiones con unas exigencias concomitantes, que le muestren al juez las grandes responsabilidades que adquiere con el gran poder que como comunidad le hemos entregado.

Bibliografía

- BAXTER, Hugh, "Dworkin's 'One-System', Conception of Law and Morality", en *Boston University Law Review*, vol. 90 (2010), pp. 857-862.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1962.
- BONILLA, Daniel, "Liberalism and Property in Colombia: Property as a Right and Property as a Social Function", en *Fordham Law Review*, vol. 80 (2011).
- COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1287 del 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- , Sentencia C-886 del 2010, M. P. Mauricio González Cuervo.
- DUXBURY, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1984.
- , "Hard Cases", en *Harvard Law Review*, vol. 88 (1975), pp. 1057-1109.
- , "Judicial Discretion", en *The Journal of Philosophy*, vol. 60 (1963), pp. 624-638.

¹⁵⁷ Duncan Kennedy, "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", en *Journal of Legal Education*, vol. 36 (1986), p. 518.

- , *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (MA), Belknap Press, 2011.
- , “Law as Interpretation”, en *Critical Inquiry*, vol. 9 (1982), pp. 179-200.
- , *Law’s Empire*, Cambridge (MA), Belknap Press, 1986.
- , “The Model of Rules”, en *University of Chicago Law Review*, vol. 35 (1967), pp. 14-46.
- , “Objectivity and Truth: You’d Better Believe it”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25 (1996), pp. 87-139.
- EPSTEIN, Richard, “A Common Lawyer Looks at Constitutional Interpretation”. En: Susan J. Brison y Walter Sinnott-Armstrong (eds.), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Boulder, Westview Press, 1993.
- ESCUADERO, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- FISH, Stanley, “Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism”, en *Critical Inquiry*, vol. 9 (1982), pp. 201-216.
- FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Brentanos, 1930.
- FULLER, Lon, “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”, en *Harvard Law Review*, vol. 71 (1958), pp. 630-672.
- , “Reason and Fiat in Case Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 59 (1946), pp. 376-395.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARDNER, John, “Law’s Aims in Law’s Empire”. En: Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law’s Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 207-224.
- HART, Herbert L. A., “American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Georgia Law Review*, vol. 11 (1977), pp. 969-989.
- , *The Concept of Law*, Londres, Clarendon Press, 1994.
- , “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71 (1958).
- HART ELY, John, *Democracy and Distrust*, Harvard, Harvard University Press, 1980.
- HUTCHESON, Joseph, “The Judgment Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision”, en *Cornell Law Quarterly*, vol. 14 (1929), pp. 274-288.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México D. F., UNAM, 1982.
- KENNEDY, Duncan, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, en *Harvard Law Review*, vol. 89 (1976), pp. 1685-1778.
- , “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, en *Journal of Legal Education*, vol. 36 (1986).

- , “Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen”, en *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2 (2008), pp. 363-385.
- KRAMER, Matthew, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- LAPORTA, FRANCISCO, *El imperio de la ley: una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LEITER, Brian, “The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century”, en *Rutgers Law Journal*, vol. 36 (2005).
- LINDAHL, Hans, “Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Legal Interpretation”, en *Cardozo Law Review*, vol. 24 (2003), pp. 769-798.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial: fundamentos del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- LYONS, David, “Moral Limits on Dworkin’s Theory of Law and Legal Interpretation”, en *Boston University Law Review*, vol. 90 (2010).
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Londres, Clarendon Press, 1978.
- MACKIE, John, *Ética: la invención de lo bueno y lo malo*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- , “The Third Theory of Law”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7 (1977).
- MINOW, Martha y SINGER, Joseph, “In Favor of Foxes: Pluralism as Fact and Aid to the Pursuit of Justice”, en *Boston University Law Review*, vol. 90 (2010).
- POSNER, Richard, “Interpretation Revisited”. En: Susan J. Brison y Walter Sinnott-Armstrong (eds.), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Boulder, Westview Press, 1993.
- , “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 8 (1979), pp. 103-140.
- POUND, Roscoe, “Mechanical Jurisprudence”, en *Columbia Law Review*, vol. 8 (1908), pp. 605-623.
- RAMBERG, Bjørn y GJESDAL, Kristin, “Hermeneutics”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <<http://plato.stanford.edu/entries/hermeneutics>>.
- RAZ, Joseph, “Legal Principles and the Limits of the Law”, en *Yale Law Review*, vol. 81 (1972).
- RODRÍGUEZ, César, “Teoría del derecho y decisión judicial: en torno al debate entre H. L. A. Hart y R. Dworkin”. En: *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.
- SCHAUER, Frederick, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2009.

SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge (MA), Belknap Press, 2011.

SOLUM, Lawrence, "The Unity of Interpretation", en *Boston University Law Review*, vol. 90 (2010).

TUSHNET, Mark, "An Essay on Rights", en *Texas Law Review*, vol. 62 (1984), pp. 1363-1403.

WALDRON, Jeremy, "The Irrelevance of Moral Objectivity". En: Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory*, 1992, pp. 158-187.

WRIEDT, Markus, "Luther's Theology". En Donald McKim (ed.), *The Cambridge Companion to Martin Luther*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Parte II

La especificidad de la subordinación sexual y racial

“RAZONAR SOBRE LA SODOMÍA” DE JANET HALLEY: INFLUENCIA Y PREGUNTAS DESDE UNA LECTURA FOUCAULTIANA

*Laura Betancur Restrepo**

Introducción

En este estudio tomo como eje de discusión el artículo de la teórica *queer* Janet Halley “Razonar sobre la sodomía: acto e identidades en y después de *Bowers v. Hardwick*” (en adelante “Razonar sobre la sodomía”).¹ En particular me centro en la tensión (y la inestabilidad) por ella allí planteada, que se genera al utilizar un discurso basado en actos o uno en identidades dentro de una estrategia jurídica.

Alrededor de esta tensión, me hago ciertas preguntas suscitadas por su lectura a la luz de algunos conceptos foucaultianos, razón por la cual, luego de plantear brevemente un contexto del caso *Bowers v. Hardwick*, presento un contexto teórico en el que destaco cómo la distinción entre sexualidad, acto e identidad, así como la relación entre poder, discurso jurídico y construcción de la identidad foucaultianas, han influido en el análisis sobre la orientación sexual desde una perspectiva *queer* y cómo se evidencia dicha influencia en

* Abogada y filósofa de la Universidad de los Andes, DSU París II, DEA París I, estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

¹ Janet Halley, “Razonar sobre la sodomía: acto e identidades en y después de *Bowers v. Hardwick*”. En: Mauricio García Villegas e Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Esteban Restrepo Saldarriaga (eds.), *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, 2006 [1993], pp. 253-284.

“Razonar sobre la sodomía”. En particular para Halley es fundamental demostrar cómo diversas formas de la discursividad jurídica (leyes, fallos judiciales) participan en la creación de subjetividades, las cuales, a pesar de ser contingentes, variables y producto de una forma de ejercer el poder, son presentadas como esenciales y naturales.

Posteriormente, me detengo en ciertas partes del análisis que hace Halley del fallo de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos *Bowers v. Hardwick*.² En particular para ver cómo revela esta autora que los jueces establecieron una relación inestable entre el discurso de los actos y el discurso de la identidad, y que esa inestabilidad fue utilizada como estrategia de poder para otorgar a la identidad heterosexual (subordinante) inmunidad y fluidez, y, al mismo tiempo, exponer y fijar la identidad homosexual (subordinada). Este descubrimiento lleva a que Halley haga un llamado sobre la importancia (o necesidad) de retomar en parte el discurso de actos para dar fluidez a las luchas antihomofóbicas, tradicionalmente planteadas desde discursos identitarios;³ planteamiento que analizaré a la luz de la crítica que le hace Goldstein.⁴

Subsiguientemente, analizo la propuesta de Halley y la de Goldstein sobre cómo enfrentar la lucha antihomofóbica, para lo cual retomo nuevamente

² Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (CSJ de EE. UU.), Sentencia *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986), disponible en http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0478_0186_ZO.html.

Es relevante recordar que el fallo *Bowers v. Hardwick* fue anulado por esta misma Corte mediante el fallo *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003), al considerar que las leyes que penalizaban la sodomía eran contrarias a la Constitución estadounidense. Sin embargo, tal y como lo señalan los traductores y compiladores de la versión en español del artículo de Halley acá analizado, el que *Bowers v. Hardwick* no sea derecho vigente en Estados Unidos, es indiferente para efectos del análisis que en el artículo se pretende hacer.

³ Igualmente vale la pena destacar que este no es un estudio sobre la teoría general de Halley. El artículo acá analizado data de 1986 y ella se ha referido posteriormente a temas relacionados con la sexualidad, el género, la identidad y la relevancia de este tipo de discursos (véase en particular: Janet Halley, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, Princeton University Press, 2006). Sin embargo, en este estudio me interesa la forma en que ella procede al analizar el fallo *Bowers v. Hardwick*, en la que devela la tensión y uso estratégico de los discursos de acto e identidad, la inestabilidad generada por el uso de uno u otro y las conclusiones a las que llega.

⁴ Anne B. Goldstein, “Reasoning about homosexuality: A commentary on Janet Halley’s ‘reasoning about sodomy: Act and identity in and after *Bowers v. Hardwick*’, en *Virginia Law Review*, vol. 79 (1993), pp. 1781-1804.

algunos conceptos de Foucault, en particular la noción de resistencia y las posibilidades y limitaciones del discurso jurídico, para finalmente exponer algunas preguntas y problemas sobre las salidas posibles que se sugieren para enfrentar esa inestabilidad vulneratoria.

Bowers v. Hardwick

Teniendo en cuenta que el artículo de Halley ejemplifica las tensiones entre los discursos de acto e identidad comentando concretamente el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos *Bowers v. Hardwick*, me parece relevante presentar una breve cronología sobre cómo se produjo este fallo.⁵

Michael Hardwick fue arrestado en 1982 luego de que un oficial de policía lo encontró dentro de su casa realizando un acto de sexo oral consentido con otro hombre adulto en el dormitorio. La ley del estado de Georgia vigente en ese momento establecía que:

- (a) Una persona comete el delito de sodomía cuando lleva a cabo o se somete a cualquier acto sexual que involucre los órganos sexuales de una persona y la boca o el ano de otra persona [...].
- (b) Una persona condenada por el delito de sodomía será castigado con pena privativa de libertad no menor a uno ni mayor a 20 años [...].⁶

Hardwick presentó una demanda contra el fiscal general (*Attorney General*) de Georgia, Michael Bowers, pidiendo que se declarara inconstitucional la ley contra la sodomía, alegando que por ser un homosexual activo estaba en constante riesgo de ser procesado por sus actividades. El caso fue presentado ante la Corte Federal de Distrito para el Distrito Norte de Georgia, donde se falló a

⁵ Véase CSJ de EE. UU., *op. cit.* Cabe señalar que debido al propósito meramente expositivo y cronológico de este acápite, no se ahondará en otros varios aspectos del caso que podrían merecer un análisis más detenido, como el evidente contexto homofóbico del momento y lugar en que sucedieron los hechos, las dudas y ambigüedades que persisten sobre cómo y por qué el oficial de policía llegó al domicilio de Hardwick, y cómo y por qué "entró" a su dormitorio, o el destacar el hecho de que este fue un caso que pretendía servir estratégicamente para derrumbar las leyes antisodomía en ese país.

⁶ Georgia, *Código Anotado*, "Crimes and Offenses", título 16, sección 16-6-2, 1984, disponible en <http://law.onecle.com/georgia/16/16-6-2.html> (traducción mía).

favor de Bowers. Hardwick apeló y el Tribunal de Apelaciones del Undécimo Circuito de Estados Unidos revocó la decisión, considerando que la ley sobre la sodomía de Georgia violaba los derechos constitucionales de Hardwick. El estado de Georgia apeló el fallo y el 31 de marzo de 1986, la Corte Suprema de los Estados Unidos falló finalmente en contra de Hardwick.

La sentencia, escrita por el Juez Byron White (aprobada por cinco votos contra cuatro), consideró que la ley estatal de Georgia contra la sodomía era constitucional, entre otros aduciendo que la Constitución no confería un “derecho fundamental para practicar sodomía homosexual” como parte del derecho a la privacidad (considerado implícito en la cláusula concerniente al debido proceso, protegida por la decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos) o que la sodomía homosexual no formaba parte de las raíces o tradiciones de la nación, pues había sido y continuaba siendo criminalizada en varios estados.

Sexualidad, identidad y acto en Foucault y la teoría *queer*

El discurso de Foucault⁷ sobre la construcción de las identidades y la estrecha relación de los discursos de poder en la generación de estas ha tenido una influencia marcada en diferentes áreas teóricas que de alguna forma estudian las implicaciones y los efectos que trae consigo la identificación de un sujeto o la determinación identitaria. Un ejemplo de esto es la teoría crítica *queer*, que propone el estudio de la identidad de la orientación sexual aunque con miras a reconceptualizarla.

En efecto, la forma y las críticas sobre cómo se aborda la identidad en la teoría *queer* asumen en gran medida las distinciones conceptuales que hace Foucault entre sexualidad, identidad y acto, y los diferentes tipos de discursos

⁷ Algunas de las reflexiones sobre la influencia de Foucault en los teóricos *queer* y en la forma como estos abordan el estudio de la identidad se encuentran en un artículo previamente publicado. Laura Betancur Restrepo, “Alcances y limitaciones del discurso jurídico en la creación de la identidad intersexual: análisis de tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana a la luz de algunos conceptos foucaultianos”, en *Prisma Jurídico*, vol. 11, 1 (2012), pp. 163-178.

que cada uno conlleva.⁸ En la *Historia de la sexualidad 1*,⁹ Foucault señala que la sexualidad no es un atributo inmutable sino que es un "dispositivo" de poder-saber. No es entonces una "identidad", sino que ese dispositivo/sexualidad *produce*, entre otras cosas, identidades sexuales. Por otro lado, hablar de "identidades" es diferente a hablar de "actos". Los actos no definen de manera fundamental la conducta sexual, y el discurso en términos de identidades se refiere a una interioridad psicológica independientemente de actos concretos.

Adicionalmente, para Foucault es una contingencia (no una necesidad) que pensemos de determinada forma la identidad. Foucault explica que son los discursos de poder los que nos hacen pensar a menudo que la identidad es esencial para determinar lo que somos y que, por ende, la identidad no debe ser un asunto central de nuestra existencia, aquello que "revela" lo que somos.¹⁰ En este sentido "no tenemos que descubrir que somos homosexuales", ni lo que eso quiere decir, sino "más bien crear un modo de vida *gay*. Un *devenir gay*".¹¹

Ahora bien, la teoría *queer* se distancia de los estudios *gay* o lésbicos precisamente por la forma en que entienden y abordan la identidad y en particular la identidad sexual. Los teóricos *queer* consideran que la identidad no es algo estable ni natural (sino provisional y contingente) mientras que los estudios *gay* y lésbicos (y también varios estudios feministas) fundamentan una parte importante de sus argumentos y luchas en la reafirmación de su identidad

⁸ La gran influencia de la teoría de Foucault, y en particular de la *Historia de la sexualidad 1*, a la teoría *queer* (junto con algunas críticas y distanciamientos), es reconocida por la misma Halley en *Split Decisions*, pp. 119-132.

⁹ Véase Michel Foucault, *La historia de la sexualidad 1: la voluntad de saber*, México D. F. Siglo XXI Editores, 2007 [1977].

¹⁰ "Vamos a ver. Si la identidad no es más que un juego, si no es sino un procedimiento para favorecer relaciones, relaciones sociales y relaciones de placer sexual que crearán nuevas amistades, entonces es útil. Pero si la identidad llega a ser el problema mayor de la existencia sexual, si las gentes piensan que deben 'desvelar' su 'identidad propia' y que esta identidad debe llegar a ser la ley, el principio, el código de su existencia, si la cuestión que perpetuamente plantean es: '¿Esto es acorde con mi identidad?', entonces pienso que retornarán a una especie de ética muy próxima a la de la virilidad heterosexual tradicional". Michel Foucault, "Michel Foucault, una entrevista: sexo, poder y política de la identidad" [1982]. En: *Obras esenciales, volumen III: estética, ética y hermenéutica* (trad. Ángel Gabilondo), Barcelona, Paidós, 1999 [1984], p. 421.

¹¹ *Ibid.*, pp. 417-418.

sexual, entendida como fija y estable.¹² A pesar de (o precisamente debido a) estas diferentes formas de entender la identidad, los teóricos *queer* atribuyen gran importancia al estudio de la identidad y a demostrar los efectos de esas construcciones identitarias.

Butler, por ejemplo, hace énfasis en que la identidad se construye de forma “performativa”: no hay una identidad *detrás* de las expresiones que usamos para referirnos a ella o que consideramos su resultado. La identidad se *constituye* con las expresiones mismas con las que nos referimos a ella.¹³ Adicionalmente Butler, refiriéndose a la diferencia entre “identidad de género” (entendido como masculino/femenino) y su relación con el “sexo” (entendido como hombre/mujer), cuestiona las asimilaciones que se hacen de esas categorías como “constructos sociales” *vs* “hechos dados”. Ella considera que al igual que la identidad, el sexo debe ser entendido como constructo social, pues crítica la idea de que la identidad (construida) se entienda como desprendida de un sexo determinado que es dado naturalmente como una característica biológica inmutable.¹⁴ Ella afirma que el considerar el sexo como una premisa inalterable tiene como consecuencia que no pueda cuestionarse sobre el sexo mismo, pero al cuestionar la inmutabilidad del sexo es posible verlo como una construcción cultural, al igual que el género, hasta el punto de que termina borrándose la diferencia entre ellos.¹⁵

¹² Véase Mauricio García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Esteban Restrepo Saldarriaga, “Estudio preliminar”. En: *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 48-49.

¹³ Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Nueva York, Routledge, 1990, p. 25.

¹⁴ De esta forma, Butler se pregunta: “¿Y qué es ‘sexo’ en todo caso? ¿Es algo natural, anatómico, cromosómico, u hormonal, y cómo puede una crítica feminista evaluar los discursos científicos que pretenden establecer esos hechos por nosotros? [...] ¿Los ‘hechos’ naturales ostensibles del sexo son producidos discursivamente por varios discursos científicos al servicio de otros intereses políticos y sociales?” (traducción propia), el original dice: “And what is ‘sex’ anyway? Is it natural, anatomical, chromosomal, or hormonal, and how is a feminist critic to assess the scientific discourses which purport to establish such ‘facts’ for us? [...] Are the ostensible natural facts of sex discursively produced by various scientific discourses in the service of other political and social interests?”. *Ibid.*, pp. 6-7.

¹⁵ “[...] El género no es a la cultura lo que el sexo es a la naturaleza; el género también es el medio discursivo/cultural por el cual la ‘naturaleza sexuada’ o un ‘sexo natural’ es producido y establecido como ‘prediscursivo’, anterior a la cultura, una superficie

Pero, además de la distinción entre identidad y sexo, está la distinción entre sexualidad e identidad y el uso que se da a los discursos de identidades como definitorios y estáticos. En este sentido, Halley critica la identificación de la sexualidad como identidades homosexuales y heterosexuales, y afirma que los términos *homosexual* y *heterosexual* son insuficientes e inadecuados para describir a alguien, y por lo mismo, inadecuados e insuficientes como categorías identitarias.¹⁶ Halley, recordando a Foucault, afirma que son meras categorías construidas y señala además que estas construcciones contienen jerarquías que reflejan relaciones técnicas de poder, que se efectúan y se realizan a través de ciertos discursos de poder determinados. Similarmente, Sedgwick hace énfasis en que esas construcciones de identidades que pretenden presentarse como oposiciones binarias y simétricas en realidad están subordinadas la una a la otra y son, en ese sentido, inestables.¹⁷ Si bien en ocasiones las oposiciones identitarias parecen pretender ser esenciales a la sexualidad, en realidad no son sino el reflejo de construcciones de poder concretas y contingentes que han variado en diferentes períodos de la historia y pueden seguir variando.¹⁸

políticamente neutra *en la que* la cultura actúa" (traducción propia), el original dice: "[...] Gender is not to culture as sex is to nature; gender is also the discursive/cultural means by which 'sexed nature' or 'a natural sex' is produced and established as 'prediscursive', prior to culture, a politically neutral surface *on which* culture acts". *Ibid.*, p. 7.

¹⁶ Janet Halley, "Razonar sobre la sodomía...", pp. 254-255.

¹⁷ "[...] Las categorías que en una cultura se presentan como oposiciones binarias y simétricas —heterosexual/homosexual en este caso— de hecho subsisten en una relación tácita más inestable y dinámica según la cual, en primer lugar, el término B no es simétrico sino que está subordinado al término A; pero, en segundo lugar, la valoración ontológica del término A depende para su significado de la inclusión y exclusión simultánea del término B; por consiguiente; y en tercer lugar, la cuestión de la prioridad entre la categoría supuestamente central y la supuestamente marginal de cada díada es irremediamente inestable, puesto que el término B está constituido como interno a la vez que externo al término A". Eve Kosofsky Sedgwick, *La epistemología del armario*, Barcelona, Ediciones de la Tempestad, 1998 [1990], p. 20.

¹⁸ "El reduccionismo conceptual de la totalidad de la sexualidad a un cálculo matemático binarizado de homo o heterosexualidad, característico de nuestro siglo, es un factor importante pero completamente histórico". *Ibid.*, p. 46.

El poder y el discurso jurídico

Para Foucault el poder se manifiesta de múltiples formas. No hay *un* poder ni una sola fuente de poder sino infinitud de relaciones cambiantes e inestables, y que por ende se pueden invertir.¹⁹ El poder es mucho más que supresión y prohibición, el poder es también productivo y creador. Ahora bien, para Foucault, poder y saber se articulan en *discursos* que no son únicos, estables, ni unificados, sino polivalentes y discontinuos, donde cada elemento discursivo puede tener estrategias de acción diferentes. El discurso transporta y produce poder. Saber y poder se articulan en el discurso, no hay poder sin discurso ni discurso sin poder.²⁰ En este sentido, Foucault busca poner en evidencia que ciertos discursos de poder pretenden mostrar la “verdad” sobre el sexo, cuando “se trata más bien de la producción misma de la sexualidad”.²¹ Dentro de esta concepción del poder, el derecho y los discursos jurídicos no son más que una forma de ejercer el poder, no la única ni la más adecuada, pero sin duda una forma de poder concreta y que tiene efectos.

El papel que desempeña el derecho, o mejor, la discursividad jurídica como manifestación de poder, en la creación de identidades hace que la relación poder/derecho/sexualidad sea relevante en varios aspectos para los teóricos *queer*. Por ejemplo, como veremos un poco más adelante con detalle, para Halley, la creación de identidades provenientes de leyes que penalizan una conducta que se asocia principalmente con un sujeto determinado implica

¹⁹ “[...] Por poder hay que comprender [...] la multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas de su organización [...]. La condición de posibilidad del poder [...] no debe ser buscando en la existencia primera de un punto central, en un foco único de soberanía del cual irradiarían formas derivadas y descendientes; son pedestales móviles de las relaciones de fuerzas los que sin cesar inducen, por su desigualdad, estados de poder —pero siempre locales e inestables. Omnipresencia del poder [...]. El poder está en todas partes; no es que lo englobe todo, sino que viene de todas partes”. Michel Foucault, *Historia de la sexualidad 1*, pp. 112-113. “Se trata, por tanto, de relaciones que se pueden encontrar en diferentes niveles, bajo diferentes formas; tales relaciones de poder son móviles, es decir, se pueden modificar, no están dadas de una vez por todas [...] son, por tanto, móviles, reversibles e inestables”. Michel Foucault, “La ética del cuidado de sí como práctica de la libertad” [1984]. *Obras esenciales, volumen III: estética, ética y hermenéutica*, p. 405. Este extracto de cita contiene errores de sintaxis.

²⁰ Michel Foucault, *Historia de la sexualidad 1*, pp. 122-123.

²¹ *Ibid.*, p. 129.

la jerarquización entre identidades. Este tipo de efectos se ve reforzado en fallos judiciales como *Bowers v. Hardwick*: se reafirma una identidad fija, inmutable y por eso mismo vulnerable (homosexual) frente a otra mutable y flexible que por ende se vuelve inmune a las leyes que penalizan la sodomía (heterosexual).²²

Por su parte, Catá Baker hace un llamado a analizar las construcciones identitarias de los discursos jurídicos de manera global y no solo mediante el estudio de fallos judiciales constitucionales. Para él, los fallos constitucionales solo pueden ser entendidos dentro de un contexto amplio de fallos inferiores y otras manifestaciones de las narrativas previamente edificadas en la discursividad jurídica (estadounidense), que posteriormente se reflejan en las decisiones de las altas cortes y que son (erróneamente) vistas como hitos o decisiones revolucionarias. En este orden de ideas, fallos como *Bowers v. Hardwick* son producto de construcciones previas que determinan y fijan una identidad.

Las Cortes abordan todos los casos de no-conformidad sexual con un preentendimiento substancial, una antipatía jurídica construida a lo largo de varias generaciones y varios cientos de casos [...], *Bowers* no es un fenómeno aislado. Varias generaciones de narrativas judiciales que reforzaban el mito de degeneración y subversión fueron desplegados contra Michael Bowers en su búsqueda representacional por dignidad constitucional.²³

Esas construcciones arraigadas terminan por parecer esenciales, naturales y se establece una identidad "normal" *versus* una "anormal". Es así como diferentes discursos jurídicos tienen apariencia declarativa, neutra, cuando en realidad contienen discursos de poder creadores mucho más importantes que las prohibiciones o restricciones. El discurso jurídico participa así en la construcción de identidades e incorpora jerarquizaciones mediante normas y

²² *Ibid.*, p. 257.

²³ Larry Catá Backer, "Constructing a 'Homosexual' for Constitutional Theory: Sodomy Narrative, Jurisprudence, and Antipathy in United States and British Courts", en *Tulane Law Review*, vol. 71 (1996-1997), pp. 591-592 (traducción propia), el original dice: "Courts come to every case of sexual nonconformity with a substantial pre-understanding, a juridical antipathy built up over several generations and several hundred cases [...] Bowers was not an isolated phenomenon. Arrayed against Michael Bowers in his representational quest for constitutional dignity were several generations worth of judicial narrative reinforcing a myth of degeneracy and subversion".

fallos judiciales con apariencia de neutralidad, justificados con la “ayuda” de expertos técnicos de otras disciplinas.²⁴ Esto, junto con una práctica reiterada, termina generando regímenes de normalidad y anormalidad que se presentan como verdaderos y estables, en los que se invisibiliza su naturaleza contingente y construida.

La inestabilidad como estrategia de poder

Pero la clasificación o reproducción de clasificaciones de las identidades (como normal/anormal, sana/enferma o perversa etc.) no es el único efecto ni la única estrategia presentes en el discurso de poder jurídico. El análisis deconstructivo que hace Halley de la sentencia *Bowers v. Hardwick* tiene como principal interés mostrar como estrategia de poder el discurso inestable utilizado por los magistrados. Ella considera que esa inestabilidad establece y contiene una jerarquización identitaria.

En efecto, para Halley, los jueces plantean el problema jurídico por resolver, estudian y reformulan la ley demandada, y argumentan sus consideraciones desde una posición determinada —la identidad heterosexual—, que sin embargo nunca es mencionada ni analizada. La identidad homosexual, por su parte, es exteriorizada y explorada. Y es precisamente el que esa identidad heterosexual esté presente pero de manera silenciosa lo que la hace fluida, al tiempo que la autoinmuniza, mientras que a la identidad homosexual se la fija al exponerla y se le atribuyen características estables que justifican su condena. Es en este sentido en que la inestabilidad utilizada por el discurso jurídico (en este caso una sentencia judicial) contiene una estrategia de poder con efectos concretos en las jerarquías identitarias homosexual/heterosexual: la identidad que se presenta fluida e inmune tiene una jerarquía favorable en ese discurso que es presentado como neutro, como objetivo.

²⁴ Recordemos que el discurso jurídico no es ni el único ni necesariamente el más poderoso. En ocasiones el poder de las otras disciplinas puede ser mucho más importante que el que se da desde el discurso jurídico (como cuando se toman argumentos que se asumen como ciencia o naturales y que son producidos desde otros discursos de poder sin cuestionarse ni debatirse). Sobre cómo el discurso jurídico (en particular en sentencias de la Corte Constitucional), apoyándose y justificándose en expertos de otras disciplinas, participa en la producción de la identidad intersexual y en la clasificación de una sexualidad normal y una anormal, véase Laura Betancur, *op. cit.*

Ahora bien, ese "ejercicio deconstructivo típicamente *queer*" en el que Halley "muestra el poder del derecho de naturalizar las relaciones entre sexo, género y deseo, lo cual redundará en la legitimación e inmunización del fundamento heterosexual del orden social",²⁵ es para ella el resultado de un tipo de inestabilidad concreta: la utilización inestable entre un discurso de actos (sodomía) y uno de identidades (homosexualidad).

Yuxtaposición de los discursos de actos y de identidades

En su artículo Halley pretende mostrar cómo la confusión y yuxtaposición de los discursos sobre actos e identidades es "crucial para el ordenamiento de las identidades de orientación sexual, especialmente para afianzar la subordinación de la identidad homosexual y la supremacía de la identidad heterosexual".²⁶ Igualmente, quiere señalar que esa confusión de discursos sobre actos e identidades es utilizada de manera voluntaria e inestable como estrategia de poder.

Antes de profundizar en la tesis de Halley, es pertinente recordar brevemente que la distinción entre acto e identidad ha sido un aspecto destacado en los estudios y movimientos pro-*gay* que, para reafirmarse y por ejemplo luchar por sus derechos, han hecho énfasis en distinguir la identidad "homosexual" del mero discurso de los actos, como la sodomía. Ejemplo de la importancia de esta distinción es la (¿exagerada?) atención, que varios estudios *gay*, lésbicos y *queer* le han dado a la interpretación del pasaje en el que Foucault se refiere a la sodomía en la era premoderna y al nacimiento del "homosexual" como "especie" a partir de 1870.²⁷ Sus afirmaciones han dado lugar a numerosas interpretaciones tratando de determinar si Foucault quiere decir que, para empezar a considerar al homosexual con una subjetividad independiente, se da un paso entre el discurso de actos (sodomía) al de identidad (homosexual) ocurrido a finales del siglo XIX.

Halley por ejemplo considera que Foucault en realidad quiere demostrar que la retórica de los actos no ha desaparecido ni ha sido transformada, sino que solo se ha desplazado y ahora se utiliza de manera inestable para referirse a la retórica de actos y de identidades. Es decir, la retórica de los actos "ha

²⁵ Véase García, Jaramillo y Restrepo, "Estudio preliminar", p. 52.

²⁶ Halley, "Razonar sobre la sodomía...", p. 260.

²⁷ Véase Foucault, *Historia de la sexualidad 1*, pp. 56-57.

sido puesta a un lado y se ha hecho un poco más difícil de discernir por la retórica de la identidad. Así, la sodomía —incluso la sodomía entre dos personas del mismo sexo o género— no equivale necesariamente a actos o identidades”.²⁸

Sedgwick por su lado sí lee en la cita de Foucault la voluntad (para ella polémica) de determinar el nacimiento de la identidad homosexualidad moderna y de explicar así la suplantación de un discurso (de actos) por otro (de identidades).²⁹ Al respecto, ella expresa su preocupación y llama la atención sobre los peligros para aquellos identificados como “homosexuales” en dejar de lado del todo el discurso de los actos, en particular en situaciones en que puede producirse una yuxtaposición de los discursos de actos e identidades, de manera particularmente riesgosa para la identidad homosexual:

Por ejemplo, para alguien que como yo vive en un Estado donde ciertos actos que reciben el nombre de “sodomía” son delictivos al margen del género, de la “identidad” homo/heterosexual de las personas que los practican, la amenaza de la yuxtaposición en esa prohibición contra los *actos* de una serie de sanciones adicionales e injustificadas ligadas a la *identidad* sólo puede ser exacerbada por la insistencia de la teoría *gay* en que el discurso de los actos no puede representar más que un vestigio anacrónico.³⁰

Por otro lado, Halperin en efecto cree que Foucault se refiere a un paso de un discurso de actos a identidades, pero que se dio *en el discurso jurídico premoderno y en el discurso psiquiátrico del siglo XIX*. Dice entonces que Foucault quiere resaltar un cambio de actos a identidades *en estos discursos formales*, mas no significar con ello una creación identitaria del “homosexual” de manera general en esas sociedades.³¹

²⁸ Halley, “Razonar sobre la sodomía...”, p. 264.

²⁹ Ella considera que, para Foucault, “la intervención de un discurso minorizador sobre la identidad sexual en el siglo diecinueve en un discurso previamente existente y universalizador sobre los actos sexuales ‘sodomíticos’ debía de significar, a efectos prácticos, el eclipse de este último”. Sedgwick, *op. cit.*, p. 64.

³⁰ *Idem.*

³¹ “[...] La conclusión que convencionalmente se basa en esto —a saber, que antes de la era moderna la desviación sexual podría predicarse solamente de actos, no de personas o identidades— es, argüiré, tan negligente del texto de Foucault como descuidada de la historia europea [...]. Él no está tratando de describir las actitudes populares o emociones privadas, y mucho menos está queriendo transmitir lo que realmente sucedía en la mente

Teniendo en mente la relevancia que el movimiento *gay* da a los tipos de discursos, al eventual cambio de discurso de actos por uno de identidades y a las implicaciones que esto traería, volvamos al texto de Halley. Ella, analizando el caso concreto que condujo a la decisión *Bowers v. Hardwick*, quiere señalar que a menudo acto e identidad se articulan como “significado” de sodomía.³² Para ella, en las leyes mismas que penalizan la sodomía, se “hacen referencias complejas e inestables a actos eróticos y a las identidades públicas de las personas”,³³ y esto pese a que el texto de la ley se presenta como “neutro” en cuanto a género o identidad (pues no se menciona a los homosexuales como sujetos activos del delito).³⁴ Esta inestabilidad se hace manifiesta en sentencias judiciales como el fallo *Bowers v. Hardwick*: el lenguaje confuso utilizado por el magistrado White —quien usa *sodomía* y *sodomía homosexual*

de los diferentes sujetos históricos cuando tenían sexo. Está haciendo un contraste entre, por un lado, algo llamado *sodomía*, como normalmente se define en las leyes de varios Estados europeos [...] y en el derecho canónico, y, por otro lado, la manera en la que algo llamado *homosexualidad* es típicamente definido por los escritos del siglo XIX y sexólogos de principios del siglo XX” (traducción propia). El original dice: “[...] The conclusion conventionally based on it—namely, that before the modern era sexual deviance could be predicated only of acts, not of persons or identities—is, I shall contend, as inattentive to Foucault’s text as it is heedless of European history [...]. He is not attempting to describe popular attitudes or private emotions, much less is he presuming to convey what actually went on in the minds of different historical subjects when they had sex. He is making a contrast between something called ‘sodomy’ as typically defined by the laws of various Europeans states [...] and by [...] canon law, on the one hand, and the way something called ‘homosexuality’ was typically defined by the writings of nineteenth-century and early-twentieth-century sexologists, on the other hand”. David. M. Halperin, “Forgetting Foucault: Acts, Identities, and the History of Sexuality”, *Representations*, 63 (1998), p. 97.

³² Esta asimilación ocurre tanto en movimientos homofóbicos (para los cuales la penalización de la sodomía es equivalente a la penalización de la homosexualidad), como en movimientos antihomofóbicos (que consideran que luchan contra la penalización de la sodomía por considerarla un ataque a sus actividades como “homosexuales”). Sin embargo para Halley, como veremos, el interés radica en entender que esta “confusión” no es un simple “error” sino que se utiliza con el propósito de generar unas consecuencias desventajosas para la identidad homosexual.

³³ Halley, “Razonar sobre la sodomía...”, p. 261.

³⁴ Es interesante señalar que, para Halley, la creación y jerarquización de las identidades se produce entonces desde la penalización misma del acto y no solamente con la materialización de la condena judicial del sujeto “homosexual”.

como sinónimos, pero cuidadosamente se abstiene de definir el concepto—ejemplifican esta afirmación.

Esa equivalencia y confusión tienen como consecuencia la identificación del acto con la identidad homosexual, al tiempo que evita que la sodomía pueda ser relacionada con la heterosexualidad. El punto más importante de este análisis que hace Halley es que ella no pretende solamente demostrar las debilidades argumentativas o las contradicciones del discurso jurídico mediante el cual se hace esa asimilación de acto o identidad, para ella claramente errada. Principalmente, quiere subrayar que ese discurso equívoco, confuso e inestable no solo tiene unos efectos vulneratorios sobre la identidad homosexual, sino que tiene unos efectos reafirmantes y protectores en la identidad heterosexual. El discurso expone la identidad homosexual y la presenta como fija y estable al asimilarla al acto condenado: el homosexual es sodomita y el sodomita es homosexual. Al mismo tiempo, justamente por no definir ni aclarar el término *sodomía*, sino simplemente al emplear ese lenguaje vago de *sodomía homosexual* equiparando actos con identidades, termina dándole fluidez a la identidad heterosexual, la aleja de la sodomía en la medida en que no la explica y la asemeja a la homosexualidad. Esa inestabilidad entre actos e identidades es la estrategia de poder más importante presente en el fallo y que tiene como consecuencias concretas la creación de jerarquías identitarias concretas donde se inmuniza una identidad al tiempo que se debilita otra.

Retomar el discurso de los actos como estrategia de desestabilización de la identidad mayoritaria

Ante este descubrimiento, en el que el discurso jurídico ejerce poder al participar en la creación y jerarquización de identidades y confundir estratégicamente actos e identidades, Halley hace un llamado a que los militantes *gay*, lesbianas y *queer* sean conscientes de ese discurso inestable que vuelve estática y vulnerable una identidad al tiempo que vuelve fluida e inmune la otra. Si, como lo dice Sedgwick, las identidades homosexual y heterosexual son construcciones subordinadas mutuamente, las características que se le atribuyen a una y a otra, como la rigidez, la fluidez y las jerarquías que de ellas se desprenden, solo pueden existir de manera subordinada.³⁵

³⁵ Véase *supra* nota 17 (p. 111).

Llamar la atención para ser conscientes de la inestabilidad es un primer paso en exponer y dejar en evidencia esa característica de fluidez que otorga inmunidad a la identidad/posición heterosexual (oculta) desde la que se está evaluando, exponiendo y condenando la identidad homosexual, considerada "sodomita". Pero, además de ese campanazo a ser conscientes, ¿qué hacer?, ¿cómo salir de ese *impasse*? Si bien no parece haber una salida clara o por lo menos claramente ventajosa para los "homosexuales", identidad minoritaria, Halley cree que la lucha antihomofóbica debe ser replanteada. Al considerar que ese tratamiento inestable entre el discurso de actos e identidades es "crucial" en el resultado sobre la supremacía heterosexual y la subordinación homosexual, propone que se debe dejar el aferramiento casi sagrado a la identidad sexual para así combatir en igualdad de condiciones, usando las mismas estrategias inestables entre actos e identidades que utiliza la identidad heterosexual.

Esto se traduce en que, para ella, "cualquier intento" de reversar la situación debería incluir "la multiplicidad de estrategias adoptadas por la Corte" que dieron lugar a la "superioridad heterosexual", producida mediante la retórica inestable de la Corte. Por lo tanto:

Una estrategia anti-homofóbica debería considerar *tanto* las identidades *como* los actos como lugares conceptuales de oposición. Más específicamente, es tiempo de reconocer que una desestabilización aún más profunda de la identidad "heterosexual" es un objetivo importante que puede conseguirse parcialmente a través del énfasis en los actos.³⁶

Sin embargo, esto no está exento de peligros y ella misma es consciente de las desventajas que este tipo de estrategias puede traer para la minoría inferior en términos de poder. Casi parece llegar a una solución desesperada, necesaria pero riesgosa, pues ella sabe que "ninguna estructura dilemática puede ser segura para el actor que detenta menos poder".³⁷ Los riesgos son grandes y casi seguros, pero Halley cree que valen la pena. Las luchas que reivindican una identidad fija no tienen ningún chance frente a un opositor fluido, inestable y maleable. A pesar de todo el esfuerzo y apego que los movimientos *gay* y lésbicos tienen para reafirmar su identidad y separarse del discurso de los actos,

³⁶ Halley, "Razonar sobre la sodomía...", p. 283.

³⁷ *Ibid.*, p. 284.

es preciso multiplicar las estrategias, volver la mirada al discurso de los actos y “admitir dentro del ámbito de nuestra propia identificación un conjunto superpuesto de identidades basadas en actos”.³⁸

¿Insuficiencia del discurso de actos?

Goldstein comenta el artículo de Halley y critica ciertos puntos que resultan interesantes para el presente estudio. En particular sobre si hay una relación *necesaria* entre la inestabilidad entre el discurso de actos e identidad, y la inmunidad y fluidez que esto produce en la identidad heterosexual, mientras se subordina la homosexual. Si bien Goldstein concuerda con que esto sucede concretamente en el fallo *Bowers v. Hardwick*, cree que es equivocado tratar las particularidades de ese caso como típicas o incluso necesarias “de cualquier régimen que vuelve a los heterosexuales y a la heterosexualidad inmunes e invisibles, mientras que subordina y condena a los homosexuales y la homosexualidad”.³⁹

Por un lado, para Goldstein hay una pregunta general detrás del argumento de Halley (pero no explicitada por ella) sobre qué se entiende por homosexualidad y por quién es homosexual. Esta pregunta es amplísima y desborda el marco de este trabajo,⁴⁰ pero es relevante porque en ocasiones los

³⁸ *Ibid.*, pp. 283-284. Similarmente Sedgwick cree que “la insistencia de la teoría gay en que el discurso de los actos debe dejarse totalmente de lado y reemplazarse por uno identitario no logra sino aumentar las amenazas que provienen de yuxtaposiciones discursivas confusas, como los que ocurren con las leyes de sodomía ‘neutras’ pero en la práctica dirigidas a los homosexuales”. Sedgwick, *op. cit.*, p. 64.

³⁹ Goldstein, *op. cit.*, p. 1781 (traducción propia). El original dice: “of any regime that renders heterosexuals and heterosexuality immune and invisible while subordinating and condemning homosexuals and homosexuality”.

⁴⁰ “He aquí un breve e incompleto catálogo de las incertidumbres actuales dentro de la ‘homosexualidad’: ¿Es la homosexualidad una cuestión de actos o deseos? Si es de actos, ¿de cuáles y en qué circunstancias? Si es de deseos, ¿de cuáles y en qué circunstancias? ¿Son los actos o deseos significativos elegidos o no elegidos, o ambos? Si los actos o deseos significativos son, en cierto sentido, no elegidos, ¿cómo se determinan? A pesar de la realización de actos significativos o la experiencia de deseos significativos, ¿puede una persona ser no homosexual en virtud de otras actuaciones o deseos? ¿Hay una verdad sobre todas las personas que puede ser descubierta de forma confiable, o hay (por lo menos) algunas personas más mutables y maleables? Si hay una sola verdad, ¿cómo ha de ser descubierta? ¿La homo-sexualidad está relacionada o no relacionada con comportamiento no sexual

mismos términos *homosexualidad* y *homosexual* son definidos en función de actos, cuestión ciertamente importante de detectar para poder examinar las consecuencias de las leyes que les conciernen (discriminándolos o protegiéndolos). Pero el punto es que, para Goldstein, incluso en esos casos en los que se definen en función de actos, si bien detectar esta asimilación y combatirla mediante un discurso de actos puede traer ciertos beneficios inmediatos, esta no es una estrategia efectiva para combatir efectivamente los efectos adversos sobre la identidad homosexual.

Su punto es más claro tomando uno de sus ejemplos, como el de una ley de New Hampshire que prohibía la adopción a parejas “homosexuales”, al tiempo que definía el término según el tipo de relaciones sexuales practicadas.⁴¹ En ese caso concreto, si bien la Corte Suprema de New Hampshire consideró inaceptable la asimilación entre una identidad como la homosexual con un tipo de actos realizados, decidió mantener la prohibición de adoptar a los homosexuales por considerar que los menores podían, *consciente o inconscientemente*,

que transgrede las normas de género? ¿Con comportamiento sexual que transgrede las normas de género?” (traducción propia). El original dice: “Here is a short, and incomplete, catalog of current uncertainties within ‘homosexuality’: Is homosexuality a matter of acts or desires? If acts, which ones, and under what circumstances? If desires, which ones, and under what circumstances? Are the significant acts or desires chosen, or unchosen, or both? If the significant acts or desires are in some sense unchosen, how are they determined? Notwithstanding the performance of significant acts or the experience of significant desires, can a person be not-homosexual by virtue of other performances or desires? Is there one truth about every person which can be reliably discovered, or are some people (at least) more mutable and plastic? If there is a single truth, how is it to be discovered? Is homosexuality related or unrelated to nonsexual behavior that transgresses gender norms? To sexual behavior that transgresses gender norms?”. *Ibid.*, p. 1781.

⁴¹ El Estatuto de New Hampshire prohibía la adopción entre parejas homosexuales y declaraba: “Para efectos de descalificaciones para el cuidado temporal y adopción, ‘homosexual’ significa cualquier persona que a sabiendas y voluntariamente realiza o se somete a cualquier acto sexual que involucre a los órganos sexuales de una persona y la boca o el ano de otra persona del mismo género” (traducción propia). El original dice: “For the purpose of the foster care and adoption disqualifications, ‘homosexual’ means any person who knowingly and voluntarily performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another person of the same gender”. Véase N. H. Rev. Stat. Ann. §§ 161:2(iv), 170-B:2(xv) (1990), citado en *Ibid.*, p. 1799. Cabe anotar que dicho estatuto fue reformado en 1999 y en la actualidad la legislación de dicho estado no prohíbe a las parejas homosexuales adoptar o fungir como hogares de acogida.

identificarse con sus padres.⁴² Goldstein cuestiona entonces la efectividad de la lucha en términos de actos para resistir al desfavorecimiento de la identidad homosexual.⁴³

En efecto, la prohibición de adoptar se justifica directamente en términos puramente identitarios. Sin entrar en aspectos adicionales (como en qué se fundamenta la afirmación de que la homosexualidad se “transmite” entre padres e hijos), la Corte asume que cualquier identificación con *esos* padres es la que se debe evitar. Los menores deben ser *protegidos* de una eventual identificación con la identidad homosexual de los padres. Dicha identidad es entonces considerada mal ejemplo, dañina o anormal sin importar qué actos practiquen esas personas efectivamente. En este sentido, Goldstein considera que esas discriminaciones se basan en prejuicios de diversa índole que van mucho más allá de un discurso de actos. Por ende, concluye que en la medida en que “cada vez más estatutos pongan en desventaja la ‘homosexualidad’ como una clase o ataquen la ‘homosexualidad’ directamente [...], son inmunes a los ataques basados en hechos”.⁴⁴

Podemos decir que argumentos como el expuesto anteriormente son en todo caso una nueva evidencia de la inmunidad desde la cual la identidad mayoritaria heterosexual, que no se define ni examina, expone y fija

⁴² *Ibid.*, p. 1799, citando: *Opinion of the Justices, N. H., 530 A.2d at 24*.

⁴³ “La afirmación de Halley de que un estatuto como este protege la identidad heterosexual al estigmatizar a los homosexuales parece correcta, pero su conclusión siguiente sobre que el discurso de actos sería una táctica efectiva contra dicho estatuto parece cuestionable ¿Si la legislatura de New Hampshire hubiese votado contra el estatuto, o si su corte suprema lo hubiera considerado inconstitucional, se habrían solo entonces dado cuenta cuánta gente en New Hampshire realiza o se somete voluntariamente a un acto sexual que involucre los órganos sexuales de una persona y la boca o el ano de otra persona de diferente género? Lo dudo” (traducción propia). El original dice: “Halley’s claim that a statute like this one protects heterosexual identity by stigmatizing homosexuals seems correct, but her further conclusion that a discourse of acts would be an effective tactic against such a statute seems questionable. Would New Hampshire’s legislature have voted against the statute, or its supreme court have ruled it unconstitutional, had they only realized how many people in New Hampshire voluntarily perform or submit to a sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another person of a different gender? I wonder”. *Ibid.*, p. 1800.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 1804 (traducción propia). El original dice: “more and more statutes disadvantage ‘homosexuals’ as a class, or attack ‘homosexuality’, directly [...], they are immune to fact-based attack”.

la identidad homosexual: la clasifica como peligrosa, dañina o anormal sin, por ejemplo, definir esos conceptos, compararlos en concreto en la situación de menores que viven con parejas heterosexuales o aquellos que vienen en hogares de un solo padre o madre. Lo único expuesto y claro es que se derivan efectos desventajosos para la identificación homosexual.

Si bien esa jerarquía entre identidad subordinante e identidad subordinada subsiste, se considera que la propuesta concreta de Halley de retomar el discurso de actos no es relevante (e incluso, es peligrosa como ella misma lo advierte). Teniendo en cuenta que varias de las luchas que persiguen actualmente una parte importante del movimiento *gay* y lésbico se centran en combatir leyes que les impiden contraer matrimonio o adoptar, y que en varios de los ordenamientos jurídicos (como el colombiano), la prohibición se deriva de leyes que no hacen mención directa del discurso de los actos, podríamos preguntarnos si es irrelevante o innecesario tener en cuenta el discurso de actos. Más generalmente podríamos preguntarnos también qué tipo de lucha/resistencia sería pertinente llevar a cabo para contrarrestar esa inmunidad y fluidez de una identidad en superioridad jerárquica *versus* la exposición y fijación de otra en desventaja.

Inestabilidad como *posibilidad* permanente de la identidad mayoritaria

Ahora bien, hay dos aspectos de la crítica de Goldstein que a primera vista parecen unidos, pero que pueden distinguirse. Por un lado, parece claro que para ella, aun cuando la discriminación legal se hace explícita en términos de actos (penalización de la sodomía o definición del homosexual en términos de actos sexuales), un ataque basado en actos no es eficaz contra la discriminación producida en la identidad homosexual. Esto porque fácilmente el discurso puede desplazarse a una discriminación en términos de identidad, como lo demuestra el fallo de la Corte Suprema de New Hampshire sobre la adopción.⁴⁵ Pero, por otro lado podríamos preguntarnos si eso quiere decir que (incluso con mayor razón), en el caso de las otras leyes en que se ataca directamente la homosexualidad o se considera al homosexual como una clase (prohibición de adoptar,

⁴⁵ Obviamente esto no quiere decir que Goldstein no vería como algo positivo la modificación o derogación concreta de aquellas leyes en que se penaliza la sodomía o en que se define al homosexual como alguien que practica un cierto tipo de actos.

contraer matrimonio o entrar al ejército), un discurso de actos sería totalmente inadecuado e inútil. Si bien en el enunciado de esas leyes la discriminación no opera en términos de actos, la pregunta se dirige a examinar si la versatilidad usada por la identidad heterosexual mayoritaria y subordinante permitiría también que se pasara indistintamente de un discurso de actos a uno de identidades para justificar el trato subordinado atribuido a la identidad minoritaria.

Tomemos como ejemplo el artículo 42 de la Constitución de Colombia. En este se dice que la familia se constituye “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.⁴⁶ Pese a que en este artículo ni siquiera se hace una mención de la identidad homosexual (como sí sucedía en la ley analizada sobre la adopción en New Hampshire), uno de los argumentos jurídicos esgrimidos por los detractores del matrimonio homosexual en Colombia es precisamente que la formulación de ese artículo excluye (de la concepción de familia y de la posibilidad de contraer matrimonio) a las parejas conformadas por dos hombres o dos mujeres. Es decir, independientemente de los actos, la distinción entre quienes están habilitados a conformar una familia y a contraer matrimonio se daría en términos de identidad heterosexual/homosexual.

Esto parece ser distinto (casi contrario) a las leyes donde la penalización del acto se enuncia usando términos “neutros” respecto a la identidad de género. Pero, recordemos⁴⁷ que Halley señala que esas leyes ya contienen referencias inestables y complejas entre actos e identidades, que se ven concretadas en interpretaciones judiciales como las del fallo *Bowers v. Hardwick*. La inestabilidad entre acto e identidad se encuentra entonces más allá del simple enunciado de la ley en términos de un “acto neutral”.

Retomemos ahora el caso de la prohibición de contraer matrimonio o adoptar para las parejas homosexuales, derivada de una lectura textual del artículo 42 de la Constitución colombiana. Si bien la caracterización del término *familia* se plantea en términos de identidad de género,⁴⁸ más allá del

⁴⁶ Artículo 42.1 “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Constitución Política de Colombia, 1991.

⁴⁷ Véase *supra* notas al pie 33 y 34 (p. 117).

⁴⁸ No voy a analizar en qué sentido cambia que el artículo no esté formulado en términos negativos o prohibitivos frente a la identidad homosexual. Sin embargo, esto puede tener efectos concretos. Por ejemplo, seguramente pudo haber facilitado que, sin modificar

enunciado de la ley en cuestión, las discusiones en torno a la reglamentación del matrimonio de las parejas homosexuales dejan ver la posibilidad que existe, desde la identidad heterosexual, de hacer referencias inestables entre actos e identidades, lo que refuerza ciertas jerarquías identitarias. En este sentido, la oposición del senador conservador Gerlein a un proyecto de ley sobre matrimonio de parejas del mismo sexo discutido en el Congreso de Colombia fue justificada por su rechazo a las relaciones sexuales practicadas por hombres homosexuales.⁴⁹ La fluidez con que Gerlein pasa de un tipo de discurso de identidades a uno de actos es manifiesta.

Esto parece mostrarnos que la inmunidad de la identidad heterosexual a expensas de la subordinación de la identidad homosexual no depende necesariamente del tipo de enunciado de una ley concreta que se busque aplicar o reformular. Adicionalmente, parece mostrarnos que la inestabilidad entre discursos de actos e identidades, más allá del caso de la penalización de la sodomía examinado por Halley, también puede producirse cuando el enunciado de la ley en cuestión parezca neutro en términos de actos.

Tal vez, más que una *necesidad* de inestabilidad entre los discursos de actos e identidades, tal y como lo dice Halley y como lo critica Goldstein, puede señalarse que el punto es que esa *posibilidad* está siempre al alcance de la posición mayoritaria/heterosexual desde la cual se examina, se clasifica y se condena o limita la identidad minoritaria/homosexual. Si el ataque antihomofóbico se da en términos de actos (contra la asimilación del homosexual a un tipo de actos), se puede responder en términos identitarios (no se asimila, pero se prohíbe que adopten en razón de los efectos de su identidad en los menores). Si por el contrario se ataca una ley en apariencia ajena al discurso de

la norma, la Corte Constitucional haya podido hacer una interpretación extendida del concepto *familia* para que incluyera, además de aquella conformada por un hombre y una mujer, a las parejas del mismo sexo. Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C577 del 2011. M. P. Gabriel E. Mendoza Martelo. Esta decisión de la Corte no modifica sin embargo los argumentos acá expuestos.

⁴⁹ "Durante la discusión en primer debate del matrimonio gay en el Senado, el senador conservador Roberto Gerlein [...] [dijo:] 'Merece repulsión el catre compartido por dos varones, qué horror', afirmó Gerlein, quien agregó que es 'sexo sucio, asqueroso, sexo que merece repudio. Es un sexo excremental y no puedo, me perdonan, convertirme en vocero de esa clase de uniones que llevan a esa clase de excesos'". "Sexo entre homosexuales es excremental y merece repudio", en *El Tiempo*, 20 de noviembre del 2012, disponible en http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12391764.html.

los actos (arguyendo por ejemplo una interpretación extendida del concepto *familia* o del derecho de igualdad), puede encontrarse con una oposición a la identidad en términos de actos (descalificando el tipo de relaciones sexuales entre hombres homosexuales).

Ahora bien, aun aceptando esa posibilidad permanente de inestabilidad entre actos e identidades, surgen nuevas preguntas: ¿desde dónde se debe dar la pelea contra un discurso jurídico desigual e injusto? Suponiendo que somos conscientes de la opresión inherente en el discurso jurídico, ¿debemos centrar la batalla en combatir el discurso mismo o es necesario en cierta medida usar las mismas herramientas jurídicas para, por ejemplo, luchar por derechos iguales (así con ello se termine reproduciendo el discurso jurídico de poder opresor)?

Estas preguntas nos remiten nuevamente a Foucault en dos aspectos. En primer lugar, nos remiten a una pregunta sobre las limitaciones y utilidad de la reivindicación jurídica, reivindicación que se da generalmente en términos identitarios. En segundo lugar, nos cuestiona de manera más general sobre lo que él denomina *resistencia* al poder y sobre qué tipo de prácticas o acciones son en efecto “puntos de resistencia”.

Alcances y limitaciones del discurso jurídico

La pregunta sobre la lucha por los derechos de las minorías basadas en las identidades es para Foucault un paso útil, pero insuficiente. Él reconoce la importancia de esta lucha identitaria pero no cree que deba considerarse el fin último de la lucha de los movimientos *gay* o lésbicos: “hay que dar un paso más”.⁵⁰

Si bien en ocasiones la noción de “identidad sexual” puede ser empleada estratégicamente contra ciertos mecanismos de poder, no deben perderse de vista sus limitaciones. Foucault considera que la lucha del movimiento *gay* no debe tener como objetivo central ni final el ámbito jurídico. Debe apuntar,

⁵⁰ “Ante todo es importante para un individuo el tener la posibilidad —y el derecho— de elegir su sexualidad. Los derechos del individuo concernientes a la sexualidad son importantes, y todavía hay muchos lugares en los que no son respetados. Actualmente no hay que considerar estos problemas como ya resueltos. [...] [Sin embargo] Pienso que aún debemos dar un paso más adelante [...]. No debemos simplemente defendernos, sino también afirmarnos, no sólo como identidad, sino también en tanto que fuerza creadora”. Foucault, “Michel Foucault: una entrevista...”, p. 418.

de manera más amplia, a un cambio de las formas de subjetividad impuestas: a crear nuevas formas de vida que den cabida a otras subjetividades.⁵¹ En ese sentido no tiene sentido que el movimiento *gay* enfoque su lucha en términos de derechos del individuo, ni en tratar de enmarcarse en los esquemas de "familia" o "matrimonio".⁵² En lugar de luchar para reproducir los tipos de

⁵¹ "En mi opinión, deberíamos considerar la lucha por los derechos *gays* como un episodio que no representa la etapa final. Esto por dos razones: primero, porque un derecho en su impacto real está mucho más ligado a actitudes y patrones de comportamiento que a formulaciones legales. Es posible que haya discriminación contra los homosexuales, aunque la ley prohíba tal discriminación. Por tanto, es necesario luchar para dar cabida a estilos de vida homosexuales, a opciones de existencia en las que las relaciones sexuales con personas del mismo sexo serán importantes [...]. No se trata solamente de integrar esta práctica, un tanto extraña, que consiste en hacer el amor con alguien del mismo sexo en los esquemas culturales actuales; se trata de crear formas culturales". Michel Foucault, "Le triomphe social du plaisir sexuel: une conversation avec Michel Foucault", entrevista con G. Barbedette, 20 octubre de 1981, *Dits Ecrits*, vol. iv, texto núm. 313, disponible en <http://1libertaire.free.fr/MFoucault263.html> (traducción propia). El original dice: "À mon avis, nous devrions considérer la bataille pour les droits des gays comme un épisode qui ne saurait représenter l'étape finale. Cela pour deux raisons : D'abord, parce qu'un droit, dans ses effets réels, est beaucoup plus lié encore à des attitudes, à des schémas de comportement qu'à des formulations légales. Il peut y avoir une discrimination envers les homosexuels, même si la loi interdit de telles discriminations. Il est donc nécessaire de se battre pour faire place à des styles de vie homosexuelle, à des choix d'existence dans lesquels les relations sexuelles avec les personnes du même sexe seront importantes [...]. Il ne s'agit pas seulement d'intégrer cette petite pratique bisseroïde qui consiste à faire l'amour avec quelqu'un du même sexe dans des champs culturels préexistants ; il s'agit de créer des formes culturelles".

⁵² Este tema tiene inmensas implicaciones y es generador de interesantes y extensos debates, por ejemplo sobre los beneficios y los riesgos de luchar en pro del matrimonio homosexual/*gay* o igualitario y en qué términos hacerlo.

Por ejemplo Francke que se cuestiona sobre los "beneficios" y "precio a pagar" de los "logros" obtenidos en materia de derechos en estrados judiciales: "Mi objetivo aquí no es el de dudar del éxtasis que estas parejas experimentan en estos momentos de reconocimiento estatal, sino más bien el de urgirnos a adoptar una postura crítica con respecto a ese éxtasis. No podemos no quererlo, ¿pero cuál es su precio? ¿Qué otras formas de embeleso, de pertenencia, del ser, se hacen menos legibles, menos viables y más marginales cuando el Estado acredita algunas afiliaciones humanas como sagradas? Al exigir a los funcionarios públicos —¿'Ud está a favor o en contra del matrimonio gay?'— hemos instaurado un binario con implicaciones peligrosas. Otras formas de afiliación además del matrimonio, como las uniones civiles o asociaciones domésticas, para nombrar las alternativas más convencionales, se posicionan como refugio de cobardes y de aquellos que poco ayudan a la

vínculos relacionales existentes (familia, matrimonio), debería luchar porque otros vínculos relacionales tengan cabida y coexistan. Debe lucharse por una cultura con nuevos tipos de relaciones, de intercambios de valores. En ese sentido, una nueva “cultura *gay*” va más allá del tema identitario y no tendría que ser necesariamente de homosexuales para homosexuales, sino que podría abarcar en cierto modo la heterosexualidad: “Al proponer un nuevo derecho relacional, veremos que las personas no homosexuales podrán enriquecer sus vidas modificando su propio esquema de relaciones”.⁵³

Las limitaciones del discurso jurídico parecen evidenciarse en las dificultades y efectos ambivalentes de las luchas orientadas a modificar un derecho concreto que hemos visto anteriormente, ya sea contra la penalización de la sodomía o en pro de la posibilidad de ampliar el concepto de familia para acoger el matrimonio o la adopción entre parejas homosexuales. Ya hemos

causa. Por lo tanto, hemos excluido la exploración de la familia, lo íntimo, lo sexual y las formaciones familiares, distintas del matrimonio. Asegurar el reconocimiento social de estas otras afiliaciones es considerado o como un compromiso o como una pérdida, pese al hecho de que estas otras formas de vida proporcionan escenarios viables donde elaborar el ser” (traducción propia). El original dice: “My objective here is not to doubt the ecstasy these couples experience at these moments of state recognition, but rather to urge us to adopt a critical stance with respect to that ecstasy. We cannot not want it, but what is its price? What other forms of rapture, of belonging, of the self, are rendered less legible, less viable, and more marginal when the state credits some human affiliations as sacred? By demanding of public officials ‘-Are you for or against gay marriage?’- we have set up a binary with dangerous implications. Other forms of affiliation besides marriage, such as civil unions or domestic partnerships to name the most conventional alternatives, become positioned as the harbor of cowards and those who favor the cause too little. We have thereby foreclosed the exploration of family, intimate, sexual, and kin formations other than marriage. Securing social recognition for these other affiliations is regarded as either a compromise or a loss, notwithstanding the fact that these other forms of life provide viable sites in which to elaborate a self”. Katherine M. Franke, “The Domesticated Liberty of *Lawrence v. Texas*”, en *Columbia Law Review*, vol. 104 (2003), p. 1425.

Por su lado, Halley en un artículo reciente se cuestiona sobre los argumentos empleados por los defensores del matrimonio *gay* considerando el matrimonio como un “estatus” y no como un mero “contrato” (argumento con rasgos profundamente conservadores usado también por los detractores para justamente rechazarlos) y las repercusiones que esto conlleva. Véase Janet Halley, “Behind the Law of Marriage (I): From Status/Contract to the Marriage System”, en *Unbound: Harvard Journal of the Legal Left*, vol. 6, 1 (2010), pp. 1-58.

⁵³ *Ibid.* (traducción propia).

hablado de la fluidez y supremacía desde la cual la identidad heterosexual responde a cada uno de los intentos en este sentido, y su posibilidad de alterar a su conveniencia la relación entre actos e identidades. Esto deja entrever que la estrategia de poder allí implícita no está exclusiva ni principalmente en la formulación jurídica de las normas. El discurso jurídico no es la fuente de poder más relevante que produce la inmunidad y fluidez de la identidad heterosexual y, por ende, como veremos, no representa un punto de resistencia adecuado en sí mismo. El discurso jurídico refleja y refuerza estrategias de poder y saber presentes en diversas disciplinas (como la psiquiatría, la medicina, la biología o el psicoanálisis) que tienen consecuencias y efectos en el campo jurídico, pero no de forma exclusiva. Como dice Foucault: la discriminación no desaparece cuando la ley lo prohíbe.

¿Cómo resistir?

Cabe entonces preguntarse cómo puede, según Foucault, ejercerse resistencia contra un discurso de poder. Para empezar, Foucault considera que el poder y la resistencia se dan simultáneamente: "donde hay poder hay resistencia".⁵⁴ Por más asimétrica que sea la relación de poder, hay resistencia, lo contrario sería "simplemente una cuestión de obediencia", "siempre podemos transformar la situación, [...] somos libres siempre".⁵⁵

Ahora bien, recordemos que para él saber y poder se articulan en el discurso⁵⁶ y que los discursos son polivalentes:⁵⁷ "No existe el discurso de poder por un lado y, enfrente, otro que se le ponga [...], puede haberlos diferentes

⁵⁴ Foucault, *Historia de la sexualidad 1*, p. 116.

⁵⁵ Foucault, "Michel Foucault: una entrevista...", pp. 422 y 423.

⁵⁶ Véase *supra*, nota al pie 223.

⁵⁷ Dentro de los principios expuestos por Foucault en *El orden del discurso*, está que no debe tratarse de encontrar "debajo" de los discursos, un discurso "ilimitado, continuo y silencioso", sino entender que los discursos son discontinuos, que se yuxtaponen, o cruzan, ignoran o excluyen. Tampoco hay que buscar un núcleo o corazón oculto en el discurso, sino analizar el discurso mismo, su materialidad, sus condiciones externas de posibilidad, y las motivaciones de su aparición. Se trata de analizar los discursos, pero no para revelar "la universalidad de un sentido" sino justamente para entender qué se nos quiere presentar como universal, único, verdadero. Michel Foucault, *El orden del discurso*, Buenos Aires, Tusquets [1970] 1992, pp. 44-57.

e incluso contradictorios en el interior de la misma estrategia”.⁵⁸ Al evaluar una posible práctica de resistencia, debemos cuestionarnos entonces sobre el uso estratégico de elementos del discurso de poder.⁵⁹ Mediante la resistencia se busca la liberación de ciertas prácticas discursivas, pero es importante tener en mente que así como los discursos de poder varían, se transforman y se desplazan, no hay una sola forma adecuada de resistir.⁶⁰ Sin embargo, en términos generales “decir no” representa tan solo “la forma mínima de resistencia”.⁶¹ Al igual que la prohibición y represión no constituyen los discursos de poder más importantes, la negación no es tampoco la forma más importante de hacer resistencia.

Teniendo esto en cuenta, podemos ver la parte del trabajo deconstructivo de Halley tendiente a mostrar la posición subordinante desde la que la identidad heterosexual expone y fija la identidad homosexual, al tiempo que ella misma se inmuniza y vuelve fluida, como una práctica de resistencia tendiente a poner en evidencia efectos de ciertos discursos de poder específicos. Igualmente, el análisis de Goldstein sobre las debilidades de adoptar siempre un discurso de actos ante situaciones que reflejan que en realidad se está ante un “prejuicio” que trasciende el terreno de unos actos concretos también busca mostrar otra arista de esa práctica discursiva y mostrar precisamente la forma en que esos discursos de poder continúan variando y transformándose. No habría entonces una estrategia de resistencia adecuada y única posible, así como no hay una sola forma como opera el discurso de poder que subordina la homosexualidad a la heterosexualidad.

Quedaría sin embargo la pregunta sobre cómo conciliar esta estrategia de resistencia más profunda con una lucha concreta e inmediata ante el discurso

⁵⁸ Foucault, *Historia de la sexualidad 1*, p. 124.

⁵⁹ En particular, para el tipo de discurso sobre el sexo, considera que deben plantearse problemas por resolver como: “¿Cómo se ve modificado el juego de esas relaciones de poder en virtud de su ejercicio mismo —refuerzo de ciertos términos, debilitamiento de otros, efectos de resistencia [...], de tal suerte que no ha habido [...] un tipo estable de sujeción? [...] Grosso modo: en lugar de referir a la forma única del gran Poder todas las violencias infinitesimales que se ejercen sobre el sexo [...] se trata de inmergir la abundosa producción de discursos sobre el sexo en el campo de las relaciones de poder múltiples y móviles”. *Ibid.*, pp. 118-119.

⁶⁰ “Los puntos de resistencia están presentes en todas partes dentro de la red de poder. Respecto del poder no existe, pues, un lugar del gran Rechazo”. *Ibid.*, p. 116.

⁶¹ Foucault, “Michel Foucault: una entrevista...”, *op. cit.*, p. 423.

jurídico y las asimetrías en este reflejadas. Este dilema me recuerda (aunque difiere en varios aspectos) al expuesto por la teórica crítica racial de Crenshaw.⁶² Si, como Crenshaw, aceptamos por un lado los beneficios (¿la necesidad?) inmediatos de las minorías al luchar por sus derechos básicos de igualdad, pero aceptamos también la necesidad de una lucha que implique "un paso más", quedan varias dudas por resolver: ¿las luchas deben darse una después de la otra o simultáneamente? Si se sugiere que "un paso más" es un paso posterior a la lucha inicial, ¿cómo saber cuándo es el momento apropiado?, ¿hay que esperar a que la igualdad de derechos esté lo suficientemente garantizada para emprender la otra lucha? Esto parecería contradictorio, pues se sabe que mediante ese mismo sistema discursivo nunca se llegará realmente a una igualdad y que la sola reafirmación identitaria no es una solución real. Entonces ¿deben darse al tiempo las dos luchas?, ¿debe continuarse con una lucha inmediatista e identitaria a sabiendas de sus limitaciones e insuficiencias, y al tiempo con una lucha que permita nuevas formas de vida y de subjetivación, y que verdaderamente tienda a modificar el *statu quo*? Si esta es la solución, es una extraña solución pues requiere de dos categorías de "combatientes": unos que (¿a sabiendas? ¿ignorándolo?) continúan una pelea circular que nunca logrará cambiar las cosas, pero necesaria y útil en el corto plazo, mientras que los otros dan una pelea riesgosa, en desventaja, peligrosa, pero que tiene las únicas oportunidades de modificar el discurso desde adentro.

⁶² En este sentido la teórica crítica racial de Crenshaw cuestiona la utilidad de la posición de los estudios críticos del derecho (CLS por su sigla en inglés) de desechar el discurso de derechos por ser una forma de legitimación y no ser un mecanismo eficaz para cambiar el *statu quo*. Si bien Crenshaw comparte el fondo de la crítica, cuestiona, entre otros, la incapacidad de los cls de considerar la realidad de los oprimidos, no ofrecer alternativas concretas para las minorías raciales y subvalorar "el potencial de transformación que ofrece el liberalismo [...] receptiv[o] a algunas aspiraciones fundamentales para las exigencias de los negros" y que puede "desempeñar una importante función en combatir su experiencia de exclusión y opresión". Ella se cuestiona entonces sobre dónde y cómo abordar una lucha coherente, eficaz y productiva para las minorías raciales oprimidas. Kimberlé W. Crenshaw, "Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación", en García, Jaramillo y Restrepo (eds.), *Crítica jurídica...*, pp. 97-123.

Bibliografía

- BETANCUR RESTREPO, Laura, “Alcances y limitaciones del discurso jurídico en la creación de la identidad intersexual: análisis de tres sentencias de la Corte Constitucional colombiana a la luz de algunos conceptos foucaultianos”, en *Prisma Jurídico*, vol. 11, 1 (2012), pp. 163-178.
- BUTLER, Judith, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Nueva York, Routledge, 1990.
- CATÁ BACKER, Larry, “Constructing a ‘Homosexual’ for Constitutional Theory: Sodomy Narrative, Jurisprudence, and Antipathy in United States and British Courts”, en *Tulane Law Review*, vol. 71, 1996-1997, pp. 529-596.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 del 2011. M. P. Gabriel E. Mendoza Martelo.
- Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (csj de EE. UU.), Sentencia *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986). Disponible en http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0478_0186_ZO.html.
- CRENSHAW, Kimberlé W., “Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación”. En: Mauricio García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Esteban Restrepo Saldarriaga (eds.), *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006 [1993], pp. 97-123.
- FOUCAULT, Michel, “La ética del cuidado de sí como práctica de la libertad” [1984]. En: *Obras esenciales, volumen III: estética, ética y hermenéutica* (trad. Ángel Gabilondo), Barcelona, Paidós, 1999 [1984], pp. 393-415.
- , *La historia de la sexualidad I: la voluntad de saber*, México D. F., Siglo XXI Editores, 2007 [1977].
- , *El orden del discurso*, Buenos Aires, Tusquets, [1970] 1992.
- , “Michel Foucault, una entrevista: sexo, poder y política de la identidad” [1982]. En: *Obras esenciales, volumen III: estética, ética y hermenéutica* (trad. Ángel Gabilondo), Barcelona, Paidós, 1999 [1984], pp. 417-429.
- , “Le triomphe social du plaisir sexuel: une conversation avec Michel Foucault”, entrevista con G. Barbedette, 20 octubre de 1981, *Dits Ecrits*, vol. IV, texto núm. 313, disponible en: <http://1libertaire.free.fr/MFoucault263.html>.
- FRANKE, Katherine M., “The Domesticated Liberty of *Lawrence v. Texas*”, *Columbia Law Review*, vol. 104, pp. 1399-1426.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, “Estudio preliminar”. En: *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en*

- los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p. 7-56.
- GOLDSTEIN, Anne B., "Reasoning about homosexuality: A commentary on Janet Halley's 'reasoning about sodomy: act and identity in and after *Bowers v. Hardwick*', en *Virginia Law Review*, vol. 79 (1993), pp. 1781-1804.
- HALLEY, Janet, "Behind the Law of Marriage (I): From Status/Contract to the Marriage System", en *Unbound: Harvard Journal of the Legal Left*, vol. 6, 1 (2010), pp. 1-58.
- , "Razonar sobre la sodomía: acto e identidades en y después de *Bowers v. Hardwick*". En: Mauricio García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Esteban Restrepo Saldarriaga (eds.), *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006 [1993], pp. 253-284.
- , *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- HALPERIN, David, M., "Forgetting Foucault: Acts, Identities, and the History of Sexuality", en *Representations*, 63 (1998), pp. 93-120.
- SEDGWICK, Eve Kosofsky, *La epistemología del armario*, Barcelona, Ediciones de la Tempestad, 1998 [1990].
- "Sexo entre homosexuales es excremental y merece repudio", en *El Tiempo*, 20 de noviembre del 2012, disponible en http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12391764.html.

RAZA, DERECHO Y PODER: APORTES DESDE LA TEORÍA CRÍTICA RACIAL

Carlos Andrés Baquero Díaz*

Introducción

A finales de la década de los ochenta del siglo xx, se formó en los Estados Unidos un conjunto de académicas y académicos, llamado la *teoría crítica racial* (CRT, por su sigla en inglés). Desde ese momento, la CRT¹ creó una *escuela* de pensamiento dentro de la teoría social y jurídica de los Estados Unidos, que entró a participar en el debate sobre la relación que existe entre el poder y el derecho.

El objetivo central de este texto es evidenciar los principales² aportes teóricos y políticos de la CRT a la teoría jurídica. Aquí mostraré que aunque

* Politólogo y abogado de la Universidad de los Andes.

¹ Los textos principales de la crt son dos compilaciones de ensayos: en la primera recopilación la edición estuvo a cargo de Kimberlé Crenshaw, Neil Gotanda, Gary Peller y Kendal Thomas (eds.), *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995, y la segunda tuvo como editores a Richard Delgado y Jean Stefancic, *Critical Race Theory: An Introduction* (2.a ed.), Nueva York, New York University Paperback, 2012.

² Este ensayo se basa principalmente en los textos de Kimberlé Crenshaw, “Raza, reforma y retocoso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación”. En: Mauricio García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Esteban Restrepo Saldarriaga, *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006, pp. 97-123, y Neil Gotanda, “Una crítica a ‘nuestra Constitución es ciega al color’”. En: Mauricio García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Esteban Restrepo Saldarriaga, *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006, pp. 69-96; dada la difusión en español

dentro de la CRT existe un consenso generalizado en el uso e inclusión de la categoría *raza*, también hay tensiones teóricas que problematizan las generalizaciones y la presentación de la *escuela* como un conjunto de postulados que se retroalimentan.³ Por esa razón, sostendré la tesis de que en el andamiaje teórico presentado por algunos autores de la CRT⁴ coexisten posturas teóricas distintas que generan consecuencias disímiles dentro de la agenda jurídica y política que cada uno de estos autores presenta.

Para sustentar mi tesis, divido el texto en seis secciones. En primer lugar, expondré la justificación, especialmente de Crenshaw⁵ y Gotanda,⁶ para conceptualizar el derecho como un objeto de estudio. En esa sección se verá que la justificación se da en términos teóricos, pero también históricos y políticos. Después mostraré qué entienden algunos autores de la CRT por el “lugar” o “foco” de producción y reproducción de la discriminación o subordinación racial. En tercer lugar, me concentraré en los elementos que presentan para llenar de contenido la categoría de ideología. Posteriormente mostraré las diferentes agendas que se derivan de las propuestas de cada uno de estos profesores, haciendo énfasis en las apuestas de Crenshaw y Gotanda. En quinto lugar, siguiendo el debate propuesto por Crenshaw,⁷ presentaré la discusión que se ha dado sobre la herencia de los *estudios críticos del derecho* (CLS por su sigla en inglés) en la CRT. En esta sección se ve cómo la CRT entró a discutir directamente con el campo de los CLS que se había desarrollado en los Estados Unidos. Por último, recopilare los puntos centrales de la discusión y propondré dos temas de investigación por medio de los cuales se podría profundizar en el estudio de la CRT.

que han tenido en el contexto colombiano por medio de la traducción publicada por García Villegas, Jaramillo Sierra y Restrepo Saldarriaga.

³ Para más información, véase: Kimberlé Crenshaw, “Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back to Move Forward”, *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011), pp. 1253-1352; George Lipsitz, “Constituted by a Series of Contestations: Critical Race Theory as a Social Movement”, en *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011), pp. 1459-1478, y Gary Peller, “History, Identity, and Alienation”, en *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011), pp. 1479-1502.

⁴ En el texto hago especial énfasis en la propuesta teórica de Crenshaw, por la centralidad que ha tenido su propuesta dentro de la difusión de los estudios de la CRT.

⁵ Cf. Kimberlé Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”.

⁶ Cf. Neil Gotanda, *op. cit.*

⁷ Cf. Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”.

El derecho como objeto de estudio de la teoría crítica racial

Un elemento común dentro de la CRT es el uso del derecho como objeto de estudio. Este elemento se debe, principalmente, a dos factores: uno que está relacionado con el estudio del derecho como herramienta de poder y otro que se vincula al proceso político de nacimiento y conformación del grupo CRT.

El derecho como herramienta de poder

Por el primer factor, es decir el análisis del derecho como herramienta de poder, se entiende que existen diferentes argumentos para justificar el derecho como objeto de estudio. Estas diferencias se hacen visibles cuando se compara la propuesta de Crenshaw⁸ con la de Gotanda.⁹

En primer lugar, Crenshaw considera que en la sociedad existen varias herramientas que se utilizan para controlar a las personas. En esa lista se encuentran, por ejemplo, la fuerza, la educación y el derecho. La autora opta por el estudio del derecho porque es la herramienta encargada de generar la subordinación simbólica. De acuerdo con Crenshaw:

[...] la subordinación simbólica se refiere a la negación formal de igualdad social y política a todos los negros, con independencia de sus logros. La segregación y otras formas de exclusión social —baños, fuentes de agua, entradas, parques, cementerios y restaurantes separados— reforzaron una ideología racista según la cual los negros eran sencillamente inferiores a los blancos [...].¹⁰

Haciendo uso de la categoría de la subordinación simbólica, la autora hace visibles dos momentos en el ejercicio del poder. El primero de ellos es la desigualdad que se creó en el interior del derecho entre la población blanca y negra. El ordenamiento jurídico diferencia entre las personas de diferentes razas y, a partir de dicha clasificación, les otorga derechos; el ejemplo clásico es el régimen de la esclavitud. En este tipo de derecho no se parte del presupuesto liberal de la igualdad universal entre los ciudadanos. Por el contrario, el sistema jurídico genera diferencias a partir del color de la piel y el árbol

⁸ *Idem.*

⁹ Gotanda, *op. cit.*

¹⁰ Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”, p. 115.

genealógico de los sujetos, las cuales son vistas como justas y naturales por una gran parte de la sociedad.¹¹

Después de la promulgación del ordenamiento jurídico desigual, Crenshaw muestra que este tiene efectos en la percepción simbólica de los individuos. De esa forma, el derecho no solo, por ejemplo, es el elemento que niega el acceso de la población negra a las mismas escuelas a las que acude la población blanca, sino que también crea y *recrea*¹² los estereotipos sociales de discriminación racial. Así, el derecho para Crenshaw genera efectos directos en la promulgación diferenciada que hace de las personas y efectos indirectos,¹³ que refuerzan los estereotipos sociales que existen sobre la raza en la conciencia colectiva.

Uno de los aportes más relevantes de la propuesta teórica de Crenshaw al debate sobre derecho y poder fue develar la relación que existe entre la subordinación simbólica, la material y los límites de la transformación jurídica. Por subordinación material esta autora entiende, “las maneras en que la discriminación y la exclusión subordinaron económicamente a los negros respecto de los blancos y [sometieron] a los negros [...] en casi todos los niveles”.¹⁴

De esa manera existe una relación entre la formulación segregada del régimen jurídico, la subordinación simbólica que este crea y su reflejo en términos económicos. Este andamiaje teórico explica que el fenómeno sociológico por

¹¹ David Trubek, “Foundational Events, Foundational Myths, and the Creation of Critical Race Theory, or How to Get Along with a Little Help from Your Friends”, en *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011), pp. 1505-1512.

¹² En este punto es necesario realizar una precisión a propósito de la articulación de esta primera sección del texto con la segunda parte. Es posible separar la argumentación de Crenshaw analíticamente. Por un lado se encuentra la justificación que da para el estudio del derecho y la forma como este crea la subordinación simbólica. Por el otro lado, en la segunda sección del texto, se verá cómo el lugar de la subordinación de la población negra no se encuentra en el derecho sino en los estereotipos raciales. Ese último es uno de los argumentos centrales por los cuales el derecho recrea la subordinación. Esta diferencia proviene de la constatación de Crenshaw de que la eliminación de la desigualdad formal, la causa que eliminaría el efecto (subordinación simbólica), no se traduce en la igualdad real de la población negra en los Estados Unidos. Por ese motivo, la subordinación se genera —principalmente— en los estereotipos sociales de subordinación racial.

¹³ Para hacer más fácil la lectura reemplacé la categoría de *subordinación simbólica* por *efectos indirectos*. Pero me estoy refiriendo al mismo fenómeno social que visibilizó Crenshaw.

¹⁴ Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”, p. 115.

el cual la población negra se ubica en las capas sociales que son más deprimidas económicamente no es un hecho natural determinado, por ejemplo, por una diferencia biológica entre blancos y negros. Por el contrario, se tendría que explicar cómo el régimen jurídico segregado reforzó y creó estereotipos sociales, que articulados con otros factores de discriminación hacen que la población negra no pueda acceder en condiciones de igualdad a la vivienda, salud o trabajo, a los que sí accede la población blanca.¹⁵

A partir del panorama relacional entre dos formas de discriminación, Crenshaw hace uno de sus aportes centrales a la relación entre derecho y poder. Para esta autora, si el análisis se concentra en la variable del derecho, es posible demostrar que los cambios en la ley son transformaciones limitadas que no modifican radicalmente los diferentes tipos de subordinación.¹⁶ Por el contrario:

[...] el logro de la igualdad formal no es el fin de la historia. La jerarquía racial no puede ser desmantelada por el avance hacia la neutralidad racial en las normas que estructuran la vida económica, política y social de los negros. La conciencia de raza de los blancos, bajo una forma nueva pero no menos virulenta, desempeña un papel importante, tal vez crucial, en el nuevo régimen que ha legitimado el deterioro cotidiano de las condiciones materiales de la mayoría de la población afro-estadounidense.¹⁷

Además, Crenshaw se concentra en el uso del derecho como un objeto de estudio, pues este le permite trazar vías de explicación de los efectos del movimiento de los derechos civiles (en adelante MDC), y al mismo tiempo proponer un esquema de análisis con pretensiones globales sobre los sistemas jurídicos y la creación de las relaciones raciales.

El derecho explica significativamente la creación y refuerzo de los estereotipos sociales sobre la raza, pero pierde su peso en la definición de

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Aunque Crenshaw acepta que los cambios en el texto legal sí tienen algunos efectos simbólicos y materiales, ella —como se verá en la quinta sección de este documento— argumenta que estos no son totalmente emancipatorios. En este punto está dialogando con quienes se concentran ciegamente en el estudio del derecho y ven los logros del MDC como la consecución de la igualdad racial.

¹⁷ Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”, pp. 116-117.

la subordinación económica de la población negra. La paradoja se da en la demostración de que los cambios jurídicos no tienen efectos radicales en la sociedad y por lo tanto el proyecto político y académico de la igualdad racial deberá tener, partiendo del estudio del derecho, más variables de análisis.

Por otro lado, el trabajo de Gotanda¹⁸ también justifica la selección del derecho como el objeto de estudio relevante para la CRT. Para este autor el derecho, a diferencia de los demás mecanismos de opresión y control social, funciona como una ideología que promueve la dominación racial blanca.¹⁹ Lo anterior se debe a que el derecho entiende que la raza es un medio legítimo de clasificación de las personas, que es frecuentemente utilizada y sobre la que existe un consenso de los elementos que la conforman. Por esa razón en la historia de los Estados Unidos, “la práctica de usar la raza como un factor de división comúnmente reconocido ha permanecido casi constante”.²⁰

En segundo lugar, Gotanda argumenta que es importante concentrarse en el derecho como objeto de estudio porque el MDC no tuvo en cuenta el análisis del derecho como sistema. Lo anterior invita a ampliar el lente que propuso el MCD, dado que este se había concentrado exclusivamente en los derechos de las personas clasificadas como negras y había dejado por fuera del análisis el resto del espectro del derecho. Para Gotanda, hay que rastrear las ideas centrales que constituyen el derecho y las herramientas que usa para operar en la sociedad.²¹ Carbado ha interpretado, en ese mismo sentido, la focalización de Gotanda en el derecho como objeto de estudio. Según este autor, para avanzar en la explicación de la ideología racial de los Estados Unidos, es necesario analizar el derecho como conjunto ideológico y no de manera aislada los derechos de la población negra.²²

La apuesta política y la conformación de la CRT

En las explicaciones de por qué concentrarse en el derecho también existe una propuesta política. Veinte años después de la fundación de la CRT,

¹⁸ Me estoy refiriendo al texto de Gotanda, *op. cit.*

¹⁹ *Ibid.*, p. 69.

²⁰ *Ibid.*, p. 70.

²¹ *Ibid.*, p. 76.

²² Para conocer a fondo la explicación, véase Devon Carbado, “Critical What What?”, en *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011), pp. 1593-1643.

Crenshaw afirma que disciplinariamente se han concentrado en el estudio del derecho porque el discurso legal brinda un enfoque particular de la desmitificación de la razón y del imperio de la ley en la construcción del orden racial.²³ Es decir que una de las aspiraciones de la CRT es mostrar cómo el derecho no es neutral en términos raciales y por lo tanto termina reproduciendo la desigualdad social.

Por un lado, se muestra cómo la crítica interna al derecho devela la ideología racial que existe dentro de él (tipo el esfuerzo teórico de Gotanda) o su relación con otras áreas sociales (la propuesta de Crenshaw). El estudio del discurso jurídico muestra cómo desde su interior se están creando discriminaciones raciales.²⁴ El derecho que se había propuesto como neutral y políticamente adecuado se presenta desde la CRT como racialmente parcializado. De esa manera, los sistemas jurídicos fundados en el principio de igualdad se desmantelan para mostrar que la idea de igualdad entre los ciudadanos es más una interpretación política o un mito de legitimación del poder estatal que una realidad jurídica y social.²⁵

En segundo lugar, la CRT estudia el derecho por su cercanía disciplinar y su apuesta política. Crenshaw²⁶ narra que la mayoría de personas que participaron dentro de la formación de la CRT eran estudiantes de derecho o se habían relacionado con la enseñanza del derecho. Así, lo que comenzó como una discusión en el interior de la facultad de derecho de Harvard por la contratación de más maestros afrodescendientes²⁷ se convirtió en la creación de un grupo de estudios con posibilidades de generar la emancipación racial apelando al derecho y a sus vínculos con el poder en la sociedad estadounidense.²⁸

²³ Crenshaw, "Twenty Years of Critical Race Theory", p. 1258.

²⁴ Cf. George Lipsitz, *op. cit.*, pp. 1459-1478.

²⁵ Crenshaw, "Twenty Years of Critical Race Theory".

²⁶ *Idem.*

²⁷ Para conocer una explicación sistemática del proceso de formación y fundación de la CRT, ver *idem.*

²⁸ *Idem.*

El lugar en el que se re-produce la dominación y discriminación racial

En el debate de la relación entre derecho y poder, la CRT incluyó una discusión sobre el “lugar” en el que se re-produce la dominación racial. Para presentar los elementos que conforman la discusión y la tensión en el interior de la CRT se mostrarán, principalmente, las apuestas de Crenshaw²⁹ y Gotanda.³⁰ Mientras que Crenshaw focaliza la producción y reproducción por fuera del ámbito legal, Gotanda se concentra en su enunciación en el interior del sistema jurídico estatal.

La apuesta teórica de Crenshaw³¹ propone que la discriminación hacia la población negra se funda en los estereotipos y construcciones sociales de la raza, los cuales se construyen por fuera de los límites del derecho. Esto la lleva a afirmar que:

[...] a lo largo de la historia de los Estados Unidos, la subordinación de los negros fue racionalizada a través de una serie de estereotipos y creencias que determinaban que su condición pareciera lógica y natural. Históricamente, la supremacía blanca se ha fundado en diversas teorías políticas, científicas y religiosas, cada una de las cuales se basa en caracterizaciones raciales y estereotipos sobre los negros que han confluído en una amplia ideología legitimadora.³²

²⁹ Acá me refiero principalmente al texto de Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”.

³⁰ Principalmente me baso en Gotanda, *op. cit.*

³¹ Propongo esta característica en la teoría de Crenshaw por dos razones. La primera es que, en el artículo que sirve como fuente central de este texto, la autora inicia centrando su posición en medio del debate que se da entre los polos representados por los conservadores y los estudios críticos de izquierda. Por ese motivo sus estudios tienen implicaciones académicas pero también políticas. El debate que está dando la autora tiene fuertes implicaciones políticas que se pueden diferenciar teóricamente de la crítica al derecho. La segunda razón por la que señalé esta característica es la insistencia de Perea de proponer que parte de la fortaleza teórica de los estudios de la CRT se encuentra en el análisis que hacen de las normas sociales que legitiman la discriminación hacia la población negra.

³² Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”, p. 113.

La tabla de los binarios³³ ejemplifica el resultado de la construcción de los estereotipos sobre la población blanca y la negra en lo que ella denomina las *dualidades históricas opuestas*.³⁴ El objetivo de esta herramienta pedagógica es mostrar que el estereotipo que existe sobre la población blanca siempre representa el elemento predominante de la relación. Así, mientras la población blanca es considerada como “laboriosa”, “inteligente” o “responsable”, el estereotipo que se tiene sobre la población negra representa su antónimo de “perezosa”, “poco inteligente” y “holgazana”.

El argumento de Crenshaw sobre los estereotipos, que se crean por fuera de las fronteras del derecho, concentra la atención en las normas sociales que perpetúan la discriminación hacia la población negra. Esa es la razón por la cual, cuando se refiere al régimen legal de Jim Crow, hace énfasis en que su eliminación permitió la desaparición de las barreras jurídicas en términos formales que discriminaban a la población negra, pero mantuvo estable la discriminación en el ámbito de la conciencia popular. En términos de la misma autora:

El final de Jim Crow ha estado acompañado por la desaparición de una ideología explícita de supremacía blanca. Sin embargo, la norma blanca no ha desaparecido, sólo ha sido sumergida en la conciencia popular. Se expresa aún en forma tácita como una declaración de la norma social positiva, legitimando la continua dominación de quienes no la satisfacen. Los estereotipos negativos asociados con los negros tampoco han sido erradicados.³⁵

³³ La tabla de los binarios es la herramienta pedagógica propuesta por Crenshaw para ejemplificar los estereotipos sociales raciales. Allí la autora plasma el resultado del proceso racial de discriminación en el que las personas blancas siempre representan el antagonismo de las negras. La tabla se encuentra en: Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”, p. 114.

³⁴ La tabla está compuesta por dos columnas —una que representa a la población blanca y otra que representa a la negra—. En cada una de las líneas se encuentra un adjetivo del que siempre la otra columna representa el opuesto. Así “en el proceso de creación de razas, estas categorías adquirieron sentido: los blancos fueron caracterizados de una manera y asociados con características normativas positivas, mientras que los negros fueron caracterizados de otra manera y asociados con características subordinadas, incluso aberrantes”, *ibid.*, p. 115.

³⁵ *Ibid.*, p. 117.

Aunque en el derecho de los Estados Unidos se eliminó la discriminación directa hacia la población afroamericana, no se modificó la estructura de subordinación que se origina en los estereotipos raciales. De esa manera, Crenshaw analiza los cambios en el derecho como una transformación limitada que deja inmóvil la estructura social general de discriminación. Por lo tanto para esta autora existe una clara división entre lo que sucede en el ámbito jurídico³⁶ y en el ámbito social; pues en el último se crean los estereotipos que legitiman y provocan la discriminación racial.

La concentración analítica en los estereotipos la lleva a señalar que la dinámica de la *otredad* ha desempeñado un papel fundamental en la conformación de las dinámicas sociales de los Estados Unidos. En la cotidianidad, los blancos se reconocen frente a sus pares raciales, con quienes comparten el estereotipo de superioridad, y de cara a sus contradictores negros que se ubican en el polo antagónico del binario.

La propuesta de Crenshaw de conceptualizar el foco de la discriminación racial en las pautas sociales materializadas en los estereotipos raciales es una idea que comparte con Gary Peller.³⁷ Para Peller, la discriminación hacia la población afrodescendiente proviene de lo que él denomina la *conciencia racial*. El caso con el que él ejemplifica su propuesta es la pugna que se dio entre la corriente del *integracionismo* y los *nacionalistas negros*. En medio de esta lucha por la constitución de nuevas imágenes sobre lo negro, en las décadas de 1950 y 1960, se crearon los estereotipos universales³⁸ que comparten los ciudadanos estadounidenses. Antes de ese momento, Peller argumenta que la imagen sobre la población afrodescendiente estaba influenciada por la experiencia política de la esclavitud y las lecturas que proponían las iglesias.

Por el contrario, Gotanda entra en la discusión argumentando que la discriminación hacia la población afrodescendiente no ocurre por fuera de los límites del derecho sino en su interpretación.³⁹ En ese sentido, Gotanda

³⁶ El ámbito jurídico para Crenshaw es importante pero no central en la transformación de la discriminación hacia la población negra.

³⁷ Me refiero al artículo de Gary Peller, "Race-Consciousness". En: Crenshaw, Gotanda, Peller y Thomas, *op. cit.*, pp. 127-158.

³⁸ Aunque Peller no se detiene en ejemplificar cuáles podrían ser algunos de estos estereotipos, es posible proponer que bajo esta categoría el autor se refiere a ideas similares a las propuestas por Crenshaw en la tabla de los binarios históricos.

³⁹ Este tipo de ejercicio es el que propone Gotanda al tener al derecho como el objeto de estudio. De esa manera el autor no está haciendo un análisis exclusivo de los derechos

cambia la variable de análisis de los estereotipos raciales que existen sobre la población negra en la sociedad a las formas como el derecho, específicamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, produce la discriminación hacia la población negra.

Gotanda sugiere que la Corte ha impulsado la idea de que la Constitución de los Estados Unidos es ciega al color. Haciendo uso de esta cláusula hermenéutica, explica Gotanda, el juez propone que no existe ninguna relación entre el color de la piel y los atributos y capitales sociales de los grupos (como los recursos económicos, la educación y la cultura).⁴⁰ Así, la interpretación realizada por la Corte es la principal causa por la cual se mantienen las ventajas de la población blanca sobre la negra.

La propuesta teórica de Gotanda se vincula directamente con las fuentes usadas por él para el estudio. En su propuesta no recurre a la enunciación de los binarios históricos que existen sobre la población negra y la blanca en la conciencia social —como Crenshaw— sino que por el contrario se refiere exclusivamente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

Para Gotanda es importante periodizar los conceptos de raza que se construyen dentro del derecho, dado que tiene dos objetivos en mente. Por un lado, sostiene que la categoría de raza y su significado se han modificado dentro del derecho. Estos cambios hacen que se demuestre que la categoría es mutable y por lo tanto puede ser modificada en la actualidad.⁴¹ La segunda razón es que la periodización permite argumentar la relación existente entre la producción de la discriminación desde el derecho y sus efectos en las relaciones sociales de los individuos. Uno de sus ejemplos es el cambio que se dio a partir del caso *Batson v. Kentucky*. Según Gotanda la eliminación, para la población negra, del impedimento de poder ser jurado generó que se reconociera socialmente el hecho de que la raza “no guarda relación [con la capacidad de una persona

de la población negra sino que está proponiendo una lectura integral del ordenamiento jurídico a través de la propuesta de una regla hermenéutica racista.

⁴⁰ Gotanda, *op. cit.*, pp. 69-70.

⁴¹ Parte de la tarea que tiene el derecho en la actualidad para modificar las estructuras de la discriminación racial será expuesta en la cuarta sección de este texto. En esta parte insisto en que la propuesta de agenda e incidencia del movimiento afroestadounidense está ligada a la concepción del *lugar* en el que proponen que se encuentra la dominación.

para servir como jurado]”.⁴² Esto desmitificó parte de la idea por la cual la discriminación hacia la población negra se legitima en su supuesta inferioridad biológica.

La crítica principal que hace Gotanda sobre la reproducción de la discriminación hacia la población negra en la jurisprudencia es que esta adopta una definición formal de raza. La jurisprudencia de la Corte propone que no existe ninguna conexión entre el color de la piel de los sujetos y las condiciones sociales en las que vive la población negra. Desde esta definición no se cuestiona el hecho de que en la realidad social las personas negras sean quienes poseen menos recursos económicos, sociales y culturales.

A su vez, el autor propone que la Corte Suprema impulsa una visión desde la que el racismo es una posición irracional de unos sujetos determinados. Esta visión, según Gotanda, elimina la posibilidad de que el derecho nombre una circunstancia de racismo institucional, pues solo cuenta con herramientas para la eliminación de las manifestaciones individuales. Por lo anterior, las intervenciones en términos colectivos —por ejemplo con políticas de acción afirmativa para un sector de la sociedad— no son reconocidas como posibles en cuanto no atacan la irracionalidad del prejuicio racial de un individuo sino condiciones estructurales de discriminación que son hechas invisibles por dicha concepción del derecho y la discriminación.

Un análisis similar es el hecho por Torpey y Burkett,⁴³ quienes proponen que el derecho es una herramienta clave en la legitimación de la discriminación hacia la población afrodescendiente. Estos autores, como Gotanda, concentran su análisis en el derecho y sus formas de interpretación. Por lo anterior, insisten en que la única forma para que el derecho sea útil en la transformación de la discriminación racial es involucrando reparaciones colectivas a los grupos étnicos —en especial a los afrodescendientes— que no se sustenten en la fórmula clásica —en la que la reparación depende de un daño directo que recibe el sujeto— sino en un nuevo tipo de interpretación. En este cambio interpretativo, a la víctima se le repara colectivamente, por hechos históricos que sufrieron sus antepasados y que tienen efectos en la actualidad.

⁴² Gotanda *op. cit.*, p. 81.

⁴³ Me refiero al artículo: de John Torpey y Maxime Burkett, “The Debate over African American Reparations”, en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 6 (2010), pp. 449-467.

Elementos que componen la categoría de ideología

La CRT también entró a debatir cuáles son los elementos que conforman la categoría de ideología. Aunque la categoría de ideología ya había sido propuesta dentro de la teoría jurídica, la CRT entró al debate incluyendo una referencia a la categoría de raza. La participación de la CRT en el debate sobre la ideología se dio desde dos focos: uno que se deriva de la propuesta encabezada por Crenshaw y el otro a partir del trabajo de Gotanda. La oposición principal entre estos autores radica en que, aunque comparten una definición sobre el momento en que se visibiliza la discriminación racial, Gotanda toma el riesgo de ejemplificar lo que él considera como el contenido de la ideología sobre la raza en los Estados Unidos, mientras que Crenshaw guarda silencio.

En primer lugar el elemento que comparten de manera parcial estos dos autores radica en la concepción que tienen sobre el momento en el que se perfecciona la subordinación racial. Crenshaw considera que la dominación ocurre en el momento en que existe una supuesta homogeneidad entre la visión del sujeto dominante y del dominado. Para ella:

[...] la regla hegemónica tiene éxito en la medida en que la visión del mundo de la clase dirigente establece la apariencia de una unidad de intereses entre la clase dominante y los dominados. A lo largo de la historia de los Estados Unidos, el racismo ha identificado los intereses de los blancos subordinados con los de la élite blanca en la sociedad.⁴⁴

La interrelación entre la población blanca subordinada —principalmente en términos económicos— y la población blanca hegemónica es lo que conforma la distinción con el *otro* imaginario caracterizado por la población negra. Así el blanco, sin importar sus condiciones reales de existencia, se asimila con el blanco hegemónico y se diferencia del *otro* simbólico negro.⁴⁵ Para Gotanda —de manera complementaria— el momento de perfección de la “clasificación racial surge cuando una persona negra se confunde inicialmente con un blanco, y, luego, es reconocida como persona negra”.⁴⁶

⁴⁴ Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”, p. 113.

⁴⁵ *Ibid.*, 114-115.

⁴⁶ Gotanda, *op. cit.*, p. 72.

El perfeccionamiento de la discriminación en ambos autores se da en el reconocimiento que hacen ambas razas de que pertenecen a espacios distintos, identificados como naturales, apolíticos e inquebrantables. En este sistema racial las personas blancas y negras no se confunden entre sí. En el caso específico del grupo opresor, este se autorreconoce como un todo homogéneo diferente —siempre— del *otro* negro.

Sin embargo, el aporte de Gotanda al debate general sobre la categoría *ideología* sí brinda una definición de lo que él entiende por el sistema ideológico de los Estados Unidos. En primer lugar, analizando el sistema jurídico, el autor propone que la clasificación racial estadounidense se fundamenta en la regla de la hipodescendencia,⁴⁷ la cual depende de dos subreglas. La primera de ellas es la regla de reconocimiento por medio de la cual personas que tienen un ancestro africano visible son clasificadas como parte de la comunidad afrodescendiente. La segunda regla, la de la descendencia, propone que cualquier persona que tenga una huella de ancestro africano dentro de sus antepasados es negra. La versión más radical de esta última regla es la teoría de “una gota de sangre” por medio de la que se propone que es suficiente con que una persona tenga una gota de sangre de un ancestro negro para ser considerada como afrodescendiente.⁴⁸

Este sistema de reglas es el ingrediente principal de la ideología racial de los Estados Unidos. Precisamente a partir del examen que se realiza de la pureza de la sangre de un individuo es posible determinar si este se encuentra dentro del grupo hegemónico de los blancos o si ocupa un lugar de subordinación dentro de la población negra. Los elementos centrales de la ideología para Gotanda son la combinación de la regla de la hipodescendencia —que impone la superioridad de la pureza de los blancos— con el sistema interpretativo de la constitución ciega al color.⁴⁹

Por el contrario, Crenshaw evita la definición concreta de los elementos que constituyen la ideología racial y brinda una silueta del concepto basada en sus consecuencias. Para esta autora, tanto la comunidad negra como la blanca

⁴⁷ Para Gotanda la regla de la hipodescendencia es “la práctica estadounidense de clasificación racial, [útil] [...] para definir las categorías raciales blanca y negra. Esta regla, ha sido denominada ‘hipo-descendencia’”. Esta idea se encuentra en Gotanda, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 71.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 72-73.

viven las secuelas de la dominación racial. Por lo tanto, “la conciencia racial no sólo es fundamental para la dominación de los negros sino, también, para la aceptación por parte de los blancos de la legitimidad de la jerarquía y su identificación con los intereses de las élites”.⁵⁰ La generalización de los efectos de la discriminación racial también ha sido un punto analítico señalado por Haney López.⁵¹ Para Haney López la discriminación y la definición racial imponen estructuras sociales tan fuertes a todas las personas que terminan comportándose exclusivamente a partir de estereotipos raciales socialmente construidos.⁵²

*Propuestas de incidencia para el movimiento afroamericano*⁵³

Uno de los aportes centrales a la discusión sobre la relación entre el derecho y el poder, dada en la teoría jurídica de los Estados Unidos, es la articulación que construyó la CRT con una agenda política. Como se ha visto por medio de este escrito —y se evidencia en mayor medida con la lectura de los textos de la CRT—, su propuesta teórica tiene implicaciones políticas para el proyecto de la emancipación racial. Teniendo en cuenta los ejemplos de Crenshaw y Gotanda, es posible presentar por lo menos dos agendas de incidencia diferentes para el movimiento afroestadounidense. Siguiendo la visión que tienen sobre el lugar del que proviene y se re-produce la discriminación racial, estos autores optan por dos vías: una que acepta la importancia del

⁵⁰ Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”, pp. 112-113.

⁵¹ Ian Haney López, “The Social Construction of Race”. En: Richard Delgado y Jean Stefancic (eds.), *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Filadelfia, Temple University Press, 2000, pp. 163-175.

⁵² Para ampliar la conceptualización que sobre raza hacen Gotanda, *op. cit.* y Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”, incluyo la que da Haney López para quien la raza es “as a vast group of people loosely bound together by historically contingent, socially significant elements of their morphology and/or ancestry [...] Race is neither an essence nor an illusion, but rather an ongoing, contradictory, self-reinforcing, plastic process subject to the macro forces of social and political struggle and the micro effects of daily decisions”, *op. cit.*, p. 165.

⁵³ Reconozco la dificultad que existe en proponer que la agenda propuesta para la incidencia es dirigida exclusivamente al movimiento social afroestadounidense. Así que para mayor claridad cuando me refiero al movimiento afroestadounidense incluyo el movimiento social pero también todos los sectores que pueden intervenir en la eliminación de la discriminación racial, como la academia y las organizaciones sociales aliadas.

derecho pero lo ve como una herramienta de impacto limitada en la erradicación de la discriminación racial y otra que escoge la propuesta de un nuevo método de argumentación en el interior del derecho.

Para Crenshaw el movimiento afroestadounidense debe ser consciente de los límites que tiene el derecho en la modificación de los mecanismos sociales de discriminación racial. Sin embargo, la autora no abandona la estrategia jurídica como una herramienta útil en el proceso de lucha en contra de la discriminación. En ese camino Crenshaw crítica la posición de los CLS. Para ella “el aspecto más preocupante del programa crítico es que el ataque a la conciencia de los derechos pueda tener la consecuencia indeseada de privar de poder a los oprimidos racialmente, mientras que la supremacía blanca permanece incólume”.⁵⁴

Esta visión junto a la experiencia del movimiento por los derechos civiles y políticos⁵⁵ es la que lleva a Crenshaw a no descartar el uso del derecho dentro del repertorio de la movilización. Sin embargo, para esta autora el camino de la reforma legal no es suficiente para la transformación de la discriminación, dado que esta no proviene del discurso jurídico.

Lo anterior lleva a que Crenshaw insista en una lectura dual del derecho. Por un lado es visto como una posibilidad política que brinda esperanza al movimiento, pues garantiza la erradicación de las diferencias formales que existen entre la población negra y blanca en los Estados Unidos. Pero, dado que la discriminación no proviene del derecho, la eliminación de las desigualdades formales creó en la sociedad estadounidense el mito de la igualdad. De esa manera el cambio jurídico se tradujo tanto en una herramienta para el ingreso de igualdad formal para la población negra como en un instrumento de legitimación de la desigualdad racial. Por eso, aunque Crenshaw no tiene certeza sobre cuál es el camino que se debe seguir en el movimiento, sí tiene claros los riesgos de considerar que por medio de la eliminación de la discriminación formal en el derecho se va a generar la igualdad en términos raciales

Por eso:

⁵⁴ Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”, p. 110.

⁵⁵ En el caso específico del movimiento por los derechos civiles y políticos, Crenshaw considera que este movimiento presentó cómo los argumentos de la universalización y la igualdad de la ciudadanía fundantes de la tradición jurídica de los Estados Unidos no aplicaban para la población afrodescendiente. De esa forma este movimiento mostró cómo “el potencial para el cambio [que proviene del derecho] es a la vez creado y limitado por la legitimación”, *ibid.*, p. 112.

[...] mientras prospere la conciencia racial, los negros tendrán que depender a menudo de la retórica de los derechos cuando sea necesario proteger sus intereses; pero las propias reformas obtenidas con el recurso a la ideología jurídica parecen debilitar la capacidad de avanzar hacia una visión más amplia de la igualdad racial. En la búsqueda de la justicia racial ganar y perder han hecho parte de la misma experiencia.⁵⁶

La agenda propuesta por Crenshaw enfatiza la necesidad de evaluar los costos y beneficios que tiene para el movimiento de afrodescendientes el uso del discurso jurídico. Pues “el desafío más serio para los negros radica en minimizar los costos políticos y culturales de comprometerse en un proceso de coaptación inevitable para asegurar beneficios materiales”.⁵⁷

Por el otro lado Gotanda, quien partió de la regla hermenéutica del constitucionalismo ciego al color, propone que la eliminación de la desigualdad racial se logrará por medio de la transformación de la interpretación que hace sobre la raza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.⁵⁸

⁵⁶ *Ibid.*, p. 121.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 122-123. Por otro lado, la metodología del análisis de las normas que se encuentran por fuera del derecho también es usada por otras autoras como Harris. La tesis central de Harris es que la diferencia entre la población blanca y negra radica en el acceso a la propiedad que tienen los individuos. Sin embargo las restricciones para que un sujeto acceda o no a la propiedad no se encuentran —exclusivamente— en el derecho sino también en la raza. Por esa razón, el hecho de ser blanco —una característica biológica— se convierte en la interacción social en una herramienta de poder que brinda accesos diferenciados a los individuos. Harris conoce el fenómeno por medio del cual los blancos adquieren acceso a mayores espacios de la sociedad como la *blancura como propiedad*. Cheryl Harris, “Whiteness as property”. En: Crenshaw, Gotanda, Peller y Thomas (eds.), *op. cit.*, p. 277.

⁵⁸ Freeman en la recopilación realizada en 1995 también opta por un análisis en el que la solución a la discriminación racial parte de un análisis juicioso y crítico del derecho. Como objeto de estudio, el autor eligió las leyes antidiscriminación. Frente a estas considera que la forma como se han interpretado en los Estados Unidos ha fortalecido las dinámicas de discriminación hacia la población negra. Por esa razón, cree que es necesario establecer una nueva manera de producir el derecho. Así, lo que se debe lograr es periodizar (similar a Gotanda) la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos —tal y como lo hace en el texto— para después impulsar una interpretación en la que se incluya la perspectiva de las víctimas de discriminación, que han sido silenciadas por la visión exclusiva del victimario.

En primer lugar, Gotanda considera que las herramientas jurídicas son útiles para la consecución de recursos materiales para la población afrodescendiente.⁵⁹ En ese sentido, una de las consecuencias de modificar la interpretación formal⁶⁰ de la Corte Suprema de Justicia será la obtención de capitales económicos para la población afrodescendiente. Si se lograra la transformación, Gotanda imagina que se rompería la ceguera de la interpretación formal. Haciendo uso de este logro, el movimiento afroestadounidense podría obtener las políticas de apoyo que se le habían negado por considerar que estas no atacaban la irracionalidad de la discriminación racial individual sino las condiciones sistémicas de desigualdad.

Para lograr la transformación en la interpretación, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el momento de fallar los casos de raza, debe realizar una analogía con la jurisprudencia sobre “las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda —las cláusulas atinentes al libre ejercicio y al establecimiento de la religión—”.⁶¹ La analogía con la jurisprudencia de la religión es útil, en el concepto de Gotanda, pues en esta la Corte quebrantó el principio de interpretación ciega en materia religiosa. Por el contrario, la interpretación de la religión por parte del derecho le ha permitido a la Corte asumir una actitud activa en la protección del libre ejercicio de la religión, mientras que ha prohibido el establecimiento de una religión única.

⁵⁹ Este punto es similar al que fue presentado por Crenshaw; solo que ella se concentra en la erradicación formal de la desigualdad y no tanto en la obtención de recursos materiales concretos por medio del uso del derecho, como sí lo hace Gotanda.

⁶⁰ Para Gotanda, la visión formal de la raza tiene una variante que considera que el racismo es un comportamiento individual. Esta concepción que se encuentra dentro de la interpretación jurídica que hace la Corte Suprema de Justicia genera que se analicen todos los problemas sociales como carentes de un ingrediente racial. Por esta razón, casos como el acceso a la vivienda o al empleo son vistos sin conexión con las implicaciones raciales y nunca se tienen en cuenta en el momento de interpretar cuál sería la mejor resolución para ese caso. La visión individualizada del racismo también imposibilita la intervención del Estado pues considera que los sujetos se encuentran en pie de igualdad —dadas las condiciones de igualdad formal— y por lo tanto la intervención del Estado para ayudar a la población negra de manera concreta es vista como una vulneración del principio de igualdad de trato. Este mecanismo de interpretación del derecho además, según Gotanda, ignora la acumulación histórica de privilegios sociales que tiene la población blanca sobre la negra, y por esa razón debería ser cuestionado por parte de los estudiosos del derecho.

⁶¹ Gotanda, *op. cit.*, p. 93.

Para Gotanda la traducción de estos dos principios interpretativos en el tema racial generaría, a su vez, dos cambios concretos. Primero, reconocería la existencia de la raza blanca y negra como un aspecto positivo dentro del tejido social de la cultura de los Estados Unidos. Segundo, establecería como no admisible “[...] —lo que el Estado no puede “establecer”— [...] la subordinación racial y la supremacía blanca: el uso del concepto de raza como estatus o de la noción formal de raza para establecer dominación, jerarquías y explotación”.⁶²

Relación de la teoría crítica racial (CRT) con los estudios críticos del derecho (CLS)

Por último, Crenshaw⁶³ interviene directamente en el debate entre derecho y poder en diálogo directo con los CLS. Esta pregunta se aborda por medio de un análisis de cuáles han sido las herencias de la CLS a los postulados de la CRT.⁶⁴ En este espectro existen dos posturas: una de ellas propone a la CLS como un eje antagónico de la CRT. Así, la CRT se crea como reacción a lo que se estaba planteando desde la CLS. La segunda posición se concentra más en los vínculos y aprendizajes que extrajo la CRT de la CLS. En esa postura, la CLS y sus postulados teóricos conforman la sombrilla argumentativa desde la que le fue posible al grupo de la CRT presentar sus propuestas teóricas. En esta sección se presentará la discusión y se hará un esfuerzo por clasificar las fuentes centrales de este ensayo en el marco de este panorama.

El primer polo de la discusión es representado por Crenshaw, quien propone que la CRT inició sus estudios porque los académicos de la CLS “sostiene[n] que su proyecto se ocupa de la dominación, pocos [...] han hecho más que un esfuerzo simbólico por referirse específicamente a la dominación racial y su trabajo no parece fundamentado en la realidad de los oprimidos

⁶² *Ibid.*, p. 95.

⁶³ Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”.

⁶⁴ Entiendo por producción académica más reciente la que se propone en la publicación de la *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011). Hago esta explicación pues, si bien la mayoría del cuerpo del texto se había concentrado en el diálogo entre Crenshaw y Gotanda, uno de los principales focos de avance en el estudio de la crt pasa por tener en cuenta la discusión que propone Crenshaw en el texto fundacional que se estudió en este documento.

por su raza”.⁶⁵ De esa forma, los CRT son una respuesta al silencio que se había creado en la academia de los Estados Unidos sobre la situación de la población negra en la sociedad; dado que la CLS se había concentrado en otras formas de dominación que provenían de los postulados liberales del discurso jurídico.

Para Crenshaw es necesario conformar un esfuerzo teórico que se plantee la situación de la población negra y por ese motivo se concentre en la categoría de racismo más que en la del análisis de la ideología jurídica liberal que había criticado los CLS. Los estudios de la CLS son incompletos porque dejan de lado el papel ideológico del racismo en la construcción del discurso jurídico de los Estados Unidos.⁶⁶ En términos de Crenshaw, la CRT entró a la discusión académica porque “la gente negra no crea su mundo opresivo a cada paso sino que se ve obligada a vivir en mundos creados y mantenidos por otros. Más aún, la fuente ideológica de esta coerción no es la conciencia jurídica liberal sino el racismo”.⁶⁷

Por último, para Crenshaw, la CLS además de guardar silencio sobre la importancia de la ideología racista también fue clave en medio de la creación de la CRT, pues algunos de sus participantes se opusieron a la existencia de un grupo de pensamiento independiente que hiciera crítica desde la categoría de raza.⁶⁸ Por esos motivos Crenshaw⁶⁹ presenta que la CRT se creó en antagonismo de los CLS, dado que estos últimos habían ignorado el fenómeno del racismo y además algunos de ellos se oponían a la creación de un proceso independiente.

La versión propuesta por Crenshaw entra en tensión con las ideas representadas por Trubek⁷⁰ y Carbado.⁷¹ Para estos autores, la CRT y los CLS no tienen una relación de antagonismo sino de aprendizaje y redefinición. En primer lugar, Trubek propone que las explicaciones dadas por Crenshaw sobre la relación entre CRT y CLS se encuentran parciales y no tienen en cuenta los canales de comunicación que existen entre las propuestas teóricas. Este

⁶⁵ Crenshaw, “Raza, reforma y retroceso”, p. 108.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 109.

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ Crenshaw, “Twenty Years of Critical Race Theory”, p. 1291.

⁶⁹ En los textos que se han estudiado en este artículo que fueron publicados en el 2006 y el 2011.

⁷⁰ Trubek, *op. cit.*, pp. 1505-1512.

⁷¹ Carbado, *op. cit.*, pp. 1593-1643.

autor señala que la visión de Crenshaw enfatiza, demasiado, la idea de que la CRT se formó a partir de la contestación de los límites de las herramientas legales en la lucha contra la discriminación y a partir de la creencia de que era posible constituir un conocimiento jurídico con mayores capacidades emancipatorias que las propuestas desde la crítica al legalismo liberal.⁷²

No obstante, esa visión deja de lado los canales de comunicación de la CRT con la CLS.⁷³ De acuerdo con Trubek, el primer aporte clave que realizó la CLS fue ampliar el espectro del pensamiento crítico en la academia jurídica. Una de las tesis centrales de la CLS es que el derecho es tan solo uno de los mecanismos de regulación de la sociedad. Lo importante de esta constatación es que se demuestra que el derecho es una herramienta focalizada en términos históricos y políticos. Por lo tanto, no se puede dejar de lado que entra en pugna con otras herramientas de control como, por ejemplo, las normas sociales de comportamiento. Esta idea es fundamental para los estudios que se proponen desde la CRT. Un ejemplo de la adopción de las tesis de la CLS es el estudio presentado por Crenshaw sobre el análisis del lugar de creación de la subordinación racial que se ha estudiado en este texto.

En segundo lugar, se entiende que la CLS introdujo en la academia la tesis de que la ley es una de las herramientas que ayuda a mantener las jerarquías sociales. Por lo tanto, los postulados de neutralidad o imparcialidad tendrían que ser contrastados con la situación real de los individuos en la sociedad.⁷⁴ Esta sería otra de las ideas centrales de los estudios de la CRT. Por ejemplo, la propuesta de análisis del discurso legal que hace Gotanda⁷⁵ parte de ese postulado teórico que había sido introducido por los CLS.

Esos puntos de contacto llevan a Carbado a proponer que la relación entre esas dos escuelas es más de atracción y repulsión. Por lo tanto, para este autor negar la intersección entre ambas corrientes sería dejar de lado las posibilidades de fortalecer una crítica sólida desde la izquierda académica y política a la situación actual de los grupos sociales vulnerables.

⁷² Trubek, *op. cit.*, p. 1505.

⁷³ Aunque Trubek se concentra en sistematizar seis vasos de comunicación entre dos escuelas, utilizo solo dos para ejemplificar la discusión y clasificar las propuestas de Crenshaw y Gotanda. Si se quiere conocer las demás, *cf.* Trubek, *op. cit.*

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ Gotanda, *op. cit.*

Conclusión

A lo largo de este ensayo se presentaron algunos de los aportes que realizó la CRT al pensamiento jurídico crítico. Como lo puede constatar el lector, el análisis se basó principalmente en la obra de Kimberlé Crenshaw y algunos de los aportes centrales de Neil Gotanda. Sin embargo, en los puntos en los que existe una profundización se presentaron otros autores que han desarrollado sus estudios siguiendo postulados teóricos similares. La apuesta central del ensayo fue presentar que en el aporte de la CRT a la teoría jurídica, en sentido general, y a la relación entre derecho y poder, de manera particular, existen puntos diferentes que parten de la inclusión de la categoría y pregunta por la raza.

En la primera sección del ensayo se mostró cómo se incluyó dentro del pensamiento jurídico una explicación del derecho como un objeto de estudio. Allí el mecanismo argumentativo difiere, pues, por un lado, Crenshaw hace énfasis en la visibilización que da el derecho a la relación entre la subordinación simbólica, la material y los límites para la transformación social. Por el otro lado, Gotanda se concentra en presentar la ideología de dominación racial que se encuentra dentro del derecho.

La segunda parte se concentró en uno de los aportes teóricos centrales de la CRT, que consiste en mostrar que el ejercicio de poder y dominación está ligado al lugar en el que se origina la discriminación racial. Para lo anterior, el análisis de Crenshaw, principalmente, le da preeminencia a los estereotipos sociales que legitiman y reproducen la discriminación, mientras que Gotanda se focaliza en el estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

En la tercera parte, ligado con el avance anterior, se expuso un momento central en la relación que tiene el derecho con el ejercicio de dominación y el uso y creación de la ideología. Aunque existe una línea de continuidad entre Crenshaw y Gotanda, principalmente acerca del momento en el que se hace visible la discriminación racial, se diferencian en torno al contenido —explícito— que dan sobre la categoría de ideología.

En la cuarta sección se presentó la diferencia sobre qué hacer para eliminar la discriminación racial. Por último, siguiendo el debate introducido por Crenshaw, se mostraron algunas tensiones que se presentan sobre el *continuum* que existe entre los postulados de la CRT y los de la CLS. Allí fue posible constatar que más allá de la discusión sobre la relación o no de los participantes

de ambas escuelas, los dos textos que sirvieron como fuentes principales de este ensayo —Crenshaw y Gotanda— comparten algunos postulados con las características de la CLS que son enunciadas por Turbek y Carbado. En esa sección se explicitó la participación que tiene la CRT en la discusión general sobre la teoría jurídica crítica en el contexto de los Estados Unidos.

Este documento conforma una exploración sobre los aportes teóricos que realizó la CRT al pensamiento jurídico. En especial, la CRT avanzó en la problematización de la relación entre el derecho y el poder, haciendo explícito su componente racial. Por esa razón, construyeron un mecanismo argumentativo en el que se preguntaron por el derecho y el ejercicio de poder a partir de las causas y consecuencias que se generan sobre las relaciones de dominación racial. Para próximas investigaciones considero que se podría realizar un estudio que señale y articule los efectos de las propuestas teóricas en las acciones emprendidas por el movimiento afroestadounidense, siguiendo la insistencia de Kennedy⁷⁶ y Crenshaw;⁷⁷ pues si se toma en serio la propuesta de Crenshaw, el análisis exclusivo de las categorías analíticas domesticaría la propuesta política que se puede extraer de los estudios de la CRT. Lo anterior porque el estudio de la CRT tiene pretensiones políticas que buscan influir en el repertorio de movilización de la población afroestadounidense y del MDC, y, en especial, en la condición de vida de las personas negras.

Un segundo tema que debe ser analizado se deriva, especialmente, de la exploración que se hace en la sección “Relación de la teoría crítica racial con los estudios críticos del derecho”. Esa parte del documento invita a realizar estudios comparados que muestren en cuáles formulaciones se cumple la visión del antagonismo y en cuáles la de los vasos de comunicación entre las dos escuelas. Lo importante es continuar con la exploración de qué nuevas categorías trae la CRT a la discusión sobre la relación entre el poder y el derecho, teniendo en cuenta que después de la entrada en el debate de la CRT se hace imposible negar el componente racial que se encuentra en las relaciones sociales.

⁷⁶ Duncan Kennedy, “A Cultural Pluralistic Case for Affirmative Action in Legal Academia”. En: Crenshaw, Gotanda, Peller y Thomas (eds.), *op. cit.*, pp. 159-176.

⁷⁷ Kimerberlé Crenshaw, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Policies and Violence Against Women of Color”. En: Crenshaw, Gotanda, Peller y Thomas (eds.), *op. cit.*, pp. 357-383.

Bibliografía

- CARBADO, Devon, "Critical What What?", en *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011), pp. 1593-1643.
- CRENSHAW, Kimberlé, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Policies and Violence Against Women of Color". En: Crenshaw, Kimberlé; Gotanda, Neil; Peller, Gary y Thomas, Kendal (eds.) *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995, pp. 357-383.
- , "Raza, reforma y retroceso: transformación y legitimación en el derecho contra la discriminación". En: García Villegas, Mauricio; Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Restrepo Saldarriaga, Esteban (eds.), *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006, pp. 97-123.
- , "Twenty Years of Critical Race Theory: Looking Back To Move Forward", en *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011), pp. 1253-1352.
- CRENSHAW, Kimberlé; GOTANDA, Neil; PELLER, Gary y THOMAS, Kendal (eds.) *Critical Race Theory. The Key Writings that Formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995.
- DELGADO, Richard y STEFANCIC, Jean, *Critical Race Theory: An Introduction* (2.^a ed.), Nueva York, New York University Paperback, 2012.
- FREEMAN, Alan David, "Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court". En: Crenshaw, Kimberlé; Gotanda, Neil; Peller, Gary y Thomas, Kendal (eds.) *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995, pp. 29-45.
- GOTANDA, Neil, "Una crítica a 'nuestra Constitución es ciega al color'". En: García Villegas, Mauricio; Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Restrepo Saldarriaga, Esteban (eds.), *Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2006, pp. 69-96.
- HANEY LÓPEZ, Ian, "The Social Construction of Race". En: Delgado, Richard y Stefancic, Jean, *Critical Race Theory: The Cutting Edge*, Filadelfia, Temple University Press, 2000, pp. 163-175.
- HARRIS, Cheryl, "Whiteness as property". En: Crenshaw, Kimberlé; Gotanda, Neil; Peller, Gary y Thomas, Kendal (eds.) *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995, pp. 276-291.
- KENNEDY, Duncan, "A Cultural Pluralistic Case for Affirmative Action in Legal Academia". En: Crenshaw, Kimberlé; Gotanda, Neil; Peller, Gary y Thomas,

- Kendal (eds.) *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995, pp. 159-176.
- LIPSITZ, George, "Constituted by a Series of Contestations: Critical Race Theory as a Social Movement", en *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011), pp. 1459-1478.
- PELLER, Gary, "History, Identity, and Alienation", en *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011), pp. 1479-1502.
- , "Race-Consciousness". En: Crenshaw, Kimberlé; Gotanda, Neil; Peller, Gary y Thomas, Kendal (eds.) *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement*, Nueva York, The New Press, 1995, pp. 127-158.
- TORPEY, John y BURKET, Maxime, "The Debate over African American Reparations", en *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 6 (2010), pp. 449-467.
- TRUBEK, David, "Foundational Events, Foundational Myths, and the Creation of Critical Race Theory, or How To Get Along with a Little Help from Your Friends", en *Connecticut Law Review*, vol. 43, 5 (2011), pp. 1505-1512.

Parte III

Constitucionalización, objetivación
del derecho y derecho como exclusión

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: APORTES DE DWORKIN, PORTALIS Y SAVIGNY

*Sergio Anzola**

Un debate que ocupa actualmente a los académicos y practicantes del derecho internacional es el aparente fenómeno de su constitucionalización. Este debate se presenta ahora de forma más aguda que en tiempos pasados, debido a la creciente fuga de poder del sistema nacional al transnacional.¹

Este ensayo apunta a conectar ideas y debates de tres autores representativos de la tradición jurídica occidental con el fenómeno de la constitucionalización del derecho internacional. Estos autores son Dworkin, Portalis y Savigny. El aporte que se pretende hacer a partir de las ideas de estos autores no es en todo caso de aplicación sencilla. Como se expondrá más adelante, las posibles soluciones que aportarían encuentran, en los mismos debates de los que ellos fueron protagonistas, sus limitantes.

Con la anterior aclaración hecha, este escrito argumenta que aspectos particulares de la teoría del derecho de Ronald Dworkin pueden constituirse como insumos útiles para el proceso de constitucionalización del derecho internacional que ha surgido en parte como respuesta al problema de la fragmentación de dicha disciplina. Específicamente, argumenta que la idea del

* Abogado de la Universidad de los Andes con maestría en Derecho Internacional Público de la Universidad de Helsinki, estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

¹ Cf. Mattias Kumm, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis", en *European Journal of International Law*, 15 (2004), pp. 907-931.

“juez Hércules” y la noción del “derecho como integridad” pueden trabajar conjuntamente para que, en los distintos regímenes del derecho internacional que han generado un proceso de fragmentación, un posible “juez Hércules” pueda discernir principios comunes que permitan articular los distintos regímenes bosquejando entonces las bases de una Constitución global que hasta el momento no existe.

En todo caso, y como se señaló anteriormente, ese aporte no es de aplicación sencilla. Este ensayo reconoce que el posible aporte de Dworkin señalado en el párrafo anterior tropieza con un debate sostenido en el siglo XIX entre Portalis y Savigny pero que cobra vigencia en la actualidad. Este debate es el que se podría sintetizar en la siguiente pregunta: ¿quién constituye a quién?: ¿la comunidad al derecho o el derecho a la comunidad? Portalis y Savigny, aunque enfrentados en su propio debate, advierten sobre el posible aporte de Dworkin el problema de cómo crear una Constitución global cuando aún hoy resulta controversial hablar de una comunidad política global, en el sentido de una comunidad de principios como la descrita por Dworkin en *El imperio de la justicia*.² Frente a este debate, este ensayo argumenta que el “derecho como integridad” y el papel del juez Hércules podrían alinearse con la posición sostenida por Portalis; es decir, serían el ideal del “derecho como integridad” y la labor del juez Hércules los que articularían la comunidad internacional como una comunidad de principios, tal como la describía Dworkin a través del mismo proceso de constitucionalización que impulsarían.

En síntesis, este artículo propone, ante el fenómeno de la fragmentación del derecho internacional, retomar el ideal del “derecho como integridad” y del juez Hércules con el fin de encontrar principios subyacentes en los distintos regímenes y así sistematizar un catálogo de ellos que tenga una mayor importancia y una ubicación más alta en una pirámide normativa, lo que permitiría consolidar el proyecto de la constitucionalización del derecho internacional. En todo caso, frente a esta propuesta, el artículo advierte y llama la atención sobre si efectivamente puede haber una Constitución sin *demos*, una pregunta que buscó su respuesta en las ideas de Portalis y Savigny años atrás.

El escrito está estructurado de la siguiente forma: la primera parte explicará en qué consiste el fenómeno de la constitucionalización del derecho internacional, a qué problemáticas responde y cuáles han sido las respuestas a

² Cf. Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1986.

dichos retos. La segunda parte tiene como fin mostrar los aportes de la teoría de Dworkin al proyecto de constitucionalización del derecho internacional. La tercera parte introducirá el debate de Portalis y Savigny para demostrar las limitaciones y problemáticas que debería enfrentar el aporte de Dworkin para la creación de una Constitución global. En la cuarta parte se sintetizarán las posibles posiciones que tendrían Savigny y Portalis respecto al proyecto de una Constitución global, tal como se propone en la segunda parte. La quinta parte estará destinada a hacer explícita la preferencia del autor por la apuesta teórica de Portalis en relación con el debate entre si la sociedad antecede al derecho o el derecho a la sociedad. Por último, se presentarán unas conclusiones.

El fenómeno de constitucionalización en el derecho internacional

Buscar analogías directas entre el derecho nacional e internacional puede ser en algunos casos una empresa equivocada. El derecho internacional tiene unos fines distintos al derecho nacional. La forma en que produce sus normas, como las ejecuta y quienes las ejecutan son diferentes a las del derecho nacional. Estas particularidades lo han hecho víctima de varios ataques, en los cuales se ha llegado a cuestionar su naturaleza jurídica.³

A pesar de apuntar a fines distintos mediante métodos diferentes, el proceso de globalización ha llevado a que algunas ramas del derecho que se consideraban exclusivas de los sistemas jurídicos nacionales empiecen a surgir en el campo del derecho internacional. Síntomas de este fenómeno se empiezan a evidenciar con la rama del derecho constitucional. En este sentido, Dunoff y Trachtman señalan:

Therefore, increased globalization may make it more valuable for actors to enter into denser legal and institutional relationships, including constitutionalized relationships. Indeed, there may be a dialectical relationship between globalization and constitutionalization along the following lines: technological and social change yields greater possibilities for beneficial international interactions [...]. International legal rules become more valuable to realize the increased benefits of these international interactions. Increasing demand for production of international legal rules gives

³ Para una síntesis de estos ataques, véase Michael Akehurst, *Introducción al derecho internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, pp. 11-23.

rise to increasing demand for international constitutional norms and processes that facilitate the production of international legal rules.⁴

Si bien la globalización y los procesos que subyacen a ella pueden desempeñar un papel preponderante en la demanda de proliferación de normas, la constitucionalización del derecho internacional no se debe exclusivamente a ella.⁵ Detrás de la proliferación de normas se esconden varios fenómenos que tienen importantes consecuencias jurídicas en el campo del derecho internacional. Dentro de estos fenómenos, se encuentran la fragmentación, la pluralización y la privatización. La constitucionalización del derecho internacional busca erigirse como una posible solución a estos fenómenos que atacan la coherencia y organización del derecho internacional.⁶ Para los propósitos de este ensayo, me enfocaré únicamente en el fenómeno de la fragmentación.

⁴ “De acuerdo con esto, la expansión de la globalización puede hacer que sea más atractivo para sus actores entrar en relaciones institucionales y jurídicas más densas incluyendo en ellas relaciones de naturaleza constitucional. Por ende, puede haber una relación dialéctica entre globalización y constitucionalización en los siguientes términos: los cambios tecnológicos y sociales arrojan mayores posibilidades para que surjan interacciones internacionales benéficas [...]. Las normas jurídicas internacionales se hacen más importantes para alcanzar los beneficios de estas interacciones. De esto se desprende que el aumento en la demanda de producción de normas internacionales conlleva un aumento en la demanda de normas constitucionales internacionales que faciliten la producción de normas legales internacionales de menor jerarquía” (traducción propia). Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman, “A Functional Approach to International Constitutionalization”. En: *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 6.

⁵ Algunos autores argumentan que el proceso de globalización actual es mucho más débil y menos denso en comparación con otros períodos históricos en los que el mundo ha estado más “conectado” como la *Belle Époque* entre 1890 y 1914. Esto se constituye entonces en otro argumento para sostener que la globalización por sí sola no justifica la constitucionalización del derecho internacional, pues este proyecto jurídico solo surge en los últimos años. Cf. David Held y Anthony McGrew, *The Global Transformation Reader: An Introduction to the Globalization Debate*, Boston, Polity Press, 2000, p. 47.

⁶ Cf. Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

La fragmentación del derecho internacional

La fragmentación es un reflejo de la especialización que ocurre también en el ámbito doméstico en las distintas ramas del derecho. De esta forma, al igual que en el derecho nacional, en el derecho internacional las distintas ramas empiezan a funcionar bajo sus propias lógicas y no encuentran un principio común o una serie de principios que las articulen. El derecho penal internacional tiene sus propias reglas y objetivos al igual que el derecho ambiental internacional. Los internacionalistas especializados en el derecho internacional de los derechos humanos saben poco o nada sobre el derecho internacional de la inversión extranjera o el derecho internacional del mar. De esta forma, el derecho internacional empieza a ser visto, no como una unidad monolítica (como tal vez se veía hace unos años cuando el único foro judicial internacional era la Corte Internacional de Justicia y cuando no existía la Organización Mundial del Comercio ni la Corte Penal Internacional), sino como un mosaico de distintos regímenes herméticos que no interactúan los unos con los otros.

Teubner y Fischer-Lescano argumentan que esta fragmentación es mucho más profunda y difícil de combatir. Para ellos esta se da no únicamente como un reflejo del pluralismo legal y político, sino como una expresión de contradicciones entre distintos sectores de la sociedad:

At core, the fragmentation of global law is not simply about legal norm collisions or policy-conflicts, but rather has its origin in contradictions between society-wide institutionalized rationalities, which law cannot solve, but which demand a new legal approach to colliding norms.⁷

El problema con la fragmentación es que esta puede reflejar la especialización profesional y las ambiciones funcionales de cada rama particular, tal como

⁷ “En esencia, la fragmentación del derecho global no se trata simplemente sobre conflictos de normas o regímenes internacionales, sino que en realidad se trata de contradicciones entre racionalidades institucionalizadas contradictorias que el derecho no puede resolver pero que no obstante reclaman una nueva aproximación jurídica” (traducción propia). Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano, “Regime-Collisions: The vain search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 4 (2004) p. 1004. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=873908>.

señalan Teubner y Fischer-Lescano, mas esto no implica que la realidad que el derecho internacional regula sea también una realidad fragmentada y factible de ser gobernada por segmentos. Pensemos en un caso hipotético: un país entra en una fuerte recesión económica y en respuesta a ello decide incumplir con las obligaciones que tiene frente al Fondo Monetario Internacional en cuanto a políticas macroeconómicas y con las obligaciones que tiene frente a inversores extranjeros, los cuales encontraban sus inversiones amparadas por un tratado de inversión extranjera suscrito entre el Estado que entró en recesión y el Estado donde tienen asiento los negocios de los inversores. El Estado que entró en recesión económica incumple sus compromisos con el Fondo Monetario Internacional y sus inversores extranjeros argumentando que en realidad esta era la única forma de tener solvencia económica y financiera para así cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos provenientes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de esta forma proveer, por poner un ejemplo, los servicios de salud a una parte importante de su población, garantizando su derecho a la vida. Es decir, este Estado considera que en realidad tenía derecho (y el derecho le exigía) incumplir ciertas obligaciones para así honrar otras. ¿Qué rama del derecho internacional debe regular esta situación particular? ¿El derecho internacional económico? ¿El derecho de la inversión extranjera? ¿El derecho internacional de los derechos humanos? ¿Qué foro debe decidir el caso? ¿Qué normas u obligaciones deberían primar en este caso? El derecho internacional se encuentra en apuros para responder estas preguntas, fruto del proceso de fragmentación, precisamente porque no hay una disciplina o un instrumento que permita dirimir estos conflictos. En el derecho internacional no hay una Constitución ni un derecho constitucional que permita establecer jerarquías donde se plasmen valores y principios que permitan zanjar disputas legales de este carácter.

El fenómeno de la fragmentación no ha pasado inadvertido a la institucionalidad internacional. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (en adelante *la Comisión*) realizó un extenso reporte en el que describió el fenómeno y presentó algunas recomendaciones para manejarlo.⁸ En su descripción inicial del problema, la Comisión reconoce que los múltiples regímenes del derecho internacional traen consigo problemas de

⁸ International Law Commission, "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law", 4 de abril del 2006, documento A/CN.4/L.682.

coherencia para el derecho internacional en general. Así mismo, la Comisión señala algo importante, y que concuerda con la observación de Teubner y Fischer-Lescano, y es que cada régimen viene con sus propios principios, su propia forma de experticia y su propio *ethos*.⁹ Estas características, propias de cada régimen, apuntan la mayoría de las veces en distintas direcciones y generan lo que se podría llamar una fuerza centrífuga que afecta la unidad y coherencia del derecho internacional.

A pesar de las preocupaciones que la fragmentación puede traer a la mente de los académicos y practicantes del derecho internacional, la Comisión, en mi opinión, de manera acertada, señala que esta no es necesariamente nociva o no es fruto de errores técnicos legales. La fragmentación es también un síntoma de apertura del derecho internacional a diferentes preocupaciones o intereses. Como bien señala el reporte:

A law that would fail to articulate the experienced differences between fact-situations or between the interests or values that appear relevant in particular problem-areas would seem altogether unacceptable, utopian and authoritarian simultaneously.¹⁰

Sin embargo, la Comisión reconoce también que en todo caso es necesario tener un mecanismo o una forma de lidiar con el fenómeno inevitable de la fragmentación. En respuesta a esto, la Comisión propone una solución que en principio no parece asimilarse a una de corte constitucionalista o de creación de jerarquías normativas. Para la Comisión el fenómeno de la fragmentación puede ser solucionado mediante el uso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En su opinión, el derecho internacional siempre ha estado equipado y ha tenido que lidiar con fenómenos de este tipo aunque actualmente sus efectos sean más agudos. La herramienta puntual propuesta por la Comisión es el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta disposición exige al intérprete de un tratado tener en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. La Comisión considera que este artículo es la materialización del objetivo de una *integración sistémica* en el derecho

⁹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰ “Un derecho que no sea capaz de articular las distintas experiencias, valores e intereses relevantes de determinadas áreas o regímenes sería un derecho inaceptable, utópico o, incluso, al mismo tiempo, autoritario” (traducción propia). *Ibid.*, p. 12.

internacional según la cual, sin importar la materia que un tratado regule, estos son una creación del *sistema* internacional legal y su operación y aplicación se da bajo esa premisa de pertenecer y ser fruto de un sistema.

Para la Comisión, que el derecho internacional sea un sistema legal tiene implicaciones importantes:

Its rules and principles (i. e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms. There are meaningful relationships between them. Norms may thus exist at higher and lower hierarchical levels, their formulation may involve greater or lesser generality and specificity and their validity may date back to earlier or later moments in time.¹¹

De esta forma, el principio de *integración sistémica* busca que el intérprete o autoridad que vaya a decidir sobre un asunto de derecho internacional mire más allá del caso individual. El uso de este principio garantiza que la interpretación de una norma de derecho internacional, o la decisión de un caso, esté conectada con el contexto legal general, el cual está compuesto por normas de regímenes funcionales distintos al que aparentemente se aproxima más a la naturaleza del caso bajo estudio. Este principio es entonces un antídoto para la fragmentación y la pérdida de coherencia del derecho internacional y más importante aún, garantiza que el derecho internacional siga siendo una herramienta útil para perseguir un interés público:

To hold those institutions [haciendo referencia a las instituciones que aplican derecho] as fully isolated from each other and as only paying attention to their own objectives and preferences is to think of law only as an instrument for attaining regime-objectives. But law is also about protecting rights and enforcing obligations,

¹¹ “Sus reglas y principios no se aplican autónomamente sino siempre en relación y atención con otras normas y principios. Como sistema jurídico el derecho internacional no es una colección arbitraria de normas pues entre ellas existen relaciones guiadas por una lógica particular. Por ende, existen normas con distintas jerarquías, diversos grados de especificidad en su contenido y aplicabilidad y distintos marcos temporales respecto a su validez” (traducción propia). International Law Commission, “Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and expansion of International Law”, 2006. Disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf.

above all rights and obligations that have a backing in something like a general, public interest. Without the principle of “systemic integration” it would be impossible to give expression to and to keep alive, any sense of the common good of humankind, nor reducible to the good of any particular institution or regime.¹²

La Comisión propone una solución técnica basada en el principio de integración sistémica pero que, no obstante, tiene una importante premisa subyacente y es la de comprender el derecho internacional como un *sistema legal* en el cual se dan relaciones entre normas que necesitan de una interpretación que les haga adquirir sentido entre ellas.

La verticalización o jerarquización como respuesta a la fragmentación

La fragmentación del derecho internacional originada por los múltiples regímenes ubicados en un mismo plano horizontal carente de niveles jerárquicos ha traído como respuesta la propuesta de romper ese plano horizontal y establecer jerarquías normativas que permitan dirimir conflictos entre los distintos regímenes. Parecería ser que esta apuesta se hace teniendo como trasfondo un escepticismo frente al derecho internacional público como posible vía de solución (es decir, un escepticismo frente al tipo de solución propuesta por la misma Comisión). Al respecto Klabbers señala:

There is a deep-seated anxiety that merely to respond to fragmentation by invoking general international law will be insufficient. Instead, in order to keep fragmented units together, something of a higher status must be involved, and it is precisely constitutionalism, or constitutionalization, that promises to be able to create some order in what otherwise would be chaos. Fragmentation, in yet other words, would lose

¹² “Pensar en las instituciones o cortes internacionales que aplican el derecho como completamente aisladas y prestando atención exclusivamente a los objetivos perseguidos por sus regímenes es concebir el derecho como un simple instrumento empleado para alcanzar objetivos específicos. No obstante, el derecho no se limita a eso sino que también protege derechos y hace cumplir obligaciones, sobre todo, derechos y obligaciones que encuentran un respaldo en una idea de interés general. Sin el principio de integración sistémica sería imposible dar expresión y proteger el bien común de la humanidad el cual no puede ser reducido al bien que persigue una institución o un régimen particular” (traducción propia). *Ibid.*, p. 205.

some of its risks because it would, on the constitutionalist view, always be subject to higher imperatives.¹³

En el mismo sentido Urueña se refiere al recurso a estas normas superiores como un meta-régimen que para algunos se constituye como un mecanismo que garantiza la coherencia del sistema:

[...] si tenemos un problema de fragmentación entre regímenes auto-contenidos, necesitamos un meta-régimen que nos permita decidir entre las diferentes alternativas. Si tenemos un problema de incoherencia valorativa interna en derecho internacional, necesitamos un meta-valor que nos guíe en la interpretación de los otros valores del régimen. Este meta-régimen, este meta-valor, es literalmente constitucional: constituye alrededor suyo el resto del sistema jurídico internacional.¹⁴

La apuesta por la verticalización, es decir, por la creación de una jerarquía en la cual haya una *norma de normas* se torna más atractiva cuando se analiza también la fuga de poderes del nivel nacional al internacional y de la esfera pública y privada.¹⁵ Estos nuevos focos de ejercicio de poder y gobernanza escapan de los controles al poder que en el nivel nacional pertenecen a la esfera del derecho constitucional. La verticalización se ofrece entonces como una posible solución en la cual un set de principios o valores superiores limitan y guían el ejercicio del poder en estos nuevos campos.¹⁶

No obstante, la formulación de una especie de constitucionalismo global no ha sido uniforme. Existen distintas visiones de qué debería ser el constitucionalismo a nivel global.¹⁷ Por un lado se encuentra la visión sustantiva,

¹³ Klabbers, Peters y Ulfstein., *op. cit.*, p. 15.

¹⁴ René Urueña, “Espejismos constitucionales: la promesa incumplida del constitucionalismo global”, en *Revista de Derecho Público*, 24 (2010), p. 18.

¹⁵ Para una breve descripción de estos nuevos campos de ejercicio de poder, véase Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard Stewart, “The Emergence of Global Administrative Law”, en *Law & Contemporary Problems* (2005), pp. 15-61.

¹⁶ Véase Thomas Cottier y Maya Hertig, “The Prospects of 21st Century Constitutionalism”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 7 (2003), p. 261; Anne Peters, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, en *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), p. 579.

¹⁷ Véase *supra* 14.

la cual propone que el derecho internacional tenga, en palabras de Urueña, un “núcleo duro” dotado de un contenido específico que sirva como límite al ejercicio del poder. El contenido, como señala Urueña, puede cambiar dependiendo de los intereses u orientaciones de sus defensores. Así, habrá contenidos en los cuales los derechos humanos operen como límite y guía del ejercicio del poder y habrá otros en los que el derecho penal internacional con su bandera de “no impunidad” sea el eje central bajo el cual gravite el resto del andamiaje jurídico.

La segunda versión del constitucionalismo global se enfoca más en los aspectos procedimentales. Esta versión parte de su escepticismo frente a la posible determinación de un contenido o un núcleo duro, tal como lo propone la versión sustantiva. La razón de esto, en palabras de Klabbers, quien es citado por Urueña, es que: “La idea de ir más allá de la política a través de la insistente adherencia a ciertos valores fijos está destinada a fallar, pues la referencia a esos valores es, en sí misma, inmensa e intensamente política”.¹⁸

Esta versión procedimental busca entonces promover unas reglas de procedimiento que permitan la deliberación política sin predeterminar un contenido o un resultado particular. Esta versión no promueve entonces una visión o agenda de algún régimen específico sino que se centra en proveer mecanismos que permitan deliberación en condiciones de igualdad con el fin de conseguir mediante ellos un contenido obtenido mediante la participación en condiciones de igualdad de los interesados.

El aporte de Dworkin frente al proceso de constitucionalización en el derecho internacional

La teoría de Dworkin evidentemente busca contar con un juez capaz de realizar la práctica interpretativa siguiendo las tres fases por él descritas,¹⁹ con el fin de construir la mejor interpretación constructiva de la práctica legal que refleje los principios y la moralidad política de la comunidad, y de esta forma determinar cuál es la “propuesta de ley” verdadera para así develar el contenido real del derecho, es decir, saber concretamente qué permite y qué prohíbe. De esta forma, la obra de Dworkin tiene al juez como intérprete máximo del derecho y figura central de la práctica jurídica.

¹⁸ Urueña, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹ Dworkin, *op. cit.*, p. 57.

No obstante, como se ha explicado a lo largo del ensayo, el fenómeno de fragmentación y la multiplicación de foros judiciales internacionales hacen que no exista, en el derecho internacional, ni un órgano judicial de cierre ni un conjunto de normas jerárquicamente superiores que se asemeje a una Constitución típica de un Estado. La ausencia de estos dos elementos hace entonces que sea sumamente complejo solucionar problemas jurídicos como el propuesto en el ejemplo relativo al país que ante una profunda recesión económica considera legítimo incumplir determinadas obligaciones internacionales para poder dar cumplimiento a otras.

¿Qué aporte entonces podría dar la teoría de Dworkin, no solo para definir la validez de la proposición jurídica que se utilizó en el ejemplo y así solucionar ese desacuerdo teórico particular, sino también para el proceso general de constitucionalización del derecho internacional?

En mi opinión, el aporte más relevante de Dworkin para solucionar el problema particular propuesto a través del ejemplo, y así mismo para el proceso de constitucionalización del derecho internacional, vendría a ser el proyecto del derecho como integridad y la figura del juez Hércules que él encarna; de manera muy particular, la interpretación constructiva en medio de la división de las ramas del derecho que debe perseguir el juez Hércules. Sobre este punto Dworkin señaló:

El derecho como integridad posee una actitud más compleja hacia los departamentos del derecho. Su espíritu general los condena, porque el principio adjudicativo de la integridad requiere que los jueces hagan que la ley sea coherente, tanto como puedan, y esto podría lograrse mejor si ignoraran los límites académicos y reformaran algunos departamentos del derecho en forma radical para que sean coherentes en principio con otros. Pero el derecho como integridad es interpretativo, y la división es una característica de la práctica legal que ninguna interpretación competente puede lograr. [...] Hércules responde a estos impulsos contrarios buscando una interpretación constructiva de la división. Trata de hallar una explicación de la práctica de dividir el derecho en departamentos que muestra dicha práctica desde la mejor perspectiva.²⁰

¿Por qué resulta ser este un aporte tan relevante para la constitucionalización del derecho internacional?

²⁰ *Ibid.*, p. 181.

El derecho internacional, contrario al derecho nacional, no cuenta con una Constitución que refleje unos valores y principios que irradian todo el sistema normativo. No existe en el derecho internacional una norma o un conjunto de ellas que tenga primacía sobre el resto. Por el contrario, y como se explicó anteriormente, existen varios regímenes normativos dispersos y desconectados que persiguen distintos intereses. Al no existir una Constitución o norma superior que busque armonizar cada uno de estos regímenes y disponga de procedimientos para limitar la agenda que cada uno busca imponer y el poder que impulsa dicha agenda, se hace vital pensar en un proyecto que busque hacer a cada una de las distintas ramas del derecho internacional consciente de la existencia de las otras y, más importante aún, de los valores que ellas persiguen. Es indudable que a pesar de la especialidad de cada rama, todas ellas tienen implicaciones sobre una misma realidad y un mismo conjunto de personas. Los efectos de las decisiones y acciones que se adopten por cada régimen especializado (*v. gr.* derecho internacional humanitario, derecho de la guerra, derechos humanos) no se circunscribirán a esa área específica y repercutirán de una u otra manera en las otras.

El hipotético “juez Hércules” que estaría encargado de resolver la pregunta sobre si es lícito o no incumplir con las obligaciones internacionales entre un Estado en profunda recesión económica y los inversores extranjeros protegidos por un tratado internacional, argumentando que ello es necesario para cumplir con obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, tendría entonces que —bajo esta lógica— observar con la mayor profundidad posible principios no solo del derecho de la inversión extranjera y el derecho internacional económico, sino de otras ramas del derecho internacional con el fin de poder extraer unos principios generales bajo los cuales pueda justificar cuál interpretación es la que más se ajusta a la moralidad política de la comunidad internacional.

Esta búsqueda de principios en los distintos regímenes de derecho internacional por parte del juez Hércules no tendría como único y exclusivo fin determinar la veracidad de una “propuesta de ley” particular (en este caso, si es legítimo incumplir con obligaciones internacionales frente a los inversores extranjeros para dar cumplimiento a obligaciones de derechos humanos). Esta búsqueda contribuiría además al proyecto general de constitucionalización del derecho internacional. No existe en mi opinión ninguna razón para pensar que la labor del juez Hércules requiere de antemano de un set de valores o principios previamente discernidos. Es decir, no creo que necesariamente el

juez Hércules pueda existir únicamente allí donde existe una Constitución. Por el contrario, precisamente su búsqueda y articulación de principios provenientes de diversos regímenes legales puede ser lo que dé pie a la formación de una Constitución global.

La propuesta de *integración sistémica* realizada por la Comisión y descrita anteriormente se asemeja formalmente a la propuesta del derecho como integridad y a la idea del juez Hércules señalada en este ensayo. No obstante ambas propuestas difieren en su naturaleza prescriptiva.

La propuesta de *integración sistémica* tiene ambiciones semejantes a las propuestas del “derecho como integridad” y a la justicia como práctica interpretativa de Dworkin. Para la Comisión, el hecho de que el derecho internacional sea un *sistema* significa que las múltiples decisiones, reglas y principios que lo componen no se relacionan entre ellas de una forma caprichosa o arbitraria. Sin embargo, la composición o mantenimiento del derecho internacional como un sistema en el que esas relaciones guardan un sentido depende de los intérpretes de ese sistema legal que es el derecho internacional. Vale la pena traer la cita completa del informe de la Comisión donde se evidencia la estrecha relación entre su propuesta de integración sistémica y la teoría interpretativa de Dworkin:

This cannot be understood [refiriéndose a que el derecho internacional es un sistema] as reaffirming something that already “exists” before the systemic effort itself. There is no single legislative will behind international law. Treaties and custom come about as a result of conflicting motives and objectives – they are “bargains” and “package-deals” and often result from spontaneous reactions to events in the environment. But if legal reasoning is understood as a purposive activity, then it follows that it should be seen not merely as a mechanic application of apparently random rules, decisions or behavioral patterns but as the operation of a whole that is directed toward some human objective. Again, lawyers may disagree about what the objective of a rule or a behavior is. But it does not follow that no such objective at all can be envisaged. Much legal interpretation is geared to linking an unclear rule to a purpose and thus, by showing its position within some system, to providing a justification for applying it in one way rather than in another.²¹

²¹ “Esto no puede ser entendido [refiriéndose a que el derecho internacional es un sistema] como la representación de algo que existe antes del mismo esfuerzo sistematizante. En el derecho internacional no existe una única voluntad legislativa, por el contrario

La propuesta de la Comisión y la teoría jurídica de Dworkin parecen entonces tener puntos de contacto. Para la Comisión, la interpretación jurídica es la que permite construir relaciones sistémicas entre las reglas y principios del derecho internacional al estudiarlas como partes de un propósito u objetivo común. Esta interpretación permite entonces articular regímenes funcionales aparentemente desconectados. Para la Comisión es claro que los aplicadores e intérpretes del derecho internacional tienen una obligación política de hacer que sus decisiones y actuaciones encajen con las preferencias y expectativas de la comunidad de la cual provienen y a la cual se aplican estas normas.²²

A pesar de sus evidentes semejanzas, la propuesta de la Comisión difiere de la realizada en este ensayo en cuanto a sus aspiraciones normativas. La propuesta de la Comisión se centra en rescatar la importancia del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el principio de integración sistémica que este encarna. De esta forma, la propuesta gira más en torno a una herramienta que debe ser usada caso por caso y que llama al intérprete del derecho a buscar relaciones entre reglas y principios del derecho internacional, sin importar si pertenecen a diferentes regímenes, con el fin de que el producto de la decisión esté apropiadamente contextualizado dentro del derecho internacional entendido como un sistema de normas.

La propuesta de este ensayo busca, de manera similar a la de la Comisión con el principio de *integración sistémica*, usar la noción del “derecho como integridad” para tratar el fenómeno de la fragmentación. No obstante no se agota ahí. Mientras que el principio de integración sistémica es usado únicamente caso por caso, este ensayo propone que a través de esa aplicación de

los tratados y la costumbre internacional surgen como resultado de objetivos y motivos contradictorios y muchas veces son negociaciones entre demandas contradictorias y otras ocasiones resultan de reacciones espontáneas a eventos que ocurren en el contexto particular. No obstante, si el razonamiento jurídico se entiende como una actividad que persigue un propósito se desprende entonces que este no se puede limitar a la aplicación mecánica de reglas aparentemente arbitrarias sino como la operación de un sistema que persigue un objetivo. Puede darse el caso en que los abogados no estén de acuerdo sobre el objetivo o curso de acción que requiere una norma pero de esto no se desprende la imposibilidad de discernir su objetivo. Casi siempre la interpretación jurídica apunta a conectar una norma con un objetivo, por ende, al mostrar la posición y ubicación de la regla dentro del sistema se puede justificar por qué la norma debe ser aplicada de determinada forma y no de otra” (traducción propia). International Law Commission, “Conclusions of the work”, p. 19.

²² *Ibid.* p. 20.

caso por caso se empiece a dilucidar una serie de principios de cada régimen que ayuden a establecer un set de principios normativos ubicados en un nivel jerárquico más alto que el resto de normas que componen el derecho internacional. Esto permitiría empezar a bosquejar la Constitución global que sería la norma de normas del derecho internacional. Es decir, mientras la propuesta de la Comisión tiene una aplicación para cada caso en particular, la propuesta de este ensayo pretende sistematizar las relaciones que se encuentran en cada ejercicio de la integración sistémica para así construir un sistema más estable de principios a los que el intérprete o juez encargado de decidir una materia de derecho internacional deba acudir para determinar la validez de una propuesta de ley.

Aunque el aporte de Dworkin esbozado anteriormente pueda resultar persuasivo, al ser formulado de esa forma, omite un punto sumamente importante y es el de si es posible crear una Constitución global para una comunidad política que hasta el momento no está claramente identificada y delimitada.²³ De hecho, la tesis del “derecho como integridad” no solo presupone la existencia de una comunidad lisa y llana, sino que supone una “comunidad [que] en su totalidad se verá comprometida con los principios de equidad, justicia o debido proceso en una forma análoga a la que ciertas personas pueden comprometerse con convicciones, ideales o proyectos”,²⁴ esto es lo que Dworkin llama una *comunidad personificada*. Esta comunidad tiene una agencia moral y posee sus propios principios y valores. Esos valores existentes en la comunidad son los que le permiten al juez interpretar las prácticas jurídicas a la luz de la moralidad política de su comunidad y de esta forma determinar qué proposiciones jurídicas son verdaderas. La existencia actual de una comunidad global con estas características es cuestionable. Para muchos, la comunidad global en la cual vivimos actualmente puede parecer más una comunidad de reglamento en el sentido descrito por el mismo Dworkin, es decir, una comunidad en la cual sus integrantes obedecen las reglas que acordaron no necesariamente por un objetivo estratégico o utilitarista sino por convicción de su obligatoriedad. En todo caso, las obligaciones vigentes para los integrantes de esa comunidad se agotan en las mismas reglas y no existe un conjunto de principios que subyaga a ellas y que sea por sí mismo una fuente de obligación. En esta comunidad, “las reglas representan un compromiso

²³ Cf. Urueña, *op. cit.*, p. 21.

²⁴ Dworkin, *op. cit.*, p. 126.

entre intereses o puntos de vista antagonistas”.²⁵ Si bien Dworkin basó su teoría en la existencia de una comunidad política con determinadas características, no creo que el derecho como integridad solo pueda ser un ideal al que aspire una comunidad política ya constituida. Es factible que el “derecho como integridad” y el ideal del “juez Hércules” sean también unos catalizadores que lleven a una comunidad de reglamento, como puede ser la comunidad internacional en la actualidad, a convertirse en una comunidad de principios como la que Dworkin consideraba necesaria para la operatividad de su tesis. Este debate, sobre si la comunidad antecede al derecho o viceversa se dio ya en el siglo XIX en un proyecto no menos ambicioso: el proceso de codificación. Vale la pena revivirlo sucintamente para ver sus implicaciones en el fenómeno de constitucionalización del derecho internacional y el rol del “derecho como integridad” en él.

¿Comunidad política condición necesaria para el surgimiento del derecho o derecho como articulador de una comunidad política?

El debate sobre si la comunidad política precede y es condición necesaria para el nacimiento de un derecho que refleje sus valores, historia y costumbres, o si, por el contrario, el derecho puede implantarse a una comunidad política sin atender a sus propias particularidades, no es nuevo a la teoría jurídica. De hecho, en el siglo XIX, este debate surgió por la oposición de la Escuela Histórica del Derecho liderada por Savigny, al proceso de codificación representado por su paradigma, el Código Civil francés, en el cual Portalis desempeñó un papel central. Aunque el Código Civil y la Constitución difieran en los temas que regulan y obviamente en su jerarquía normativa, el debate ocurrido en el siglo XIX puede dar algunas luces para entender mejor los argumentos a favor y en contra de una Constitución global.

Portalis y el proyecto del Código Civil

Durante el imperio de Napoleón, Portalis fue el encargado de liderar el grupo creado para redactar el Código Civil que regiría en todo el territorio del imperio. Frente a esta tarea, Portalis se enfrentaba a un mosaico geográfico y

²⁵ *Ibid.*, p. 154.

político en el cual “El territorio era uno, y las naciones diversas”.²⁶ Con esto en mente, la pregunta inicial que Portalis se formula en su “Discurso preliminar” ante el Consejo de Estado francés al exponer su trabajo es:

¿Cómo dar las mismas leyes a hombres que, aunque sometidos al mismo gobierno, no vivían todos bajo el mismo clima y tenían hábitos tan diferentes? ¿Cómo extirpar costumbres a las que se estaba apegado como a privilegios y que se veían como otras tantas barreras contra la voluntad cambiante de un poder arbitrario?²⁷

Esta empresa implicaba entonces aplicar una misma ley a personas que no tenían necesariamente una misma identidad, historia y costumbres, e igualmente eliminar algunas costumbres que contradecían la nueva ley contenida en el Código.

Portalis creía en la necesidad de cambiar la ley o las instituciones cuando estas ya no operaran efectivamente, y no pensaba que las leyes nuevas, por su carácter aparentemente artificial o ahistórico, estuvieran predestinadas a caer en desuso o repudio:

Hemos respetado, en las leyes publicadas por nuestras asambleas nacionales sobre las materias civiles, todas aquellas que están ligadas a los grandes cambios operados en el orden político, o que, por sí mismas, nos han parecido evidentemente preferibles a instituciones desgastadas y defectuosas. Hay que cambiar cuando la más funesta de todas las innovaciones sería, por así decirlo, no innovar. No hay que ceder ante prejuicios ciegos. Todo lo que es antiguo ha sido nuevo. Lo esencial es imprimir en las instituciones nuevas ese carácter de permanencia y de estabilidad que pueda garantizarles el derecho de hacerse antiguas.²⁸

Si bien en la pirámide normativa un Código Civil estaría en un grado inferior al de una Constitución, sus efectos, en ningún caso, pasarían inadvertidos por las personas que vendrían a ser reguladas por sus disposiciones. De hecho, muchas de las instituciones sociales comprendidas en el Código Civil regulan asuntos que tienen una conexión muy íntima con la idiosincrasia

²⁶ Jean Etienne Portalis, *Discurso preliminar sobre el Código Civil*, Barcelona, Editorial Civitas S. A., 1997, p. 28.

²⁷ *Ibid.*, p. 29.

²⁸ Portalis, *op. cit.*, p. 52.

propia de cada comunidad política. Ejemplo de esto es la figura del matrimonio y del divorcio, que desarrolla Portalis ampliamente en su discurso.

El hecho de que el Código Civil regule materias tan propias e íntimas de los individuos, como las mencionadas anteriormente, hace que sus efectos vayan más allá de la esfera legal y que realmente el mismo Código Civil pueda ser al mismo tiempo fruto y herramienta de un proyecto político. El codificar, para algunos autores como Legrand²⁹ significa al mismo tiempo homogeneizar y normalizar. De esta forma, los proyectos codificadores del siglo XIX, y otros más contemporáneos como el de la Comunidad Europea señalado por el mismo Legrand, son también proyectos con una agenda hegemónica y excluyente. La codificación, al establecer parámetros legales y supuestos de hecho que conllevan una determinada situación jurídica, hace que los sujetos regulados ajusten sus reclamos e identidades a ese estándar normativo etiquetado como objetivo o neutral. Como señala Legrand:

The isomorphic connections that claimants are compelled to establish between their facts and the text inevitably draw them away from the particular and towards the universal; the civil code is a mechanism by which individuals act upon themselves and agree to be acted upon in their turn.³⁰

Si bien la crítica de Legrand viene mucho tiempo después del proyecto del Código Civil emprendido por Portalis y se puede entender como una crítica a los procesos contemporáneos de codificación, parece ser que Portalis, en el momento de adelantar su proyecto encargado por Napoleón, era consciente del delicado equilibrio al que debería apuntar su empresa con el fin de que el Código no irrumpiera de manera abrupta rompiendo con las costumbres e historia de las comunidades políticas que serían “integradas” al imperio a través del Código, validando así la crítica de Legrand. En palabras de Portalis:

²⁹ Pierre Legrand, *Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists*, en *Uc Davis Law Review*, 31 (1997-1998), p. 799.

³⁰ “Las conexiones isomorfas que los reclamantes están obligados a establecer entre los hechos y el texto los lleva inevitablemente de lo particular hacia lo universal; el Código Civil es un mecanismo a través del cual los individuos se autorregulan y a través del cual aceptan que los regulen” (traducción propia). *Ibid.*, p. 800.

Hemos hecho, si se nos permite expresarnos de ese modo, una transacción entre el derecho escrito y las costumbres en todas aquellas ocasiones en que nos ha sido posible conciliar sus disposiciones, o modificar las unas con las otras, sin romper la unidad del sistema, sin violentar el espíritu general [...]. Un legislador aislaría sus instituciones de todo lo que puede naturalizarlas sobre la tierra si no observase con cuidado las relaciones naturales que ligan siempre, en mayor o menor medida, el presente con el pasado, y el porvenir con el presente, y que hacen que un pueblo, salvo que sea exterminado, que caiga en una degradación peor que el aniquilamiento, no deje nunca, hasta cierto punto, de parecerse a sí mismo.³¹

Esta transacción entre el derecho y las costumbres estaba también mediada por un recurso por parte de los jueces al derecho natural. Portalis reconocía las limitaciones del Código Civil para lograr prever todos los conflictos que surgieran en las relaciones entre particulares. Por eso, confiaba en un juez capaz de aprehender el derecho en su estado natural y auxiliarse en esos principios para completar la operatividad del código.

En síntesis, el proyecto del Código Civil buscaba: unificar comunidades a través de una nueva ley, preservar tradiciones hasta la medida de lo posible y en cuanto no choquen con la nueva ley, regular conductas y preservar también unos principios del derecho natural a los cuales el juez puede acudir para llenar vacíos normativos en el código.

Savigny y la crítica al proyecto de codificación en Alemania

Savigny fue uno de los principales opositores al proyecto de codificación en Alemania. Para él existe siempre una dependencia natural entre el derecho, la costumbre y el carácter del pueblo.³² Debido a esta fuerte conexión entre el derecho y el pueblo, resulta mucho más complejo llevar a cabo un proceso de codificación como el iniciado por Portalis teniendo en cuenta su propia expresión de “El territorio [es] uno, y las naciones diversas”. La diversidad de naciones implicaría así mismo, bajo el modelo de Savigny, diversos derechos o al menos diversos códigos, pero la existencia de un solo código para diferentes pueblos resulta para Savigny una idea inverosímil.

³¹ Portalis, *op. cit.*, p. 53.

³² Friedrich von Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Heliasta, 1969, p. 46.

En opinión de Savigny hubo un punto en la historia —si bien no hace explícito cual sería ese momento histórico, uno podría suponer que es cuando se inicia el proyecto del Código Civil en Francia— en el que el derecho toma un “aire científico” abandonando sus raíces populares y pasando a manos de unos técnicos expertos: los juristas. Desde ese momento: “La existencia del derecho [...] se hace cada vez más artificiosa y más complicada, porque, sin dejar de vivir de la vida del pueblo, se produce al par otra vida, como obra especial de la ciencia, en manos de los juristas”.³³

De esta forma, Savigny propone encontrar en el derecho un elemento político que sería su dependencia frente a la vida social de la comunidad en la que rige, y otro elemento artificial, separado y científico, llamado el *elemento técnico*.³⁴ Savigny es un claro partidario y defensor del derecho político. Para él es en las prácticas del pueblo donde el derecho encuentra su fuente primaria. La idea de un legislador le resulta por completo absurda:

La síntesis de esta opinión es que todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a las cuáles por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador.

Considerar al legislador como fuente de derecho y no a la realidad histórica en la que se desenvuelve el hombre, lleva, en opinión de Savigny, a crear un derecho formal, absolutamente desconectado de la realidad. De acuerdo con esto, el derecho “no tiene una existencia por sí, sino que más bien se da en la vida del hombre”.³⁵

Esta fuerte conexión con la historia hace que aunque separadas en el tiempo, las críticas de Legrand y Savigny frente al proceso de codificación coincidan en argumentos de fondo. En efecto, Savigny ve en el espíritu histórico del derecho la única garantía de que una idea o creencia de un grupo particular no se repute como general, posteriormente, para toda la humanidad.³⁶

³³ *Ibid.*, p. 47.

³⁴ *Ibid.*, p. 48.

³⁵ Savigny, *op. cit.*, p. 63.

³⁶ *Ibid.*, p. 132.

Savigny, Portalis, Dworkin y la constitucionalización del derecho internacional

Descrito el debate entre Portalis y Savigny, y explicados los argumentos que sostienen la posición de cada uno, se hace evidente la conexión que guardan con el proyecto de una Constitución global.

Bajo la óptica de Portalis, dicho proyecto podría ser llevado a cabo. Si bien Portalis reconoce la necesidad de observar las particularidades y costumbres de la comunidad a la hora de crear el derecho que habrá de regirla, no cree que estas particularidades se constituyan de antemano como un obstáculo que torne esta empresa en una tarea imposible. Portalis cree que la nueva ley que se superpone a la antigua ley o a las costumbres (el derecho técnico en términos de Savigny) puede ganarse su derecho a tornarse antigua; es decir, puede encontrar arraigo en una comunidad e inscribirse en su conciencia. Pero ¿cómo puede encontrar una ley arraigo en una comunidad cuando precisamente esa ley desplaza una ley antigua o una costumbre que se le opone? Aunque Portalis no lo dice expresamente, una posible interpretación es que esto solo ocurre porque en realidad la nueva ley que se impone logra reconfigurar la identidad de la comunidad: sus tradiciones, sus aspiraciones y sus principios.

Llevando este argumento al proyecto de creación de una Constitución global y al insumo del “derecho como integridad” y el “juez Hércules” por parte de la teoría de Dworkin, podría pensarse que nada se opone a la creación de una Constitución global por parte de un juez que discierne, articula y une principios dispersos en distintos regímenes regulatorios del derecho internacional, así no exista una comunidad claramente identificada que los considere como propios y los incorpore a su vida en común. De hecho, es la incorporación de esos principios en una Constitución lo que posteriormente articularía la comunidad global.

Vale la pena recordar que los principios diseminados por los distintos regímenes del derecho internacional existen en virtud de la comunidad global, hayan sido manifestados por sus integrantes mediante la ratificación de un tratado o la configuración de una costumbre internacional. Su existencia no es en sí misma artificial. Lo que sería artificial, o lo que sería derecho técnico en palabras de Savigny, sería la forma en que se articulan posteriormente en un proyecto (que puede contar con un documento escrito o no),

el cual necesariamente implica la toma de decisiones de carácter político por parte del hipotético “juez Hércules” al crear jerarquías entre los principios seleccionando cuales integran o no esa Constitución global y los métodos que permitan solucionar los problemas que dieron inicio a la misma idea de constitucionalización, es decir, la fragmentación y otros fenómenos adicionales como la limitación al ejercicio del poder público por organizaciones internacionales y la privatización.³⁷

El legado de Savigny conduce a pensar que él sería no solo un escéptico, sino también un crítico de la idea de una Constitución global. Para Savigny, el derecho emana de la misma sociedad, su historia y sus costumbres. La pregunta clave, antes de pronunciar la palabra *Constitución*, sería: ¿existe realmente una comunidad global? Retornar a Savigny no nos otorgaría una respuesta a esta pregunta. Al ser evidente para él que el derecho emana de la comunidad, Savigny obvió su definición de comunidad. Sus ideas podrían llevar a la interpretación lógica de que una comunidad sería un conglomerado de personas que comparten ciertos aspectos de su vida social hasta tal punto que es posible la formación de un sistema normativo entre ellos. Esta interpretación lógica no sería en todo caso satisfactoria. Desde ese punto de vista por *comunidad* podríamos considerar un Estado, una familia, un sindicato, un partido político o incluso la humanidad. En todo caso, y tratando de defender las ideas de Savigny en su ausencia, parecería erróneo ampliar su definición de comunidad hasta incluir en ella la comunidad global bajo su noción tradicional, es decir, un conglomerado de Estados, organizaciones internacionales e individuos. Si no existe esa comunidad global, no hay entonces prácticas, historia o costumbres que analizar, no existe, en pocas palabras, la posibilidad de pensar en un sistema normativo.

En este punto, parece haber un diálogo entre Dworkin y Savigny. Al señalar Dworkin que “la mejor defensa de la legitimidad política [...] no se hallará en el duro terreno de los contratos [...] sino en el terreno más fértil de la fraternidad, la comunidad y sus obligaciones concomitantes”,³⁸ Dworkin describe tres tipos de comunidades: *de facto*, de reglamento y de principios. Interesan para el propósito del argumento la de reglamento y la de principios.

La comunidad de reglamento, de acuerdo con Dworkin, sería una en la cual sus integrantes “obedecen las reglas que han aceptado o negociado como

³⁷ Véase *supra* 6.

³⁸ Dworkin, *op. cit.*, p. 152.

una cuestión de obligación y no meramente de estrategia, pero suponen que el contenido de estas reglas agota su obligación”.³⁹ Bajo esta óptica, los integrantes de esta comunidad no creen que a las reglas negociadas subyagan unos principios comunes que, por sí solos, sean fuente de obligación; las reglas que los regulan son “un compromiso entre intereses o puntos de vista antagonistas”.⁴⁰

La comunidad de principio coincide con la de reglamento en cuanto a la creación de reglas compartidas pero va más allá, pues en ella sus integrantes “aceptan que los gobiernan principios comunes y no sólo reglas establecidas por un compromiso político”.⁴¹ Para esta comunidad:

La política tiene un carácter diferente [...], es un campo de debate sobre cuáles son los principios que la comunidad debería adoptar como sistema, qué visión debería tener de la justicia, la equidad y el debido proceso y no la historia diferente, apropiada para otros modelos, donde cada persona trata de plantar la bandera de sus propias convicciones sobre el mayor terreno de poder o reglas posible.⁴²

Para Dworkin, la comunidad de principio es la que satisface de mejor forma el ideal de una comunidad política. En ella se observan de manera más clara los compromisos de la ciudadanía y los valores de igualdad y de equidad. En ella los intereses de sus integrantes no son triviales o estratégicos sino que son “genuinos y penetrantes”. Estos compromisos y valores de la comunidad, establecidos políticamente, son sostenidos y ratificados posteriormente a través de la legislación, la adjudicación judicial y su cumplimiento.

Aunque distantes en el tiempo, parece ser que Dworkin y Savigny, aunque lo hayan expresado de distinta forma, creen que una precondition para la existencia del derecho, o la existencia de un derecho políticamente legítimo, es la existencia de determinado tipo de comunidad. La comunidad internacional podría encajar para Dworkin en una comunidad de reglamento, y, para Savigny, tal vez ni siquiera podría ser reconocida como una comunidad.

En síntesis, la idea de una Constitución global en la teoría de Savigny sería inconcebible, pues no existiría una comunidad de la cual pudieran extraerse unas costumbres que dieran lugar al derecho. No habría ni siquiera lugar al

³⁹ *Ibid.*, p. 154.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 155.

⁴² *Idem.*

derecho técnico que definía Savigny, porque incluso este solo nace allí donde existe una comunidad.

La apuesta por Portalis, el derecho como integridad y el juez Hércules como gestores de la comunidad global y su Constitución

Trasladar los ideales del derecho como integridad y el juez Hércules al plano internacional, como se explicó en la sección anterior, es una tarea compleja. La teoría de Dworkin parece estar fuertemente anclada a una comunidad política que cuenta con su propia agencia moral y catálogo de valores, lo que él denomina “la comunidad personificada”. Parece ser, por el momento, una teoría destinada a los Estados nacionales y sin ninguna posibilidad de aplicación en la comunidad global.

No obstante, el proyecto codificador de Napoleón liderado por Portalis parece dar razones para pensar que el derecho puede llegar a existir sin tener una comunidad política que lo anteceda. El derecho puede crear una comunidad política y dotarla de determinados valores o principios que configuren su agencia moral.

Existen dos razones particulares para pensar en el potencial éxito del “derecho como integridad” y la noción del “juez Hércules” como soluciones al problema de la fragmentación y a la vez como gérmenes del proceso de constitucionalización en el plano internacional. La primera hace referencia al mayor grado de legitimidad que cubriría un proceso de constitucionalización iniciado a través de un ideal de integridad en el derecho internacional impulsado por los foros judiciales, en oposición a uno que surgiera a través de una negociación entre Estados, la cual podría ser materializada en una serie de tratados u otros instrumentos internacionales. Un proceso de constitucionalización impulsado por Estados correría el riesgo de ser uno cooptado por las agendas de los Estados más fuertes y de esta forma la aspiración a un derecho como integridad podría evaporarse. Las consecuencias de ello serían que dicho proceso de constitucionalización muy probablemente carecería de legitimidad y no tendría una capacidad real de ser implementado en la práctica. En este punto es necesario señalar que la legitimidad, como bien señala Franck,⁴³

⁴³ Cf. Thomas Franck, “Legitimacy in the International System”, 82 Am. J. Int’l L., 705 (1988).

desempeña un papel determinante en el derecho internacional, pues este no cuenta con los mismos medios del derecho nacional para coaccionar a los sujetos del derecho internacional a cumplir con sus obligaciones internacionales. Solo un proceso percibido como legítimo será obedecido y aceptado en el derecho internacional. El derecho como integridad, al demostrar de qué forma una regla o una práctica jurídica se sostiene en unos principios propios de la moralidad política de la comunidad, ahuyenta ideas de arbitrariedad o injusticia y se constituye entonces como una herramienta capaz de justificar y legitimar los cimientos de un proceso de constitucionalización.

La segunda razón es de orden pragmático. Un proceso de constitucionalización impulsado por una negociación entre Estados no solo corre el riesgo de ser percibido como ilegítimo por las razones expuestas anteriormente, sino que es una empresa sumamente difícil de alcanzar. La factibilidad de alcanzar un acuerdo de semejante envergadura política parece remota, así termine siendo un acuerdo entre una élite de Estados que es impuesto posteriormente a Estados menos poderosos. Los múltiples intereses de los Estados que llegasen a participar en el proceso de constitucionalización pueden ser difíciles de armonizar, y más aún si ello implica la creación de jerarquías y la definición de principios que busquen superar el problema de la fragmentación. De esta forma, parece ser más factible adelantar un proceso de constitucionalización paulatino en el cual los foros judiciales desempeñan un papel fundamental y en el cual la negociación política no queda ya en manos de unos cuantos Estados sino en las decisiones de los jueces, las cuales, idealmente, estarían en sintonía con la propuesta del derecho como integridad elaborada por Dworkin.

Conclusiones

El objetivo central de este escrito ha sido analizar un problema contemporáneo a la luz de algunos aportes de tres autores importantes para la tradición jurídica occidental: Portalis, Savigny y Dworkin. Detrás de este objetivo principal se trató de demostrar cómo la teoría de Dworkin podría brindar insumos para pensar en soluciones al problema de constitucionalización del derecho internacional. No obstante, se demostró cómo, a esa posible solución, subyacía otro problema tratado ya en el siglo XIX por Portalis y Savigny.

La posibilidad de seguir usando ideas de autores clásicos para discutir problemas contemporáneos refleja en mi opinión la persistencia de problemas esenciales del derecho que, aunque se presentan en facetas distintas a lo largo

del tiempo, comparten un núcleo esencial en el cual argumentos esgrimidos hace más de cien años siguen siendo válidos. Estos problemas “actuales” o “contemporáneos” no serían propios de la evolución de la sociedad o de fenómenos particulares como la globalización; serían más bien, problemas centrales de la teoría jurídica.

Bibliografía

- AKEHURST, Michael, *Introducción al Derecho Internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1979.
- BECKETT, Jason, “Behind Relative Normativity: Rules and Process as Prerequisites of Law”, en *The European Journal of International Law*, vol. 12, 4 (2001).
- ÇALI, Başak, “On Interpretivism and International Law”, en *The European Journal of International Law*, vol. 20, 3 (2009).
- COTTIER, Thomas y Hertig, Maya, “The Prospects of 21st Century Constitutionalism”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 7 (2003).
- DUNOFF, Jeffrey L. y TRACHTMAN, Joel P., “A Functional Approach to International Constitutionalization”. En: *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.
- FASSBENDER, Bardo, “The United Nations Charter as the Constitution of the International Community”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 36 (1998).
- FRANCK, Thomas, “Legitimacy in the International System”, 82 *Am. J. Int’l L.*, 705 (1988).
- GRAY, Christine, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- HELD, David y MCGREW, Anthony, *The Global Transformation Reader: An Introduction to the Globalization Debate*, Boston, Polity Press, 2000.
- International Law Commission, “Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and expansion of International Law”, 2006. Disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/1_9_2006.pdf.
- International Law Commission, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law”, 4 de abril del 2006, documento A/CN.4/L.682.

- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico y STEWART, Richard B., "The Emergence of Global Administrative Law", en *Law & Contemporary Problems* (2005).
- KLABBERS, Jan; PETERS, Anne y ULFSTEIN, Geir, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- KUMM, Mattias, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis", en *European Journal of International Law*, vol. 15 (2004).
- LEGRAND, Pierre, "Codification and the Politics of Exclusion: A Challenge for Comparativists", en *Uc Davis Law Review*, 31 (1997-1998).
- PETERS, Anne, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", en *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006).
- PORTALIS, Jean Etienne, *Discurso preliminar sobre el Código Civil*, Barcelona, Editorial Civitas S. A., 1997.
- SAVIGNY, Friedrich von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Heliasta, 1969.
- TEUBNER, Gunther y FISCHER-LESCANO, Andreas, "Regime-Collisions: The vain search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 4 (2004).
- URUEÑA, René, "Espejismos constitucionales: la promesa incumplida del constitucionalismo global", en *Revista de Derecho Público* 24 (2010).

OBJETIVAR EL DERECHO PARA DISTRIBUIR EL PODER: LEÓN DUGUIT

*Luisa Fernanda Cano Blandón**

I have rejected the idea of law understood as being a characteristic belonging to a will, as constituting for it a power which does not belong to others

León Duguit

Introducción

León Duguit fue uno de los principales juristas de derecho público en Europa en las primeras décadas del siglo xx. Duguit sustentó su doctrina en ideas reaccionarias al pensamiento liberal francés a partir de una visión objetiva, positiva y pragmática del derecho. Su solidarismo social ha sido interpretado en numerosas ocasiones y su influencia ha sido notable en instituciones que permanecen vigentes hasta hoy, tales como la función social de la propiedad, la responsabilidad objetiva del Estado y la noción de servicio público.

Uno de los pilares fundamentales de la doctrina duguitiana es la crítica a la idea de *derecho subjetivo*. Para Duguit, este concepto supone una jerarquía de voluntades que resulta inconcebible. No existe manera, en su criterio, de justificar el poder de una voluntad, individual o colectiva, sobre otras, por eso rechaza cualquier posibilidad de subjetivación del derecho individual y del derecho social. A partir de tal crítica edifica su doctrina sobre el derecho objetivo o la “regla de derecho” que emana de la norma social formada

* Abogada de la Universidad de Antioquia, con maestría en Gobierno y Asuntos Públicos de Flasco (México), estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

espontáneamente en todo grupo.¹ Mi intervención en este debate tiene el propósito de explorar la objetivación del derecho como vía para desconcentrar o distribuir el poder social.

Me propongo ahondar en las características, el contenido, el fundamento y la obligatoriedad del derecho objetivo y, a partir de ello, reconocer por qué objetivar el derecho trae consigo una distribución del poder distinta a la que supone la filosofía liberal. La distribución solidarista le resta poder al Estado en la regulación social y, en cambio, reconoce a los individuos —y a los vínculos que los unen— como única fuente y fundamento del derecho. El aporte de esta mirada consiste en explorar el fin distributivo del poder que subyace a la objetivación del derecho.

Tal como pone en evidencia la frase al inicio del texto, Duguit rechaza el derecho como un poder exclusivo de cierta voluntad para anular a otras que le resultan subordinadas. La llamada “transformación” del Estado y del derecho que propone Duguit no es otra cosa que su intento por despojar al Estado de la posibilidad de imponer una voluntad general, inexistente, sobre otros.

El escrito se divide en cuatro partes. En la primera exploro las razones teóricas por las cuales Duguit aboga por la objetivación. En tal sentido, presento tres elementos fundamentales de la doctrina duguitiana sobre los cuales sustenta la necesidad de volver la mirada al derecho objetivo. Dichos elementos son: a) el realismo científico, b) la inexistencia de igualdad absoluta entre los hombres que, por el contrario, son esencialmente diferentes, y c) el hecho de la interdependencia social, fenómeno empíricamente verificable y que da origen a la regla de derecho.

En la segunda parte me ocupo del contenido, la justificación y la fuente de obligatoriedad del derecho objetivo. En este último punto me detengo en el sentimiento de sociabilidad y en el sentimiento de justicia, ambos decisivos para que las normas morales o económicas adquieran carácter jurídico y se considere que su transgresión merece sanción social.

Seguidamente sustento por qué el papel que asigna Duguit a la costumbre, la ley y la jurisprudencia en la formación de la conciencia jurídica implica una distribución del poder social. Es así como estas tradicionales fuentes de

¹ Es importante aclarar el uso de los términos *norma* y *regla* en Duguit. El término *norma* es usado para referirse a la norma social, propia de toda sociedad (*social norm*), mientras que el término *regla* se reserva para la regla de conducta o regla de derecho (*rule of law*), es decir, para el momento en que la norma social se ha convertido en norma jurídica.

derecho no son más que medios para expresar la conciencia de los hombres que viven en el mismo grupo, quienes entienden que las condiciones mismas de la vida social exigen respeto de ciertas reglas y la sanción a su violación.

Finalmente, en cuarto lugar, me refiero a la noción de servicio público como intento de objetivación y de distribución del poder social.

Retomar la obra de Duguit, casi un siglo después de elaborada, invita a cuestionar los mitos liberales a partir de las cuales evoluciona el Estado moderno, teniendo como lente analítico el solidarismo social. El impulso subjetivista creó la necesidad de llevar casi cualquier demanda social a la fórmula del derecho subjetivo so pena de permanecer en el mundo de lo programático o de lo objetivo, en el mundo de los “meros servicios públicos”. Para Duguit, este es el único camino posible. En su criterio, el contenido de las obligaciones positivas del Estado se cumple con hechos, no con fórmulas metafísicas y escolásticas como los derechos.

Este ejercicio, además, permite discutir la concentración del poder que se produce como resultado de la subjetivación del derecho y, en la vía contraria, reconocer la propuesta de derecho objetivo de Duguit como un intento por distribuirlo.

Realismo científico, diferencia e interdependencia social

El verdadero poder desestabilizador de la doctrina duguitiana viene de la mano de su concepción sociológica del derecho y del Estado que él mismo califica como realista, socialista y objetiva,² por oposición a las abstracciones racionalistas y, sobre todo, a la doctrina individualista. El individualismo, en su criterio, se funda en un hombre nacido con independencia de los demás, lo que constituye “una abstracción sin realidad alguna”,³ toda vez que “el hombre separado de la sociedad nunca ha existido”.⁴ Por el contrario, Duguit comprende que el hombre es un ser social desde su nacimiento que “ha vivido

² Citado por Georges Gurvitch, *La idea del derecho social: noción y sistema del derecho social*, Granada, Ed. Comares, 2005, p. 657.

³ León Duguit, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, 1926, p. 5.

⁴ León Duguit, “Exposición crítica de los diversos conceptos del derecho y el Estado”, en *Cuatro conferencias*, Universidad de Madrid, Biblioteca Virtual Antorcha, 1923. Disponible en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/conferencias/indice.html.

siempre en sociedad y no puede vivir más que en sociedad”,⁵ de manera que son los lazos que unen a los individuos —su interdependencia— los que dan lugar a la norma social y esta, a su vez, a la regla de derecho. Veamos estas ideas con mayor detenimiento.

El realismo científico de Duguit

El estudio del derecho del siglo XIX y principios del XX tuvo que lidiar, a juicio de Duguit, con la carga de conceptos metafísicos que impidieron desarrollar un método realista basado en la observación directa de los hechos. En efecto, la filosofía de la Ilustración puso como centro de la discusión el problema del derecho subjetivo, es decir, cómo justificar la prevalencia de unas voluntades, individuales o colectivas, sobre otras. Para Duguit, la cuestión de la naturaleza y del fundamento del derecho subjetivo es completamente insoluble. Hablar del alma de la nación o de grandes personalidades morales como el espíritu de la gente o la voluntad general no es más que mera literatura y poesía que persiste debido a la necesidad del hombre de explicar lo visible por lo invisible.⁶

Se trata de una especie de obsesión humana por ubicar, detrás de todo fenómeno natural o social, algún espíritu o entidad imaginaria. Duguit ofrece algunos ejemplos al respecto: creer que el cerebro piensa gracias a un alma o que el mundo existe porque hay un dios creador no son más que meras abstracciones. Esto explica por qué los grandes movimientos sociales y políticos, a lo largo de la historia, han revestido un carácter místico y religioso. Es el mito el que les permite controlar la conciencia del pueblo porque “recubre de una forma concreta una idea abstracta, le infunde algo de sobrehumano y de misterioso que enciende la imaginación de las masas”.⁷

En cualquier caso, prosigue Duguit “la fecundidad creadora del mito se agota; la realidad recobra sus derechos”⁸ debido a que los problemas de la

⁵ Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 8.

⁶ León Duguit, “Objective Law I”, en *Columbia Law Review*, vol. 20, 8 (1920), p. 821.

⁷ León Duguit, *Las transformaciones del derecho público* (traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaen), Bogotá, ABC Ediciones, 2010 [1913], p. 39.

⁸ *Idem*.

ciencia positiva no pueden ser resueltos por creencias metafísicas; quiere decir que “para la ciencia lo importante es el hecho”.⁹

Por lo anterior, Duguit propone una teoría realista del derecho y del Estado. Su realismo comienza por considerar que tanto la naturaleza social del hombre como los vínculos que unen a los hombres, es decir, su interdependencia mutua, son hechos que no se discuten y no se pueden negar; son observables, no son objeto de controversia.

El realismo lo lleva, así mismo, a considerar el Estado como un fenómeno social y el poder político como un hecho que resulta de la imposición de los fuertes sobre los débiles. En este sentido, el Estado no se superpone a la sociedad sino que se integra a ella.¹⁰ Tal escenario revierte la idea liberal de la soberanía y, con ello, la concentración del poder en un ente abstracto soberano.

Conforme con lo anterior, Duguit se refiere a la distribución del poder que engendró la Revolución francesa. Después de la Revolución, la burguesía capitalista fue la clase que detentó la mayor fuerza coactiva en virtud de su poder político y económico.¹¹ Esto implica, a su juicio, una contradicción flagrante entre el hecho y el derecho, porque la mayoría de la población, el proletariado asalariado, resultaba ser casi esclava de la burguesía. Aunque algunos socialistas consideran que la salida a tal situación es la conquista del poder por la clase proletaria, Duguit difiere de tal postura y, en su lugar, sostiene que la evolución política hará más fuerte “no a una clase más o menos privilegiada, sino a una verdadera mayoría, compuesta de los representantes de todas las clases de la nación y de todos los partidos”.¹²

La negación de la igualdad absoluta

La doctrina individualista, frente a la que erige su crítica la doctrina del derecho social, presupone la igualdad de todos los individuos poseedores de

⁹ Duguit, “Exposición crítica de los diversos conceptos del derecho y el Estado”.

¹⁰ Según Duguit, esto no significa que el realismo sea anarquía como muchos autores de su época lo quisieron ver. Cf. León Duguit, “The Law and the State”, en *Harvard Law Review*, vol. 31, 1 (1917), p. 163.

¹¹ León Duguit, *La transformación del Estado: la nueva orientación del derecho político*, Madrid: Francisco Beltrán, 1922, p. 98.

¹² *Ibid.*, p. 100.

derechos naturales.¹³ En consecuencia, los derechos subjetivos y el derecho objetivo son inmutables e intemporales; son los mismos siempre y en todo lugar. Se trata, por tanto, de un derecho ideal y generalizable.

Siguiendo a Duguit, es inadmisibles considerar al individuo aislado que nace libre en condiciones de igualdad de derechos. La igualdad absoluta es contraria a los hechos toda vez que, en lugar de ser iguales, los hombres son esencialmente diferentes los unos de los otros, por lo cual deben ser tratados diferentemente.¹⁴ Incluso una de las razones por las cuales los hombres son interdependientes es, precisamente, por poseer aptitudes y aspiraciones diferentes. Tal diferencia da origen a la llamada *solidaridad por división del trabajo* que Duguit retoma de Durkheim.¹⁵ El realismo implica, en este punto, negar la igualdad matemática de los hombres por contradecir la evidencia empírica.

La interdependencia social

Duguit prefiere hablar de interdependencia social porque, a su juicio, se ha abusado de la palabra *solidaridad*; “no hay político de campanario que no hable de la solidaridad social, sin comprender, por lo demás, el alcance de esas palabras”.¹⁶ Es la interdependencia, entendida como el conjunto de lazos que une a los miembros de un mismo grupo social, la que da origen a la norma social a la cual todos están sometidos.

La interdependencia ocurre por dos razones: porque los hombres tienen necesidades comunes (solidaridad por similitud) o porque tienen necesidades y aptitudes diferentes (solidaridad por división del trabajo).¹⁷

¹³ Las doctrinas del derecho social parten de la sociedad para llegar al individuo y no al contrario, como lo pretenden las doctrinas individualistas. La idea de derecho social, según Gurvitch, presupone una concepción ética que sintetiza y se eleva por encima de la oposición entre individualismo y universalismo. Esta concepción interpreta el ideal moral como un “conjunto inmanente” de las conciencias personales irremplazables, donde los individuos y una unidad múltiple, el todo y las partes, se engendran y penetran mutuamente. Cf. Georges Gurvitch, “The Problem of Social Law”, en *Ethics*, vol. 52, 1 (1941), pp. 17-40.

¹⁴ Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 6.

¹⁵ Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, Nueva York, Free Press, 1997.

¹⁶ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 64.

¹⁷ Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 10.

El individuo que tiene en mente Duguit —y que responde a la evidencia empírica— es, a la vez, un ser autónomo consciente de su individualidad y un ser social. La regla de derecho regula ambas facetas.¹⁸ A diferencia de la metafísica individualista, para la doctrina del derecho social los individuos nacen vinculados a una colectividad y, en virtud de ello, con obligaciones hacia su grupo social. Ni los individuos ni la colectividad tienen derechos; sin embargo, debido a que son seres sociales, todos están obligados a obedecer la regla de derecho.

Por lo anterior, toda nación, más que una personalidad abstracta, es una realidad en la que ocurre que un grupo de hombres, ligados de manera estrecha por el vínculo de la solidaridad social, dan origen al Estado, es decir, al momento de diferenciación natural entre fuertes y débiles, entre gobernantes y gobernados.¹⁹

El derecho objetivo o la regla de derecho

El derecho objetivo o regla de derecho “es la regla de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad”²⁰ y cuyo cumplimiento permite la garantía del interés común, razón por la cual su violación acarrea una reacción social contra el violador de la regla. Como el derecho emana de la sociedad, desde el momento en que existe el hecho social hablamos de una “norma social” que, una vez ha penetrado en la conciencia de los individuos, puede adoptar una connotación jurídica como regla de derecho.

Es por ello que Duguit habla de una “regla social de derecho”, porque se trata de una producción espontánea de las conciencias de los individuos, inspirada en la necesidad social y en el sentimiento de justicia. No se trata, por tanto, de una creación deliberada del Estado, quien pierde centralidad en el dominio de las relaciones sociales. El poder se distribuye entre los individuos que conforman determinado grupo; de ellos emana la fuerza obligatoria del derecho, no de alguna voluntad superior.

Respecto a la regla de derecho, me interesa abordar a) sus características, b) su contenido, c) su fundamento y d) la razón por la cual se obedece.

¹⁸ Duguit, “Objective Law I”, p. 830.

¹⁹ Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 56.

²⁰ Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 1.

Características de la regla de derecho

A partir de lo señalado en la obra de Duguit es posible extraer las siguientes características de la regla de derecho: es una norma jurídica, fáctica, contingente y objetiva.

En primer término, la regla de conducta no es una regla moral sino una regla de derecho, es decir, no aplica al interior del sujeto sino a las manifestaciones exteriores de la voluntad humana. Esto significa que no se impone a los pensamientos ni a los deseos del hombre sino a sus actos y, además, solo a aquellos que tienen connotación social.²¹ Es, además, una regla social: si se viola, no hay un ataque a un principio moral superior sino un ataque al equilibrio del grupo.²²

Duguit también resalta el carácter intencional de la regla de derecho, es decir, no es una ley causal porque se aplica a los actos conscientes y voluntarios del hombre. Es un derecho de propósito, una regla que dirige y limita la conciencia y la voluntad del hombre prohibiendo y permitiendo ciertos actos.

Es, además, una regla fáctica porque Duguit expresamente indica que su regla social no se acerca, de ningún modo, a la idea de un derecho natural absoluto y verdadero al que toda la humanidad debe concurrir. En sus palabras, “nuestra regla de derecho, por el contrario no tiene nada de absoluto. No es un ideal, es un hecho”.²³

En tercer lugar, es contingente. La regla de derecho cambia al ritmo que cambian las sociedades humanas; es variable y no inmutable, como lo creyó la tradición liberal. Como fenómeno social, el derecho es un producto de la evolución humana. A diferencia de la ley natural, ideal y general, la regla de derecho duguitiana es el resultado de los hechos y está en permanente evolución.²⁴

Por último, es objetiva. El derecho objetivo no engendra derechos sino que fundamenta la reacción social que puede producirse frente a su violación; “en una palabra: no da a nadie, ni a la colectividad ni al individuo, derechos subjetivos; es decir, el poder de imponer como tal su personalidad colectiva o

²¹ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 65.

²² Duguit, “Objective Law I”, p. 828.

²³ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 66.

²⁴ León Duguit, “Objective Law III”, en *Columbia Law Review*, vol. 21, 2 (1921), p. 135.

individual”.²⁵ En lugar de dar lugar a derechos subjetivos, la regla de derecho lleva a los individuos a una *situación objetiva* que les concede el poder de realizar las tareas que impone la regla social.

Contenido de la regla de derecho

El contenido de la norma social —que da origen a la regla de derecho— es solo uno y siempre es el mismo: “cooperar a la solidaridad social”.²⁶ La norma social ordena a cada individuo no causar perjuicio a la solidaridad social y hacer todo lo que sea preciso para desarrollarla. En caso contrario, se produce una pérdida colectiva y una necesaria reacción social. Dicha regla puede mandar o prohibir acciones o abstenciones pero el contenido de la regla no se forma por la naturaleza en sí del acto prohibido o permitido sino en virtud de las consecuencias sociales que dicho acto puede producir.

En lo que tiene que ver con el contenido de la regla de derecho, Duguit diferencia entre reglas normativas (*juridical norm*) y reglas constructivas o técnicas (*technical rules*). Las normas jurídicas formulan la regla de derecho que se forma a partir de la norma social. Las reglas constructivas o técnicas, en contraste, tienen el propósito de garantizar y poner en práctica las reglas normativas, es decir, la regla de derecho. Las reglas constructivas definen las competencias, los procedimientos y el alcance de las decisiones de quien ostenta el poder. Se refieren, en definitiva, al proceso para asegurar la sanción de la regla de derecho y, si bien suponen la existencia del Estado, no reciben de él su carácter imperativo sino que son obligatorias porque permiten la aplicación de la regla de derecho.

Duguit aclara que la norma social es una en su fundamento y en su objeto pero es compleja y diversa en la intensidad de la reacción social que produce su violación. Así, la norma social contiene tres partes que se superponen una sobre otra y que varían de acuerdo con el tiempo y el lugar: una parte económica, una parte moral y una jurídica.²⁷

En primer término, la norma económica regula los actos del hombre relativos a la producción, circulación y consumo de la riqueza. Esta norma

²⁵ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 67.

²⁶ Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 45.

²⁷ León Duguit, “Objective Law II”, en *Columbia Law Review*, vol. 21, 1 (1921), p. 17.

se fundamenta en el hecho de la solidaridad económica. En segundo lugar, la norma social está compuesta de reglas morales, pero no entendidas como criterios absolutos de prescripción de lo bueno o lo malo, sino como aquellas que obligan a adoptar ciertas actitudes externas ajustadas con las prácticas comunes en cierto período y lugar.

Las normas morales se relacionan con aspectos externos del individuo como la religión, la vivienda, la ropa, entre otros. En otras palabras, Duguit entiende las normas morales como costumbres, cuya violación acarrea una reacción social.

Según lo anterior, las normas jurídicas, a su vez, pueden ser económicas o morales. Lo que interesa es saber en qué momento una norma económica o moral llega a ser una regla jurídica, es decir, cómo se convierten en regla de derecho. Duguit es claro en este sentido: el Estado no es la fuente primaria de derecho ni tampoco su único agente generador. Por el contrario, “the primary source of law lies rather in the common consciousness of a social existence”.²⁸ El derecho no es una creación del Estado, su función es simplemente expresar, a través del derecho, la conciencia jurídica que se ha gestado en los individuos y que se ha recogido en la norma social.

Duguit llega al punto de afirmar que las normas económicas y morales se convierten en reglas jurídicas sin la intervención del Estado, y, aun si ello ocurriera, no es la respuesta estatal la que le otorga carácter jurídico a tales normas sino a partir del momento en que los individuos que componen el grupo aceptan que sea organizada una sanción social por su violación. Solo cuando una norma económica o moral ha penetrado en la conciencia del grupo, se convierte en una norma jurídica.

Esta formulación de la conciencia como la fuente primaria del derecho deja ver la distribución del poder a la que nos referimos. El derecho es tal en virtud de la reacción social que ocurre, o puede ocurrir, ante la violación de una norma y esta reacción, a su vez, es producto de las conciencias individuales, del poder del individuo. Veamos cómo se gesta esa conciencia jurídica en el individuo según Duguit.

²⁸ *Ibid.*, p. 20.

Fundamento de la regla de derecho

El fundamento de la norma social deriva de dos hechos: el hombre es un ser consciente de sus actos y es un ser social que no puede vivir aislado, esta es su naturaleza psicológica.²⁹ Ambos hechos dan origen a una norma social que se le impone, una disciplina que le obliga a vivir en sociedad. Para Duguit, la regla social, “sea cual fuere el nombre con que se le designe y el fundamento que se le dé, existe, sin duda, no puede menos que existir, porque sin ella la sociedad no existiría. Toda sociedad es una disciplina, y como el hombre no puede vivir sin sociedad, no puede menos de [sic] vivir sometido a una disciplina”.³⁰

Así, la regla de derecho está formada espontáneamente en la mente de los hombres³¹ y la interdependencia es su presupuesto sociológico; es decir, a la regla de conducta le subyace un hecho social que libera al derecho de su dependencia del poder del Estado y reivindica, en su lugar, su origen social. Con esto queda claro que “la noción de derecho es enteramente independiente de la autoridad política”.³²

En este punto conviene recordar que, aunque Duguit desestima el individualismo por ser ajeno a la realidad, reivindica la voluntad individual que desaparece en la abstracción de la soberanía. En efecto, es enfático en rechazar la agregación de voluntades individuales en una personalidad colectiva, principalmente porque puede aniquilar y absorber al individuo. Para él, la voluntad individual permanece intacta con el cumplimiento de la regla de derecho. Una cosa es que los sentimientos del individuo sean resultado de la vida en sociedad y otra que puedan ser agregados en una conciencia grupal, sumatoria que resulta imposible para Duguit.

Por lo anterior, la conciencia del grupo no es nada distinto a las conciencias individuales que, en un momento dado, se dirigen en la misma dirección por las tradiciones y la historia del grupo, no porque exista una abstracción que represente las conciencias individuales sino por la misma evolución de la sociedad.³³ La doctrina social de Duguit, en este contexto, reivindica la voluntad y la conciencia del individuo en el grupo y, con ello, su poder. Es

²⁹ Duguit, “Objective Law I”.

³⁰ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 63.

³¹ Duguit, “Objective Law III”, p. 126.

³² Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 15.

³³ Duguit, “Objective Law III”, p. 128.

la adhesión de la conciencia individual lo que se requiere para dotar de fuerza jurídica a una norma.

Vale la pena, sin embargo, hacer una claridad a esta altura del argumento. No creo que sea posible extraer de la obra de Duguit la idea de un individuo empoderado que participa activamente en los escenarios políticos, es decir, no creo que el propósito de Duguit sea volver más democrático el derecho, precisamente porque su visión realista le impide basarse en ideales. El poder que Duguit entrega al individuo es el poder de su conciencia, solo cuando ha penetrado en ella con suficiente fuerza la idea de que la vulneración de una norma moral o económica debe ser sancionada, entonces hay lugar a la regla de derecho y a la reacción social. Este es un poder consciente pero fáctico. La obligatoriedad deriva de la obediencia, no de la imposición de una voluntad externa. A este tema me refiero en lo que sigue.

Obediencia a la regla de derecho

Una de las principales críticas a Duguit es que la obediencia pasiva a la ley es la condición necesaria de todo orden social, por lo cual sin soberanía no podría haber obediencia y caeríamos en anarquía.³⁴

Pero la doctrina del derecho social duguitiana está lejos de la anarquía y sí supone la obediencia a la regla de derecho. El asunto es que tal obediencia no deriva del temor al poder de un ente abstracto sustentado en ideas metafísicas, sino de la conciencia individual de la necesidad de tal regla. Así lo sostiene Duguit: “la regla de derecho no es una orden; es una disciplina de hecho, que la interdependencia social impone a todo miembro del grupo”.³⁵ La siguiente cita ilustra la fuente de la obediencia en Duguit:

Una ley no se impone más que cuando es conforme a las condiciones de vida actuales, momentáneas y variables, de una sociedad dada, determinadas por la observación y el análisis racional de su evolución y de su estructura, he ahí, a mi juicio, una doctrina completamente distinta de la del derecho natural y de las concepciones de sus doctrinarios; una doctrina de orden puramente positivo y de inspiración verdaderamente científica.³⁶

³⁴ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 109.

³⁵ *Ibid.*, p. 113.

³⁶ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 116.

Adicionalmente, Duguit responde a esta crítica señalando que su concepto de derecho objetivo obliga a los gobernantes a dictar leyes que generen la mayor adhesión social posible, hasta que, en un momento dado, las reglas penetran la conciencia de los hombres. Incluso afirma que “una sociedad solo puede existir si los individuos que la componen cumplen con la ley social. Sociedad y norma social son dos hechos inseparables”.³⁷

La verdadera fuente creadora de derecho es el estado de conciencia del grupo sobre la juridicidad de una determinada norma. Tal estado se forma a partir de dos hechos: el sentimiento de sociabilidad y el sentimiento de justicia. Debido a que le resultan incómodos términos como noción, concepción o idea, Duguit prefiere hablar de *sentimientos* porque corresponden a hechos fácilmente verificables, a la fuente de los actos humanos. Todo individuo que vive en sociedad tiene estos sentimientos porque es responsable ante los demás. Veamos brevemente a qué se refiere cada uno.

El sentimiento de sociabilidad. Este sentimiento indica que el vínculo de solidaridad entre los miembros de un grupo se rompería si cierta regla moral o económica no fuera provista de carácter jurídico. Cuando existe este sentimiento, que apela a un cierto temor por quebrantar la integración social, la norma moral o económica se convierte en una norma jurídica. Poco importa la coherencia de esa norma con algún ideal superior, lo que importa es que haya penetrado en la conciencia colectiva y se considere importante la sanción a su transgresión.

El sentimiento de justicia. Duguit no está cerca de una noción de lo que es justo en sí mismo sino, más bien, del criterio de justicia que tienen los hombres en un espacio y tiempo específicos. Se trata de un sentimiento de pertenencia a la naturaleza humana, pero lo que es justo o no justo es solamente circunstancial. Duguit distingue en este punto entre justicia distributiva y justicia conmutativa. La primera alude al sentimiento de que cada individuo debe recibir una recompensa proporcional a los servicios que presta al grupo social al que pertenece. La segunda se refiere a la igualdad entre los beneficios y servicios intercambiados a propósito de la solidaridad por división del trabajo.

Los sentimientos de sociabilidad y de justicia llevan al estado de concientización unánime —o casi unánime— del grupo acerca de la necesidad de otorgar carácter jurídico a ciertas normas y de utilizar la fuerza social para

³⁷ Duguit, “Objective Law I”, p. 825.

sancionar su transgresión, so pena de comprometer seriamente la solidaridad social.³⁸

Los dos sentimientos explicados son piedra angular de la doctrina duguitiana porque en ellos radica la obligatoriedad de la regla de derecho. Si se infringe la norma y los individuos de un grupo consideran que es necesario y justo reprimir tal violación, entonces esa norma tiene carácter jurídico y es obligatoria. La reacción social aparece, así, como un esfuerzo espontáneo para restablecer el equilibrio.³⁹

Por supuesto, se trata de una reacción social porque según Duguit “hierarchy of wills does not exist and cannot exist”.⁴⁰ Para apoyar esta idea recurre a la comparación entre la ley biológica y la ley social; es decir, así como las células que componen un organismo se someten a la ley de ese organismo, de la misma forma los individuos que componen un grupo social están sujetos a la ley de ese grupo. Si la regla de derecho se viola, el equilibrio se altera y, entonces, el organismo social reacciona contra el autor de la violación.⁴¹ Esta, para Duguit, es la única salida científica que tiene el deber de obediencia al derecho. No se obedece por imposición de una voluntad soberana que concentra el poder sino por la pertenencia a un grupo social determinado que ha llevado a sus miembros a tener conciencia jurídica.

Por último, los gobernantes también están sometidos a la regla de derecho, no tienen derecho subjetivo alguno sino que “están obligados a emplear la mayor fuerza de que disponen en [*sic*] asegurar el respeto, la aplicación de la regla de derecho”.⁴²

³⁸ En este punto resulta inquietante cómo se imagina Duguit que son interpretados estos sentimientos. Al respecto advierte que en ocasiones aparecen algunos individuos fuertes que aseguran encarnar la opinión de la masa, sin embargo, no siempre son fieles intérpretes de los sentimientos sociales. Duguit reconoce que los juristas, por ejemplo, pueden ayudar a formar cierto estado de conciencia jurídica en un grupo pero no reconoce un poder exclusivo y preponderante de unas pocas mentes en la formación de la conciencia jurídica de cierto grupo social. Duguit, “Objective Law III”, p. 140.

³⁹ Duguit, “Objective Law I”, p. 828.

⁴⁰ Duguit, “Objective Law II”, p. 24.

⁴¹ Para Duguit, la diferencia con la ley biológica es que en la ley social los individuos son conscientes de sus actos y motivos. Duguit, “Objective Law I”, p. 830.

⁴² Duguit, *La transformación del Estado*, p. 96.

La costumbre, la jurisprudencia y la ley en Duguit

Duguit sostiene que la pregunta por la costumbre, la jurisprudencia y el derecho positivo como fuentes de derecho es un problema mal planteado, porque el único elemento social que puede dotar de fuerza jurídica una norma es, como ya se explicó, la conciencia de su obligatoriedad.

La costumbre, la jurisprudencia y la legislación no son fuentes de derecho sino vías para exteriorizar la regla de derecho. En cuanto a la jerarquía entre ellas, Duguit sugiere que la jurisprudencia puede contribuir a la formación de la costumbre, en la medida en que permite conocer los hechos sociales, pero niega la posibilidad de un “derecho de los tribunales”, así como existe un derecho consuetudinario. Los jueces pueden ayudar a reconocer las necesidades de la solidaridad social y a reconocer el sentimiento de justicia pero solo son intérpretes, el derecho existe antes de sus decisiones y se impone sobre ellos, nunca son creadores de derecho.⁴³ La costumbre, por su parte, es siempre norma constructiva o técnica, es decir, es obligatoria en la medida en que apoya el cumplimiento de la regla de derecho. En palabras de Duguit, “no es la costumbre la que crea la regla de derecho sino que es la regla de derecho la que se exterioriza y se manifiesta por la costumbre”.⁴⁴ Y esto ocurre precisamente porque la formación espontánea de la regla de derecho en la mente de los hombres, es decir, la conciencia jurídica, equivale al derecho consuetudinario.

El derecho positivo, por último, tiene como fin formular y publicar las reglas de normalización y las reglas constructivas. La pregunta que le interesa a Duguit es si la legislación constituye una fuente de derecho distinta de la regla de derecho establecida espontáneamente. Su respuesta es negativa. La ley es solo un medio para expresar la regla de derecho. La única regla de derecho que reconoce es aquella que deriva de las conciencias individuales por la necesidad social y por el sentimiento de justicia. No puede haber una dualidad jurídica, esto es, una regla de derecho espontánea y una impuesta.⁴⁵

La legislación, entonces, tiene la misma función que la costumbre y la jurisprudencia, solo que constituye un medio más preciso para definir la regla de derecho porque el legislador puede ejercer mayor influencia en la formación

⁴³ Duguit, “Objective Law III”, p. 142.

⁴⁴ Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 38.

⁴⁵ León Duguit, “Objective Law IV”, en *Columbia Law Review*, vol. 21, 3 (1921), p. 243.

de la conciencia jurídica. Lo cierto es que lo que le otorga carácter obligatorio a una regla de derecho no es su positivización en la legislación sino la adhesión de las conciencias individuales, esté o no consagrada en legislación positiva.

Es por eso que hay reglas formuladas en legislación que, sin embargo, no son reglas de derecho y, al contrario hay reglas de derecho que todavía no son derecho positivo. Luego, no siempre coincide el derecho positivo con el derecho objetivo.⁴⁶ En todo caso, Duguit reconoce que mientras no exista una ley escrita o una costumbre comprobada, no es posible hablar de una sanción regular y jurídicamente organizada de la regla de derecho.⁴⁷

Lo anterior indica que en lo que se refiere al lugar del derecho y, particularmente de la ley, la transformación que plantea Duguit presupone supuestos antagónicos a la concepción individualista. La ley no expresa voluntad general alguna —porque no existe— sino la voluntad de los hombres que la votan; es por ello que afirma: “en Francia, la ley es la expresión de la voluntad de los 350 diputados y de los 200 senadores que forman la mayoría habitual en la Cámara y el Senado, he ahí el hecho”.⁴⁸

La pérdida de centralidad de la ley y del Estado en la doctrina duguitiana revela, una vez más, una distribución del poder por lo menos diferente a la de la filosofía liberal. En este orden de ideas, el derecho está primero que el Estado, pero la sociedad y, más específicamente los individuos que la componen, constituye la causa de ambos. La regla de derecho emerge de las conciencias individuales y el poder público no es más que “la fuerza puesta al servicio del Derecho”.⁴⁹

De la subjetivación a la objetivación del derecho en el servicio público

En este último apartado presento la propuesta de objetivación del derecho de Duguit, en contra de la idea de derecho subjetivo y exploro, en el concepto de servicio público, una estrategia de objetivación duguitiana.

⁴⁶ Duguit, “Objective Law IV”.

⁴⁷ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 113.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 106.

⁴⁹ Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 27.

El rechazo a los derechos subjetivos

El derecho subjetivo expresa, de acuerdo con Duguit, la dominación de una voluntad sobre otra. La idea de un poder concedido al titular de derecho para exigir algo a un sujeto obligado implica una inaceptable subordinación de voluntades. En su criterio, “no hay que buscar los dos términos de una relación que no existe”.⁵⁰ En sus primeras obras se aprecia, con mayor énfasis, el rechazo hacia este concepto:

Está en vías de constituirse una sociedad de la cual se excluye la concepción metafísica de derecho subjetivo, para dar lugar a la noción de derecho objetivo que implica para cada cual la obligación social de cumplir una cierta misión y el poder de realizar los actos que exige el cumplimiento de esta misión [...]. En el estado positivo, que no admite título celeste, la idea de derecho desaparece irrevocablemente [...]. Sobre el fundamento de eliminar los derechos subjetivos se constituye un nuevo régimen político y social.⁵¹

De acuerdo con su doctrina de la solidaridad social, “el individuo no tiene ningún derecho; no tiene sino deberes sociales;”⁵² en cuanto es un ser social que nace siendo miembro de una colectividad, está sujeto a obligaciones, de forma tal que sus derechos no son más que “las facultades de que dispone para cumplir libre y plenamente sus deberes sociales”.⁵³

Para Duguit, el romanismo retomado en el Código de Napoleón, “la última palabra de la sabiduría humana, quiere dar como primer cimiento a toda sociedad civilizada el derecho del individuo, el derecho subjetivo, el poder del individuo de imponer su personalidad como tal a la sociedad y a los demás individuos”.⁵⁴

Pero el derecho subjetivo “no debe tener lugar en la organización positiva de las sociedades modernas”.⁵⁵ No es más que un concepto contingente

⁵⁰ Citado por Gurvitch, *La idea del derecho social*, p. 691.

⁵¹ Duguit, *La transformación del Estado*, pp. 67-69.

⁵² Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 201.

⁵³ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁴ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 59.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 60.

e histórico que ha sobrevivido por “la armadura potente con que los juristas romanos lo han revestido”⁵⁶ bajo las nociones de *imperium* y *dominium*.

Dicho esto, Duguit propone la transformación del poder central sobre la base del derecho objetivo. Tal transformación implica que:⁵⁷ 1) el poder público deja de ser un derecho y se reconoce como un hecho, 2) los gobernantes no tienen ningún derecho subjetivo de mandar, 3) la voluntad de los gobernantes solo se impone de manera relativa, porque obliga solo si es conforme a la regla de derecho, 4) el papel de los gobernantes se va reduciendo progresivamente a la vigilancia y a la intervención “porque todas las funciones económicas y sociales van poco a poco distribuyéndose entre las diferentes clases sociales”.⁵⁸

Dedico el último momento del texto a la idea de servicio público duguitiana como la vía que propone el autor para radicar obligaciones en cabeza del Estado, sin acudir a la noción de derecho subjetivo.

Los servicios públicos como objetivación

Duguit tiene la clara intención de justificar obligaciones positivas del Estado debido a que “el hombre moderno pide a los gobiernos no sólo no realizar ciertas cosas, sino hacer ciertas otras”;⁵⁹ el asunto es cómo lograrlo sin hablar de derechos subjetivos. Al respecto, sostiene que las situaciones socialmente meritorias no tienen que ser exclusivamente protegidas mediante derechos subjetivos.

La doctrina individualista implica que una situación no está socialmente protegida sino cuando detrás de ella hay un derecho subjetivo y un sujeto de derecho; *pero hay muchos casos en los cuales deben ser socialmente protegidas ciertas situaciones, sin que se pueda descubrir un sujeto de derecho y un derecho subjetivo en ellas*. La doctrina individualista, en suma, tiene un pasado glorioso. Cuando se fundó respondía a un fin; hoy está caduca, y no tiene valor alguno.⁶⁰

⁵⁶ *Ibid.*, p. 73.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 96.

⁵⁸ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 97.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁰ Duguit, “Exposición crítica de los diversos conceptos del derecho y el Estado”. Énfasis añadido.

Duguit prefiere hablar de servicios públicos como medios para garantizar situaciones socialmente valoradas. La noción de servicio público, frente a la cual llega a afirmar que “sustituye el concepto de soberanía”,⁶¹ es la representación objetiva del deber del Estado hacia la sociedad.

Los derechos individuales, según Duguit, no permiten adscribir a cargo del Estado obligaciones positivas,⁶² por lo cual es a través de la función administrativa y de los servicios públicos “como el Estado ejecuta y satisface sus deberes de asistencia y protección a los débiles, a los desamparados y a los inválidos”.⁶³

Para Duguit “los gobernantes deben realizar todas las actividades propias para desenvolver la cultura física, intelectual, moral del individuo y la prosperidad material de la nación”,⁶⁴ lo cual se logra a través de servicios públicos tales como instrucción, asistencia, obras públicas, alumbrado, correos, telégrafos y caminos de hierro.

Los servicios públicos constituyen, así, un sistema de intervención estatal, sometido, disciplinado y regulado por el derecho público que impone obligaciones a los gobernantes de “asegurar sin interrupción el cumplimiento de una cierta actividad”.⁶⁵ El Estado, en este escenario, deja de ser “un poder de mando para convertirse en una cooperación nacional que asegura el cumplimiento de los servicios públicos y sanciona las reglas de derecho”.⁶⁶ El Estado no es más que el representante de un poder social, es el gerente de los servicios públicos. Por tanto, los servicios públicos no son más que las instituciones destinadas a asegurar el cumplimiento de la regla de derecho por parte de los gobernantes.

El fundamento de tal función social, en línea con lo anterior, deriva del hecho de la interdependencia social que, a la vez, sustenta el derecho público. Así “el Derecho Público es el Derecho objetivo de los servicios públicos”.⁶⁷ La razón de ser del derecho público no es otra que la organización y gestión de los servicios públicos, sin personalidades abstractas ni derechos subjetivos

⁶¹ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 27.

⁶² Duguit, *Manual de derecho constitucional*, p. 34.

⁶³ *Ibid.*, p. 43.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 26.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 31.

⁶⁶ Duguit, *La transformación del Estado*, p. 8.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 37.

de por medio. De esta forma Duguit reemplaza lo que considera una concepción metafísica del Estado por una realista.

Conclusión

Me propuse mostrar cómo la objetivación del derecho en la doctrina duguitiana busca desconcentrar o distribuir el poder social. Aunque Duguit no lo declara expresamente, es posible reconocer, a partir del análisis de su doctrina, la manera en que objetivar el derecho trae consigo una distribución del poder distinta a la que supone el liberalismo.

La distribución liberal del poder implica una relación asimétrica entre el Estado y la sociedad y la posición dominante del primero. La sociedad, así entendida, aparece de manera periférica y subordinada. No es que para Duguit las asimetrías de poder sean inexistentes.⁶⁸ En efecto, su aporte es que sin dejar de reconocer la distinción entre gobernantes y gobernados, le confiere a la sociedad —y no al Estado— el papel fundamental en la regulación social.

Al negar la personificación del Estado y la imposición de una voluntad general sobre otras, el solidarismo conserva el poder individual en cada sujeto que vive en interdependencia social. Por tanto, es la necesidad de relacionamiento con otros y no la voluntad externa del Estado la que obliga al cumplimiento de la regla de derecho.

Las normas sociales, y dentro de ellas las normas morales y económicas, adquieren carácter jurídico a partir de la conciencia de que su transgresión pone en peligro la interdependencia social. Duguit ancla la vinculatoriedad del derecho en la existencia de una reacción social ante su violación y, con esto, afirma la distribución del poder social a la que nos referimos. El derecho, así concebido en su versión objetivada, no es un poder que pertenezca a una voluntad sobrenatural que se impone sobre otros: los excluidos del poder. Bajo su realismo científico, la regla de derecho no tiene más fin que expresar la norma social que deriva de los individuos y los lazos que los unen.

Muchas voces se alzaron contra Duguit por considerar inaplicable una teoría del derecho y del Estado que omitiera la categoría tradicional del

⁶⁸ El argumento de Duguit no busca favorecer a una clase sobre otra. En tal sentido, afirma: “La dominación de clase debe terminar; por nuestra parte, rechazamos la de la clase proletaria, al igual que la de la clase burguesa”. Duguit, *La transformación del Estado*, p. 101.

derecho subjetivo. Posiblemente por ello, los restos que hoy sobreviven de su doctrina tienen que ver con conceptos de derecho administrativo y no de teoría jurídica.

Vivimos “el tiempo de los derechos”; cada nueva demanda social busca ser vertida en el orden del derecho subjetivo para obtener su exigibilidad judicial, ¿cómo negar, entonces, como lo hace Duguit, la subjetivación del derecho a favor de una idea tan general como el servicio público? Este es precisamente su aporte. Duguit nos invita a explorar caminos de protección social conforme a los hechos, la contingencia y la temporalidad, lejos de fórmulas vacías y absolutas que pueden ser ricas en retórica pero pobres en realidad. De poco sirve el reconocimiento de derechos y su protección judicial si no existe la infraestructura, el presupuesto y la planeación para su garantía.

Duguit nos muestra lo que hay por fuera del mito de los derechos y en esta panorámica hemos visto, principalmente, dos elementos positivos: a) la objetivación devuelve poder a los individuos y b) el servicio público radica obligaciones positivas en el Estado sin necesidad de que la demanda social sea subjetivada. Tal vez sea tiempo de reconocer las limitaciones fácticas de los derechos y de entender que las necesidades sociales y los problemas públicos se atienden con acciones públicas, independientemente de su subjetivación.

Bibliografía

- DUGUIT, León, “Exposición crítica de los diversos conceptos del derecho y el Estado”, en *Cuatro conferencias*, Universidad de Madrid, Biblioteca Virtual Antorcha. Disponible en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/conferencias/indice.html.
- , *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Francisco Beltrán, 1926.
- , “Objective Law I”, en *Columbia Law Review*, vol. 20, 8 (1920), pp. 817-831.
- , “Objective Law II”, en *Columbia Law Review*, vol. 21, 1 (1921), pp. 17-34.
- , “Objective Law III”, en *Columbia Law Review*, vol. 21, 2 (1921), pp. 126-143.
- , “Objective Law IV”, en *Columbia Law Review*, vol. 21, 3 (1921), pp. 242-256.
- , *La transformación del Estado: la nueva orientación del derecho político*, Madrid, Francisco Beltrán, 1922.
- , *Las transformaciones del derecho público* (traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaen), Bogotá, ABC Ediciones, 2010 [1913].
- DURKHEIM, Emile, *The Division of Labor in Society*, Nueva York, Free Press, 1997.

GURVITCH, Georges, *La idea del derecho social: noción y sistema del derecho social*, Granada, Ed. Comares, 2005.

—, “The Problem of Social Law”, en *Ethics*, vol. 52, 1 (1941), pp. 17-40.

EL FUNDAMENTO MÍSTICO DEL LEVIATÁN: MÁS ALLÁ DEL DEBATE ENTRE EL LIBERALISMO Y EL ABSOLUTISMO DE HOBBS

*Jose Rafael Espinosa**

Introducción

Una de las principales discusiones alrededor de la teoría política de Hobbes consiste en la respuesta a la pregunta sobre si Hobbes fue un liberal o un absolutista. Tanto los proliberales como los proabsolutistas defienden el liberalismo como doctrina pero se diferencian en su percepción de Hobbes: los primeros defienden su liberalismo y los segundos le reprochan no ser lo suficientemente liberal. Páginas y páginas han sido dedicadas a este debate, que parece haber llegado a un callejón sin salida.

Ese debate, sin embargo, no debe ser visto como una muestra de la incapacidad de unos para imponerse sobre otros en el argumento. En este ensayo defiendo una nueva comprensión de ese debate. No pretendo tomar posición por uno u otro partido, sino tomar el debate mismo como un objeto de estudio. Sostengo que el debate, su propia existencia, no es sino un síntoma de un problema más profundo en el liberalismo: la existencia de un fundamento místico e inestable de la autoridad. En ese sentido, la circularidad del debate entre proliberales y proabsolutistas de Hobbes es reveladora, pues desnuda el corto circuito del argumento liberal para justificar el Estado contemporáneo.¹

* Abogado y politólogo de la Universidad de los Andes, con maestría en Ciencia Política de la Universidad de los Andes.

¹ J. Judd Owen hace un ejercicio similar, pero centrado no en el fundamento de la autoridad sino en la paradoja de la tolerancia en Hobbes y el liberalismo. Owen sostiene

Para poner en evidencia este fundamento místico de la autoridad haré uso del argumento de Jacques Derrida en un texto de cuyo título he tomado la expresión: *Fuerza de ley: el "fundamento místico de la autoridad"* (1997).

Este ensayo está dividido en cinco partes. En la primera describo el argumento de Hobbes y lo sitúo en una narrativa transversal a la teoría política contemporánea. En la segunda planteo los términos del debate entre proliberales y proabsolutistas. En la tercera recojo el argumento de Jacques Derrida sobre la relación entre fuerza y ley, para luego llevarlo a la discusión que propone Hobbes. En la última parte cierro con las implicaciones de estas reflexiones para el debate entre proliberales y proabsolutistas.

La metáfora del contrato social

En esta primera parte hago una descripción general del argumento de Hobbes y, hasta cierto punto, del contractualismo en general. Resumiré los aspectos relevantes del argumento que Hobbes presenta en el *Leviatán* para fundamentar teóricamente el Estado, y lo situaré en una narrativa transversal a la teoría política moderna.² Esa narrativa, la del contractualismo moderno, se basa en una metáfora, la del contrato social, que discutiré con cierto detalle más adelante.

que quienes acusan a Hobbes de ser indiferente u hostil a la tolerancia —por condicionar el goce de los derechos individuales al ejercicio de la soberanía— son víctimas de la misma paradoja del liberalismo: el liberalismo también limita la tolerancia, y en ese sentido también sería absolutista. El liberalismo de Hobbes es entonces paradójico, pero su liberalismo no solo refleja sino que ayuda a aclarar la paradoja del liberalismo. J. Judd Owen, "The Tolerant Leviathan: Hobbes and the Paradox of Liberalism", en *Polity*, 37, 1 (2005), pp. 130-148.

² La obra de Hobbes fue muy amplia y diversa. Se interesó por la historia (tradujo al inglés la *Historia de la guerra del Peloponeso* de Tucídides), por las matemáticas (intentó infructuosamente hallar la cuadratura del círculo), la física, el derecho, la religión y la teoría política. Su gran proyecto fue *Elementos de la filosofía*, que estaba dividido en tres partes: *De Corpore* (publicado en 1655, sobre lógica, lenguaje, método, metafísica, matemáticas y física), *De Homine* (publicado en 1658, sobre fisiología y óptica) y *De Cive* (de 1642, sobre derecho y filosofía política). Además de estos textos publicó otras traducciones y otros libros propios. Si bien vale la pena hacer un estudio sistemático y exhaustivo de su obra, aquí me concentro en *Leviatán*, una de sus últimas obras y en la que recoge y afina sus anteriores reflexiones sobre el individuo, la religión y la política.

Para Hobbes el hombre no es por naturaleza un animal político o social, como lo consideraba la tradición clásica. Siguiendo a Maquiavelo y a Bacon, Hobbes se aparta de la tradición (de Aristóteles, por ejemplo) al considerar que la condición natural del hombre es la guerra. El argumento, que se recoge principalmente en el capítulo XIII de *Leviatán*, se puede resumir así: todos los hombres son iguales, pues el más débil tiene la fuerza suficiente para matar al más fuerte. Como son iguales, o tienen la potencialidad de serlo, surge la desconfianza entre las personas, pues todos son para todos una competencia por bienes deseados y escasos. Ante la desconfianza, la mejor estrategia es la anticipación, el ataque, y ahí surge la guerra. La competencia, la desconfianza y la gloria son entonces las causas de discordia: la competencia impulsa a las personas a atacarse para lograr un beneficio, la desconfianza para lograr la seguridad, y la gloria para ganar reputación. La preocupación central de Hobbes es entonces ofrecer una respuesta a ese problema. Aquí es donde aparece el Estado como la solución al problema:

Con todo ello, es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos. Porque la GUERRA no consiste solamente en batallar, en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo en que la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente.³

Es el temor a esta guerra lo que motiva el pacto entre las personas para crear ese poder común.

En una situación semejante no existe oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto; por consiguiente, no hay cultivo de la tierra, ni navegación, ni uso de los artículos que pueden ser importados por mar, ni construcciones confortables, ni instrumentos para mover y remover las cosas que requieren mucha fuerza...; y lo que es peor de todo, existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve.⁴

³ Thomas Hobbes, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1980.

⁴ Hobbes, *op. cit.*, p. 103.

La respuesta de Hobbes es clara: el temor impulsa a las personas a pactar entre sí para, primero, conformar un gobierno civil y, segundo, decidir quién o qué debe ser el soberano.⁵ El Estado no es, entonces, un orden natural de las cosas —como en la tradición clásica— sino que es fruto de una convención entre las personas, es una construcción que, si bien emula la figura humana, es artificial. Por lo tanto, el fundamento de la validez del Estado, del soberano, radica —utilizando una expresión frecuente en las clases de derecho civil— en la “voluntad de las partes al contratar”.

Este punto, aunque parezca insignificante o trivial, es importante. En el momento A, los individuos se encuentran en un estado de naturaleza, de guerra de todos contra todos. En el momento C los individuos se encuentran sometidos a un régimen, al que le han entregado toda su soberanía, y que por definición es legítimo. ¿Qué pasa en el entretanto, en el momento B? ¿Qué permite pasar de una situación de una guerra contra todos a un orden legítimo? La respuesta de Hobbes es el contrato. Es el contrato lo que legitima ese proceso de transición de una guerra, en la que nadie es soberano de nadie, a una situación en la que el Estado no solo es quien ejerce el poder sino que tiene toda la autoridad y legitimidad para hacerlo. El contrato cumple entonces un rol fundacional de la legitimidad del Estado; pareciera tener propiedades mágicas: convierte lo ilegítimo en legítimo.

Esta idea de Hobbes de que el Estado es el resultado de un contrato entre los individuos —y que de ahí precisamente, del contrato, se deriva su legitimidad— no es una idea exclusiva suya. No es exagerado decir que esta metáfora del contrato ha sido constitutiva del discurso científico político moderno en Occidente⁶ y se manifiesta hoy en día en buena parte de la teoría política e incluso jurídica contemporánea.⁷ De acuerdo con la teoría liberal,

⁵ “El contrato social (para Hobbes) tiene dos partes: 1) Un pacto de cada miembro del futuro cuerpo civil con cada uno de los demás para reconocer como soberano a todo hombre o asamblea de hombres en que convenga una mayoría de su número; 2) El voto que determinará quién o qué debe ser el soberano”. Laurence Berns, “Thomas Hobbes”. En: L. Strauss y J. Cropsey (eds.), *Historia de la filosofía política*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 386.

⁶ Robert E. Stillman, “Hobbes’s ‘Leviathan’: Monsters, Metaphors, and Magic, en *ELH*, 62, 4 (1995), pp. 791-819.

⁷ Desde la teoría política, corrientes relativamente dominantes o canónicas hoy en día, como el liberalismo político de John Rawls, por ejemplo, pueden ser descritas como teorías contractualistas. Al respecto, véase John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, D. F.,

la legitimidad del Estado moderno proviene de la legalidad. En palabras de Rousseau: “El más fuerte no es nunca bastante fuerte para ser siempre el señor si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en un deber”.⁸ Es el derecho —que opera aquí a través de un contrato— el que le otorga un manto de legitimidad a la fuerza inherente del soberano, sin cuya bendición el Estado no tendría el poder simbólico para ejercer la dominación. El contrato, en resumen, legitima la dominación del Estado.

Todo orden jurídico se enfrenta a una cierta tragedia: debe concebirse a sí mismo como un producto de un contexto, de un estado de cosas que ese orden tildaría de ilegal. Como dice Robert Cover, todo orden jurídico requiere una discontinuidad —por lo general un mito con mayores o menores niveles de hechos históricos ciertos— para justificarse como legítimo.⁹ La metáfora del contrato social encarna este mito para una gran parte de los órdenes jurídicos contemporáneos. Los mitos keniano, francés, estadounidense o colombiano, por poner solo algunos ejemplos, están todos articulados —a pesar de las diferencias concretas— alrededor de la idea de un contrato social entre los

Fondo de Cultura Económica, 1978; John Rawls, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996, y Scanlon, “Contractualism and Utilitarianism”. En A. Sen y B. Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. 103-128, entre otros. Pero desde la teoría constitucional este carácter constitutivo de la metáfora es aún más evidente. Todas las discusiones sobre los límites del Estado y las competencias diferenciadas entre sus diferentes órganos siguen hoy estando atravesadas por la metáfora del contrato social: ¿hasta dónde puede reformar el legislativo la Constitución? ¿Hasta dónde un tribunal constitucional puede controlar las reformas constitucionales? ¿Qué se puede reformar o sustituir de la Constitución y qué no? Para responder a esas preguntas la teoría constitucional se ve obligada a retomar la metáfora del contrato social y a responderlas siempre de acuerdo con una interpretación que se haga sobre los alcances del contrato. En el campo de la teoría jurídica tampoco han cambiado muchas las cosas, o, mejor, las respuestas no han sido satisfactorias. Ante el presupuesto lógico transcendental al que apeló Kelsen para justificar la validez del derecho (Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México D. F., Porrúa, 2005), Hart respondió con una regla sociológica de reconocimiento según la cual el derecho válido es aquel que la comunidad en la práctica obedece (H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004). ¿Pero qué justifica esa práctica? ¿Qué justifica esa inercia? ¿Por qué el reconocimiento de la comunidad es vinculante para todos? La respuesta sigue estando atravesada por la metáfora del contrato social.

⁸ Jean J. Rousseau, *El contrato social*, Madrid, Ediciones Istmo, 2004.

⁹ Robert M. Cover, “The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative”, en *Harvard Law Review*, 97, 4 (1983), pp. 4-68.

individuos a través del cual acuerdan un poder común y que representa una discontinuidad con un pasado por lo general injusto que se quiere dejar atrás.

El liberalismo y el absolutismo de Hobbes

En esta sección me concentro en el debate entre quienes defienden el liberalismo de Hobbes y quienes lo acusan de absolutista. Este debate me interesa por lo siguiente: tanto los proliberales como los proabsolutistas son liberales, pero se distinguen en la valoración de Hobbes; los primeros defienden su liberalismo y los segundos le reprochan no ser lo suficientemente liberal. Es un debate, entonces, entre dos esquinas del liberalismo, y en ese sentido es ilustrativo, revelador, pues, como veremos, desnuda el corto circuito del argumento liberal para justificar el Estado contemporáneo. Este debate muestra, en palabras de Cover, cómo la metáfora del contrato social lleva al liberalismo a enfrentar su propia tragedia, sus propias discontinuidades que lo originan. En últimas, lleva a vérselas con un fundamento que —como veremos más adelante— es inestable y místico.

Veamos primero la defensa y luego pasemos al ataque.

La visión proliberal

Quienes defienden la idea de que Hobbes es el primer liberal se basan principalmente en tres argumentos.¹⁰ En primer lugar, sostienen que Hobbes es el primero que define la libertad —usando el término de Isaiah Berlin— de forma *negativa*. Para Hobbes, la libertad “significa, propiamente hablando, la ausencia de oposición (por oposición signífico impedimentos externos al movimiento)” y por lo tanto “es un hombre libre quien en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea”.¹¹ Este sería el fundamento de la libertad moderna entendida —en

¹⁰ Los textos que tuve en cuenta para construir estos tres argumentos fueron los de Francisco Cortés, “El contrato social en Hobbes: ¿absolutista o liberal?”, en *Estudios Políticos*, 37 (2010), pp. 13-32; Leo Strauss, *La filosofía política de Hobbes: su fundamento y su génesis*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006; Laurence Berns, *op. cit.*; David Dyzenhaus, “Hobbes and the Legitimacy of Law”, en *Law and Philosophy*, 20, 5 (2001), pp. 461-498; C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Nueva York, Oxford University Press, 1962.

¹¹ Hobbes, *op. cit.*, p. 171.

ese primer concepto de Berlin— como una restricción al poder de los demás y del Estado.

En segundo lugar, los defensores del liberalismo de Hobbes dicen que es el precursor del individualismo. Es el individuo, y no la comunidad, el núcleo de la teoría de Hobbes. Es en virtud de la protección del individuo, de su seguridad, de su libertad en la sociedad civil, que se justifica el poder y la autoridad del soberano. El Estado ya no es un orden natural, como la *polis*, ni un fin en sí mismo; es un medio para la protección de los individuos.¹²

En tercer lugar, Hobbes sería el precursor del liberalismo porque considera que el Estado es legítimo y debe ser obedecido en cuanto sus actuaciones son reguladas y validadas por el derecho. Es por eso que el soberano no es arbitrario.

Como cada súbdito es, en virtud de esa institución, autor de todos los actos y juicios del soberano instituido, resulta que cualquiera cosa que el soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado de injusticia por ninguno de ellos. *En efecto, quien hace una cosa por autorización de otro, no comete injuria alguna contra aquel por cuya autorización actúa.*¹³

Aquí está la clave del fundamento de validez del soberano. Sus actuaciones no solo son legítimas porque están reguladas por el derecho; son legítimas porque el fundamento mismo de su soberanía es un fundamento legal, porque hay de por medio una autorización legal. Su legitimidad no es el resultado de la imposición sino del acuerdo de voluntades entre súbditos para delegar en él, en el Estado, la soberanía. Así, el contrato, la ley, el derecho, validan la entrega de soberanía y legitiman el poder del Estado.

Claro, aquí surgen las críticas que mencionaré más adelante, que cuestionan que exista una verdadera regulación del poder soberano cuando todas las acciones del soberano son válidas —simplemente— porque son del soberano; porque en eso consiste la soberanía, en la capacidad para determinar qué es

¹² Sin embargo, se podría decir que partir del individualismo no implica, *per se*, ser un liberal, como lo dice C. B. Macpherson: “A pesar de que su conclusión puede escasamente ser llamada liberal, sus postulados eran altamente individualistas. Descartando los conceptos tradicionales de sociedad, justicia y ley natural, él dedujo los derechos y obligaciones políticas del interés y la voluntad de individuos desasociados” Macpherson, *op. cit.*, p. 1. La traducción es mía.

¹³ Hobbes, *op. cit.*, 145. Énfasis añadido.

justo y qué no; o que sostienen que ese acuerdo de libre voluntad de las partes no es posible. Pero más allá de eso, de lo simbólico que puede ser el argumento de Hobbes sobre la regulación del poder, él se preocupa por la legitimidad del Estado y encuentra en el derecho una fuente de regulación que sirve a la vez de fuente de esa legitimidad. He ahí un rasgo liberal.

Como veremos, el centro de la controversia entre proliberales y proabsolutistas gira alrededor de este tercer argumento. Es precisamente esta discusión sobre la legitimidad del poder la que me interesa y en la cual me concentraré más adelante. Por ahora, pasemos a los argumentos del otro lado.

La visión proabsolutista

Quienes acusan a Hobbes de absolutista, sostienen —en la más suave de sus versiones— que a pesar de que su teoría parte de premisas liberales (como la libertad y la igualdad de los individuos), llega a una conclusión autoritaria por miedo a la anarquía.¹⁴

En general, el argumento proabsolutista dice: Hobbes no es un liberal, pues las premisas liberales de las que parte se diluyen cuando la persona entrega toda su soberanía y se convierte en súbdito, y por esa vía pierde el derecho a oponerse a una decisión del soberano, por más “injusta” que sea a los ojos de un liberal;¹⁵ “Nada puede hacer un representante soberano a un súbdito, con

¹⁴ Entre otros, algunos textos que defienden esta posición son los de Carl Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of Political Symbol*, Westport, Greenwood Press, 1996; Sheldon S. Wolin, “Hobbes and the Culture of Despotism”. En: M. G. Dietz (ed.), *Thomas Hobbes and Political Theory*, Lawrence, University Press of Kansas, 1990, pp. 9-36; Charles Tarlton, “The Despotical Doctrine of Hobbes, Part I: The Liberalization of Leviathan”, en *History of Political Thought*, 22 (2001), 587-618; Susan Moller Okin, “Humanist Liberalism”. En: N. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1989. En Colombia, el texto de Francisco Cortés (*op. cit.*) es útil y está disponible en internet, pero no dialoga con la literatura internacional.

¹⁵ Utilizo el término *injusticia* en el sentido que le daría tanto un liberal clásico —como Benjamin Constant, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”. En: *Escritos políticos*, Madrid, CEC, 1989— o John Stuart Mill (*Considerations on Representative Government*, Amherst, Prometheus Books, 1991; *On Liberty*, Mineola, Dover Publications, 2002), preocupados principalmente por la autonomía del individuo frente al Estado y el derecho de participar en la vida pública— como un liberal más contemporáneo —al estilo de John Rawls (*op. cit.*)—, preocupado por la garantía de un

cualquier pretexto, que pueda propiamente ser llamado injusticia o injuria”, dice Hobbes.¹⁶ Y su justificación es siempre la misma: “La causa de ello radica en que cada súbdito es autor de cada uno de los actos del soberano, así que nunca necesita derecho a una cosa”.¹⁷

La justificación de Hobbes para tanto poder del soberano es la anarquía. Reconoce que darle tanto poder es riesgoso, pero es un riesgo que está dispuesto a correr, pues la guerra es un escenario peor:

[...] el poder soberano, ya radique en un hombre, como en la monarquía, o en una asamblea de hombres, como en los gobiernos populares y aristocráticos, es tan grande, como los hombres son capaces de hacerlo. Y aunque, respecto a tan ilimitado poder, los hombres pueden imaginar muchas desfavorables consecuencias, las consecuencias de la falta de él, que es la guerra perpetua de cada hombre contra su vecino, son mucho peores.¹⁸

El soberano recibe todo el poder político de los súbditos, y por esa razón no puede ser controlado por los representados. Esto significa, en términos liberales, la restricción de esos otros derechos que Benjamin Constant consideraba que hacían parte de “libertad de los modernos”: la libertad de prensa, el control crítico de los funcionarios públicos por parte de una opinión pública crítica, la vigilancia activa sobre los representantes por parte de la sociedad civil, etc.¹⁹ Para los proabsolutistas, entonces, el poder del soberano es un poder absoluto y despótico y toda regulación no es sino una mascarada que le otorga un manto de legalidad a un poder ilimitado. El soberano es obedecido no porque un acuerdo de voluntades lo legitime sino porque los súbditos temen su poder ilimitado.

En resumen, la pregunta central del debate es la siguiente: ¿es la teoría hobbesiana de legitimación del poder —es decir, la teoría que fundamenta el poder del Estado— una teoría liberal o absolutista? Las respuestas de proliberales y proabsolutistas se pueden articular a partir de dos oposiciones.

mínimo de bienes sociales. Para Hobbes la injusticia se limita simplemente al incumplimiento de un pacto.

¹⁶ Hobbes, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 169.

¹⁹ Constant, *op. cit.*; Cortés, *op. cit.*

En primer lugar, mientras que los proliberales defienden un fundamento del Estado hobbesiano basado en el derecho, en el contrato social y en el respeto por las reglas, los proabsolutistas cuestionan ese legalismo y reducen el fundamento hobbesiano del Estado a la fuerza ilimitada y sin controles del Leviatán. Esto está relacionado con la segunda oposición. Mientras que los proliberales consideran que el Estado es un producto de la razón, de un acuerdo de voluntades racional entre los individuos, para los proabsolutistas la teoría hobbesiana terminaría sosteniendo que el Estado es fruto del temor entre los individuos, especialmente temor frente a los que tienen más capacidad de hacer daño. Derecho y razón, por un lado, y fuerza y temor, por el otro.

La relación entre fuerza y ley

En la primera sección describí en términos generales la metáfora del contrato social —la fuente de legitimidad del Estado en el argumento hobbesiano— y en la segunda mostré algunas tensiones entre proliberales y proabsolutistas en su valoración de Hobbes. Pues bien, esas tensiones entre fuerza y ley no son un simple problema de incapacidad de unos para imponerse sobre otros en el argumento. Por el contrario, más que difíciles o complejas de resolver, esas tensiones son sintomáticas de un problema más profundo.

Ese problema más profundo —sostengo aquí— ha sido ocultado por la metáfora del contrato social, ese mecanismo mágico que convierte el derecho en razón y la fuerza en ley. Las metáforas “son capaces de inventar las más fantásticas entidades en virtud del poder posicional inherente al lenguaje. Pueden desmembrar la textura de la realidad y reensamblarla de las formas más caprichosas”, decía Paul de Man.²⁰ En ese sentido, las metáforas son peligrosas, monstruosas y —sobre todo si son el fundamento del poder— es sano interrogarlas constantemente para que revelen aquello que quieren ocultar. Aquí trato de hacerlo.

Esta relación entre fuerza y ley, fruto de la metáfora del contrato y central al discurso liberal del Estado moderno, es inestable. En esta sección retomo parte del argumento de Jacques Derrida en *Fuerza de ley* para mostrar esta

²⁰ Paul de Man, “The Epistemology of Metaphor”, en *Critical Inquiry*, 5, 1 (1978), pp. 13-30. La traducción es mía. Este aparte es citado en Stillman, *op. cit.*, p. 792.

inestabilidad.²¹ Luego, en la siguiente sección, intento mostrar cómo opera esta inestabilidad en el argumento de Hobbes.

En *Fuerza de ley*, Derrida comienza —previsiblemente— con una reflexión sobre algunas expresiones en inglés que le parecen valiosas por no tener un equivalente estricto en francés o en español. La primera de ellas es la expresión *to enforce the law*, que al ser traducida al francés o al español (‘aplicar la ley’) pierde la alusión directa que recuerda que —como lo mencioné antes— “el derecho es siempre fuerza autorizada, una fuerza que se justifica o que está justificada al aplicarse, incluso si esta justificación puede ser juzgada, desde otro lugar, como injusta o injustificable”.²² Y aquí es donde surge la pregunta clave: ¿cómo distinguir la fuerza de la ley de la violencia que se juzga siempre injusta? En palabras de Derrida, “¿qué diferencia existe entre, de una parte, la fuerza que puede ser justa, en todo caso legítima (no solamente el instrumento al servicio del derecho, sino el ejercicio y el cumplimiento mismos, la esencia del derecho) y, de otra parte, la violencia que se juzga siempre injusta? ¿Qué es una fuerza justa o una fuerza no violenta?”²³

Estas preguntas de Derrida no vienen acompañadas de un esfuerzo por responderlas, por ofrecer criterios que permitan distinguir la violencia justa de la injusta. Estas preguntas son en sí mismas ejercicios críticos que apuntan a cuestionar la existencia misma de esa diferencia entre violencia justa e injusta. Para defender este cuestionamiento de la diferencia entre la fuerza de la ley y la violencia siempre considerada injusta, Derrida plantea una discusión alrededor de un *pensée* de Pascal que pone de presente cómo la fuerza es una especie de predicado esencial de la justicia: “la justicia sin la fuerza es impotente”, dice Pascal. La justicia no es la justicia, no se realiza, si no tiene la fuerza —siguiendo el ejercicio de Derrida— de ser *enforced*. Sigue Pascal: “La fuerza sin la justicia es tiránica. La justicia sin fuerza es contradicha porque siempre hay malvados; 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 o lo que es

²¹ Me limito al argumento sobre la relación inestable entre fuerza y ley. El texto también sostiene que la desconstrucción es justicia, pero de ese punto no me ocupo.

²² Jacques Derrida, *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 1997.

²³ *Ibid.*, p. 17.

fuerte sea justo”.²⁴ La justicia exige, para ser justicia, el recurso a la fuerza; justicia y fuerza —sostiene Derrida con las palabras de Pascal— no pueden separarse.

Derrida sostiene que de este *pensée* se pueden derivar las premisas de una crítica más intrínseca del derecho.

El surgimiento mismo de la justicia y del derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho implica una fuerza realizativa, es decir, implica siempre una fuerza interpretativa y una llamada a la creencia: esta vez no en el sentido de que el derecho estaría al servicio de la fuerza, como un instrumento dócil, servil y por tanto exterior al poder dominante [como si fuera una ideología en el sentido marxista clásico, diría yo], sino en el sentido de que el derecho tendría una relación más interna y compleja con lo que se llama fuerza, poder o violencia.²⁵

La justicia, entendida en este caso como derecho, no sería simplemente una herramienta utilizada por un poder o una fuerza social —económico, político o ideológico— que existe fuera de ella. La relación entre justicia (derecho) y fuerza es más compleja:

[...] la operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, *hacer la ley*, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia realizativa y por tanto interpretativa, que no es justa o injusta en sí misma, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo y anteriormente fundador, ninguna fundación preexistente, podría garantizar, contradecir o invalidar por definición.²⁶

En el camino que va de la violencia injusta a la violencia justa hay una especie de vacío. En algún punto de ese camino la violencia, que antes no era ni justa ni injusta, se convierte en justa en virtud de un “golpe de fuerza”, un golpe que es de fuerza pues no ha sido autorizado por ningún derecho previo y fundador. Es este poder realizativo lo que Derrida denomina *místico* (y que da lugar, siguiendo la expresión de Montaigne, al subtítulo del libro). Hay aquí entonces una circularidad: la violencia es válida (justa) porque está ajustada al

²⁴ El texto de Pascal citado corresponde a la traducción al español que hizo Adolfo Barberá de *Del derecho a la justicia*, la primera conferencia de *Fuerza de ley*; véase Derrida, *op. cit.*, p. 27.

²⁵ *Ibid.*, p. 32.

²⁶ *Ibid.*, p. 33.

derecho, pero el derecho se justifica —se funda— a partir de un acto violento, un acto de fuerza, que no es ni justo ni injusto. Por esa razón, Derrida concluye que el origen de la autoridad es una violencia sin fundamento.²⁷

Hasta aquí llega mi invocación a Derrida, pues no me interesa desarrollar otros puntos de su argumento y creo que lo que he expuesto es suficiente para comprender la noción de *fundamento místico de la autoridad*. En la siguiente sección vuelvo a Hobbes y le hago las mismas preguntas que se hizo Derrida. Veamos.

Fuerza y ley en Hobbes

Volvamos a la pregunta inicial de Derrida: ¿cómo distinguir la fuerza de la ley de la violencia que se juzga siempre injusta? Hobbes —y en general el discurso liberal— nos ofrece una respuesta, que nos devuelve a los tres momentos de la legitimidad del Estado a los que me referí antes: el momento A, del estado de naturaleza; el momento C, del Leviatán, y el momento B, de transición: el contrato, ese mágico mecanismo que justifica de ahí en adelante todas las acciones del Estado.

Esta descripción esquemática del argumento de Hobbes recoge, creo yo, las oposiciones que caracterizan y definen la metáfora del contrato social y el discurso teórico del liberalismo. En el estado de naturaleza los individuos actúan guiándose por el temor; en el Leviatán lo hacen guiándose por la razón. En el estado de naturaleza impera la fuerza; en el Leviatán, el derecho. El contrato opera como una bisagra entre las oposiciones, y los conceptos se transforman: el temor se hace razón y la fuerza, derecho (estas oposiciones ya nos son familiares, pues las utilicé en la primera sección para resumir la discusión entre proliberales y proabsolutistas).

²⁷ “En definitiva, el origen de la autoridad, la fundación o el fundamento, la posición de la ley, sólo puede, por definición, apoyarse en ellos mismos, estos constituyen en sí mismos una violencia sin fundamento. Lo que no quiere decir que sean injustos en sí, en el sentido de ‘ilegales’ o ‘ilegítimos’. No son ni legales ni ilegales en su momento fundador, excediendo la oposición entre lo fundado y lo no fundado, entre todo fundacionalismo o antifundacionalismo. Incluso si el éxito de los realizativos fundantes de un derecho (por ejemplo —y esto es más que un ejemplo—, el éxito de un Estado como garante de un derecho) supone condiciones y convenciones previas (por ejemplo, en el espacio nacional o internacional), el mismo límite ‘místico’ resurgirá en el supuesto origen de dichas condiciones, reglas o convenciones, y de su interpretación dominante”, Derrida, *op. cit.*, p. 34.

Estas oposiciones, sin embargo, son inestables. Empecemos por la primera que, en últimas, es un abre bocas de la segunda, en mi opinión la más importante. ¿Es posible distinguir tajantemente el temor de la razón a partir de la distinción entre el Estado de naturaleza y el Leviatán de Hobbes? Creo que no. Primero, porque hay mucho de temor en el Leviatán y mucha razón en el estado de naturaleza. Retomo aquí la discusión que plantea Hobbes sobre la validez de los pactos en los capítulos XIV y XV del *Leviatán*. Hobbes sostiene que los pactos de mutua confianza —los que se realizan en el estado de naturaleza— no son válidos, pues no hay una autoridad común que obligue a las partes a cumplir:

Cuando se hace un pacto en que las partes no llegan a su cumplimiento en el momento presente, sino que confían una en otra, en la condición de mera naturaleza (que es una situación de guerra de todos contra todos) cualquiera sospecha razonable es motivo de nulidad. Pero cuando existe un poder común sobre ambos contratantes, con derecho y fuerza suficiente para obligar al cumplimiento, el pacto no es nulo.²⁸

En un estado civil los pactos sí son válidos, dice Hobbes, pues el temor de incumplimiento desaparece debido a que existe un poder apto para constreñir a quienes violarían su palabra. Pero el temor no desaparece, simplemente se transforma: como individuo ya no temo el incumplimiento de la otra parte contratante, sino que temo la sanción del poder civil común.

Esta capacidad del Estado para generar temor no es una simple condición de la validez de un contrato. Es, en definitiva, el fundamento mismo de lo que Hobbes entiende por justicia. En la medida en que la justicia es definida como “el incumplimiento de un pacto”,²⁹ y que solo puede haber pactos si hay un poder común con capacidad para constreñir, solo puede haber justicias o injusticias si hay un poder común que tenga la capacidad de generar temor y obligar a los individuos a cumplir las normas.

Por tanto, antes de que puedan tener un adecuado lugar las denominaciones de justo e injusto, debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso, y de otra parte para

²⁸ Hobbes, *op. cit.*, p. 112.

²⁹ *Ibid.*, p. 118.

robustecer esa propiedad que adquieren los hombres por mutuo contrato, en recompensa del derecho universal que abandonan: tal poder no existe antes de erigirse el Estado.³⁰

La violencia del Estado —y el temor a ella— son entonces una precondition del derecho (nos vamos acercando a Derrida y su *pensée* pascaliana: “la justicia sin la fuerza es impotente”; la justicia, sin la fuerza, no puede ser *enforced*).

Pero también hay algo de razón en el Estado de naturaleza. Las tres pasiones de las que hablé antes —competencia, desconfianza y gloria— llevan a los hombres a una guerra de todos contra todos. Pero si los individuos en el estado de naturaleza están sometidos al vaivén de sus pasiones, ¿cómo es posible que logren ponerse de acuerdo en pactar entre ellos y establecer un orden civil? “Todo ello puede afirmarse —dice Hobbes— de esa miserable condición en que el hombre se encuentra por obra de la simple naturaleza, si bien tiene una cierta posibilidad de superar ese estado, en parte por sus pasiones, en parte por su razón”.³¹ Las pasiones (el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable) se juntan con la razón, que sugiere normas de paz y a las cuales se puede llegar por mutuo consenso. Pero ¿cómo es posible un consenso, racional, en un contexto de guerra de todos contra todos? *¿Dónde termina el temor al otro y comienza la confianza racional?*

Esta primera oposición está estrechamente relacionada con la segunda (fuerza/derecho), que ya nos es algo familiar. En el estado de naturaleza la violencia entre individuos es vista como una simple fuerza, que —en palabras de Hobbes— no es justa ni injusta. En el Leviatán la violencia del Estado es una violencia legítima, reglada, arropada por el derecho. Pero, como muestra el argumento de Derrida expuesto en la sección anterior, y siguiendo la *pensée* pascaliana, el derecho y la fuerza son inseparables; el origen de la autoridad es una violencia sin fundamento: “¿Cómo distinguir entre la fuerza de ley de un poder legítimo y la violencia pretendidamente originaria que debió instaurar esta autoridad y que no pudo haber sido autorizada por una legitimidad anterior, si bien dicha violencia no es en ese momento inicial, ni ilegal o, como otros se apresurarían a decir, ni justa ni injusta?”³²

³⁰ *Idem.*

³¹ *Ibid.*, p. 104.

³² Derrida, *op. cit.*, pp. 17-18.

Hobbes trata de resolver esta pregunta (que sugiere al mismo tiempo una circularidad) a partir de la figura del contrato. Así, el contrato tendría la facultad de lograr la transición de un estado de naturaleza —caracterizado por la guerra, el temor y la fuerza— a un estado civil, caracterizado por la convivencia, la razón y el derecho. Pero el contrato, ese momento fundacional del Estado en la teoría de Hobbes, tendría los mismos problemas de inestabilidad a los que se refiere Derrida. Su autoridad tendría un fundamento místico, pues el contrato mismo consiste en un “golpe de fuerza, en una violencia realizativa y por tanto interpretativa”, que no es justa o injusta en sí misma. No hay un derecho previo, anteriormente fundador, que valide el contrato o lo contradiga. El contrato se encuentra, entonces, en una especie de silencio de autoridad.

Conclusiones

Volvamos a la preocupación inicial de este ensayo. Me interesaba defender una nueva comprensión del debate entre quienes defienden el liberalismo de Hobbes y quienes le reprochan ciertos rasgos absolutistas. Aquí sostengo que el debate no debe ser visto como una muestra de la incapacidad de unos para imponerse sobre otros sino como un reflejo de un problema más profundo de la teoría liberal: la existencia de un fundamento místico e inestable de la autoridad.

Los proliberales defienden el liberalismo de Hobbes, pues reivindican su definición del poder soberano como un poder reglado, ajustado a derecho. En este sentido, confían en que el contrato social marca una ruptura entre el estado de naturaleza y el Estado de derecho y, por lo tanto, están de acuerdo en que las acciones del Estado son legítimas por ser legales. Esta es la versión más ingenua del poder soberano.

Los proabsolutistas son más desconfiados. Cuestionan que para Hobbes el fundamento último del poder del Estado resulte siendo la fuerza y no el derecho. Los proabsolutistas acusan a los proliberales de ingenuos, pues el Estado sería el resultado de la imposición de quienes en el estado de naturaleza tienen una mayor capacidad para generar temor sobre los más débiles. Un liberal radical, o incluso un marxista, podría caer aquí.

El problema de esta visión proabsolutista es que es tan ingenua como la proliberal. El reproche a Hobbes parte del supuesto de que en efecto es posible encontrar un fundamento último de legitimidad del Estado, y cuestiona a

Hobbes por no justificar el Estado con base en ese fundamento. Pues bien, creo que una lectura simultánea de Derrida y Hobbes —como la que propuse aquí— podría sacudir a los proabsolutistas de su ingenuidad. El fundamento del derecho no es sino un golpe de fuerza, una violencia que tampoco tiene fundamento.

Tanto proliberales como proabsolutistas tienen fe en que es posible encontrar un fundamento último del Estado; un mecanismo que permita dar el salto del estado de guerra al estado civil. En tanto esta transición es inestable, proliberales y proabsolutistas patinan, tirándose la pelota entre sí, para lograr identificar en qué parte del intermedio difuso de las oposiciones se funda el Estado.

Bibliografía

- BERNS, Laurence, *Thomas Hobbes*, En: L. Strauss y J. Cropsey (eds.), *Historia de la filosofía política*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 377-399.
- CONSTANT, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”. En: *Escritos políticos*, Madrid, CEC, 1989.
- CORTÉS, Francisco, “El contrato social en Hobbes: ¿absolutista o liberal?”, en *Estudios Políticos*, 37 (2010), pp. 13-32.
- COVER, Robert M., “The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative”, en *Harvard Law Review*, 97, 4 (1983), pp. 4-68.
- DE MAN, Paul, “The Epistemology of Metaphor”, en *Critical Inquiry*, 5, 1 (1978), pp. 13-30.
- DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 1997.
- DYZENHAUS, David, “Hobbes and the Legitimacy of Law”, en *Law and Philosophy*, 20, 5 (1978), pp. 461-498.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1980.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*. México D. F., Porrúa, 2005.
- MACPHERSON, C. B., *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Nueva York, Oxford University Press, 1962.
- MILL, John Stuart, *Considerations on Representative Government*, Amherst, Prometheus Books, 1991.
- , *On Liberty*. Mineola, Dover Publications, 2002.

- MOLLER OKIN, Susan, "Humanist Liberalism". En: N. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1989.
- OWEN, J. Judd, "The Tolerant Leviathan: Hobbes and the Paradox of Liberalism", en *Polity*, 37, 1 (2005), pp. 130-148.
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996.
- , *Teoría de la justicia*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1978.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, Madrid, Ediciones Istmo, 2004.
- SCANLON, T., "Contractualism and Utilitarianism". En: A. Sen y B. Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. 103-128.
- SCHMITT, Carl, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of Political Symbol*, Westport, Greenwood Press, 1996.
- STILLMAN, Robert E., "Hobbes's 'Leviathan': Monsters, Metaphors, and Magic", en *ELH*, 62, 4 (1995), pp. 791-819.
- STRAUSS, Leo, *La filosofía política de Hobbes: su fundamento y su génesis*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- TARLTON, Charles D., "The Despotical Doctrine of Hobbes, Part I: The Liberalization of Leviathan", en *History of Political Thought*, 22 (2001), pp. 587-618.
- WOLIN, Sheldon S., "Hobbes and the Culture of Despotism". En M. G. Dietz (ed.), *Thomas Hobbes and Political Theory*, Lawrence, University Press of Kansas, 1990, pp. 9-36.

LEY, VIOLENCIA Y COMUNIDAD: UNA LECTURA DE “EL ESPÍRITU DEL CRISTIANISMO Y SU DESTINO” DE HEGEL*

*Félix Torres***

Introducción

El propósito de este trabajo es rastrear en “El espíritu del cristianismo y su destino” (en adelante ECD) una crítica de Hegel a la legalidad moderna. Más precisamente, esta crítica está dirigida a cuestionar la capacidad de la legalidad para instaurarse, regularse y empoderarse como un espacio neutral, justificado y, en esa medida, libre de violencia. Asumida a cabalidad, la crítica de Hegel cuestiona la legitimidad misma del Estado moderno al mostrar su incapacidad para fundamentarse sin caer en el ejercicio de determinados tipos de violencia infundados. En otras palabras, Hegel está interesado en denunciar

* Este texto es una versión corta y ligeramente modificada de la tesis de grado que presenté para optar por el título de filósofo de la Universidad de los Andes. Agradezco especialmente a la profesora María del Rosario Acosta por la orientación y la paciencia con la que me acompañó en el proceso que culminó en tal escrito, no solo en su calidad de directora sino como interlocutora de los planteamientos que aquí quedan recogidos gracias a las discusiones, las clases y los textos que me ha compartido, algunos de los cuales se aproximan a este mismo tema y se convirtieron en una guía imprescindible. También quiero agradecer a Isabel Cristina Jaramillo por su amable invitación para la publicación de este artículo y por la discusión que tuvo lugar alrededor de este.

** Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes, con maestría en Filosofía de la Universidad de los Andes.

que el ejercicio arbitrario de cierta violencia caracteriza el derecho y el Estado modernos en distintos momentos de su configuración y funcionamiento.

El ECD contiene un cuestionamiento a la legalidad en distintos niveles, bajo diferentes perspectivas y de una manera a veces desordenada. En algunos casos Hegel critica la legalidad que se encuentra atada a un mandato divino;¹ en otras ocasiones el cuestionamiento a la ley se mezcla con su crítica al imperativo kantiano.² Hegel también da un paso en el ámbito institucional y critica la legalidad tanto del Estado teocrático³ como de las leyes civiles y, en este último caso, distingue las leyes que ordenan de aquellas que castigan.⁴

El ejercicio que propongo a continuación consiste en depurar todos estos niveles y esbozar, a partir de las distintas caras que adquiere la crítica a la ley en el ECD, una crítica articulada, por parte de Hegel, tanto al derecho como al Estado moderno por él constituido. De todas formas, es importante recordar que a pesar de las distintas perspectivas acerca de la ley que están en juego en este texto, el ECD es un ensayo que ha sido considerado por los comentaristas como un escrito teológico. Por lo tanto, la crítica que voy a esbozar solo es posible a partir de la lectura que hace Hegel tanto del judaísmo como del cristianismo.⁵

¹ G. W. F. Hegel, "El espíritu del cristianismo y su destino". En: *Escritos de juventud* (trad. José María Ripalda), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 293 y ss.

² *Ibid.*, pp. 306-308.

³ *Ibid.*, pp. 289-292, 295.

⁴ *Ibid.*, pp. 306-308.

⁵ El ECD es un texto que no ha recibido mayor atención por parte de los comentaristas en lo concerniente a las reflexiones éticas, políticas y jurídicas de Hegel. No solo porque ha sido asociado con una reflexión preponderantemente religiosa sino porque el ECD es un ensayo que no ha sido valorado por los especialistas como parte central del pensamiento hegeliano, a diferencia de las que son consideradas sus grandes obras (*cf. La fenomenología del espíritu, La ciencia de la lógica, Los principios de la filosofía del derecho, La enciclopedia de las ciencias filosóficas*). Los estudios concernientes a las reflexiones de Hegel acerca de la ley y el Estado han girado, de manera preponderante, alrededor de *Los principios de la filosofía del derecho* y, de una manera más reciente, de *La fenomenología del espíritu*.

Por su parte, la atención que los estudiosos y especialistas de Hegel han puesto sobre el ECD responde, además del interés que provocan sus reflexiones religiosas, a la transición que estaba teniendo lugar en el pensamiento hegeliano durante su estancia en Frankfurt, época en la cual escribe el ECD. Como enunciaré más adelante, el problema de la religión no es ajeno al de la transición que tiene lugar en este período de su vida, pues tal transformación responde, entre otras razones, a las ventajas y las limitaciones del lenguaje y del

El ECD es un texto de juventud, escrito a finales de la estadia de Hegel en Frankfurt (1796-1799). El ensayo expone, a grandes rasgos, las limitaciones y los riesgos de pensar la vida en comunidad a través de lo que Hegel llama allí el *espíritu del judaísmo* y de la figura de Jesús y la primera “comunidad cristiana”. De esta manera, la pregunta por la violencia característica de la legalidad moderna implica examinar el *tipo de comunidad* sobre la cual se ejerce. Para entender adecuadamente la crítica hegeliana es necesario conceptualizar con cierto detalle las interacciones y vínculos primarios que, según Hegel, constituyen nuestras relaciones con nosotros mismos y con los otros, y que definen por tanto nuestra vida en comunidad. Tal y como lo recoge Bernstein, para comprender las críticas de Hegel a la violencia instaurada por el dominio de la ley, es necesario comprender también los vínculos que se ven afectados por ella.⁶

Comenzaré por explicar el tipo de vida en comunidad que Hegel tiene en mente y sobre la cual el espíritu del judaísmo ejerce un determinado tipo de violencia. Posteriormente me concentraré en recorrer los distintos aspectos de la crítica de Hegel al espíritu del judaísmo: comenzaré por la descripción que hace Hegel de la figura de Abraham y del destino que le hereda a su pueblo, para luego explicar cómo el Estado teocrático es la institucionalización de las relaciones de dominio que Abraham le heredó a su comunidad. Luego, expondré el cuestionamiento a la legalidad del Estado moderno: en primer lugar, voy a exponer la violencia que se presenta en la instauración misma del Estado moderno y la que se ejerce en su interior; en segundo lugar, voy a desarrollar la violencia como sacrificio de lo particular que se presenta con el castigo; en

razonamiento religiosos para acercarse a la realidad en su dinamismo y a las correspondientes exigencias que se le imponen al pensamiento filosófico para captarla adecuadamente.

Una vez aclarados estos aspectos, se hace más claro el pequeño aporte que quiero realizar en este escrito, al centrarme en uno de los textos de Hegel que, en relación con las contribuciones éticas, políticas y jurídicas de su pensamiento, no ha sido estudiado a fondo. Lo anterior, con la finalidad de articular una aproximación crítica a la legalidad y al Estado modernos que no se encuentra del todo presente en sus grandes obras y que no ha recibido tanta atención por parte de sus comentaristas. Al respecto, tal vez valga la pena recordar, no sin antes llamar la atención acerca de los riesgos en los que se puede caer al construir imágenes estereotipadas, que Hegel es considerado como el gran filósofo “conservador” defensor del Estado prusiano.

⁶ J. M. Bernstein, “Love and Law: Hegel’s Critique of Morality”, en *Social Research* 70, 2 (2003), p. 394.

tercer lugar voy exponer el ocaso de la comunidad cristiana, momento del que se puede extraer una crítica al discurso de los derechos y a la separación de la esfera pública y privada. Finalmente, voy a concluir exponiendo la importancia de la crítica de Hegel hoy en día.

Como es frecuente en Hegel, la crítica no se queda solo en el aspecto negativo, sino que el ocaso de la comunidad cristiana trae consigo la oportunidad de pensar la comunidad en términos distintos. Detenerse en esto excede los límites del presente trabajo, pero buscaré concluir señalando cómo la crítica de Hegel a la ley abre una serie de caminos que serán seguidos posteriormente en *La fenomenología del espíritu* para pensar de otras maneras la comunidad ético-política.

La vida y el amor: la comunidad del amor como una comunidad del *com-partir*

En el ECD Hegel expone una trilogía de conceptos que son fundamentales para entender el tipo de comunidad que tiene en mente en contraposición con el espíritu del judaísmo y con la legalidad y el Estado moderno. Hegel recurre en esta etapa de su pensamiento a las reflexiones religiosas para esbozar distintas formas de comprender la vida en comunidad a través de los conceptos claves de *vida, amor y destino*. A través de estos conceptos, Hegel busca comprender la comunidad en todo su dinamismo y contingencia, como un espacio permanente de encuentro y desencuentro, de correspondencia y no correspondencia entre individuos. El recurso al lenguaje religioso responde a que Hegel todavía no ha acuñado sus conceptos de madurez para referirse a la vida ética.⁷ Veamos entonces con detalle en qué consiste el concepto ético-político fundamental en esta etapa de su pensamiento, a saber: el amor.

⁷ El recurso al lenguaje religioso debe entenderse como una crítica más general a lo que Hegel considera el tipo de reflexión propio de la Ilustración. En efecto, en su estadía en Frankfurt, Hegel critica la incapacidad de la filosofía para captar la vida en general en su dinamismo. La razón ilustrada se presenta para el joven Hegel como una razón estática y desvinculada del mundo, y se caracteriza por el acto de la reflexión (*reflection*) distante del cuerpo y de la realidad, la perspectiva alejada y neutra de un observador científico que considera el mundo como un catálogo de objetos fijos (*cf.* Alice Ormiston, “The Spirit of Christianity and its Fate: Towards a Reconsideration of the Role of Love in Hegel”, en *Canadian Journal of Political Science*, 35, 3 (2002), p. 504). Esta razón “ilustrada”

Para Hegel es necesario comprender al amor como una forma de vida, una modificación de esta.⁸ La vida es pensada en términos biológicos y orgánicos, bajo una lógica en la cual las partes componen el todo como un organismo viviente. Teniendo en cuenta lo anterior, la vida, para Hegel, es ajena a las oposiciones y separaciones irreconciliables.⁹ Sin embargo, Hegel no está negando la pluralidad, multiplicidad y el dinamismo de sus manifestaciones y modos de darse. Lo que Hegel está sosteniendo es que las múltiples manifestaciones de la vida no tienen una existencia independiente, separada y contrapuesta a ese gran entramado de acontecimientos en que consiste lo que llamamos “la vida”. Se trata de un movimiento en el cual las fuerzas opuestas dejan de verse como subsistentes por sí mismas y excluyentes, para comprenderse como los lados necesarios de una misma y única totalidad y, por consiguiente, como un movimiento que debe buscar su propia reconciliación.

El amor, en cuanto *forma de vida*, señala la *correspondencia* del individuo con el otro, en la medida en que el otro no tiene una existencia absoluta, contrapuesta, externa y ajena, ni al individuo ni a la vida: el amor cancela las distinciones y separaciones irreconciliables que nos aíslan a unos de otros.¹⁰ La correspondencia desempeña aquí el papel —se podría incluso decir que se reduce a él— de la *mediación*, la cual interrumpe cualquier relación *inmediata* con nosotros mismos, forjando así la subjetividad a partir de nuestros

se caracteriza por ejercer violencia sobre una realidad que no es capaz de captar en su dinamismo: todo pensar *reflexivamente* es un poner, objetivar, fijar, y, en esa medida, es un *excluir* y *petrificar* que no permite captar su riqueza y movimiento; en eso radica su violencia. Lo que en los escritos de juventud se denomina *razón ilustrada* es lo que en sus escritos de madurez Hegel relacionará más concretamente con la actividad del entendimiento, el cual tiene que separar y fijar la realidad para poder pensarla y conocerla: “mediante el entendimiento determinamos o definimos un concepto —fijando su sentido de tal manera que pueda ser correctamente utilizado. Una vez el entendimiento fija sus términos, deja de operar y simplemente mantiene las distinciones hechas” (John Burbidge, “Hegel’s Conception of Logic”. En: F. Beiser (ed.), *The Cambridge Companion to Hegel*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, p. 91). Es este dejar de operar y quedarse en las distinciones hechas lo que Hegel censura como un pensamiento que no permite captar la vida en su dinamismo. El esfuerzo para tratar de captar la multiplicidad de la realidad mediante los conceptos religiosos de amor, vida y destino surge entonces de la necesidad de no hacerle violencia en el proceso de concebirla.

⁸ Hegel, *op. cit.*, p. 311.

⁹ *Ibid.*, p. 310.

¹⁰ *Ibid.*, p. 337.

encuentros con los otros. El amor refleja una relación de reciprocidad y simultaneidad entre los seres humanos: el amar y el ser amado se dan recíprocamente. El amar de uno es al mismo tiempo el amar del otro, de tal manera que en este movimiento duplicado el ser humano se ve a sí mismo en el otro,¹¹ y en esa medida, cada quien se reconoce a sí mismo *gracias* al otro y *en él*.¹² Este encuentro, que hace visible la correspondencia del individuo con el otro, va a ser, sin embargo, el lugar más propio para su no correspondencia.

En cuanto el amor es una forma de vida, una multiplicidad de formas que se despliega infinitamente, la correspondencia del individuo con el otro no significa homogeneidad, ni en el tipo de relación que comparten, puesto que la *mediación* de unos con otros se hace y deshace indefinidamente,¹³ ni en ninguna presunta identidad compartida: “la igualdad y la disminución de las individualidades, no es amor”.¹⁴ El amor se caracteriza entonces porque solo puede tener lugar entre individualidades diferenciadas a partir de una multilateralidad de las relaciones. Así es como el individuo es considerado integralmente: el amor permite mantener la unidad en este configurarse a sí mismo una y otra vez.¹⁵

¹¹ *Ibid.*, p. 364.

¹² Las similitudes de esta figura con el movimiento del reconocimiento recíproco que Hegel expone en el capítulo de la “Autoconciencia” en *La fenomenología del espíritu* saltan a la luz: 1) en la presencia de una autoconciencia frente a otra, reconociendo y siendo reconocida simultáneamente como tal, hay un doble significado: la autoconciencia se ha perdido a sí misma porque ahora se encuentra como *otra* esencia: se ve en su ser otro. Pero la autoconciencia ha superado lo otro como una esencia distinta porque se ve en la otra autoconciencia a sí misma; 2) la autoconciencia tiene que superar este su ser otro y también lo hace en un doble sentido: debe superar el ser otro para volver a ser ella misma lo esencial y, al hacerlo, se supera a sí misma porque ella es en el otro; 3) esta superación de su ser otro es un retorno a sí misma también de doble sentido: la autoconciencia se recobra a sí misma, vuelve sobre sí, mediante esta superación de su ser-otro. Pero al hacerlo, le restituye a la otra autoconciencia su ser ella misma lo esencial, porque la primera autoconciencia ya no es en el otro. Es importante resaltar que el agente es al mismo tiempo sujeto y objeto, en la medida en que para que la conciencia pueda volver sobre sí, necesita de otro que la reconozca: es *para sí* en la medida en que es *para otro*. Así, “*se reconocen como reconociéndose mutuamente*”. G. W. F. Hegel, *La fenomenología del espíritu* (trad. Wenceslao Roces), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 110 y ss.

¹³ Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, pp. 334-337.

¹⁴ *Ibid.*, p. 364.

¹⁵ Ormiston, *op. cit.*, p. 519.

Si el amor permite esclarecer las interacciones y los vínculos primarios que nos constituyen en nuestras relaciones, con los otros y con nosotros mismos, el amor define entonces, para el Hegel de Frankfurt, el modo de darse nuestra vida en comunidad. En cuanto relación íntima que caracteriza nuestra vida en común, el amor es propiamente un *com-partir*. El amor rasga al individuo, interrumpe cualquier posible relación *inmediata* consigo al sacarlo de sí para encontrarse en el otro, al establecer en el otro un momento crucial para su subsistencia: los otros *confluyen en la partición (com-partir)* de todo tipo de relación inmediata y unilateral del ser humano consigo mismo.¹⁶ Pero también se trata de una comunidad del *compartir* porque siempre es necesario *participar* en el otro, es necesario *distribuirse, repartirse* en él, pues solo así es posible relacionarse consigo. Esta comunidad del *com-partir* es lo que Jesús va a denominar, en su momento según Hegel, el *reino de Dios*.

Teniendo en cuenta lo anterior, el bienestar y el fracaso de cada uno están íntimamente ligados al de los demás, en un hacerse y deshacerse indefinidamente, de tal manera que no existe por fuera de esta comunidad del *compartir* “ningún límite absoluto, ninguna restricción, ninguna perspectiva que exceda el intercambio en marcha entre el sí mismo y el otro que pueda serle relevante”.¹⁷ La existencia del amor depende entonces de su capacidad para cancelar las oposiciones irreconciliables.¹⁸

Ahora bien, parece extraño que primero exponga la comunidad del *com-partir* y después el espíritu del judaísmo, teniendo en cuenta que históricamente, y en el orden mismo del texto de Hegel, primero está el espíritu judío y luego *aparece* la comunidad de los creyentes, que es la forma como Cristo denomina la comunidad del *com-partir*. Sin embargo, hago esto por la siguiente razón. El ECD es un escrito en el que las reflexiones religiosas tienen lugar en la totalidad de las relaciones que constituyen ese organismo viviente que es la vida, no en ningún más allá ni en ninguna figura trascendente. En esa medida, Hegel adopta la noción de amor como la interacción o estructura *primaria* que nos constituye los unos a los otros.¹⁹ Por lo tanto, la decisión de Abraham (que describo a continuación) de abandonar “la totalidad de las relaciones con los hombres y con la naturaleza” le heredó al pueblo judío el

¹⁶ Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, p. 337.

¹⁷ Bernstein, *op. cit.*, p. 416.

¹⁸ Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, p. 337.

¹⁹ Bernstein, *op. cit.*, p. 396.

destino de pisotear y destruir esa totalidad de relaciones éticas que *subyacen*.²⁰ La figura de Jesús, por el contrario, vendría a rescatar, a desencubrir esos vínculos primarios que nos conectan unos con otros.²¹ En esa medida, es posible sostener que primero está la comunidad que denominé del *com-partir*, que va a ser pisoteada por el espíritu judío, y luego va a ser rescatada por Jesús y “bautizada” como el reino de Dios.

Del espíritu del judaísmo al Estado moderno

Abraham y el destino que heredó al pueblo judío

La reducción de los vínculos con los otros a una autoconservación inmediata, unilateral e instrumental. Abraham, para poder gobernar y buscando convertirse en un hombre enteramente autónomo, toma una decisión que define el destino de su nación. Se trata de la “separación que desgarró los vínculos de la convivencia y del amor, la totalidad de las relaciones con los hombres y con la naturaleza; [el rechazo de] estas bellas relaciones de juventud”.²² Abraham, al querer liberarse de esos vínculos redujo la supervivencia a la conservación de la existencia física. Se trata de un tipo de autonomía *inmediata* porque Abraham identifica la subsistencia con la ausencia de estados de penuria y escasez, y para lograrlo tiene que garantizar su existencia a como dé lugar, en oposición con la naturaleza y con los otros. En lugar de encontrarse en el otro, Abraham solo quería dominarlo para garantizar su supervivencia, razón por la cual esa autonomía, en cuanto se confunde con la autoconservación a costa del otro, es *unilateral*. Pero, a pesar de que Abraham era un extranjero en la tierra y entre los hombres, “no era tan independiente de ellos como para no tener que ver nada con los mismos”.²³ Lo anterior permite establecer que Abraham debió tratar a los otros de acuerdo con fines (es decir, convertirlos en medios) y, en esa medida, *instrumentalizarlos* para poder satisfacer sus propósitos.²⁴ Estos tres factores (inmediatez, unilateralidad, instrumentalización), de acuerdo con

²⁰ Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, pp. 287-302.

²¹ Bernstein, *op. cit.*, p. 395.

²² Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, p. 287.

²³ *Ibid.*, p. 288.

²⁴ *Idem.*

Hegel, dan cuenta de la forma de vida integral que es característica de los judíos, porque todos los ámbitos de la vida se enmarcan dentro de ella.

De los vínculos reducidos con los otros a la postulación del dios judío: el sacrificio de lo particular frente a lo universal como resultado de la instauración del principio de dominación. El mundo entero al que Abraham le da la espalda y que reduce a la inmediatez de la autopreservación debe de todas formas ser instrumentalizado y, así, *mediado*. En cuanto Abraham es incapaz de llevar a cabo la relación de dominio, tiene que confiar el ejercicio de tal relación a un dios completamente ajeno al mundo, que no solo domina sino que posee todo y sostiene así la existencia de lo contrapuesto.²⁵ Pero esta postulación de Dios no puede dominar, de hecho, el mundo. En esa medida, es necesario diferir tal relación de dominio poniendo como intermediario al hombre, a través de un “contrato teológico”: “Dios promete contener la fuerza de la naturaleza bajo la condición de que los seres humanos dominen su naturaleza obedeciendo sus leyes de conducta”.²⁶ Esta subyugación del mundo a los mandatos de Dios, a pesar de otorgarle seguridad a Abraham, le impide “amar”. El sacrificio de Isaac refleja para Hegel cómo la subordinación del mundo a la autoridad de Dios implica el *sacrificio de lo particular* frente a lo universal.²⁷

La postulación de Dios: la instauración de la lógica de la inclusión/exclusión. Dios, por su capacidad de presentarse a sí mismo como objeto universal de veneración para el sujeto y de poner al sujeto como lo particular, es él mismo el sujeto absoluto, la unidad de los opuestos, su síntesis. Establecer tal unidad implica siempre fijar u objetivar y, frente a la incapacidad de captar la vida en su dinamismo multidimensional, instaura *la lógica de la inclusión/exclusión*: esta implica o bien una exclusión de lo que está por fuera de ella y lo condena a la nada porque no es el resultado de su unidad; o bien lo incluye, lo asimila a la fuerza.²⁸ Esta lógica se encuentra presente en dos movimientos distintos que, como expodré en su momento, son constitutivos tanto del Estado teocrático como del moderno.

El primero de esos movimientos es el de una particularidad, o un aspecto contingente y parcial de una entidad, que se eleva a universal y se hace valer como tal. Al hacerse valer como universal, se naturaliza toda la cosa a partir

²⁵ *Idem.*

²⁶ Bernstein, *op. cit.*, p. 398.

²⁷ Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, p. 291.

²⁸ *Ibid.*, pp. 289, 290-292.

de algo que es particular. En esa medida, aquello que es contingente vale para todo lo que tenemos que decir de esa cosa, lo que trae consigo el desconocimiento de la multiplicidad de sus manifestaciones. Así, la lógica de la inclusión/exclusión funciona sobre la multiplicidad que queda *por fuera* del universal.²⁹ En el caso de la legalidad moderna, esa lógica aplica a quienes no se encuentran cobijados por la legalidad del Estado, de tal manera que se ejerce la tiranía más indignante sobre *los que quedan por fuera*.

El otro movimiento es el de un universal vacío, muy *elevado, alto y demasiado distinguido que excluye* de lo *común*, y, en esa medida, se encuentra separado de lo concreto.³⁰ En este caso la lógica de la inclusión/exclusión opera sobre la particularidad que se encuentra cobijada por el universal excluyendo todo lo que no puede ser captado por este mismo. En otras palabras, estar *dentro* del universal vacío, en su *interior*, implica dejar *por fuera* la multiplicidad que no cabe *dentro* de su universalidad. En el caso de la ley, como veremos, esta lógica se aplica a quienes, encontrándose cobijados por la legalidad moderna, es decir, en el *interior* del Estado, conviven entre sí por medio de relaciones únicamente jurídicas.

El Estado teocrático: ¿únicamente el Estado de los judíos?

La mediación de unos con otros a través de una autoridad absoluta y la “encarnación” del principio de la dominación y de la lógica de la inclusión/exclusión que Hegel denuncia en el espíritu judío tienen su lugar más propio en el Estado teocrático.

Lógica de inclusión/exclusión en el Estado teocrático. De acuerdo con Hegel, el Estado teocrático se instaura como una unidad que se encarga de poner o de fijar a cada uno en su lugar, en su lado correspondiente, y de presentarse ante cada cual como la autoridad suprema, universal.³¹ Al llevar a cabo su unidad, define quién es ciudadano y quién no, desconociendo y negando a quienes se encuentran *por fuera* de tal unidad. Hegel sostiene que por fuera de la ley los individuos son “vacíos, sin vida; ni siquiera son algo muerto —son nada”—.³²

²⁹ *Ibid.*, p. 289.

³⁰ G. W. F. Hegel, “¿Quién piensa abstractamente?” (trad. M. R. Acosta y G. Macedo), en *Ideas y Valores*, 133 (2007), p. 153.

³¹ Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, p. 289.

³² *Ibid.*, p. 292.

Pero en el *interior* del Estado se ejerce una violencia igual de fuerte contra sus miembros. Si fuera de la ley los individuos no son nada, “dentro son puros objetos, son algo hecho, no algo que *es*; son algo que no tiene amor”.³³

En la comunidad de los judíos la ley es entonces la instancia articuladora de la vida en común. El que se relaciona con los otros únicamente en el marco de la ley, dice Hegel, los “subsume bajo un concepto”. Esto se traduce en que no “es suficientemente fuerte [como] para soportar enteros a los demás y por eso los divide”.³⁴ excluye toda particularidad del otro para relacionarse con él únicamente en el marco de “relaciones puramente jurídicas” exentas del *com-partir*.³⁵ Por lo tanto, aquel que entiende a los otros como algo *hecho* solo puede relacionarse con ellos como algo muerto, carente de vida, y así como un objeto de su dominación. Se trata del mismo desdén a partir del cual el universal vacío excluye y niega el valor de lo particular, desdén que se traduce en la instauración de un espacio común que se caracteriza por una igualdad entre enemigos. Fue esta existencia la que los judíos recibieron como su feudo.

La institucionalización de un espacio común en el interior de la legalidad: una igualdad entre enemigos. El espacio común ya no es aquel en el que los individuos se distribuyen y se reparten mutuamente para poder ser considerados integralmente, sino que es un espacio muerto que se reduce a ser el punto de confrontación de unos con otros: “las leyes limitan la oposición de unos seres vivientes contra otros gracias a las cuales los seres vivientes pueden subsistir”.³⁶ Es una igualdad, eso es cierto, pero como dirá Hegel más adelante, “una igualdad entre enemigos”.³⁷ La vida en el interior del Estado se reduce, entonces, a un espacio en el que están amontonados una multitud de individuos considerados formalmente, en el que los intereses de cada uno dirigidos a la autopreservación se encuentran en conflicto con los de los demás, lo que logra, como máximo, un balance de intereses individuales en lugar de un espacio *com-partido*. El balance de estos intereses individuales no se garantiza sino mediante la seguridad individual que otorga el Estado teocrático.³⁸ Así como Dios da seguridad al pueblo judío al otorgarle “derecho” sobre los bienes y

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibid.*, p. 317.

³⁵ *Ibid.*, p. 288.

³⁶ *Ibid.*, p. 307.

³⁷ *Ibid.*, p. 311.

³⁸ *Ibid.*, p. 292.

alimentos, así también el Estado, en cuanto es la otra cara de la trascendencia del Dios de Abraham, a través de las leyes *asegura* las condiciones para que cada quien, considerado formalmente, luche por su supervivencia, institucionalizando un espacio caracterizado por la misma instrumentalización, unilateralidad e inmediatez que Abraham le heredó a su pueblo.

La relación del ser infinito con lo particular no puede ser sino una “relación” asimétrica absoluta de arriba hacia abajo, porque lo particular carece de cualquier contenido propio y está en el mundo como algo *hecho*. Hegel quiere resaltar el carácter absoluto de esta relación sosteniendo que el Estado es invisible para sus integrantes: “El sujeto infinito tenía que ser invisible, ya que todo lo visible es algo limitado”.³⁹ Se trata entonces de un sometimiento absoluto frente a una autoridad invisible. Por más de que sea el hombre mismo el que haya postulado la existencia de Dios y el que haya fundado al Estado, para que el contrato teológico sea válido, es necesario interrumpir radicalmente cualquier posibilidad de hacer visible en la autoridad suprema, Dios o el Estado, cualquier residuo de humanidad. De esa oscuridad depende el carácter inaprehensible de la autoridad. Bajo esta perspectiva, parecería que la violencia que trae consigo el Estado teocrático podría suprimirse si se logra eliminar esta asimetría absoluta, esta inaprehensibilidad de lo divino por parte del ser humano; es decir, si el Estado deja de ser teocrático, si deja de ejercer su autoridad como la voluntad de Dios o en su nombre, y la ejerce como manifestación del hombre mismo: el darse a sí mismo sus propias leyes.

Sin embargo, el paso a esta concepción moderna de la legalidad no elimina del todo la violencia que Hegel está denunciando en el Estado teocrático, pues no se logra suprimir del todo la objetividad, arbitrariedad y asimetría que caracterizan la relación del espíritu judío con la legalidad.

La violencia constitutiva de la legalidad moderna

En esta sección quiero mostrar que algunos rasgos que caracterizan al Estado moderno, tales como su noción de soberanía y la pretensión de que sus normas cobijen a todos los ciudadanos en cuanto seres humanos con los mismos derechos, de una manera universal y atemporal, no logran eliminar del todo la violencia que Hegel le critica al espíritu judío. Vale la pena resaltar, entonces, aquellos rasgos que Hegel considera característicos del Estado

³⁹ *Idem.*

moderno de acuerdo con la filosofía política de los autores que se identifican con el contractualismo liberal clásico.⁴⁰ Estos autores tienen un fuerte compromiso con los principios de la igualdad y la libertad individual, entendida esta última en términos negativos: mi libertad llega hasta donde afecta la libertad del otro, lo que trae consigo una concepción del otro como un límite a mi libertad. Se trata de una noción de libertad entendida como la ausencia de la violencia ejercida por parte de los otros seres humanos, la cual debe ser garantizada por las instituciones políticas.⁴¹ Bajo esta perspectiva, los seres humanos son considerados como ciudadanos iguales que comparten los mismos derechos y obligaciones básicas. En el interior de la comunidad política las instituciones deben materializar los principios de igualdad y libertad individual a través de la unidad política, la seguridad jurídica e individual, y el orden. Lo anterior por medio de normas con pretensiones de universalidad y atemporalidad que estén dirigidas a todos los ciudadanos por igual. Bajo esta perspectiva, el Estado moderno guarda la pretensión de ponerle fin a la “violencia salvaje” que se reproduce una y otra vez en un estado de naturaleza en el que la libertad no encuentra ninguna ley externa que la limite.⁴² Como comenté en la introducción, el propósito de este trabajo es precisamente cuestionar la pretensión del Estado moderno de neutralizar la violencia, al exponer una crítica de Hegel a la legalidad moderna en su intento de instaurarse, regularse y empoderarse como un espacio neutro y ajeno a ciertos tipos de violencia injustificados.

⁴⁰ Con el énfasis en estos rasgos, Hegel no pretende hacer una caracterización que sea exhaustiva del Estado moderno. En efecto, estos rasgos se identifican más que todo con el contractualismo liberal clásico, aunque ciertos aspectos de Kant y Fichte son objeto de la misma crítica (cf. G. W. F. Hegel, *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural: su lugar en la filosofía práctica y su relación constitutiva con la ciencia positiva del derecho*, Madrid, Aguilar, 1979, p. 27 y ss.). Ahora bien, la dificultad en encontrar alguna manifestación histórica de un Estado que reproduzca fielmente esos rasgos sin que se mezcle con otras formas a partir de las cuales se ha reflexionado acerca del Estado moderno no afecta la crítica de Hegel. Se trata de una crítica más conceptual que histórica y, en esa medida, estaría dirigida a aquellas formas de asociación política que más se acercan a los rasgos que estoy resaltando, sin que tenga que haber una manifestación histórica “pura” para que la crítica se sostenga.

⁴¹ Isaiah Berlin, “Dos conceptos de libertad”. En: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 193.

⁴² Christoph Menke, *Law and violence*, en *Law and Literature*, vol. 22, 1 (2010), p. 1.

La violencia de la inclusión/exclusión en el Estado moderno

Cuando Hegel analiza las leyes civiles propias de la modernidad, lo primero que hace es diferenciar estos “mandamientos” de aquellos puramente objetivos (aquellos que vienen de la autoridad invisible). Hegel reconoce que en los primeros no se pretende ocultar, ni negar, su proveniencia de lo “subjetivo en general”, es decir, que los mandamientos civiles de la modernidad “expresan relaciones naturales del hombre en forma de mandamientos que son producto de una fuerza humana”.⁴³ Una vez reconocido que provienen de la razón en cuanto actividad del ser humano, de una de sus facultades, Hegel afirma que hay no obstante allí una positividad remanente. Este es precisamente el punto de Hegel.

Lógica de la inclusión/exclusión en relación con los excluidos de la legalidad. A Hegel le preocupa que se haga pasar lo particular por universal independientemente de si ese paso se da a través de la razón humana o de una autoridad absoluta. Por eso, Hegel sostiene que “la aberración comienza cuando las relaciones naturales del hombre en forma de mandamientos se vuelven parcial o totalmente objetivos”.⁴⁴ Y por *objetivo* Hegel está entendiendo aquí la universalidad en sí misma que se abstrae de lo concreto y es incapaz de captar lo particular.⁴⁵ Para entender la crítica de Hegel es necesario hacer énfasis en la manera como “la aberración termina”: una vez se ha reconocido que las leyes civiles son un producto de una fuerza humana, un resultado de lo subjetivo, de lo particular, contingente e histórico”,⁴⁶ queda claro que las leyes:

[...] se encuentran afectadas con la contradicción de ser limitadas y universales al mismo tiempo, y en razón de la universalidad de su forma elevan las exigencias más duras a favor de [su] unilateralidad. ¡Ay de las relaciones humanas que no llegan a caer dentro del concepto! Pues en la medida en que no es meramente el pensamiento vacío de la universalidad, excluye o domina todas las otras relaciones.⁴⁷

⁴³ Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, p. 306.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 308.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 330.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 308.

A partir de esta cita es posible extraer dos críticas. 1) Por un lado, debido a la universalidad de la forma de la ley se “absolutiza” algo que es histórico y contingente, y en esa medida, limitado y unilateral, y en nombre de su universalidad se lo empodera; 2) por lo tanto, todo elevar lo particular a universal es un poner y objetivar que excluye todo lo que es distinto de ese poner. Así se reproduce lo que Hegel había criticado al Estado teocrático: al igual que los descendientes de Abraham, las leyes civiles del Estado moderno elevan “la realidad con la que tienen que ver” a un universal, y así excluyen todo lo que queda por fuera de esa realidad contingente. Nadie, salvo aquellos que tienen “ciudadanía”, participa de esa realidad particular que es el Estado. Sumado a lo anterior Hegel formula una tercera crítica: 3) las leyes civiles manifiestan una incapacidad para justificarse por fuera de ellas mismas. Hegel quiere señalar cómo *la legalidad moderna* tiene la forma de un instaurarse que solo se puede fundamentar en su acto mismo de instauración, es decir, en ese elevarse lo particular y unilateral a un universal, razón por la cual, el Estado moderno no puede eliminar del todo la arbitrariedad propia de los Estados teocráticos: “la obligatoriedad de la universalidad de lo legal proviene de su [propia] universalidad”.⁴⁸

Lógica de inclusión/exclusión en el interior de la legalidad. Para Hegel la ley conserva un resto de positividad indestructible por tratarse de una regla universal que no es capaz de captar el dinamismo de la vida en todas sus manifestaciones.⁴⁹ Por lo tanto se encuentra en contraposición con las demás manifestaciones de la vida y de la comunidad del *com-partir*. Las leyes civiles también operan bajo un poder inevitablemente unilateral frente al individuo,⁵⁰ en este caso, el Estado moderno que las respalda y mediante su empoderamiento ordena y obliga a su obediencia.⁵¹ En esa medida, la legalidad moderna hace de un poder que es constitutivamente positivo y unilateral una autoridad “legítima”. Ahora bien, cuando la ley se instaura como una autoridad superior que no solo se fundamenta a sí misma, sino que ordena y que regula en su interior todas las relaciones entre los individuos, no deja nada por fuera, se vuelve una totalidad inamovible. De este modo, en el Estado moderno, según

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibid.*, p. 306.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Ibid.*, pp. 320-322.

Hegel, al igual que con el espíritu judío, no existe nada por fuera del ámbito de la legalidad a pesar de su positividad. En eso radica su soberanía.⁵²

Se trata de una violencia similar a la que he venido caracterizando *en el interior* del Estado teocrático, que consiste en una asimilación del individuo a los estándares de una universalidad unilateral y limitada, quien tiene que renunciar a su particularidad y contenido concreto privándose de esa *forma de vida* que Hegel caracteriza con la idea del amor. Esta asimilación a los estándares de la universalidad tiene dos facetas. 1) Por un lado, la legalidad moderna no define al hombre en su manifestación histórica y contingente sino que ofrece una explicación de la esencia humana tal como se presentaría si se sustraen todos los atributos y particularidades del individuo: solo en el ámbito de la legalidad el hombre es aprehendido en su luz adecuada, en su esencia, en su concepto, ni *obstruido* ni *perturbado* por ninguna particularidad; 2) por el otro, como la legalidad siempre expresa una universalidad que esconde un particular, este último se vuelve en el interior del Estado el rasero a partir del cual se excluye la particularidad de aquello que se asimila: “La unidad del Estado se funda en la actitud de: si Usted quiere vivir aquí tiene que ceñirse a nuestros usos y modos de ser”.⁵³ Y en el Estado moderno, esa particularidad que se esconde detrás del universal expresado en la ley son los valores de igualdad y libertad individual, que, como vimos, reducen las relaciones de unos con otros en su interior a buscar su autopreservación: el otro es un potencial agresor que limita mi libertad y es deber del Estado mantenerlo a raya. A eso se restringe el espacio compartido que, en esa medida, deja de ser *com-partido*. Al igual que con el Estado teocrático, la particularidad de cada ser humano se pierde en la abstracción que caracteriza la universalidad vacía de la ley, que en este caso fija el lugar que le corresponde a cada uno a través de relaciones “puramente jurídicas”, lo que los reduce a ser simples “sujetos de derechos”. Sobre este punto vuelvo más adelante.

⁵² Para Hobbes, “el soberano concentra entonces el poder coercitivo del Estado, así como la capacidad creadora de derecho y la potestad de solucionar los conflictos que surgen entre los súbditos”. D. Bonilla y L. Ariza, “Introducción”. En: *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007, p. 25.

⁵³ Carlos B. Gutiérrez, “De la tolerancia al reconocimiento activo”. En: León Olivé y Luis Villoro (eds.), *Filosofía moral, educación e historia: homenaje a Fernando Salmerón*, México D. F., Facultad de Filosofía y Letras-Instituto de Investigaciones Filosóficas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 19.

La violencia como sacrificio de lo particular

El caso del castigo al criminal ilustra la violencia de la legalidad moderna que he venido explicando. Mediante su acción, el criminal busca retar la ley, desprenderse de su dominio. El criminal justifica su acción y, al hacerlo, pone a la ley de su lado. Por eso, sostiene Hegel, “el contenido de la acción criminal asume ahora la forma de la universalidad y es ley”.⁵⁴ Por esta razón, al cometer el crimen, toda la legalidad se ve amenazada, puesto que su unidad se está viendo resquebrajada frente a la elevación de otra particularidad que se hace valer como universal: la acción del criminal. Pero la soberanía del Estado moderno radica en que no puede haber nada por fuera de sí mismo, mucho menos otra fuente de legitimidad y autoridad, razón por la cual tiene que eliminar la particularidad que lo reta. La ley siempre tiene que hacerse valer cuando está en riesgo, lograr imponerse ante las particularidades que la retan (*to enforce the law*): “Hay que vincular la ley con la vida, hay que investirla de poder [...] si no, se cancelaría a sí misma”.⁵⁵

Pero al tener que hacerse valer, la ley entra en una contradicción consigo misma: “entre ella, en cuanto algo universal, algo pensado —por una parte—, y ella en cuanto real, en cuanto algo que existe en un ser viviente —por otra—, hay una contradicción”.⁵⁶ Por un lado, tiene que ejercerse, pero, por el otro, este *enforcement* tiene que hacerse en el ámbito de lo concreto y contingente y no de la universalidad, que es su lugar más propio. En esa medida, la ley se ve forzada a entrar en el terreno de la contingencia al tener que ser aplicada por un juez.⁵⁷ Es decir, la necesidad del castigo refleja que el sacrificio de lo particular en nombre de la ley es arbitrario o, más bien, contradictorio: el castigo se *justifica* en la universalidad de la ley, la cual, sin embargo, es indisoluble de su contrario, lo particular y contingente. Desde otra perspectiva, la necesidad del castigo refleja y empodera la incapacidad de la ley de ordenar la multiplicidad de la vida desde y a pesar del mandato de su universalidad vacía y unilateral, a pesar de lo cual, se insiste en sacrificar lo particular en nombre de lo universal.

Pero falta ir más allá y mirar en qué consiste la aplicación del castigo, cuál es la lógica que lo mueve. Al respecto, Hegel sostiene: “ojo por ojo, diente por

⁵⁴ Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, p. 321.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 319.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 320.

⁵⁷ *Idem.*

diente, dicen las leyes; la retribución y su igualdad es el principio sagrado de toda justicia”.⁵⁸ Con el castigo se satisface el Estado porque está restaurando la unidad (el contenido del mandato) que la conducta del criminal había violentado con su conducta, ejerciendo contra este último el mismo daño que recibió de su parte.⁵⁹ Bajo esa perspectiva, es claro que la aplicación del castigo, al igualar la violencia que el criminal ejerció contra el *com-partir*, no hace más que *reproducir* esa violencia. En cuanto la justicia de la ley solo reproduce la violencia por medio de su igualación, mantiene un ciclo de muerte que imposibilita retomar los vínculos del amor.⁶⁰ Retornar al *com-partir* requiere más que una sanción que provenga desde afuera. Hegel tiene en mente el perdón como una manera para llevarlo a cabo.⁶¹

Más allá del espíritu del judaísmo, el ocaso del espíritu del cristianismo y la comunidad del compartir: la crítica al discurso de los derechos y a la separación de la esfera pública y privada

A partir de lo anterior se puede formular otra crítica de Hegel contra uno de los aspectos más importantes de los Estados modernos, a saber: el discurso de los derechos. Antes de explicar esta crítica, quisiera recordar que Hegel no está en desacuerdo con un Estado que consagre el respeto por los derechos.⁶² Nada de eso. La crítica de Hegel está dirigida a considerar que la legalidad *agote* el espacio común, de tal manera que los individuos se consideren únicamente bajo la perspectiva de relaciones puramente jurídicas. En esa medida, Hegel estaría llamando la atención ante la insuficiencia del lenguaje

⁵⁸ *Ibid.*, p. 313.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 320.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 330.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 328-329.

⁶² Es importante resaltar que al final de su período en Frankfurt, al contrario de lo que ocurría a comienzos de su estadía en esa ciudad y en Berna, Hegel no tiene en mente a la polis griega como su modelo de comunidad. Hegel es consciente de que no se puede volver a la libertad de los griegos que se caracterizaba, muy a grandes rasgos, por la identidad inmediata del individuo con la sustancia ética. Por el contrario, tiene muy claro que es necesario reconciliar la libertad moderna, que encuentra su expresión en derechos individuales fundamentales como la propiedad, con la libertad de los griegos. En esa medida, Hegel no va a rechazar el reconocimiento de los derechos individuales en un Estado moderno.

de los derechos para pensar nuestra vida *com-partida*, pero al mismo tiempo estaría manifestándose en contra de cualquier intento de agotar ese espacio en común en términos de la legalidad, puesto que reduciría a los individuos a relacionarse entre sí a través de vínculos formales, puramente jurídicos: si no existe ningún ámbito por fuera de la legalidad, sostiene Hegel, entonces los individuos solo serían considerados formalmente.⁶³ Pero este llamado de atención no culmina en la clásica distinción liberal del espacio público-privado, en la que el primer ámbito es el ámbito de la legalidad y el segundo es el de la esfera personal. Esta distinción también va a ser criticada por Hegel mediante su crítica al repliegue de la comunidad cristiana frente al Estado *corrupto* de su época.

Para Hegel, el discurso de los derechos no hace más que reforzar e “institucionalizar” la reducción del espacio compartido a un enfrentamiento, en el mejor de los casos a un equilibrio, entre los intereses particulares de agentes considerados formalmente. Por ejemplo, la ubicación en el mundo a través de la propiedad es un acto fundamentalmente aislado, como la afirmación de una particularidad absoluta en la cual los otros no participan pero sí chocan: las relaciones de unos con otros se definen en términos de transgresión de derechos y de reclamo. El discurso de los derechos vendría entonces a ratificar, a fortalecer, la instrumentalización que tiene lugar en el marco de la ley porque mantiene la lógica de la competitividad y del enfrentamiento.⁶⁴ Por utilizar una expresión de Marx: “La sociedad existe sola y únicamente para garantizar a todos y cada uno de sus miembros la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad”.⁶⁵

¿Qué hacer cuando las interacciones que *com-parten* los individuos se encuentran ante el muro de los derechos? Frente a esta situación hay que ir más allá de estos. Al abandonar la lógica de los derechos, los individuos reasumen los vínculos primordiales de su vida en común, “dejan de estar atados a algo objetivo”.⁶⁶ Al igual que con el perdón, al limpiar al individuo de los sentimientos de hostilidad y reclamo se abre el camino para el amor, para sentir la vida del otro como la vida que es mía, y así *volver* al vínculo de

⁶³ Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, p. 330.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 326.

⁶⁵ Carlos Marx, “Sobre la cuestión judía”. En: *Escritos de juventud* (trad. Wenceslao Roces), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 479.

⁶⁶ Hegel, “El espíritu del cristianismo y su destino”, p. 328.

la comunidad del *com-partir*. Esta comunidad del *com-partir* opera entonces bajo la lógica del *replieque*.

El amor implica el aislamiento frente a quienes no hacen parte de la comunidad: el amor “desdeña a toda unificación que no sea la más intensa, todo espíritu que no sea el más elevado”,⁶⁷ razón por la cual no puede haber amor entre muchos. Teniendo en cuenta que el amor menosprecia la unificación que no sea la más intensa y elevada, que no resiste los contactos con quienes no *caen* en esa unificación, termina reproduciendo la lógica de la inclusión/exclusión con la cual quiso luchar. La esencia de la ligazón de la comunidad cristiana es el amor entre sí como la separación del resto de los hombres. Esto significa que la comunidad del *com-partir*, a pesar de que busca cancelar las distinciones y separaciones irreconciliables que nos aíslan a unos de otros, se repliega del espacio público. Por ello “la conclusión de los estudios frankfurtianos sobre el espíritu del cristianismo es que no se puede encontrar la felicidad y la libertad en el a-politismo”.⁶⁸

El ocaso de la comunidad del *com-partir* en el ECD trae consigo, por lo tanto, una serie de lecciones importantes. Por un lado, pone en evidencia que la salida para pensar nuestra vida en común no puede ser la distinción público-privado del liberalismo. Esta distinción, en la que cae esa comunidad, termina reproduciendo la violencia que quería denunciar: distingue una esfera pública, en la cual los individuos tienen que ver unos con otros a través de relaciones que no son “tan intensas” como en el amor, sino a través de relaciones formales en las que unos son considerados como los enemigos de los otros, y cuyo mejor resultado es el equilibrio entre intereses contrapuestos que se encuentran reforzados por el discurso de los derechos, y una esfera privada, el espacio a-político en el que los miembros de la comunidad encuentran la felicidad y la libertad en el encuentro intenso con los más cercanos, esfera que se caracteriza por ser lo *inesencial* en cuanto no responde a la naturaleza humana definida en la esfera pública. Hegel también está llamando la atención sobre el presunto carácter equilibrado del mundo compartido. Ni el equilibrio que debe garantizar el Estado para que el espacio en común sea el escenario del juego de intereses contrapuestos, ni la armonía de un espacio en el que los individuos se reconocen mutuamente, se presenta como un modelo adecuado

⁶⁷ *Ibid.*, p. 364.

⁶⁸ Bernard Bourgeois, *Hegel à Francfort ou judaïsme, christianisme-hegelianisme*, Paris, Bibliothèque d'histoire de la Philosophie, 2000, p. 59.

para pensar el espacio en común. El ocaso de la comunidad del *com-partir* abre las posibilidades para *pensar* la comunidad en términos distintos, no bajo la lógica de la inclusión/exclusión ni bajo la postulación, inmediata, de una totalidad orgánica como la vida y el amor.

A manera de conclusión

Para entender la pertinencia de la crítica que acabo de exponer es importante referirse brevemente al lenguaje, en algunas ocasiones dramático y exagerado, que utiliza Hegel para criticar la legalidad (“el *sacrificio* y la *dominación* de lo particular; la *herida de muerte*; el *desgarramiento* de los vínculos que caracterizan nuestras relaciones con otros, etc.). Lo primero por resaltar es que el lenguaje que utiliza podría describir con precisión algunas de las situaciones y acontecimientos contemporáneos.⁶⁹ Pero independientemente de todas las manifestaciones históricas, tan dramáticas y exageradas, que cabrían bajo la descripción de Hegel, me gustaría resaltar que su crítica es más que todo conceptual y, en esa medida, utiliza el lenguaje que utiliza.

El lenguaje de Hegel responde a que quiere hacer visible algo que se da por sobrentendido a la hora de pensar el Estado moderno: su capacidad para constituirse como un espacio libre de violencia. A tal punto esto es algo que se pasa por alto que Hegel utiliza un lenguaje en ocasiones dramático y exagerado para resaltar que tal espacio neutro no existe. Al hablar del *sacrificio* de la particularidad en nombre de la universalidad propia del Estado moderno, cuando este “simplemente” regula la vida en su interior, Hegel resalta, denuncia, exclama, que no se trata simplemente de regular la vida de los individuos sino que necesariamente hay algo que queda por fuera, excluido, y que a pesar de no reflejarse literalmente en un sacrificio o dominación física, no descarta que se ejerza otro tipo de violencia contra los excluidos.⁷⁰ En los Estados modernos

⁶⁹ Para nadie es un secreto que en los regímenes totalitarios del siglo xx se dio un *sacrificio*, literal, de los individuos que los retaban; el mismo sacrificio ocurrió con los judíos que *no caían bajo el concepto* del nazismo, quienes fueron exterminados. Lo mismo se puede decir de la Guerra Fría, cuyos muros, literalmente, *desgarraron los vínculos del amor de muchas familias*. Y todas estas violencias se dieron en el marco de una ley que justificaba dichos actos de “sacrificio” con miras a una totalidad que debía ser conservada e instaurada.

⁷⁰ ¿No es violento impedir, en nombre de una forma particular de ver el mundo que se impone sobre otras y que en esa medida las excluye, que las mujeres utilicen el burka en la

se niegan las particularidades que no son conformes con determinados grupos dominantes, quienes justifican su posición, muchas veces, en una presunta universalidad de sus puntos de vista. La negación de esas particularidades no tiene que reflejarse, aunque de hecho ocurra, en una violencia física, *de facto*, para considerar que hay un sacrificio a favor de un universal. La violencia no se reduce a su aspecto físico, como a veces nos lo hacen creer los contractualistas liberales clásicos. Por el contrario, el ejercicio arbitrario de un poder (que no puede dejar de serlo), ya sea para definir quién está adentro y quién queda fuera, para fijar una determinada concepción de lo humano en su interior, o para castigar al que no caiga bajo su poder, son todas formas de violencia. Esto es lo que se encuentra detrás de la crítica a la legalidad moderna que formulé.

La crítica que expuse cuestiona, por un lado, la forma inflexible, dura e intransigente como opera la legalidad moderna en algunas ocasiones (*i. e.* pasar lo particular por universal y eliminar todo lo que no cae bajo esa unilateralidad); pero, por el otro, su forma de operar pasiva, retraída y ausente (reducir la vida en común a la garantía de un número restringido de derechos). Esta crítica esbozada a partir del ECD nos ubica en un lugar inestable que nos muestra dos cosas: por una parte, hace visible la violencia que ejerce la legalidad moderna sobre lo particular. Esta violencia se explica, en parte, por la incapacidad de la legalidad, o de cierta forma de concebir la legalidad en términos universales-neutrales-vacíos, de captar la realidad en su dinamismo e incluso en sus conflictos inevitables. Por otra, Hegel nos advierte, al mismo tiempo, sobre la violencia que traería consigo cualquier pretensión de agotar la vida en común en el marco de la legalidad, es decir, eliminar del todo la positividad del derecho y pretender que la legalidad cobije cada uno de los aspectos de la vida, eliminando cualquier espacio por fuera de esta.

La crítica de Hegel apunta, por vía *negativa*, a considerar la legalidad de una manera *dúctil*, es decir, y de acuerdo con la etimología de la palabra, que admita grandes deformaciones. Pero al ser siempre consciente de su unilateralidad debe tener muy claros sus límites, razón por la cual su constitución no puede ser lo suficientemente *acomodadiza* como para pretender cobijar

calle; o negarle a una pareja homosexual la posibilidad de formar una familia; o prohibirle a una mujer que no pueda concebir que recurra a una fecundación artificial para tener un hijo; o negarle a las comunidades indígenas y negras la posibilidad de vivir y gobernarse de acuerdo con sus usos o costumbres; o que los países mal llamados “del primer mundo” impongan medidas xenófobas que impiden la migración de aquellos países del “tercer mundo”, precisamente aquellos que tienen concepciones más variadas del mundo?

todas las situaciones posibles (ese fue el error en el cual cayó la comunidad del *com-partir*, cuya subsistencia dependía de ser una totalidad que superara todas las oposiciones, al igual que el Estado teocrático). Por el contrario, esta concepción de la legalidad debe estar permanentemente *rasgada y agrietada*.⁷¹ Y el capítulo del “Espíritu” en *La fenomenología del espíritu* va a ser el lugar en el que Hegel empieza a desarrollar esta concepción *dúctil* de la legalidad. Para lograrlo, sin embargo, la filosofía va a tener que volverse una fenomenología, y en esa medida atravesar las distintas experiencias a partir de las cuales Occidente se ha concebido a sí mismo. Más precisamente, en la figura de Antígona, Hegel expondrá cómo todo empoderamiento del derecho, ya sea el divino o el humano, genera necesariamente una grieta en el ser-en-común, y en la figura de la *Gewissen*, Hegel va a mostrar el modo como el ser-en-común hace conciencia de la inevitabilidad de esa grieta. La gran pregunta que queda abierta a la hora de aproximarse a la legalidad, entendida de una manera *dúctil*, es si, siguiendo la etimología de la palabra, las grandes transformaciones que admite llegan hasta el punto, no solo de agrietarla permanentemente, sino de romperla. Estos aspectos, sin embargo, exceden los propósitos de este trabajo.

⁷¹ Comprender el derecho de esta manera no es algo ajeno a la reflexión ni a la historia política e institucional de Occidente, y es posible encontrar diversas manifestaciones de ese tipo, sin que, por la naturaleza misma del concepto, lo agoten. Por ejemplo, la aceptación en el interior del Estado de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia son medidas que apuntan, con todo el debate que esto suscita, a respetar espacios por fuera de la legalidad; la aceptación de determinadas formas de pluralismo jurídico en el interior del Estado (como la justicia comunitaria que entiende mejor los conflictos y los mecanismos de su solución en el interior de un grupo pequeño de individuos, o de la capacidad que tienen las minorías étnicas para regularse de acuerdo con sus normas y autoridades para así hacerle justicia a su visión del mundo) es un reconocimiento de la unilateralidad e incapacidad de la legalidad estatal de abarcar toda la realidad y, en esa medida, se muestran, al menos, como una rasgadura de su hegemonía; el respeto de todo tipo de minorías se muestra como un reconocimiento de que los individuos no pueden ni deben ser considerados bajo una igualdad formal; el fortalecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales apunta a una concepción de la vida en común que no se reduce a ser un campo de batalla para la conservación física. Todas estas manifestaciones, reitero, no anulan la violencia que es propia de la legalidad moderna porque, por poner un ejemplo, siguen operando bajo la lógica de la inclusión/exclusión; su completa realización tampoco agota el espacio compartido, ni es deseable que lo haga. Pero de todas formas, esas manifestaciones son una expresión de cómo la legalidad ha tendido a ser más dúctil.

Bibliografía

- ACOSTA, María del Rosario, “Hegel y el concepto ‘puro’ de reconocimiento: la inter-subjetividad como constitutiva de la subjetividad”. En: F. E. Cely y C. Duica (eds.), *Ensayos filosóficos sobre autoconciencia, sujeto y acción*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010, pp. 17-44.
- , “La ley como reproducción de la violencia”. En: M. R. Acosta y Carlos Manrique (eds.), *Violencias e historias alteradas: repensando el ser en común hoy*, Bogotá, Universidad de los Andes, por publicarse.
- , *La visión trágica del mundo: de la historicidad a la historia en la filosofía hegeliana de juventud: una lectura sobre el Ensayo sobre derecho natural de Hegel* (Documento CESO núm. 40), Bogotá, Universidad de los Andes, 2000.
- BEISER, Frederick, *Hegel*, Nueva York, Routledge, 2005.
- BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”. En: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1996.
- BERNSTEIN, J. M., “Love and Law: Hegel’s Critique of Morality”, en *Social Research* 70, 2 (2003), pp. 393-432.
- BONILLA D. y ARIZA L., “Introducción”. En: *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2007.
- BOURGEOIS, Bernard, *Hegel à Francfort ou judaïsme, christianisme-hegelianisme*, Paris, Bibliothèque d’histoire de la Philosophie, 2000.
- BURBRIDGE, John, “Hegel’s Conception of Logic”. En: F. Beiser (ed.), *The Cambridge Companion to Hegel*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, pp. 86-101.
- GUTIÉRREZ, Carlos B., “De la tolerancia al reconocimiento activo”. En: León Olivé y Luis Villoro (eds.), *Filosofía moral, educación e historia: homenaje a Fernando Salmerón*, México D. F., Facultad de Filosofía y Letras-Instituto de Investigaciones Filosóficas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 177-208.
- HEGEL, G. W. F., “El espíritu del cristianismo y su destino”. En: *Escritos de juventud* (trad. José María Ripalda), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 287-383.
- , *La fenomenología del espíritu* (trad. Manuel Jiménez Redondo), Valencia, Pre-Textos, 2009.
- , *La fenomenología del espíritu* (trad. Wenceslao Roces), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2008.
- , “¿Quién piensa abstractamente?” (trad. M. R. Acosta y G. Macedo), en *Ideas y Valores*, 133 (2007), pp. 151-156.

- , *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural: su lugar en la filosofía práctica y su relación constitutiva con la ciencia positiva del derecho*, Madrid, Aguilar, 2003.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán* (trad. Carlos Mellizo), Barcelona, Altaya, 1994.
- HYPPOLITE, Jean, *Introduction a la philosophie de l'histoire de Hegel*, París, Bibliothèque Philosophique, 1948.
- MARX, Carlos, “Sobre la cuestión judía”. En: *Escritos de juventud* (trad. Wenceslao Roces), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 463-491.
- MENKE, Christoph, “Law and Violence”, en *Law and Literature*, vol. 22, 1 (2010), pp. 1-17.
- ORMISTON, Alice, “The Spirit of Christianity and its Fate: Towards a Reconsideration of the Role of Love in Hegel”, en *Canadian Journal of Political Science*, 35, 3 (2002), pp. 499-525.
- ROCCO, Valerio, *La vieja Roma en el joven Hegel*, Madrid, Maia Ediciones, 2011.
- SPINOZA, Baruch, *La ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

