

RATIO DECIDENDI

2024



UNIVERSIDAD
Panamericana

RATIO DECIDENDI

2024 | ISSN 3061-760X

SUMARIO

Una respuesta jurídica dada y correcta para cada caso

Rodolfo L. Vigo

Justicia y jurisdicción constitucional

Oswaldo A. Gozaini

Acerca de las etapas del constitucionalismo y de las generaciones de derechos humanos y de las leyes de protección de datos

Oscar Puccinelli

¿Cuándo se afecta el interés social? Reflexiones sobre el amparo provisional a la luz del Constitucionalismo del Bien Común

Isidro E. Muñoz Acevedo

Indulto, amnistía y perdón en México

Ilse Carolina Torres Ortega

DIRECTOR EDITORIAL

Dr. Juan Manuel Acuña
Universidad Panamericana, México

SECRETARIA EDITORIAL

Lic. Celia Mizrahi Nedvedovich
Universidad Panamericana, México

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Clara Luz Álvarez González de Castilla
Universidad Panamericana, México

Dr. José Juan Anzures Gurría
Universidad Panamericana, México

Dra. Fabiola Martínez Ramírez
Tecnológico de Monterrey

Dra. Miluska Fiorella Orbegoso Silva
Universidad Panamericana, México

Dr. José María Soberanes Díez
Universidad Panamericana, México

Dr. Francisco Vázquez Gómez Bisogno
Universidad Panamericana, México

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Edgar Corzo Sosa
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Dr. Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Dr. Ángel Gómez Montoro
Universidad de Navarra. España

Dr. Jaime Olaiz Gonzalez
Universidad Panamericana Ciudad de México

Dr. Lucio Pegoraro
Universidad de Bologna. Italia

Dr. Hugo Saúl Ramírez García
Universidad Panamericana. Ciudad de México

Dr. Rodolfo Luis Vigo
Universidad Católica. Argentina

Información legal

RATIO DECIDENDI, Año 1, No. 1, enero – diciembre 2024, es una publicación anual y continua, publicada por Centros Culturales de México, A.C., (conocido como Universidad Panamericana), a través de la Facultad de Derecho, con domicilio en Jerez No.10, Col. Insurgentes Mixcoac, Alcaldía Benito Juárez, Ciudad de México, C.P.03920, México. Tel. +52 (55) 54821600 / 5482 1700. Correo electrónico: RatioDecidendi@up.edu.mx. Editor responsable: Dr. Juan Manuel Acuña Roldán. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2023-121911334200-102, ISSN 3061-760X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Isabel Olea de la Oficina de Publicaciones, Calle Jerez no. 10, Col. Insurgentes Mixcoac, Alcaldía Benito Juárez, Ciudad de México, C.P.03920, México. Fecha de última modificación: 18 de septiembre de 2024. <https://revistas.up.edu.mx/ratio-decidendi>

El contenido de los artículos es total responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista del editor ni de Centros Culturales de México, A.C. (Universidad Panamericana)

Se autoriza el uso o reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes publicados en la revista, siempre que se cite la fuente completa de acuerdo con las especificaciones descritas en la presente publicación y se dé aviso a la dirección electrónica RatioDecidendi@up.edu.mx

El contenido intelectual de la presente publicación periódica se licencia al público bajo la figura de Creative Commons, salvo que el autor de dicho contenido hubiere pactado en contrario o limitado dicha facultad a Ratio Decidendi o a Centros Culturales de México, A.C. (Universidad Panamericana) por escrito y expresamente.



<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Una respuesta jurídica dada y correcta para cada caso

A given and correct legal answer for each case

Rodolfo L. Vigo

Rodolfo L. Vigo

Universidad Austral (Argentina)
Universidad Católica Argentina
vigorodolfo@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-8305-0374>

Recibido: 03 - 04 - 2024

Aceptado: 24 - 04 - 2024

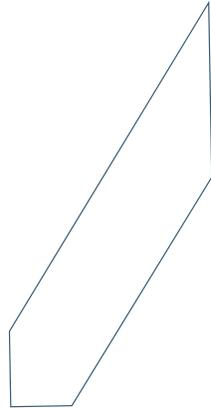
Publicado en línea: 06 - 06 - 2024

Cómo citar este texto

Vigo, R. L. (2024). Una respuesta jurídica dada y correcta para cada caso. *Ratio Decidendi*, año 1, n. 1, 1-49. <https://doi.org/10.21555/rd.2024.3123>



Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Attribution -NonCommercial-ShareAlike 4.0 International.



RESUMEN

El propósito del presente trabajo refiere a la pregunta de si en el derecho hay una respuesta correcta para cada caso. Se ofrece un panorama de diez perspectivas teóricas diversas, aunque todas ellas presentes con diferente intensidad en nuestra cultura académica. Sin perjuicio que se privilegia la mirada de aquellas sobre la cuestión central que aquí se estudia, también se identifican otras tesis centrales que completan, fundan y explican aquella mirada. En ese panorama, el autor confiesa su adhesión a la iusfilosofía de inspiración aristotélica-tomista, expresada hoy especialmente en la obra de John Finnis, y desde ese marco se concreta un balance de aquellas diez lecturas, lo que se completa con hasta once agregados o precisiones de índole más bien personal.

Palabras clave: Única respuesta correcta; función judicial; casos difíciles.

ABSTRACT

The purpose of this work addresses the question of whether there is a correct answer in law for every case. It provides an overview of ten diverse theoretical perspectives, all of which are present to varying degrees in our academic culture. While prioritizing the examination of those perspectives relevant to the central question being studied, other central theses that complement, establish, and explain that perspective are also identified. Within this overview, the author confesses their adherence to the perspective inspired by Aristotelian-Thomistic jusphilosophy, particularly as expressed in the work of John Finnis. From this framework, a balance of those ten readings is provided, supplemented by up to eleven personal additions or clarifications.

Keywords: Only correct answer; judicial function; difficult cases.

CONTENIDO

1. Introducción; 2. Iuspositivismo legalista; 3. Hans Kelsen; 4. Herbert Hart; 5. Ronald Dworkin; 6. Robert Alexy; 7. Duncan Kennedy; 8. Luigi Ferrajoli; 9. Teoría jurídica aretaica o Jurisprudencia de virtudes; 10. Michel Villey; 11. John Finnis; 12. Balance conclusivo; 13. Conclusiones personales; 13.1. ¿Casos fáciles?; 13.2. El marco teórico escogido; 13.3. Tesis y temas a desarrollar; 13.3.1. Argumentación Jurídica; 13.3.2. Prudencia y virtudes; 13.3.3. Lógica jurídica; 13.3.4. Principios jurídicos; 13.3.5. Ponderación; 13.3.6. Dialogo racional; 13.3.7. Lenguaje; 13.3.8. Premisas fácticas; 13.3.9. Precedente; 13.3.10. Validez de la norma jurídica; 13.3.11. Ética Judicial; 14. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

La pregunta si cada caso jurídico tiene una respuesta correcta remite en las últimas décadas a Ronald Dworkin, y éste la incorpora al campo de la teoría del derecho a partir de la distinción hartiana entre casos difíciles y casos fáciles, en tanto postula que aún los difíciles cuentan con una respuesta correcta (one right answer)¹. Más allá del marco en el que habitualmente se estudia aquella cuestión, nos gustaría subrayar inicialmente algunos interrogantes implícitos que muchas veces quedan ocultos o silenciados. En tal sentido, (i) la distinción entre caso fácil y caso difícil no es algo sencillo de concretar, aunque podríamos acordar que el caso es fácil cuando juristas razonables y capacitados² no enfrentan demasiados problemas para identificar la respuesta jurídica correcta que corresponde brindar al mismo según el derecho vigente y válido. Por supuesto que en esa caracterización, cabe advertir (ii) que tiene relevancia y significativas proyecciones en el objeto central a estudiar en este trabajo, la teoría del derecho que se suscriba (iuspositivista, no positivista, crítica, etc.). Otro interrogante (iii) que corresponde revelar es si el esfuerzo que hace el jurista en orden a la respuesta jurídica que propondrá o brindará, es un esfuerzo creativo o simplemente identificatorio de la misma. Intimamente conectado con este último punto aparece el tema (iv) respecto en cuál “fuente del derecho” se encuentra aquella respuesta y qué valores se priorizan. También aquí aparece la cuestión (v) en torno a si ese trabajo del jurista se circunscribe al campo estrictamente jurídico normativo o si corresponde asumirlo abriéndose a las demás dimensiones de la realidad social. Igualmente está incluida la pregunta (vi) respecto a qué facultad humana (razón, voluntad o emociones) recurre el jurista para reconocer la respuesta jurídica que escogerá. Por fin (vii), importa cuál será el método o las disciplinas a las que conviene acudir aquel que pronuncia o dice el derecho. Es importante reconocer las respuestas al menos a los siete interrogantes consignados en orden a perfilar con mayor nitidez la propuesta teórica que se estudie. Obviamente que el desagregado señalado no pretende ser exhaustivo, sino meramente indicativo de algunos problemas o interrogantes que están implícitos en el interrogante central del presente trabajo.

En este estudio la perspectiva que adoptaremos será la judicial, en tanto son los jueces los encargados de definir en última instancia el status deóntico jurídico de las conductas que interesan, o dicho lo mismo de manera más directa: corresponde a aquellos determinar en cada caso la respuesta jurídica que prevalecerá y que contará con el respaldo del poder coercitivo estatal. De todas maneras ese punto de vista vale –mutatis mutandi– para el resto de los juristas, en tanto son ellos los profesionales que tiene esa función de enseñar, abogar, asesorar o decidir autoritativamente la respuesta jurídica que corresponde decir para un caso (*iuris dictio*).

Nuestro propósito será dirigir el tema a estudiar a diferente e importantes teorías que tienen una mirada peculiar al respecto, y finalmente nos ocuparemos de consignar nuestro propio punto de vista, con algunas precisiones –insistamos– que pretenden ampliar cuestiones que corresponde tener en cuenta en el tratamiento de la referida problemática. Al margen que lo central del presente escrito es analizar el servicio que presta el jurista cuando debe decir el derecho frente a casos de diferente dificultad, nos pareció procedente instalar aquel punto específico en el marco de las notas distintivas del resto de la teoría respectiva.

1 Respecto al debate Hart-Dworkin remitimos a Cohen (1982) y *La decisión judicial (el debate Hart-Dworkin)* (1997).

2 La fórmula a la que recurre Hart para hablar de hard cases es que ellos son “controversial in the sense that reasonable and informed lawyers may disagree about which answer es legally correct” Poscript p. 252.

2. IUSPOSITIVISMO LEGALISTA

La revolución francesa y el proceso de codificación que se inaugura en 1804 con el Código Civil, supondrá el inicio de un nuevo modelo de Estado y de Derecho en Europa continental, el que vendrá a sustituir el Estado de Derecho pre-moderno. En términos jurídicos el derecho queda asimilado al contenido de la ley, de modo que el derecho existente con anterioridad a la misma, queda oficialmente derogado o sustituido por el que corresponde al surgido a instancias del legislador en el prometedor periodo histórico de las luces y la ciencia. La sinonimia entre derecho y ley implica que ya no se admitirá ninguna fuente que la contradiga, con el aval de la confianza en el dogma rousseauiano de la voluntad general infalible canalizada por el Poder Legislativo. El profesor Proudhon en sintonía con ese clima de euforia por el Código de Napoleón, aconsejaba desprenderse de prejuicios antiguos, como el recurrir al derecho romano o cualquier otro anterior a la hora de interpretarlo (Bonnetcase, 1944, p. 142). La soberanía entendida como la definió Jean Bodin, rechaza cualquier pretensión de control o intromisión sobre el monopolio jurígeno del Estado, el que lo habilita a disponer sin restricciones el derecho para sus ciudadanos.

El Code francés coherentemente no contempla mecanismos de integración de la ley, pues si aparecía un caso no regulado en el mismo debía considerarse como fuera del derecho. Los códigos que se atrevían a aludir a los supuestos de insuficiencia u oscuridad de la ley y a la respectiva alternativa de que el jurista acuda a los “principios generales del derecho”, incluyen la prevención para el jurista que en la mejor hipótesis serían casos excepcionales, y que esos principios valen porque están puestos implícitamente por el codificador, de manera que nunca sería posible obtener desde los mismos respuestas contra *legem*, admitir esa alternativa implicaba suponer un legislador contradictorio entre lo que decía explícitamente y lo que permitía implícitamente. Serán las nuevas universidades europeas las que se encargarán de formar los juristas en una teoría iuspositiva legalista o decimonónica que sean funcionales al Estado de Derecho Legal (EDL), y esa capacitación profesional consistirá en memorizar la ley y repetirla, rechazando un modelo de ciencia que incluya críticas y propuestas de *lege ferenda* que pongan en riesgo la seguridad jurídica. El delito de *prevaricato* advierte a los jueces que no se atrevan a apartarse del sentido de la ley, y consiguientemente, que asuman que su tarea debe ser la boca de la ley como si fueran seres inanimados, según la célebre definición de Montesquieu. Los jueces forman parte del Poder Ejecutivo o Administrador y nada crean para el derecho, de modo que la idoneidad que les es requerida para ser designados en ese cargo es que conozcan a la ley, dado que su tarea es proyectarla silogísticamente a los casos que resuelven.

Las Facultades de Derecho serán las encargadas de proveer el aparato conceptual que les posibilitará a los juristas comprender y operar el derecho característico del EDL. En particular, la escuela de la exégesis francesa configurará la matriz en donde se gestarán a los nuevos profesionales del derecho guiados por profesores que como Bugnet confesaban que –en su caso– no enseñaban derecho civil, sino Código de Napoleón. Desde esta misma lógica se le atribuye a Napoleón que al enterarse que había salido un comentario a su Código exclamó: “Mi código está perdido”, en tanto los riesgos que ello suponía de no limitarse a “repetir” la ley. Desde esa pretensión el Decano de Strasburgo, el profesor Aubry en 1857 advertía:

“Los profesores, encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente, contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña” (Bonnetcase, 1944, p. 146).

El llamado Príncipe de la Exégesis, Demolombe definía:

”Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer” (Bonnecase, 1944, p. 150);

y Mourlon prescribe a los jueces:

“Dura lex, sed lex; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley” (Bonnecase, 1944, p. 160).

En definitiva, la tarea judicial que se pretendía era de enorme facilidad, estructurada a través de un silogismo de premisas verificables que permitían una conclusión necesaria, pero al mismo tiempo, de escasa o nula relevancia fuera del proceso, en tanto consistía en la reiteración de la ley sin ningún aporte para el derecho vigente. Los casos que se ponían en manos del jurista eran casos fáciles, dado que eran instancias individuales de los casos genéricos previstos en las normas legales generales. El juicio de validez jurídica quedaba absorbido por el de vigencia o promulgación de la ley. El valor exclusivo y excluyente procurado por el derecho es la seguridad jurídica, en tanto era posible saber anticipada y claramente qué conductas estaban prohibidas, permitidas o exigidas por la ley, y las consecuencias que traerían aparejadas la violación de la misma.

Síntesis:

- i) todos los casos jurídicos son fáciles en tanto tiene una respuesta jurídica no discutible o identificable sin dificultades;
- ii) la respuesta jurídica el jurista la encuentra en el derecho “puro” de la ley, o sea sin acudir a lo que está fuera de la misma;
- iii) se asume dogmáticamente que la respuesta jurídica prevista en la ley es correcta, y que el juez nada crea en tanto la repite;
- iv) el proceso de encontrar y aducir la respuesta solo opera por medio de la razón teórica o lógica; y
- v) el valor exclusivo y excluyente es el de la seguridad jurídica, estando supuesta la voluntad infalible del legislador.

3. HANS KELSEN

Recordemos algunas de sus tesis centrales:

- i) no hay más derecho que el puesto y reconocido como tal, de modo que cualquier contenido puede ser derecho;
- ii) el derecho esta puesto en distintas normas (no solo en la ley) que se van creando a instancias de otras normas superiores, desde la Constitución a las sentencias judiciales y resoluciones administrativas;
- iii) en el derecho solo hay normas, no hay principios ni derechos humanos;
- iv) escepticismo ético o axiológico: “la justicia es un ideal irracional”;
- v) las normas configuran un sistema “fuerte” que tiene unidad, completitud y jerarquía;
- vi) toda norma jurídica implica aplicación de la norma superior (salvo la constitución) y creación;

- vii) la existencia o validez de la constitución está posibilitada por un supuesto gnoseológico o una ficción que es la norma fundamental hipotética;
- viii) la teoría pura se propone elevar la ciencia jurídica al status de una verdadera ciencia objetiva y exacta cuyo objeto será describir (no valorar) el derecho puesto en las normas;
- ix) la juridicidad de una norma consiste en la coerción que ella contempla como consecuencia hipotética al supuesto fáctico genérico;
- x) la teoría jurídica focaliza su mirada en las normas sin recurrir a lo externo a las mismas.

Para el profesor vienés el derecho es una técnica social para dirigir conductas por medio de normas coercitivas, o dicho de otra manera, es un orden que se establece mediante normas positivas para promover la paz.

“El elemento de ‘coerción’ esencial al derecho consiste, entonces, no en la llamada compulsión psíquica, sino en el hecho de que actos específicos de coerción, considerados como sanciones, son establecidos, para casos también específicos, por las reglas que forman el orden jurídico” (Kelsen, 1979, p. 34);

“Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese validez” (Kelsen, 2000, p. 45).

El capítulo VIII de la *Teoría pura del Derecho* está dedicado al tema de la interpretación “efectuada por el órgano de aplicación del derecho” (Kelsen, 2000, p. 350), y al respecto, Kelsen insiste que

“el derecho por aplicar constituye solo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación... Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales – en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse – tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación del derecho” (Kelsen, 2000, p. 352).

Acerca de la naturaleza del acto interpretativo Kelsen plantea explícitamente el interrogante si es un “acto de conocimiento o de voluntad”, y advierte que confiar que la interpretación sea alguna especie de conocimiento del derecho ya existente, “es un autoengaño lleno de contradicciones” y una “ficción” que sirve “para mantener el ideal de la seguridad jurídica” (Kelsen, 2000, p. 356), dado que en definitiva se trata de “un problema político” ajeno al conocimiento y adscripto a la voluntad, o sea, “librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas meta-jurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas”. A la hora de cotejar la creación jurídica del legislador respecto a la creación jurídica del juez, Kelsen destaca:

“La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por inter-

pretación la única sentencia correcta. Por cierto, que se da una diferencia entre esos dos casos, pero la diferencia es de cantidad, no de calidad... la limitación impuesta al legislador en lo tocante a los contenidos de la ley, es mucho menor que la limitación impuesta al juez; el legislador es relativamente mucho más libre en el acto de creación de derecho que el juez; pero éste también es creador de derecho y también es relativamente libre con respecto de esta función” (Kelsen, 2000, p. 353).

Lo transcripto brinda la idea de una cierta coherencia dentro del orden jurídico, en tanto la nueva norma es creada sin contradecir la norma superior que posibilita su creación. Sin embargo, leemos en la obra principal de Kelsen que al crear derecho el órgano que aplica una norma

“no solo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable” (Kelsen, 2000, p. 355).

En definitiva, el autor viene para explicar la existencia de normas jurídicas que contradicen a normas superiores, incluyó en su teoría la tesis de la “clausula alternativa tácita” que abre la posibilidad que la norma inferior se cree violentando los márgenes que le prescribe la norma superior, y sin embargo, pueda seguir sosteniéndose que aquella sea válida o existente³.

Síntesis:

- i) los casos jurídicos son todos difíciles en tanto carecen de respuesta anticipada;
- ii) la respuesta es creada fuera de la ley o dentro de las diferentes alternativas incluidas en ella;
- iii) no hay ninguna respuesta correcta;
- iv) la matriz de la creación jurídica es la voluntad, desconectada de cualquier racionalidad moral o axiológica;
- v) el escepticismo ético importa rechazar la razón en el campo de todos los valores, incluida la misma seguridad jurídica; y
- vi) la perspectiva kelseniana es estrictamente juricista en tanto no corresponde al científico ir más allá de las normas jurídicas.

4. HERBERT HART

El derecho para el destacado iuspositivista analítico es un sistema de reglas, aunque a diferencia de Kelsen diversifica las diferentes clases de las mismas, de modo que el derecho resulta “de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación” (Hart, 1963, p. 121).

El objeto de las primarias son “las acciones que los individuos deben o no hacer”, mientras que las reglas jurídicas secundarias refieren a las primarias en orden a proporcionar “certeza” acerca de la existencia de las mismas (regla de reconocimiento), a posibilitar los cambios de las reglas (reglas de cambio) y a las adjudicaciones que corresponde adoptar por las transgresiones de las reglas primarias (reglas de adjudicación). Las reglas jurídicas en Hart

3 Cfr. el artículo de Ulises Schmill (2010) quien es un seguidor y conocedor profundo de Kelsen, donde luego de reconocer que la tesis de la clausula alternativa tácita es “un golpe mortal” a la teoría pura, intenta brindar una interpretación conciliadora con los presupuestos centrales de la misma.

no remiten a la “norma fundamental hipotética” como en la teoría pura del derecho, sino a la regla de reconocimiento (rule of recognition) que consiste en “una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencias a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho” (Hart, 1963, p. 137). Esa regla se constituye en un remedio a los problemas suscitados por las primarias en cuanto –reiteremos– a saber cuales son las reglas que están vigentes, a posibilitar los cambios en las mismas y a determinar las consecuencias que suscita su violación.

La presencia de las reglas jurídicas “exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos”, y aquí –advierte Hart– “la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa” (Hart, 1963, p. 252). En esa tarea de concreción de las reglas jurídicas el jurista se enfrentará a casos fáciles y casos difíciles; respecto de aquellos no hay demasiado inconvenientes para resolver los mismos a tenor de lo previsto normativamente, pero los inconvenientes se generan con los difíciles, en virtud de la textura abierta del lenguaje de las reglas, que permiten finalmente la creación judicial del derecho con contenido deóntico potencialmente contradictorio. Frente a ese problema de los casos en donde estrictamente no tienen una respuesta jurídica, el juez queda habilitado para poner el derecho ausente con el contenido que considere procedente, y la alternativa que ofrece Hart a los riesgos que conlleva la discrecionalidad judicial es la siguiente:

“En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica, y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten de calificar de legislativa a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la ponderación (weighing) y el balance (balancing) característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto” (Hart, 1963, p. 253).

La posición de Hart pretende ubicarse en el ámbito de la teoría jurídica norteamericana entre los que ven el derecho como una pesadilla (realistas como Holmes o Llewelyn) en tanto los jueces deciden las respuestas jurídicas de manera imprevisible, y los que lo asimilan a un noble sueño (Dworkin es el más soñador de todos) donde cada caso tiene la respuesta jurídica correcta que es identificable anticipadamente (Hart, 1983, 123-144). Esa posición hartiana intermedia posibilita que por un lado el derecho sirva de guía para las conductas de los ciudadanos, y por el otro habilita a que en los casos difíciles reciban la respuesta discrecional ajustada a las particularidades de los mismos.

Hart muere en 1992 y tenía avanzado un trabajo que intentaba responder a muchas críticas que le habían formulado a su principal obra *The concept of Law* editada originariamente en 1961, especialmente aquellos cuestionamientos que le había dirigido su sucesor en Oxford, el profesor norteamericano Ronald Dworkin. Esas réplicas dan a luz en 1994 como “Postcript” cuando se publica la segunda edición de aquel libro. Hart además de defender el propósito “descriptivo” de su teoría apoyado en el punto de vista interno asumido por los participantes del derecho que lo aceptan, explicita su convicción de adherir a un positivismo suave o soft que no es del hecho evidente como denuncia Dworkin “puesto que dentro de los criterios de validez admite valores y no solo hechos” (“my theory is not a plain-fact theory of positivism

since amongst the criteria of law it admits value, not only plain facts” (Hart, 1994, p. 248)), e insiste: “las reglas y principios identificados en términos generales con los criterios suministrados por la regla de reconocimiento poseen con frecuencia lo que he denominado textura abierta”, ello genera “casos difíciles”, controvertibles en el sentido que abogados razonables e informados pueden estar en desacuerdo sobre cual de las respuestas es jurídicamente correcta, y en esos casos donde el derecho luce indeterminado o incompleto “el juez debe ejercer aquella función restringida de creación jurídica que he llamado discrecionalidad” (Hart, 1994, p. 252).

Sin perjuicio de reconocer Hart en su póstumo escrito que se había ocupado poco de los principios jurídicos, admite que su diferencia con las reglas no es radical sino es “una cuestión de grado”, en tanto ellos no cuentan con respuestas jurídicas concluyentes y son “parámetros jurídicos variables”. Esos principios no determinan alguna decisión específica y correcta, aunque habilitan a que el juez cree discrecionalmente derecho ejerciendo facultades intersticiales mucho más reducidas a las que le compete al legislador; de todas las maneras, insiste Hart que en tales casos el juez

“debe tener razones generales (general reasons) que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso (conscientious legislator) lo haría al decidir según sus propias creencias y valores” (Hart, 1994, p. 273).

Al margen de esas rectificaciones o agregados del Postscript, Hart no renuncia a la tesis central del iuspositivismo en tanto confía que la existencia y contenido del derecho pueden identificarse por las fuentes sociales que lo generan “sin hacer referencia a la moral, excepto en aquellos casos en que el derecho así identificado ha incorporado en sí mismo criterios morales para la identificación del derecho” (Hart, 1994, p. 269), pero esa admisión (iuspositivismo incluyente) no implica que existan contenidos necesarios o incompatibles con el derecho. Precisamente el “no positivismo jurídico” reconoce que hay exigencias que si aparecen en lo que se intenta que rija como derecho, esa pretensión quedará abortada en Hart, dicho de otro modo: no cualquier contenido puede ser derecho.

Síntesis:

- i) distingue Hart dentro del derecho entre casos fáciles y casos difíciles;
- ii) los fáciles tienen la respuesta en las reglas jurídicas vigentes, mientras que los difíciles carecen de respuesta y corresponde que la cree discrecionalmente el juez;
- iii) la respuesta a los casos fáciles es correcta, mientras que la respuesta que se crea para los difíciles puede llegar a ser correcta dependiendo de las virtudes del jurista;
- iv) la matriz discrecional de crear el derecho remite a virtudes intelectuales y éticas;
- v) Hart ratifica una teoría iuspositivista (incluyente) que defiende la separación conceptual entre derecho y moral.

5. RONALD DWORKIN

Sin perjuicio de advertir que el estilo de la obra del autor norteamericano ha dado pie a interpretaciones contradictorias y que algunas de sus tesis principales han variado a lo largo de su vida académica, nos gustaría destacar la centralidad que ocupa la teoría de la adjudicación en su visión del derecho (Dworkin, 1982a). Dworkin impugna “por insuficiente” la fórmula positivista hartiana de reducir el derecho a las normas, y así reivindica la presencia de “directivas políticas” (objetivos que han de procurarse en tanto importan “una mejora en algún rasgo

económico, político o social de la comunidad”) y “principios en sentido estricto” (estándares que han de ser observados “no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1984, p. 72)). La distinción entre normas y principios se apoya en diversos criterios (Vigo, 2019a, pp. 127 y ss), aunque destaquemos el vinculado al test de origen o pedigree susceptible de ser aplicado a las normas, pero no a los principios dado que ellos “no se basan en una decisión de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo” (Dworkin, 1984, p. 95).

Frente a la posibilidad sustentada por el positivismo jurídico de elegir e inventar discrecionalmente el juez la respuesta a dar en los “casos difíciles”, Dworkin afirma la alternativa de la respuesta correcta (“one right answer”); pero a esos fines el esfuerzo a llevarse a cabo requiere la presencia de un juez filósofo dotado de una habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana, que llamará Hércules. La teoría hercúlea de adjudicación es una construcción de un esquema de principios abstractos y concretos que identifica la moralidad presupuesta en las leyes e instituciones de la comunidad, e implica la justificación coherente del ordenamiento vertical y horizontal de las decisiones jurídicas. Vemos un modelo que tiene características ideales o contrafácticas delineadas por una razón práctica capaz de guiar el trabajo de los juristas, confiando en encontrar la respuesta correcta en el derecho vigente a lo largo del tiempo en esa sociedad, aunque el mismo aparezca entremezclado con moral y política.

La obra de Dworkin es centralmente un alegato para que se tomen “los derechos en serio” y que las decisiones judiciales se limiten a una “cuestión de principios”, de manera que las metas colectivas no sean justificativos para negarles o retacearles aquellos derechos a los individuos. La “right thesis” dworkiniana implica la posibilidad de descubrir una única respuesta correcta basada en el reconocimiento de derechos individuales preexistentes, y éstos derivan del derecho abstracto a igual consideración y respeto que es considerado “fundamental y axiomático”.

Dworkin desafiando el modelo de Hart postula provocativamente su “right thesis”, que supone que aún en los casos difíciles el juez puede y debe encontrar la respuesta jurídica correcta para el caso que tiene bajo su jurisdicción (Dworkin, 1985, pp. 119-145). A esos fines y desde una matriz constructivista o kantiana y ultraracionalista (denuncia MacCormick, 2018, p. 323), propone constructivamente al juez semidios y jusfilósofo Hércules que puede descubrir en el derecho –compuesto por reglas jurídicas y principios morales– la respuesta correcta. Impugna Dworkin la creación jurídica judicial discrecional “fuerte” hartiana en base al menos cuatro argumentos centrales que denominaremos:

1. axiológico: esa creación implica un derecho disvalioso en tanto las preguntas jurídicas son respondidas retroactivamente o ex post facto;
2. debido proceso: nadie le pide al juez que le cree un derecho, sino que se lo reconozca;
3. la creación judicial del derecho importa una devaluación del trabajo jurígeno de los otros poderes del Estado en tanto que el mismo sólo será un derecho prima facie; y
4. lógico: admitir la alternativa de respuestas correctas contrarias que sean igualmente válidas jurídicamente importa un derecho incoherente (Dworkin, 1985, pp. 119-145).

Los principios son la pieza decisiva de un derecho sin lagunas en tanto “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral”, que posibilita el triunfo de los derechos preexistentes, con la salvedad que ellos están en el derecho aunque no se conozca de donde han salido (sin test de origen o pedigree), resultando irrelevante su reconocimiento autoritativo

previo. La propuesta dworkiniana del derecho como integridad (Dworkin, 1986), diferenciada del convencionalismo (el derecho identificado con reglas existentes, por lo que no hay derecho cuando el caso no está previsto en ellas) y el pragmatismo (las reglas jurídicas se manejan por el juez a los fines de obtener ciertos resultados sociales), termina diluyendo la distinción entre casos fáciles y difíciles en tanto el trabajo judicial para ambos supuestos es el mismo (La decisión judicial, 1997, p. 81), o sea, apelar a reglas, principios y antecedentes relevantes y escoger la mejor respuesta jurídica, coherente y ajustada a las prácticas jurídicas desplegadas en esa comunidad a lo largo del tiempo.

Sintéticamente Dworkin en *Imperio de la Justicia* señala:

”Según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdades si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad o debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad” (Dworkin, 1988, p. 164).

De ese modo la práctica jurídica interpretativa transita por tres etapas: la pre-interpretativa (se identifica el material jurídico acumulado a lo largo del tiempo con sus conexiones morales y políticas), la interpretativa (se procura la justificación consistente de dicho material y práctica jurídica) y la post-interpretativa (orientada a que en la práctica jurídica triunfen los derechos apelando a principios). La metáfora dworkiniana del novelista en cadena intenta igualmente reflejar la tarea judicial. Según ella el derecho es como una novela que se viene escribiendo desde hace mucho tiempo, pero cuando aparece un caso difícil (hard case), corresponde convocar a un nuevo novelista para que escriba un nuevo capítulo. Las posibilidades creativas del convocado se reducen a prácticamente a nada, dado que la novela ya tiene sus personajes y una particular trama configurada en tiempo y espacio, pero además, lo que se busca es una novela que satisfaga de la mejor manera las propiedades típicas que se pretende del género artístico en cuestión. Desde esa lógica, cabe la mentira por parte de aquel que se suma a la cadena, en orden a ocultar o disimular los errores detectados en los capítulos anteriores, en tanto ellos pueden conspirar contra el logro de una buena novela (“hipótesis estética” (Dworkin, 1985)).

Dworkin ha insistido contra el positivismo que los desacuerdos relevantes en el derecho son los teóricos y no los empíricos, o sea disputas sobre la respuesta jurídica que corresponde pronunciar en los casos. Más aún, frente a las acusaciones de ser iusnaturalista, el profesor americano precisa: “...si toda teoría que determina que el contenido del derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista, entonces soy culpable de iusnaturalismo” (Dworkin, 1982b, p. 165). No parece discutible concluir que la teoría dworkiniana es no positivista en tanto –al decir de Hart– sus “principios no deben su status de derecho a ninguna forma de incorporación o a ninguna decisión normativa, ni práctica judicial, o a ningún consenso. De forma que son derecho inclusive si no están identificados como tales por referencia a las fuentes sociales del derecho” (Hart, 1980, p. 13)⁴. Sin embargo, esa juridicidad necesaria exigible por la moral, remite a una moral alejada de pretensiones metafísicas y, más bien, se trata de una moral social, o como lo sostiene Peter Gabel: “un intento de legitimar nuestro momento histórico apelando a la ley natural” (Gabel, 1985, p. 135).

En definitiva, la confianza dworkiniana en ese juez contrafáctico o ideal importa acudir a un modelo alejado de la realidad, pero al mismo tiempo, traduce una guía que orienta el trabajo judicial en aras de evitar que el mismo suscite creación jurídica, y confía que en el derecho vigente –en el que se incluye moral y política– es posible encontrar la respuesta correcta. Los casos son fáciles y las respuestas previstas a identificar por Hércules son correctas, aunque humanamente inaccesibles con cierta seguridad y facilidad.

⁴ En el mismo sentido Nino (1985, p. 153) afirma que la validez jurídica de los principios dworkinianos no depende de su reconocimiento autoritativo.

Síntesis:

- i) el derecho cuenta con normas establecidas autoritativamente y principios jurídicos-morales que están en el derecho por su propio valor;
- ii) todos los casos son fáciles en tanto el método hercúleo garantiza obtener la respuesta correcta;
- iii) la búsqueda de la respuesta correcta se dirige al derecho inescindiblemente conectado con la moral y la política ;
- iv) el modelo contrafáctico o ideal herculeano confía en descubrir la respuesta correcta;
- v) la matriz es un método ultra o hiperracionalista marcadamente procedimental, aunque aspiracionalmente sustancial para que triunfen los derechos pre-existentes.

6. ROBERT ALEXY

Este profesor alemán concluye que “el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre el derecho y la moral”, precisando que no obstante que esa discusión lleva “más de dos mil años ,siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista” (Alexy, 2000, p. 217). Frente a esa alternativa, la opción de Alexy es en favor de una teoría no positivista que avalará conexiones conceptuales y normativamente necesarias (se excluye las conexiones meramente contingentes como pretende el iuspositivismo incluyente) entre derecho y moral, afirmando que

“lo legal y lo eficaz constituyen el aspecto real o institucional del derecho; lo correcto, su dimensión ideal o discursiva. Mi tesis es que únicamente puede formarse un adecuado concepto del derecho si se combinan ambos aspectos. Esta combinación solo puede lograrse en una teoría general del sistema jurídico” (Alexy, 2000, p. 43).

En este punto, la propuesta alexyana es un sistema jurídico compuesto por tres elementos: reglas (Regeln), principios (Prinzipien) y procedimientos (Verfahren), y así el derecho formulado por reglas y principios supone el costado pasivo o fotográfico del sistema, y el costado activo o dinámico remite al procedimiento que busca la racionalidad al momento de la formulación o la aplicación del derecho.

El derecho formula necesariamente (y no solo contingentemente) una pretensión de corrección, de modo que implícitamente el derecho afirma corrección y es posible fundamentar esa corrección, además de esperar que cualquiera que sea razonable reconozca la misma calidad moral. Aquí la matriz es el discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general (Sonderfallthese), lo que implica que el discurso jurídico a diferencia del discurso práctico general no refiere a lo absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el marco de un sistema jurídico concreto, aunque se afirma una “coincidencia estructural entre ambos discursos” y “la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica” (Alexy, 1989, p. 273). De ese modo, el discurso jurídico se nutre de una doble vertiente, por un lado, su carácter autoritativo, institucional o real, y por el otro, su dimensión libre, discursiva o ideal. Las reglas propias de la teoría del discurso no solo complementan las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituyen la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto. La pieza nuclear de la teoría del discurso alexyano está formada por un sistema de veintiocho reglas que constituye una especie de “código de la razón práctica” (Alexy, 1993, p. 21), en tanto su observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados. La teoría del discurso

contrafáctico confía en la posibilidad de discutir racionalmente y alcanzar juicios prácticos en la medida en que se sigan aquellas reglas, por eso es una teoría procedimental de la corrección de los juicios prácticos referidos a lo bueno o lo malo, lo prohibido, obligatorio o permitido. Las reglas de aquella racionalidad discursiva incluyen: ausencia de contradicción; universalidad; claridad conceptual-lingüística; verdad empírica; consideración de las consecuencias; ponderación; intercambio de roles; génesis convicciones morales; habilitación a quien pueda hablar para formular aseveraciones; expresar criterios, deseos y necesidades; etc. En definitiva, esas reglas expresan al nivel de la argumentación las ideas de libertad e igualdad, y apoyan la tesis que “son correctas y por tanto válidas aquellas normas que en un discurso ideal, serían estimadas correctas por todos” (Alexy, 2000, p. 228).

El derecho viene a cubrir debilidades que genera el discurso, pero es éste el que posibilita su corrección, y así lo afirma Alexy: “El discurso necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad” (Alexy, 2000, p. 237). Ese mejor derecho además de reglas, incluye principios que posibilitan resolver problemas suscitados por aquellas, a saber: i) indeterminaciones, ii) eventuales contradicciones, iii) lagunas, e iv) injusticia extrema de aplicarse la norma a ese caso. Resolver un caso por medio de la norma que lo regula, exige la construcción de un silogismo, pero la solución recurriendo a principios, requiere la ponderación de los implicados. Es que mientras las normas son “mandatos definitivos”, los principios son “mandatos de optimización” en tanto ordenan algo pretendiendo que se realicen los mismos, en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Sintetiza Bernal Pulido: “De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación” (Bernal Pulido, 2005, p. 99), a lo que cabe alertar siguiendo al profesor colombiano, que a los fines de determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador cabe recurrir al principio de proporcionalidad y a sus tres subprincipios: idoneidad (toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para obtener un fin constitucionalmente legítimo), necesidad (la intervención a un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre las medidas igualmente idóneas para el fin buscado) y proporcionalidad en sentido estricto (las ventajas que se obtienen mediante la intervención en un derecho fundamental deben compensar los sacrificios que conlleva la misma para sus titulares y para la sociedad en general) (Bernal Pulido, 2007).

Alexy distingue derechos definitivos que se basan en reglas, y derechos prima facie que se basan en principios, y aquí juega la ponderación de esos principios en tensión. El argumento de la corrección implica la conexión entre la moral y el derecho, aunque cuando las normas o los sistemas jurídicos no satisfacen esa pretensión no pierden su carácter jurídico, aunque en ese caso serán jurídicamente deficientes; sin embargo, Alexy defiende el umbral de la injusticia extrema, y en tal supuesto de vulneración de exigencias morales mínimas, ya no hay derecho (la injusticia extrema no es derecho (Vigo, 2004)). Todo aquel que opta por el discurso y el consenso para resolver racionalmente los problemas prácticos debe aceptar los derechos fundamentales, y “una Constitución solo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados”; concluyendo Alexy que ellos “no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado” (Alexy, 2008, p. 20).

El profesor alemán parte de la propuesta dworkiniana de la respuesta correcta para cada caso, a la que critica en tanto que para sostenerla se requeriría identificar a todos los principios jurídicos presentes en el sistema jurídico, y asimismo contar con el conocimiento de todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos. En la mejor hipótesis, según Alexy, cabe un orden débil de principios basado en tres elementos:



1. un sistema de condiciones de prioridad;
2. un sistema de estructuras de ponderación; y
3. un sistema de prioridades prima facie.

A dicha dificultad Alexy le suma desde su propia teoría del dialogo racional, que la tesis de la única respuesta correcta para cada caso, sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber:

1. tiempo ilimitado,
2. información ilimitada,
3. claridad lingüística conceptual ilimitada,
4. capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles ,y
5. carencia de prejuicios ilimitada.

La obvia conclusión alexyana frente a los obstáculos consignados es: “está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta”, la alternativa que encuentra el profesor alemán es

“la única respuesta correcta como idea regulativa”, que “presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en que casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren ,en el marco de este intento, sobre la base del nivel de las reglas y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional ,que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas” (Alexy, 1993, p. 22).

Síntesis:

- i) un derecho correcto remite al dialogo racional,y el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico;
- ii) el mejor derecho cuenta con reglas, principios y procedimientos;
- iii) los derechos humanos son presupuestos éticos del dialogo racional, y la legitimidad de una Constitución exige la positivización de los mismos;
- iv) la injusticia extrema no es derecho, y los principios posibilitan la mejor respuesta a cada caso; v)el recurso a los principios implica la ponderación racional de los mismos;
- vi) la respuesta correcta es una idea regulativa, y aunque no la alcancemos siempre,debemos procurarla; y
- vii) la confianza en la razón práctica (marcadamente procedimental) posilita un cierto objetivismo y cognitivismo moral.

7. DUNCAN KENNEDY

En la década de 1970 aparece en el mundo académico norteamericano una perspectiva teórica poco orgánica que se la reconoce con el nombre de Critical Legal Studies Movement. Un antecedente de estos estudios críticos lo constituye el Realismo norteamericano (Tushnet, 1991; Perez Lledó, 1996a; 1996b) que promovió el célebre Juez de la Corte suprema de Esta-

dos Unidos O.W.Holmes a finales del XIX y que contó con aportes de autores como Felix Cohen, Karl Lewelyn, Jerome Frank o Roscoe Pound. Estos teóricos jurídicos tuvieron destacada presencia en los tribunales norteamericanos y en las más importantes universidades de ese país. Más allá de variantes dentro del realismo norteamericano, algunas de sus tesis importantes reivindicaron: la importancia de los jueces en la creación del derecho, cierto escepticismo sobre las normas jurídicas y una crítica al formalismo en la jurisprudencia. Estas notas se mantendrán y profundizarán con los “críticos”, pero éstos recurrirán al apoyo de filósofos como Freud, Nietzsche o Marx, y muchos de sus seguidores relevantes: Gransci, Foucault, Marcuse, Sartre, Derrida, Vattimo, entre otros. La teoría crítica a diferencia del realismo norteamericano referido, no se limita a debatir cuestiones estrictamente jurídicas, sino que afronta polémicas en temas raigales sobre el derecho que implica abrirse a preguntas más filosóficas, y así la opinión confrontativa de los críticos se torna necesaria a la hora de estudiar integralmente a Hart, Dworkin o Finnis porque hay debates entre ellos.

Es el profesor norteamericano de Harvard Duncan Kennedy el representante más importante o más difundido de la llamada Critical Legal Studies, y apelando a su propia definición dice: “Propongo ubicar mis preguntas –hechas desde una perspectiva de izquierda a la vez modernista y posmoderna, y que permanecen en la marginalidad mientras que nuestra preocupación principal sea defender la posibilidad de la neutralidad– en el centro de la discusión. Se trata, entonces, no de preguntarse cómo los jueces pueden ser neutrales, sino cómo pueden ser actores ideológicos” (Kenedy, 1997, p. 130), y en términos metafóricos entiende que los críticos son el “virus” (Kenedy, 1997, p. 173) teórico que ataca la salud de las propuestas anglosajonas que defienden la coherencia del derecho y la neutralidad judicial. Lejos están los críticos de conformar una escuela iusfilosófica uniforme, y entre los debates que se dan entre ellos interesa poner de relieve aquellos que como Roberto Unger confían en propuestas racionales que articulen proyectos de transformación política a gran escala, mientras que Kennedy se inscriben entre los escépticos respecto de la razón y sus posibilidades de conocimiento objetivo y reformas sustanciales de la sociedad (Kenedy, 1999, p. 48). En sintonía con ese irracionalismo se encarga Kennedy de denunciar las contradicciones insalvables que se detectan en el derecho, así por ejemplo en el derecho privado entre principios individualistas apoyados en la autonomía de la voluntad, por un lado, y por el otro, principios que reclaman solidaridad; o en el campo de los derechos que reclaman atender a los trabajadores y al mismo tiempo atender a los intereses de los empresarios. Cesar Rodríguez explica que

“Desde el punto de vista filosófico, el proyecto crítico de la adjudicación de Kennedy está ubicado en la confluencia de la posmodernidad y el modernismo. El proyecto es posmoderno en cuanto apunta a la deconstrucción de las teorías existentes y desconfía claramente de las posibilidades de construir teorías alternas. En este sentido, el trabajo se inscribe dentro de la corriente irracionalista de los estudios críticos...” (Kenedy, 1999, p. 55).

Por otra parte, precisa el profesor colombiano, que el proyecto de Kennedy es modernista a tenor de su misma confesión: “en lugar de edificar una nueva teoría (que reemplace a la deconstruida), busca inducir... las emociones modernistas asociadas con la muerte de la razón –éxtasis, ironía, depresión, etc–” (Kenedy, 1999, p. 55), y concluye que el autor norteamericano “defiende una posición inspirada en la sensación de ruptura e innovación propias del modernismo artístico. En su trabajo, así, la teoría jurídica se asocia a la estética” (Kenedy, 1999, p. 55).

El reclamo central kennediano de “tomarse la ideología en serio”, supone advertir qué lejos está de la realidad la creencia extendida que el juez dice el derecho que alcanza por procedimientos interpretativos neutrales. La ideología es definida como “un proyecto de una inte-

lligentzia que se entiende a si misma como actuando por un grupo con intereses en conflicto con los de otros grupos” (Kenedy, 1997, p. 39), y, en definitiva, ella está presente al momento de la creación jurídica por lo que ésta termina siendo una acción estratégica (Kenedy, 2010, p. 28). Consigna el profesor norteamericano:

“En todos los sistemas occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar la aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde, evade) dos fenómenos claves: a) el grado en el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el derecho común) estructuran la vida pública y privada de tal forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión; y b) el grado en el que el sistema de reglas jurídicas contiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen –de manera consciente, semi-consciente o inconsciente- proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social” (Kenedy, 1997, p. 14).

En sintonía con un explícito escepticismo epistemológico de raigambre nietszschiana, no duda Kennedy en rechazar conceptos fosilizantes que perturben el trabajo político emancipador de los juristas. El derecho es política y lucha contra los dominadores, pero habilita muchas posibilidades como para que se le pueda hacer decir lo que queramos. En esta tarea no cabe confiar en la razón, sino en tácticas y estrategias eficaces que lleven al triunfo en la disputa asumida. Apelar a la corrección, solo puede entenderse en términos retóricos, en tanto esconde un propósito de dominación en nombre del saber. En ese marco, no cabe aceptar el juego de la filosofía jurídica exigiendo que se opte por positivismo o no positivismo o por reglas y principios, pues la superación del Estado de Derecho conocido, importa un desafío constructivo orientado por criterios de liberación y dejando atrás modelos que están al servicio de intereses de dominación.

Owen Fiss ha definido que la posición típica de aquella escuela de los críticos “consiste en negar la pretensión característica de que el derecho es una forma de racionalidad. El derecho no es (para los críticos) lo que parece: objetivo y capaz de conducir a respuestas correctas. Es simplemente política vestida de otros ropajes. Los jueces hablan como lo hacen porque así lo determinan las convenciones de su profesión y ello es necesario para mantener el poder, pero su retórica es una completa farsa” (Fiss citado por Massini Correas, 2011, p. 101). Kennedy explícitamente se reconoce “irracionalista” y “decisionista”, consecuentemente no duda en asumir una posición relativista: “el relativismo se ve impedido de universalizar sus juicios y obstruye el discurso moral en orden a su consistencia y a su valor intersubjetivo, facilitando el irracionalismo o el escepticismo ético”. El profesor Javier Podres sintetiza que para Kennedy el derecho es mero instrumento del poder o la resultante de pujas de intereses, y respecto al trabajo judicial, lo reconoce como un “trabajo estratégico” desarrollado a los fines de “moldear” los “materiales” disponibles para la resolución del caso en función de una determinada tendencia ideológica” (Podres Yanis, 2020, p. 284), concluyendo que “el derecho para Kennedy no encuentra sustento ni límite en la razón práctica” (Podres Yanis, 2020, p. 279) y “los textos legales están allí, esperando el trabajo ideológicamente orientado del juez” (Podres Yanis, 2020, p. 171). Todos los casos son difíciles en tanto carecen de una respuesta, pues esa respuesta finalmente responderá a la ideología del jurista. En la mejor hipótesis, la única racionalidad que opera es la técnica o pragmática orientada a conseguir el resultado que se pretende, y ella se canaliza judicialmente por medio de los llamados por Kennedy argumentos no deductivos que explícita o implícitamente remiten a la ineludible ideología judicial. En “Freedom and constraint in adjudication: A critical phenomenology” (Kenedy, 1986) describe la situación en la

que se encuentra el juez entre lo que le indica el derecho, por un lado, y, por el otro, la sentencia a la que el quiere llegar, y así el juez queda asimilado a un artesano en donde se le proveen de ciertos materiales que estratégicamente y creativamente debe utilizar. En ese marco, el derecho más que una guía de conducta se convierte en una restricción, y consiguientemente desaparece la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, atento que la mayor o menor dificultad que encuentra el juez está directamente conectada con su capacidad y experiencia como artesano jurídico, aunque de manera cínica recurrirá a la retórica de la neutralidad. Se atreve Kennedy a construir una tipología de los jueces: i) activista, procura una sentencia funcional a la ideología que asume; ii) mediador, intenta mantenerse equidistante de las alternativas ideológicas que reconoce; y iii) bipolar, altera en sus opciones ideológicas (Kennedy, 2010, pp. 38-43).

Síntesis:

- i) el derecho es política y los juristas operan estratégicamente con el mismo, poniéndolo al servicio de sus ideologías;
- ii) los conceptos promovidos por la teoría jurídica que se enseñan en las Facultades de Derechos son “fossilizantes”, y deben ser canibalizados o develados al servicio de los intereses a los que sirven;
- iii) no hay respuestas correctas dado que el juez procura escoger o crear aquella que es funcional a su ideología, presupuesto un proyecto político posmoderno;
- iv) el derecho promueve principios contradictorios que posibilitan respuestas igualmente contradictorias; y
- v) no hay razón en el campo axiológico o moral, y el jurista si acude a ella es al solo efecto retórico de elegir la más idónea para la ideología que alienta.

8. LUIGI FERRAJOLI

La teoría jurídica del profesor italiano ha recibido distintas denominaciones, sin embargo, me parece que la más apropiada es llamarla “iuspositivismo crítico” (Vigo, 2019a). Es claramente iuspositivista porque suscribe sin tapujos la tesis que no hay más derecho que el que se pone y se reconoce como tal, más allá de cual sea el contenido del mismo, incluso oponiéndose explícitamente a Alexy en relación a la fórmula de Radbruch que no es derecho lo “extremamente injusto”. Esa convicción teórica gusta Ferrajoli respaldarla con las palabras de Hobbes: “auctoritas, non veritas, facit legem”. Pero precisa Ferrajoli que el derecho de nuestros actuales Estados constitucionales de Derecho comienzan o se originan en una Constitución, y a ésta la redacta un poder constituyente que es meramente formal, y que como tal puede definir su contenido con total libertad. La remisión a la figura mitológica del Rey Midas parece forzosa, aunque muy procedente, sin perjuicio que Ferrajoli se encarga de indicar cual es el contenido constitucional que le “gusta”, mencionando al respecto las Constituciones europeas de posguerra, aunque aquí cabe consignar su escepticismo gnoseológico en materia axiológica dado su aval a que “los valores se asumen pero no se justifican racionalmente”. La Constitución pone lo que se torna “la esfera de lo no decidible” para los poderes del Estado y define el programa que ellos deben ejecutar. En cuanto al Estado, el profesor italiano precisa que

“Las funciones públicas son esencialmente dos, reconducibles grosso modo a las dos grandes dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y decisión; consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, legis-latio y juris-dictio...” (Ferrajoli, 2013, p. 170).

Coherentemente Ferrajoli no se ha ocupado de la argumentación jurídica dado su escepticismo respecto a la razón práctica. Peor aún ,explícitamente toma distancia con los que llama iusnaturalistas,entre los que incluye a Alexy, Nino, Dworkin y Atienza, porque estos se manifiestan a favor de la argumentación y los principios jurídicos, asumiendo cierto objetivismo y cognitivismo moral, lo que en opinión del profesor italiano “lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral” (Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012, p. 66). La propuesta ferrajoliana se mantiene en adjudicar a la autoridad la creación volitiva del derecho, y luego la aplicación judicial al caso; y aquí se distingue en el juez lo fisiológico que es el “saber”, y lo patológico que es el “poder”. Para Ferrajoli el poder judicial abarca:

1. el poder de denotación o de interpretación o verificación jurídica;
2. el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica;
3. el poder de connotación o de comprobación equitativa;
4. el poder de disposición o de valoración ética-política.

De ese modo, el profesor italiano llama a la suma de los tres primeros poderes “poder de cognición”, el que constituye un poder fisiológico y de legitimación judicial, pero el poder de disposición en manos del juez “es el producto patológico de desviaciones y disfunciones políticas injustificadas de los tres primeros tipos de poder” y, consiguientemente, fuente de deslegitimación judicial. Guastini a tenor de esa caracterización ferrajoliana del juez, concluye que

“tácitamente, hace suya la tesis ilustrada (de Montesquieu y Beccaria) según la cual el poder jurisdiccional sólo puede funcionar como garantía o barrera frente al poder ejecutivo a condición de ser un poder en cierto modo nulo” (Guastini, 1993, p. 53).

Sintéticamente Ferrajoli asimila la función judicial a un “saber-poder” donde –reiteremos- lo fisiológico es el saber y lo patológico el poder, por eso describe lógicamente la sentencia compuesta de tres inferencias:

1. una inductiva, cuyas premisas son las pruebas recogidas;
2. una deductiva, cuyas premisas son la conclusión del hecho y la definición jurídica obtenida de la norma en cuestión; y
3. la norma individual que se concluye silogísticamente para el caso.

El llamado “derecho ilegítimo” se reconoce en las lagunas y en las antinomias, pero los jueces no están para suplir las lagunas jurídicas (la ausencia de garantías o eficacia de los derechos) porque ello le corresponde a los legisladores, y a los jueces constitucionales (no a los jueces ordinarios o de la ley) les queda resolver las antinomias. Ferrajoli concluye: “Lo que constituye la ley no es esa juris prudentia o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda” (Ferrajoli, 2011a, p. 356).

El derecho que auspicia Ferrajoli es el formulado por reglas o normas, de ahí su rechazo a los principios y su acusación de ser iusnaturalistas a aquellos que los promueven. A los fines de asegurar lo más posible la legitimidad de la jurisdicción y evitar la deslegitimadora discrecionalidad judicial, confía el profesor bajo estudio “en el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible”, además de considerar que considerar que “la mayor parte de los principios se comportan como reglas... se trata de normas relativamente marginales” (Ferrajoli, 2011b, p. 37).

En cuanto al Estado, reiteremos las definiciones del profesor italiano:

“Las funciones públicas son esencialmente dos, reconducibles grosso modo a las dos grandes dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y decisión; consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, legis-latio y iuris-dictio...” (Ferrajoli, 2013, p. 170).

Sintéticamente, para Ferrajoli el juez resuelve casos que son fáciles y la respuesta correcta está dada en la ley. Por lo que solo queda la razón teórica o lógica construyendo un silogismo que tiene tanto la premisa mayor como la menor susceptibles de ser verificadas, y luego la conclusión, en donde aparece el riesgo de la voluntad creadora del juez ordinario que debe procurarse reducirse a su mínima expresión en tanto es fuente de deslegitimación. El Estado Constitucional de Derecho que le “gusta” a Ferrajoli reclama del juez el recurso a conocer la ley y al uso de la razón teórica o formal controlada por la lógica. Desde aquel rechazo de una razón práctica en materia ética o moral y del pesimismo antropológico ferrajoliano resulta paradójal su confianza en esa ley dictada por ese “hombre artificial que llamamos Estado” (Ferrajoli, 2011a, p. 361), y así lo denuncia Moreso: “La posición de Ferrajoli me parece más bien extraña y exagerada versión del pesimismo de la inteligencia y el optimismo de la voluntad” (Moreso, 2008, p. 297).

Síntesis:

- i) a pesar del escepticismo axiológico, Ferrajoli confiesa su preferencia (en última instancia no racional) por los Estados Constitucionales de Derecho;
- ii) el derecho se origina en el poder formal del constituyente, y el jurista incurre en falacia ética si juzga ese derecho yendo a criterios externos al mismo;
- iii) el mejor derecho es el contenido en normas que contemplan supuestos fácticos genéricos y las respectivas consecuencias jurídicas;
- iv) el recurso y defensa de los principios jurídicos es propio de los iusnaturalismos;
- v) la función judicial requiere saber y no poder;
- vi) los jueces ordinarios no están para resolver lagunas ni antinomias jurídicas; y vii) los casos que atienden los jueces son fáciles en tanto deben brindarle por medio de un silogismo la respuesta prevista en la ley, y corresponde reducir todo lo que se pueda el poder “equitativo” con el que inescidiblemente cuentan.

9. TEORIA JURÍDICA ARETAICA O JURISPRUDENCIA DE VIRTUDES (aretaica por aretaic en inglés y areté-virtud).

Esta teoría (Farrelly y Solum, 2011) escasamente trabajada en la filosofía del derecho iberoamericana⁵, reconoce importantes desarrollos en el common law (A. MacIntyre, M. Nussbaum, P. Foot, I. Murdoch, B. Williams, M. Slote, J. Deigh, etc). Uno de los más importantes difusores, Lawrence Solum, reconoce el trabajo “Modern Moral Philosophy” de Elizabeth Anscombe publicado en 1958, como un antecedente decisivo como para romper la alternativa entre ética normativa y deontologías kantianas y consecuencialistas utilitaristas, y posibilitar el surgimiento de una “ética de virtudes”. Por supuesto que ésta remite a la filosofía clásica griega y a su seguimiento en los siglos posteriores, pero esa perspectiva se dejará de lado con la ilustración, no solo en el campo de la filosofía moral sino especialmente en la teoría jurídica (iuspositivismo legalista y el normativista o kelseniano) funcional al EDL. El giro aretaico o virtuoso, a diferencia tanto del deontologismo como del consecuencialismo, le interesa y pone

5 Sin embargo, encontramos trabajos de relevancia en autores hispano-parlantes como Daniel González Lagier, Amalia Amaya, Guillermo Larrigué y Luciana Samané

el foco de atención en el jurista y su carácter (Amaya, 2009, p. 19), lo que supone indicarle a aquel que se interesa por un derecho valioso, bueno o justo que debe prestarle atención privilegiada no tanto al contenido o procedimiento jurídico que el mismo tiene que respetar, sino preocuparse por quien lo hace; de ese modo se enseña que la calidad del derecho depende intrínsecamente de las virtudes del que lo crea o aplica.

Por supuesto que hay varias versiones de la ética de virtudes y su conexión con el derecho, pero nuestro propósito es escoger en el terreno de la decisión judicial aquellas variantes más fuertes o radicales. Precisamente Solum defiende una teoría fuerte o robusta de la virtud referida a la decisión judicial precisando:

“La noción de una decisión correcta es fundamental y, por ende, las virtudes judiciales derivarán de aquélla. Esto permite comprender por qué la descripción que Dworkin hace de Hércules comienza con los criterios para tomar buenas decisiones, para luego, a partir de allí, construir al juez ideal, capaz de pronunciar dichas decisiones. Una teoría centrada en las virtudes no procede de este modo. Comenzaré con una explicación de cómo es un juez virtuoso como criterio primario y de allí derivaré la noción de decisión virtuosa... Una teoría centrada en las virtudes debe sostener que las virtudes judiciales constituyen una parte necesaria de la mejor teoría sobre la decisión judicial, y que la virtud judicial juega un rol central, tanto explicativa como normativamente” (Solum, 2013, pp. 13-14).

La conclusión del profesor de Georgetown es que son los jueces virtuosos los que pueden tomar decisiones justas o correctas, y aquellos jueces “que carecen de virtudes deben intentar dictar legítimas o legalmente correctas, aunque no sean capaces de hacer esto de modo confiable, dado que carecen de virtudes. A su vez, los jueces que no tienen virtudes judiciales deben desarrollarlas. Los magistrados también deben ser seleccionados con base en la posesión (o potencia para la adquisición) de las virtudes judiciales” (Solum, 2013, p. 34), y consiguientemente, es posible que un juez dicte una decisión meramente correcta por razones viciosas.

Solum arriesga una nómina no exhaustiva de vicios: corrupción, cobardía, mal temperamento, incompetencia y necesidad; y también otra nómina enunciativa de virtudes: templanza, fortaleza, buen temperamento, inteligencia y sabiduría práctica o prudencia, a esas virtudes le suma la “virtud cardinal del razonamiento judicial” que resume: imparcialidad, integridad y percepción o visión de las situaciones particulares. Aunque Solum afirme las tesis señaladas, no ve inconvenientes en sostener que “existen casos (complejos) en los que hay más de un resultado que puede ser considerado jurídicamente correcto”, pero es la teoría centrada en virtudes la que resulta verdaderamente idónea para hacerse cargo de la equidad como recurso para dejar de aplicar en un caso la ley que lo regula, pues según aquella “solo un juez virtuoso puede practicar la equidad” (Solum, 2013, p. 43) ajustando la ley a los reclamos de las situaciones particulares.

Amaya resume las funciones que cumplen las virtudes en una teoría de la argumentación judicial: ayudan a la mejor calidad de la misma, aportan epistémicamente al necesario conocimiento de los hechos y las soluciones jurídicas para el caso; y la decisión será correcta si coincide con la que hubiese adoptado un juez virtuoso. Esos aportes llevan a la conclusión que “es fundamental para el Estado de Derecho que el poder judicial esté compuesto por jueces virtuosos” (Amaya, 2009, p. 38) y ese requerimiento “es más acuciante” en los casos difíciles (en los que se requiere una justificación de segundo orden (MacCormick, 2018, p. 139) en relación con la premisa mayor en cuanto a su interpretación y relevancia, y respecto a los problemas de prueba y calificación en cuanto a la premisa menor, como así también respecto a los

casos trágicos o con dilemas morales (caracterizados por una consecuencia dañosa cualquiera sea la alternativa que se escoja) (Amaya, 2009, p. 38 y ss.). Hablar de las virtudes implica hablar de las emociones que son moderadas por aquellas, y consiguiente, el juez virtuoso cuenta con una visión más comprensiva del caso, de las pruebas aportadas (Haddad Bernat, 2017) y se potencia la posibilidad de encontrar respuestas mejores o más valiosas (Larriguet y Samamé, 2017, pp. 81-103). En esa sintonía Amaya concluye: “Una decisión que se haya tomado sin involucrar las disposiciones emocionales adecuadas es moralmente defectuosa, aunque tenga el mismo contenido que la decisión que habría tomado una persona virtuosa” (Amaya, 2015, p. 1778). No hay casos fáciles y la respuesta correcta la crea el jurista *ex post facto*, ajustándola equitativamente a las características del caso, y ese trabajo virtuoso llega a eximir de la pena al que incurrió en una conducta prevista como delito apoyándose el juez en la “compasión” que le suscita justificadamente el imputado (Larriguet y Samamé, 2017, p. 95).

Acerca de la relevancia y actualidad de estas teorías centradas en las virtudes reguladoras de las emociones en el marco de la función propia de los juristas de decir el derecho, Larriguet y Samané concluyen distinguiendo tres etapas sucesivas:

“La primera etapa fue la de la argumentación correcta tendiente a obtener ‘normas jurídicas’ que sirvieran de premisas normativas plausibles para los razonamientos judiciales. Aquí las teorías de la interpretación tuvieron mucho que decir al respecto. Una segunda etapa se vinculó con la teoría de la premisa menor, de la premisa fáctica y su justificación en el razonamiento o argumentación judicial. La tercera etapa, mucho menos desarrollada en la bibliografía especializada, es la que tiene que ver con la pregunta por el papel de las ‘emociones’ en el contexto de justificación de la argumentación judicial” (Larriguet y Samamé, 2017, p. 91).

En cuanto a las funciones de las virtudes y la facultad humana en la que ellas inhiere, Calhoun y Solumun (Calhoun y Salomon, 1996) apelan a distinguir respecto de las emociones cinco teorías: sensistas (Hume); fisiológicas (William James); conductales (Charles Darwin); evaluativas (Max Scheler); y cognoscitivas (Martha Nussbaum). Precisamente de ésta última leemos:

“las emociones son evaluaciones o juicios de valor, los cuales atribuyen a las cosas y a las personas que están fuera del control de esa persona una gran importancia para el florecimiento de la misma. Contiene tres ideas relevantes: la idea de una valoración cognitiva o evaluación, la idea del florecimiento propio o de los propios objetivos y proyectos importante, y la idea de la relevancia de los objetos externos en tanto elementos en el esquema de los propios objetivos” (Nussbaum, 2008, p. 24).

En torno a la misma cuestión, Amaya en un estudio específico sobre la virtud de la humildad judicial advierte:

“No cabe duda de que hay importantes conexiones entre la humildad como virtud moral y su contraparte intelectual. Incluso podría argumentarse que las virtudes intelectuales no son más que un subconjunto de las virtudes morales y, por consiguiente, que la humildad es una subespecie de la humildad como virtud moral. Sin embargo, la equiparación de la humildad con sus aspectos epistémicos supone una concepción invertida de la relación entre las virtudes morales y epistémicas —en la que las primeras son una subclase de éstas últimas, y no al revés— que es difícilmente plausible” (Amaya, 2017, p. 21).

Finalmente concluye: “El principal valor de la humildad para los jueces radica en su capacidad de servir al ideal jurídico y político de fraternidad... promoviendo un ethos igualitario” (Amaya, 2017, p. 29). Gonzalez Lagier se pregunta si “¿pueden las emociones ser herramientas útiles para encontrar la respuesta correcta?, y su respuesta “es afirmativa” (González Lagier, 2020, p. 130), aclarando que “las emociones no tienen una relación normativa con las decisiones correctas, sí pueden tener una relación causal (como una condición ni suficiente, ni necesaria, pero sí contribuyente) con ellas”, y define a las emociones morales como “el resultado de creencias y valores interiorizados y arraigados en la estructura de nuestra conciencia moral o jurídica” (González Lagier, 2020, p. 131).

Síntesis:

- i) la calidad del derecho depende más de las virtudes de los juristas que de normas, procedimientos e instituciones;
- ii) hay un fuerte rechazo al juridicismo, pero el riesgo es que termine el derecho absorbido o diluido en la ética subjetiva virtuosa;
- iii) el acento en las emociones implica un debilitamiento de la relevancia de la razón práctica sustancial o procedimental;
- iv) la teoría aretaica conlleva peligros en la pretensión de seguridad jurídica en orden a conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de los comportamientos;
- v) la facilidad o dificultad en la resolución jurídica de los casos no es algo objetivamente dado, sino que depende de las virtudes que ostente el juez que atienda a los mismos;
- vi) las virtudes cumplen una función cognoscitiva y constitutiva de la respuesta jurídica al caso, y por ende, las emociones judiciales pueden ser razón justificatoria de lo decidido.

10. MICHEL VILLEY

Hemos estudiado con algún detenimiento la obra del profesor francés, subrayando su estilo literario exageradamente confrontativo y provocativo, como su inclinación a evitar los matices e incurrir en lecturas maniqueas (Vigo, 2019a). Sin perjuicio de remitir a esos estudios, destaquemos que no obstante asumir Villey explícitamente la filosofía aristotélica-tomista, hace la salvedad que rechaza de la Suma Teológica las consideraciones de Aquino en la I-I cuestión 90 referidas a la ley, dado que ahí el autor escribe como teólogo, pero el profesor francés suscribe las enseñanzas incluidas en la II-II cuestión 57 en donde ve la presencia clara del Estagirita sin conexiones clericales.

En una posición extraña dentro de la escuela a la que Villey adhiere, llega a postular que el saber jurídico es más teórico que práctico, y afirmaciones como las consignadas a continuación lo acreditan: “el derecho es ante todo objeto de conocimiento, de conocimiento teórico. Es una cosa que se contempla, que se busca encontrar” (Villey, 1978a, p. 129); el derecho se expresa “en enunciados indicativos, verdades sobre el ser” (Villey, 1978a, p. 174); el derecho “es calificado de res: no es un ente de razón, creación del hombre, sino ante todo un ser real” (Villey, 1979, p. 162); “el derecho propiamente dicho no mantiene una relación inmediata con la praxis; no mira a comandar las conductas humanas, dice lo que es o lo que será” (Villey, 1978a, p. 118); y “Deducimos el derecho de la observación de la naturaleza. De la naturaleza exterior, de las cosas. Observando fuera de nosotros mismos... podremos descubrir el derecho en el interior de esos grupos sociales... El orden está en las cosas y no, como lo querría Kant, en nuestros anteojos” (Villey, 1978b, p. 70). Por otro lado, la gnoseología villeyana incluye fuertes prevenciones respecto a la ciencia jurídica, a la que le asigna claras conexiones con

la modernidad y los modelos matemáticos y el de las ciencias naturales, consiguientemente reconoce dos niveles noéticos: la filosofía jurídica y el arte jurídico. A la filosofía le asigna tres problemas: 1) el ontológico: precisa que es el derecho, es decir, el fin de la tarea de los juristas; 2) el metodológico: trata de los medios a los que recurren los juristas para prestar su servicio; y 3) el axiológico en orden a discernir lo justo y lo injusto. El arte jurídico es el saber dialéctico abocado a decir en ese tiempo y lugar determinado, que es lo suyo de cada uno o cómo hay que distribuir las cosas en una sociedad política de modo que cada uno reciba concretamente lo que le corresponda.

Específicamente respecto a lo que entiende por derecho Villey, brinda una caracterización “originaria”: que consiste en la buena proporción de los bienes que se reparten entre los miembros de una sociedad política, o sea lo que le corresponde a cada uno, y otra “derivada” que se identifica con el arte o la profesión o actividad de los juristas en tanto ella tiene por fin determinar lo suyo de cada uno, o sea, dilucidar lo justo. En coincidencia con esa definición rechaza Villey distintas concepciones del derecho, a saber:

1. moralismo jurídico: identifica el derecho con las normas, no obstante que éstas no pertenecen al derecho porque su objeto no es decir lo que le corresponde a cada uno, sino cómo se deben comportar los ciudadanos imponiéndoles modelos de vida;
2. individualismo jurídico: se entiende el derecho como un sistema de derechos subjetivos o poderes individuales;
3. colectivismo jurídico: el derecho al servicio de personas colectivas o morales, como la patria, el partido, la raza, etc; y
4. tecnicismo jurídico: el derecho convertido en un mero medio al servicio de fines variados distintos al que le es propio.

Destaquemos de esas teorías que rechaza Villey las dos primeras, así lo declara enfáticamente: “es falsear el derecho, confundirlo con reglas de conductas o con el derecho subjetivo” (Villey, 1979, p. 215). El antinormativismo villeyano se apoya en considerar que la ley pertenece a la moral y no al derecho, en tanto ella define como debemos comportarnos y no lo que es justo, y así llega a recomendar dejar “a los teólogos los análisis de la conciencia, de la sindéresis, e inclusive de la ley natural” (Villey, 1979, p. 77). Más aguerridamente se opone a los derechos humanos inventados por Occam y asumidos por la Segunda Escolástica a instancia de Francisco Suarez. En cuanto a la justicia, si bien es el fin del derecho, explica Villey que solo la justicia particular –integrada por la justicia distributiva y por la justicia conmutativa– pertenece al mundo jurídico, en tanto la justicia general o legal se remite al campo de la moral como suma de virtudes o al campo de la política que tiene por norte al bien común.

Por supuesto que Villey se reconoce como iusnaturalista en tanto privilegia ese “derecho extraído de la naturaleza”, aunque en sintonía con Aristóteles admite que en el “mundo sublunar” donde están las cosas naturales, no hay objetos constantes sino en permanente cambio, por eso descarta el camino esencialista de definir la naturaleza humana y recomienda asumir que “no hay tanta diferencias entre las sociedades humanas (aunque ellas tengan gran diversidad) y las agrupaciones de castores o de abejas” (Villey, 1979, p. 135), o advierte que “las obras políticas de los hombres son tan naturales como lo son los enjambres de abejas y sociedades animales” (Villey, 1978a, p. 49). No duda Villey en afirmar que “el derecho natural es un método experimental”, comparable con el método de los botánicos, y concluye:

“Yo no sé que haya habido jamás otro fundamento para la medida jurídica de lo mío y de lo tuyo que éste común exterior, accesible a todos: este que no ha sido fijado por la arbitrariedad, ni por la Razón consciente del hombre, sino espontáneamente por la naturaleza, en cada ciudad y en

cada época... De ahí trae su origen el derecho, pues antes del orden de las leyes está el orden social espontáneo” (Villey, 1979, p. 160).

Ese naturalismo ingenuo, animista y empirista villeyano se revela en sentencias como: “el derecho no es un ente de razón, creación del hombre, sino ante todo un ser real, dado por la naturaleza” (Villey, 1979, p. 162), o “hay relaciones justas de hombres, no solo entre ellos, sino también con los animales y las cosas y todo lo que compone la Naturaleza” (Villey, 1978b, p. 79). Invocando fidelidad con Aristóteles llega a escribir: “Ninguna regla jurídica es absolutamente necesaria” (Villey, 1981, p. 81), “el derecho es por esencia móvil” (Villey, 1981, p. 40) y “el derecho natural es cambiante porque el hombre mismo cambia” (Villey, 1966, p. 79).

Reconoce Villey que “el destino normal del derecho es convertirse en derecho positivo”, y ese movimiento “del estado informe, indistinto, del derecho natural a la forma de la regla escrita” constituye un progreso, el “progreso de la potencia al acto” (Villey, 1979, p. 222). El *jus positivum* se manifiesta por excelencia en esas disposiciones escritas (*regulae iuris*) que han resultado al término de la investigación dialéctica del orden natural, y ellas se reducen a decir lo justo. En cuanto al sistema jurídico Villey no tiene inconvenientes en confesar: “No hay orden positivo... Al menos un poco de desorden ...sería a los que nos conduciría la doctrina del derecho natural” (Villey, 1966, p. 112). Aprecia Villey apelar a Sabino cuando explicaba que el derecho no viene de la ley, sino que la ley viene después del derecho.

Insistamos que para Villey la cuna de la filosofía y del derecho es la dialéctica, o sea un diálogo ordenado, que no recurre a axiomas ni procura conclusiones necesarias o absolutamente verdaderas, y que cuenta con ciertas reglas como las siguientes:

1. selección de jugadores: solo participan los “que estaban dispuestos a jugar el juego de la especulación desinteresada” (Villey, 1979, p. 74);
2. control de autoridades: los autores a los que se recurre no valen igual, aunque ese argumento era el más débil;
3. posición de la causa: el diálogo giraba en torno de un problema, que era una cosa o una realidad, y no palabras;
4. argumentación: no era mero barullo de opiniones, sino precisiones del lenguaje, búsqueda de lugares comunes, etc.;
5. la verdad como finalidad común: los interlocutores no procuraban vencerse, sino conciliar sus puntos en común y “alcanzar una verdad en común” (Villey, 1979, p. 76); y
6. conclusiones sujetas a revisión: el diálogo se clausuraba, a veces a través del maestro que lo dirigía, lográndose definir la cosa sobre la que se discutía.

Insistiendo en una heterodoxa visión de la escuela clásica, Villey afirma:

“El derecho es a la vez fruto de la razón y de la voluntad: de la razón en la medida en que se deriva de la ciencia de la naturaleza; de la voluntad humana en tanto la potestad legislativa le agrega fijeza, forma escrita rígida y precisión... Lo que se agrega a los resultados del estudio de lo justo por naturaleza, para formar el derecho positivo, es en gran medida arbitrario o por lo menos no puede darse de él una justificación racional” (Villey, 1981, p. 44).

Es que el proceso del derecho concluye con enunciados en indicativos que dicen qué es lo de una y la otra parte, y luego de la jurisdicción se requiere el imperium, o sea, la presencia de la autoridad capaz de ordenar y forzar voluntades para que el derecho efectivamente se cumpla;

dicho de otra manera: los juristas se limitan a decir el derecho, y de sus proposiciones indicativas surgirán órdenes y prohibiciones a cargos de sujetos dotados de imperium, pero aquí ya estamos fuera del derecho e instalados en la política y su búsqueda del bien común.

Síntesis:

- i) a pesar de su adscripción a la escuela del realismo jurídico clásico, proclama tesis heterodoxas desde la perspectiva de esa tradición;
- ii) el derecho queda desvinculado de la moral y de la política, en tanto su objeto no es regular conductas ni procurar el bien común, sino decir lo que le pertenece a cada uno;
- iii) el derecho se encuentra en la naturaleza genérica (no solo humana) y es posible describirlo, de modo que se pone en cuestión la posibilidad de una razón práctica capaz de guiar conductas jurídicas;
- iv) el método para descubrir el derecho es el dialéctico y luego aparece la autoridad con su voluntad y el imperium para ordenarlo;
- v) la facilidad o dificultad de los casos en orden a descubrir lo justo depende de la capacidad dialéctica de los juristas y de la lectura que se haga de la realidad que se ha configurado en el tiempo;
- vi) las fuentes del derecho son variadas y múltiples, aunque la privilegiada es el derecho a descubrir y declarar en la realidad;
- vii) no es viable la búsqueda de un orden o sistema jurídico en tanto el derecho se va descubriendo y declarando equitativamente por los juristas caso a caso; y
- viii) las ciencias jurídicas abocadas a las diferentes ramas del derecho pierden relevancia y significación.

11. JOHN FINNIS

Es Finnis el autor más difundido, destacado e influyente de la llamada Nueva Escuela Anglosajona de Derecho Natural de la que participan varios profesores del ámbito anglosajón (German Grisez, Robert P. George, Josep Boyle, William May, etc.). Advertimos también que dicha teoría adhiere explícitamente a las enseñanzas de Aritóteles y Tomás de Aquino, aunque ha generado polémicas y resistencias por parte de aquellos que pertenecen a la escuela tradicional del realismo jurídico tradicional. Esas disidencias acerca del modo de interpretar los mismos textos han sido exageradas por parte de algunos de los protagonistas, incluso el mismo Finnis confiesa en el Postscript de la segunda edición de su “Natural Law and Natural Rights” (2011) su desconcierto frente a autores de la tradición tomista que estimaron que dicha obra era “una capitulación ante Hume y su falacia Ser y Deber Ser”. Sintéticamente, esas dos perspectivas aristotélica-tomistas se centran acerca de la relación entre metafísica y filosofía moral: la visión tradicional escoge la dependencia de la filosofía moral “del análisis metafísico de la teoría de las esencias” (Lisska, 1996, p. 195); mientras que el camino que escoge Finnis para definir la moral, no es aquel ontológico, sino el que llama epistemológico:

“Las proposiciones acerca de los bienes humanos primarios no son derivadas de proposiciones acerca de la naturaleza humana o de cualquier otra proposición de la razón especulativa; tal como lo dice el Aquinate con la máxima claridad y nunca dejó de decirlo, son per se nota e indemonstrabilia. Porque llegamos a conocer la naturaleza humana conociendo sus potencialidades, y conocemos éstas últimas conociendo sus actividades, las que a su vez conocemos comprendiendo sus objetos –y los objetos de

la inclinatio y actus característicamente humana, la voluntad, son precisamente los bienes humanos primarios... En ese sentido, el 'debe' no resulta derivado del 'es'" (Finnis, 2011a, p. 147)⁶.

La filosofía práctica para Finnis es "una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica" (Finnis, 2000a, p. 48). Ella remite a la pre-moralidad de los primeros principios prácticos o bienes humanos básicos, y a través de la razonabilidad práctica directiva de la conducta humana se proyecta en los campos de la moral, la política y el derecho. La filosofía práctica constituye una "unidad de investigación que puede subdividirse en moral, política y jurídica, solo por una ventaja pedagógica o expositiva que se arriesga a falsear la comprensión de las tres" (Finnis, 2000a, p. 386). La teoría jurídica tiene como punto de apoyo originario aquellos primeros principios de la razonabilidad práctica o "primeros principios de la ley natural que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no solo por metafísicos) son per se nota (evidentes) e indemostrables... No son inferidos o derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos)" (Finnis, 2000a, p. 67). Reiteremos que esos principios communissima del entendimiento práctico se comprende no a través de observaciones de la naturaleza humana, "sino experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones... por un simple acto de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros semejantes a uno)" (Finnis, 2000a, p. 68). En ese marco se comprende la conclusión finnisiana: "La acción es inmoral cuando va contra la razón" (Finnis, 1993).

El derecho, si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica plena, debe promover o no perjudicar esos bienes humanos básicos, pues en ellos está comprometido el "human flourishing". Ellos son premorales en tanto se conocen aún antes del dominio completo de la razón y la libertad, y entonces la moralidad (también específicamente el derecho) aparecerá cuando el hombre con su razón y su libertad los vaya encarnando en sus concretas decisiones y acciones. La nómina de aquellos propósitos, fines o bienes son siete en "Ley Natural y Derechos Naturales" (Vigo, 2019a, pp. 281-315): vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad, razonabilidad práctica y religión; y no hay jerarquía entre ellos, de modo que cada plan de vida puede legítimamente fijar distintas prioridades, aunque el florecimiento humano está comprometido en todos y cada uno de los bienes básicos. Cabe al respecto una aclaración terminológica muy importante, Finnis asimila razonabilidad práctica a prudencia, a la que reconoce como "virtud intelectual y moral, mediante la cual introduce el orden correcto en su persecución de todos los bienes humanos" (Finnis, 2008), p. 151, y consiguientemente, una vía para acceder al contenido de la moral. La filosofía de Finnis, en sintonía con la filosofía tradicional, recurre a conceptos analógicos en tanto apela la teoría a identificar el tipo central en donde se visualiza lo plenamente realizado (el significado focal o simpliciter), de los casos que pueden ser llamados con el mismo nombre pero que sin embargo son inmaduros o corrompidos respecto de aquél (secundum quid).

Yendo al derecho, Finnis insiste con algunas coincidencias importantes con el iuspositivismo, y al respecto precisa: "Tomás de Aquino (S.T.I-II,2, q.95, a.2) trató la distinción entre derecho natural y civil como una distinción en el seno del derecho positivo (es decir dentro del derecho humanamente establecido). Algunas partes del derecho positivo son conclusiones de los principios y normas de la ley moral natural; para ellas el nombre de ius gentium. Las otras partes son puramente positivas, a pesar de estar vinculadas con principios morales a través de

6 En cuanto a la falsa acusación que la ética finnisiana se desvincula de la naturaleza humana puede consultarse George, 2001 y Massini-Correas, 2019.

una relación inteligible e indeducible que llamó *determinatio* (concreción)” (Finnis, 2011b, p. 162). Reconoce Finnis que

“El derecho tiene una doble vida. Una de sus vidas es (i) su existencia como el puro hecho de que determinadas personas han hecho eso y lo otro en el pasado... La otra vida del derecho es (ii) su existencia como criterio directivo para las deliberaciones en conciencia de quienes tienen la responsabilidad de decidir (hacer justicia) según el derecho....a veces las fuentes fáctico-sociales producen normas tan viciadas desde el punto de vista moral que incluso los jueces que han jurado seguir el derecho deben rechazarlas en favor de reglas alternativas más coherentes con los principios morales (con la plena conformidad con la razón práctica) y con todas aquellas otras partes del derecho puesto que son coherentes con el principio de la moral” (Finnis, 2000b, p. 1601).

Admite Finnis la posibilidad de adoptar una perspectiva descriptiva, y si bien “las descripciones no se deducen de las valoraciones,... sin valoraciones uno no puede determinar qué descripciones son realmente iluminadoras y significativas” (Finnis, 2000a, p. 52). En el campo de la validez fáctico-social Finnis reivindica las ocho desiderata de Fuller, pero la definición focal del derecho incluye los requerimientos de la razón, o dicho con resonancias hartianas, las reglas jurídicas son razones para la acción y buenas razones en tanto promueven los bienes básicos y el florecimiento humano. La positividad del derecho (reglas producidas) (law has been used with a focal meaning so as to refer primarily to rules made (Finnis, 1992a, p. 276)), incluyen esos principios y normas que en las teorías del derecho natural se denomina *ius Gentium* o “*ius cogens erga homines* (literalmente “derecho que es vinculante [sin acuerdo o promulgación u otras formas de adopción] en relación con todos” o “derechos humanos fundamentales” (Finnis, 2011c).

El derecho es “el sendero común para perseguir el bien común”, pero la autoridad del derecho depende de su justicia” y el objeto de ésta es el bien común, concluyendo Finnis que “el moderno lenguaje de los derechos... expresa las exigencias de la justicia” o ellos (los derechos humanos) aportan una “expresión enfática de lo que está implícito en el término de bien común” (Finnis, 2000a, p. 243). El Estado es

“Una comunidad organizada de forma tal que su gobierno y su ley proporcionan toda la dirección que el gobierno humano y la ley coactiva están legitimados a impartir con el fin de promover y proteger el bien común, esto es, el bien de la comunidad y, por consiguiente, el de todos sus miembros y elementos constitutivos” (Finnis, 2008, p. 284).

Si bien hay distintas formas de injusticia, corresponde al respecto acudir a los “absolutos morales” defendidos por Finnis, y a los que identifica con los “derechos humanos más básicos” (Finnis, 2017, p. 158) que excluyen “el actuar contra una razón básica al elegir la destrucción o el daño de cualquier bien humano básico, en cualquiera de sus determinaciones” (Finnis, 2017, p. 156). En cuanto a la posición que asume Finnis respecto a cómo entender la fórmula “ley injusta” y qué corresponde hacer frente a la misma, nos parece que su lectura revela una perspectiva poco clara y de cierta incoherencia, aunque en sus escritos posteriores a su libro “Ley natural y derechos naturales” la opinión es que no es un derecho válido y aplicable en el supuesto de una injusticia extrema y evidente (como el derecho nazi).

El profesor oxoniense se ha ocupado específicamente de la teoría dworkiniana de la respuesta correcta y la ha rechazado en razón de

“La inconmensurabilidad de los bienes y razones en las opciones alternativas disponibles para la elección moralmente significativa en cualquier contexto... La inconmensurabilidad, la ausencia de cualquier baremo racionalmente identificado para medir, o de una escala para sopesar los bienes y los males en debate, es mucho más penetrante e intensa de lo que se podría imaginar de la simple descripción dworkiniana del razonamiento jurídico, a lo largo de las dos dimensiones de adecuación o ajuste legal y solidez moral” (Finnis, 2017, p. 153).

Finnis comparte con Dworkin que el derecho incluye una dimensión de “ajuste” o coherencia, aunque el rótulo que utiliza es el de técnica, cultural o poética, y también una dimensión de “rectitud”, aunque prefiere Finnis hablar de moral, política o de bienes humanos. En ese marco un caso es “difícil” cuando hay más de una respuesta jurídica derivable del sistema jurídico y cuando las respuestas disponibles pueden ser ordenadas de manera diferente en base a criterios de evaluación distintos, de ahí el contraste que puede encontrar el jurista entre respuestas preferibles según una u otra dimensión. Aquí hay que traer a colación la visión finnisiana acerca de la autoridad política y el derecho que ella determine como tal. La sociedad necesita de la autoridad (“es un bien”) no solo por el egoísmo o malicia humana, sino para resolver los problemas de interacción y coordinación y así procurar el bien común, y por esa vía concluye que el significado focal de autoridad se asimila a “razón excluyente”, o sea

“Una razón para juzgar o actuar cuando no hay o al menos no se comprenden otras razones para juzgar u obrar así; o para juzgar o actuar así desatendiendo al menos algunas razones que son comprendidas y relevantes y que, en ausencia de la razón excluyente, habrían sido suficientes para justificar proceder de alguna otra manera” (Finnis, 2000a, p. 263).

En sintonía con lo señalado recordemos los reparos que pone Finnis para admitir que la ley injusta no es derecho, afirmando que “no sirve para pensar con claridad, ni para ningún fin práctico bueno, oscurecer la positividad del derecho negando esa obligatoriedad jurídica” (Finnis, 2000a, p. 384). En base a esos antecedentes y respecto al razonamiento judicial, Finnis concluye respecto de las fuentes autoritativas de derecho:

“Tales fuentes, en tanto son claras y respetan los pocos derechos y deberes morales absolutos, tienen que ser respetadas como las únicas bases razonables para el razonamiento y decisión judicial... Una teoría del derecho natural de la tradición clásica no pretende que la razón natural puede identificar la respuesta correcta a las incontables preguntas que surgen para el juez cuando encuentra las fuentes poco claras. Desde el punto de vista clásico, expresado por Tomás de Aquino con una clara deuda hacia Aristóteles, hay muchas formas de andar mal y actuar mal; pero en muchas, tal vez en la mayoría de las situaciones de la vida personal y social, hay un buen número de opciones correctas (es decir no malas) incompatibles” (Finnis, 2017, p. 163).

Si bien hay varias respuestas correctas, es muy importante advertir y reiterar el límite que le pone Finnis a las mismas. Se trata de su teoría de los “absolutos morales” (a) que son una pieza medular del razonamiento jurídico, en tanto ellos marcan un límite a las elecciones con relevancia moral y jurídica. En efecto, la razón rechaza todo acto que de suyo no hace más que dañar o impedir la realización o participación en un bien humano básico, de ahí el fundamento para sostener la inviolabilidad de los derechos humanos básicos. Hay algunos casos fáciles con respuesta correcta, aunque lo frecuente es que los casos son difíciles en cuanto hay un margen para respuestas correctas.

Se hace cargo Finnis del riesgo que “Una descripción de las razones básicas para la acción no debería ser racionalista” (Finnis, 2017, p. 136), y por ello el pensamiento moral que es “racional en su máxima extensión, que integra las emociones y los sentimientos” (Finnis, 2017, p. 139). Recordemos la clásica definición de ley que se lee en Aquino como “ordenación racional”, pero ello no implica la ausencia de la voluntad, pues, conocida es la descripción tomista de la estructura del acto humano en donde se identifican hasta catorce actos atribuidos a la inteligencia (razón) y a la voluntad, agrupados en tres momentos sucesivos: actos relacionados con el fin, los relacionados con los medios y los correspondientes a la ejecución del acto. Sintéticamente, el entendimiento mueve a la voluntad propiéndole el fin, determinando su objeto que es un bien particular, y la voluntad puede mover el entendimiento para que se aboque a su objeto, pues se requiere de ambos, dado que ni el entendimiento “quiere”, ni la voluntad “conoce” o entiende. Frente al cuadro descripto Finnis se ocupa de las emociones y recuerda la metáfora de Aquino en la que asimila el gobierno de la razón sobre ellas a la figura de un gobierno limitado en donde la gente libre puede oponerse a las órdenes que imparta el mismo. Es que las emociones pueden resistir el control de la razón pero también reforzarla en orden al bien conocido y querido; ellas son “inherentemente buenas, naturales y deseables” (Finnis, 2008, p. 94). Aduce Finnis que “Tomás de Aquino repudia constantemente el ideal de una acción racional desapasionada o carente de emoción” (Finnis, 2008, p. 95), y “la buena emoción (passio), cuando sigue al juicio de la razón, acrecienta el mérito” (Finnis, 2008, p. 95).

Síntesis:

- i) el derecho tiene conexiones inescindibles con la moral y la política;
- ii) la razón práctica tiene por objeto dirigir la conducta humana en orden al florecimiento humano;
- iii) la razón práctica incluye exigencias sustanciales, pero también otras formales o procedimentales;
- iv) no hay paralelismo entre el derecho natural y el derecho positivo en tanto existe éste establecido por fuentes fácticas-sociales que incluye el *ius gentium* que coinciden con exigencias de la razón práctica de alcance universal;
- v) justicia, bien común y derechos humanos expresan realidades de amplia coincidencia;
- vi) la autoridad tiene posibilidad de crear derecho concluyendo o determinándolo desde la ley natural;
- vii) esa libertad creadora del derecho tiene límites indisponibles que son absolutos morales que impiden escoger un medio que implique suprimir o dañar algún bien humano básico;
- viii) la ley grave y evidentemente injusta no obliga ni debe aplicarse, aunque en ese juicio cabe incluir las consecuencias respectivas y su correspondiente valoración racional;
- ix) no hay una respuesta correcta sino varias que la razón práctica puede escoger dentro de los márgenes del derecho puesto y con el límite de los absolutos morales; y
- x) la elección corresponde a la razón y a la voluntad, aunque importan e influyen las emociones, y consiguientemente importan, los hábitos buenos (virtudes) intelectuales y morales que inhiere en esas facultades.

12. BALANCE CONCLUSIVO

Hemos analizado precedentemente las diez respuestas teóricas acerca de la pregunta inicial de ¿si hay una respuesta correcta para cada caso jurídico?, a las que anexamos ciertas tesis que complementan y esclarecen la respectiva posición. En este punto y antes de fijar nuestra

postura, querríamos hacer una especie de balance de aquellas propuestas en orden a subrayar aspectos en los que coincidimos o rechazamos. Insistamos que nuestra lectura crítica remite a una teoría jurídica no positiva de raigambre aristotélica-tomista.

A manera de introducción destaquemos que algo positivo es posible identificar –con mayor o menor esfuerzo– de cada una de las perspectivas estudiadas, quizás la excepción sea Kelsen en tanto nos cuesta rescatar algo que estimemos restacable frente a sus tesis características: iuspositivismo (cualquier contenido puede ser derecho), científicismo (rechazo de la filosofía jurídica por sus preocupaciones ajenas al mundo empírico), normativismo (descarte de los principios jurídicos), juridicismo (mirada circunscripta a las normas jurídicas, y totalmente despreocupada de consideraciones morales y políticas), coercitivismo (asimilación absoluta del derecho con la coerción estatal), escepticismo axiológico (la razón ninguna respuesta puede brindar a preguntas morales o axiológicas) y voluntarismo (la matriz del derecho es el querer cargado de irracionalidad emotivista y sin “conocimiento” propiamente dicho alguno). En el esfuerzo por no incurrir en lecturas prejuiciosas negativas, podemos rescatar de la teoría pura la asimilación entre creación y aplicación, superando esa distinción radical e irreal enarbolada por el iuspositivismo legalista; a lo que podemos sumar el reconocimiento de la creación jurisprudencial de una norma jurídica individual que se instala en la base de la pirámide jurídica que se negaba en tiempos del EDL. Dejamos de lado consideraciones sobre la teoría política e internacional de Kelsen, y nuestro estudio se reduce a su teoría jurídica.

Igualmente nos vemos muy lejos de las teorías críticas, populistas o posmodernas; sin perjuicio de reconocer todo lo que resulta cuestionable de la modernidad, pensamos que no es posible ni conveniente renunciar a ese proyecto que reivindica la libertad y una democracia con su división de poderes y orientada a potenciar la deliberación dialógica y racional de la ciudadanía. Resulta paradójal que ese rechazo a todo objetivismo valorativo termina favoreciendo una disputa axiológica donde no tiene cabida la razón y cuyo resultado queda librado –paradójalmente– al poder y a las capacidades retóricas. Si entendemos al derecho como lucha política, su eventual contenido lo fijará el que gane la misma, con todos los riesgos que ello supone para los débiles o descartables que forman parte de la sociedad. Si los derechos humanos son *flatus vocis* disponibles para llenarlos de cualquier contenido, se convierten en conceptos de escasa importancia en sí mismos, y reducidos a una trascendente carga emotiva con eficacia en la lucha política e ideológica. Siendo todos los casos igualmente difíciles, se torna imposible la más mínima pretensión de seguridad jurídica, en tanto la respuesta se discierne en el terreno ideológico y político. Es cierto que nuestro punto de vista no adhiere a una variante juridicista, pero nos parece un exceso que el derecho termine absorbido por la política o alguna otra disciplina (economía, psicología, etc.). Estimamos que el derecho es un instrumento necesario en la sociedad y puede ser particularmente beneficioso para la buena vida social.

Aunque no ocultamos nuestro distanciamiento con Ferrajoli, coincidimos parcialmente en su preocupación por restringir una judicialización que termine convirtiendo a la ley en algo irrelevante, y que consiguientemente la eficacia de los derechos fundamentales queden librados al arbitrio judicial. Más allá de esa coincidencia mínima, estamos muy lejos de otras tesis ferrajolianas como las siguientes: científicismo (la filosofía jurídica como parte del “modelo integrado de ciencia jurídica”), logicismo judicial con premisas verificables (asociando el poder en manos de los jueces a algo patológico y deslegitimador), pesimismo antropológico (neutralizado por una confianza dogmática en el derecho), poder constituyente formal (capaz de imponer como Constitución cualquier contenido igualmente válido), juridicismo (que impide ir afuera del derecho para juzgarlo o valorarlo), normativismo (distanciamiento temeroso respecto a los principios), visión ingenua del lenguaje legal capaz de comunicar un significado deóntico claro, irrelevancia de los derechos fundamentales (su *nómina* y contenido quedan librados al poder del constituyente), y voluntarismo en la creación del derecho y rechazo radical a la razón práctica ética o moral (ello explica su silencio sobre la argumentación jurídica).

En cuanto al iuspositivismo legalista nos parece suscribible que se consolide la importancia de la seguridad jurídica que en el Estado de derecho pre-moderno se había puesto en crisis. De todas maneras las otras tesis de aquella teoría pecan raigalmente por su carácter ficticio e irreal, así por ejemplo: la voluntad general infalible del legislador, la centralidad de la ley como fuente del derecho, la confianza en los métodos interpretativos como un camino seguro a descubrir el sentido de la ley, el rechazo de cualquier creación jurídica judicial, suponer que los casos judiciales son casos fáciles subsumibles en hipótesis genéricas previstas por el legislador, el reducir el quehacer profesional del derecho a repetir la ley sin computar otras dimensiones de la realidad social y un juridicismo que ficticiamente intenta sacar de la historia al derecho.

Vemos algunas cuestiones en la teoría jurídica hartiana que nos parecen de interés. En primer lugar la recuperación de la norma como razón para la acción, que a su vez posibilita que Finnis le sume la calidad ética de la misma provista por el “spoudaios” según su libro mayor. En segundo lugar, en advertir que en algunos casos jurídicos (los difíciles) la respuesta jurídica la provee o elige el juzgador, y de ahí la importancia de confiar en esa tarea a personas que cuenten con las virtudes necesarias a esos fines; aunque no encontramos un tratamiento suficientemente esclarecedor y preciso respecto a dichos hábitos buenos. En tercer lugar, en debilitar distinción tajantes entre reglas y principios, confiando en criterios más funcionales entre unas y otros, lo que genera zonas indeterminadas en los que se habilita formulaciones de difícil distinción. De todas las maneras, rechazamos su iuspositivismo y en limitar su teoría a una función descriptiva del derecho. También lamentamos la ausencia de una antropología más explícita y completa, que habilite una razón práctica capaz de alcanzar juicios morales objetivos; resultando confuso y difícil de compatibilizar con el resto de su teoría la tesis del contenido mínimo de derecho natural (Vigo, 2019b, pp. 55-89).

El aporte de Dworkin para reconfigurar la agenda de los juristas en clave no positivista es decisivo, y así, aunque de manera filosóficamente precaria a nuestro juicio, logra instalar: el tema de los principios jurídicos con su contenido moral, también en recuperar una razón práctica que haga triunfar los derechos preexistentes, y en reclamarle a los juristas más que creación jurídica innovadora, una búsqueda hacia el pasado en aras de encontrar la respuesta correcta para cada caso jurídico. El recurso ficticio contrafáctico de Hércules se constituye en una referencia que aleja al derecho de sus fines axiológicos posibles y constitutivos. Valoramos como positiva la presencia de la filosofía jurídica en dicho juez ideal, pero la derivación final de esas construcciones no reales, es generar mundos paralelos que con mucho esfuerzo uno pueda orientar lejanamente al otro. El papel central del trabajo interpretativo, o mejor argumentativo de los juristas, en el armado de la teoría jurídica, es otro aporte que muchos otros seguirán en la misma sintonía no positivista kantiana. Extrañamos en el teórico norteamericano una filosofía moral más clara que no llegue a asimilarse a moral social, sin perjuicio de reconocer que los principios están en el derecho por su propio valor y no por alguna decisión autoritativa.

La teoría aretaica nos genera muchas simpatías en tanto supone una visión antropológica que recupera la presencia de las emociones y los hábitos sobre las capacidades humanas posibilitados por la razón práctica (Vigo, 2022). No obstante esa importante coincidencia, estimamos que dicha visión puede llegar a debilitar la dimensión institucional y autoritativa del derecho. Compartimos que la cultura jurídica continental europea ha prescindido en general del aporte que puede hacer el hombre virtuoso en aras del mejor derecho, y apuesta a que la pieza clave a esos fines proviene de la ciencia jurídica. Estos excesos de juridicismo y cientificismo, no pueden compensarse por confiar exclusivamente en las posibilidades epistemológicas y decisionales proporcionadas por las virtudes, sin perjuicio de las contribuciones que éstas pueden hacer. No cabe dar la espalda a exigencias formales y procedimentales que pueden aportar a la elección de la mejor respuesta jurídica o a evitar errores en su elección. La más elemental exigencia de seguridad jurídica y la capacidad del derecho de ser guía para las

conductas se pone en crisis, si a las partes procesales sólo les queda confiar en que los jueces virtuosos acertarán al momento de escoger la respuesta jurídica.

Si bien nos hemos ocupado de hacer explícitamente un balance crítico de la teoría de Alexy (Vigo, 2019a; 2016), podríamos a continuación enumerar tesis que alentamos:

- i) el no positivismo jurídico que no rechaza toda injusticia sino solo aquella de una magnitud significativa, como la violación grave y evidente de los derechos humanos;
- ii) la defensa de la fórmula de Radbruch contraargumentando en relación a ocho cuestionamientos que se hicieron respecto de la misma, nos parece una defensa del no positivismo que va más allá del peculiar modo en que lo es Alexy;
- iii) la franca rehabilitación de la razón práctica, si bien marcadamente procedimental a tenor de la ética dialógica habermasiana;
- iv) que el mejor derecho es el que contiene reglas y principios en tanto éstos auxilian a resolver problemas que aquellas suscitan;
- v) confiar en la razón para superar los problemas derivados del conflicto entre principios;
- vi) la respuesta correcta como “idea regulativa” supone un mayor realismo respecto de la posición dworkiniana; y
- vii) la teoría interpretativa de reglas y principios como el elemento dinámico e integrativo de todo sistema jurídico.

Aún cuando suscribimos muchas de esas tesis, lo hacemos desde presupuestos propios de la filosofía clásica, y en consecuencia, nuestra racionalidad práctica es también sustancial, y la mirada antropológica integral incluyen en la conducción del comportamiento humano a la voluntad y a las emociones. Asimismo estamos lejos de matematizar la ponderación de principios, y asignamos un papel importante en la argumentación jurídica a la retórica y a los razonamientos dialécticos. Un presupuesto inicial de nuestra filosofía es confiar en la posibilidad de conocer a las cosas, asumiendo que los sentidos nos proveen un conocimiento que posibilitará el conocimiento general o universal. Incluimos igualmente un reconocimiento a las virtudes que acompañan al jurista, en tanto ellas posibilitan una mayor posibilidad en acertar en la corrección de la solución. Estamos distante de considerar los derechos humanos como presupuestos éticos del dialogo racional, y nuestro realismo jurídico clásico los remite a los bienes humanos básicos finisianamente entendidos.

En cuanto a Villey nos remitimos a los estudios críticos que hicimos sobre su obra y que hemos mencionados. No dejemos de consignar que ambos nos reconocemos adscriptos a la filosofía aristotélica-tomista, aunque hemos señalado que no compartimos el estilo combativo y maniqueo de hacer iusfilosofía, como así también una actitud intrínsecamente cronofóbica de criticar básicamente cualquier propuesta que haya surgido en tiempos de la modernidad, y esta hostilidad no solo se manifiesta en el campo de la filosofía y el derecho (contra la segunda escolástica y la codificación), sino que llega hasta las matemáticas escogiendo las griegas frente a las contemporáneas que califica de “áridas”. Por el contrario, seguimos pensando que hay que ser más amigos de la verdad que de los amigos, y que el argumento de autoridad (incluido Aristóteles o Aquino) no garantiza infalibilidad. En el terreno específico de la teoría jurídica subrayaría los siguientes reparos más importantes:

- i) la mirada crítica de los derechos humanos entendiéndolos en la clave decimonónica en que fueron formulados;
- ii) abundantes referencias que dan pie a sostener que el saber jurídico es “teórico” en tanto define lo suyo de cada uno, y que no es “práctico” dado que el objeto de éste es prescribir conductas;
- iii) una separación radical entre el derecho y la política, afirmando que ésta y no aquel, se encarga de procurar el bien común;

- iv) en el saber jurídico villeyano no alcanzamos a reconocer la presencia de la ciencia jurídica;
- v) las referencias al derecho natural generan la impresión de una especie de empirismo en donde no caben juicios racionales críticos; y
- vi) su rechazo a la ley en cuanto a fuente del derecho.

En cuanto a nuestras adhesiones:

- i) la reivindicación villeyana por el método dialógico como camino para identificar el derecho;
- ii) la centralidad de la realidad en orden a saber lo que era de cada uno;
- iii) el decisivo papel de los juristas en las definiciones jurídicas; y
- iv) la insistencia en reclamar que se reconozca a la filosofía jurídica como un camino imprescindible en la formación del jurista.

Nos queda finalmente hacer el balance conclusivo respecto de Finnis, y sin perjuicio de remitirnos a los trabajos que hemos publicado sobre el profesor de Oxford, en el punto central referido a si hay respuesta jurídica correcta para cada caso, pensamos que lo ya adelantado y lo que sigue torna innecesario concretarlo detalladamente a los fines de evitar innecesarias repeticiones. En efecto, las “conclusiones personales” se apoyarán genéricamente en la perspectiva característica de la escuela, aunque fuertemente en las opiniones de Finnis, por ello el balance de dicho autor se encontrará directamente en el punto siguiente, sin perjuicio de las ampliaciones y precisiones que haremos.

13. CONCLUSIONES PERSONALES

A la luz del “Balance Conclusivo” precedentemente queda más o menos señalada nuestra posición personal, de manera que estimamos innecesario entrar en detalles que exceden el objeto del presente artículo. Por ello en orden a concluir el mismo nos limitaremos a señalar sucinta y básicamente dos puntos: en primer lugar, destacar que hay una visión exageradamente optimista sobre el derecho en cuanto a su capacidad de brindar respuesta jurídica anticipada a los casos que son llevados a resolución judicial; y en segundo lugar, hacer explícita nuestra preferencia central por la propuesta teórica del realismo jurídico clásico, especialmente en la versión de John Finnis, aunque glosándola con ciertos temas que apreciamos sería conveniente ampliarla o completarla.

13.1. ¿Casos fáciles?

Tenemos la impresión que existe una generalizada opinión en nuestra cultura jurídica (especialmente la que se enseña en las Facultades de Derecho) que el derecho habla con una voz unívoca, de modo que le corresponde al juez descubrir una respuesta jurídica correcta que está contenida en el derecho vigente y válido. En buena medida en las ciencias jurídicas o dogmáticas, predomina aún esa distinción tajante entre creación del derecho encomendada al legislador y la aplicación del derecho a cargo de los jueces. Se trata de una tesis que abona en favor de una mirada ingenua sobre el derecho y la autoridad que lo genera, que termina fortaleciéndolos como piezas de un sistema que aporta la suposición que hay respuestas claras y anticipadas a los problemas jurídicos que inevitablemente acompañan la vida social. La aspiración a la seguridad jurídica, asimilada a la posibilidad de conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de nuestros comportamientos positivos o negativos, luce como una pretensión racional que permite definir nuestro proyecto de vida y los criterios más concretos

para manejar la libertad de elegir entre las opciones que se nos van presentando. Una conducción racional de nuestra vida, debe computar al derecho y sus deberes, y por ello requerimos que se pueda llegar a conocerlos anticipadamente. Es obvio que en el derecho continental europeo a partir del proceso de codificación, se potenció esa confianza en respuestas jurídicas claras anticipadas y en la referida distinción entre creación y aplicación del derecho. Incluso la teoría jurídica dworkiniana con su “one right answer” va ser funcional a aquella aspiración de un derecho que tiene respuestas jurídicas claras y accesibles a las dudas que puede generarse entre la ciudadanía.

Por supuesto que compartimos la aspiración a contar con un derecho que brinde seguridad jurídica, pero lo que quisiéramos alertar a continuación es en no incurrir en una opinión ficticia al respecto. Hace varios años escribimos sobre la seguridad jurídica (Vigo, 1998) y estimamos que podríamos distinguir hasta cinco teorías centrales:

- i) los escépticos que rechazan los valores en tanto no hay posibilidad de conocerlos (Kelsen);
- ii) los que proclaman a la seguridad jurídica como el valor constitutivo y suficiente para la existencia del derecho (Bentham);
- iii) los que incluyen a la seguridad jurídica junto a otros valores, sin problematizar su respectiva presencia o ausencia en aquello que pretende ser derecho (García Maynez); y
- iv) por nuestra parte sosteníamos que la seguridad jurídica es un valor adjetivo al derecho, siendo su valor sustantivo o constitutivo la justicia.

La realidad impone estar advertido acerca de las dificultades o imposibilidad que corresponde enfrentar en orden a verificar casos fáciles, respecto de los cuales cabe obtener un conocimiento anticipado de las respuestas jurídicas. Sin embargo, pesa aún con fuerza la decimonónica y exitosa teoría de las fuentes del derecho (Vigo; Aguiló Regla, 2018) que consagró el Code napoleónico centrada en la ley y subsidiariamente en la costumbre interpretativa y supletoria (con expreso rechazo de la derogatoria). Los jueces como “boca de la ley” nada nuevo aportaban al derecho, de ahí la escasa atención académica sobre la jurisprudencia, e incluso la resistencia que generaba la inclusión de ella entre las fuentes del derecho. En sintonía con esa visión surgieron y se impusieron tesis poco realistas o muy polémicas, así por ejemplo:

- i) la negación directa de la creación judicial del derecho;
- ii) que solo obligaban los criterios jurídicos de una jurisprudencia cuando se la reiteraba cierto número de veces;
- iii) dado el rechazo de una teoría estricta del precedente, el juez quedaba habilitado a tratar desigualmente a lo que era igual o suficientemente parecido;
- iv) el recurso de casación fundado en la posibilidad de deslindar sin dificultad la cuestiones de derecho de las fácticas; etc.

Por supuesto que el surgimiento en Europa continental del Estado de Derecho Constitucional durante la segunda mitad del siglo XX, supuso una nueva realidad del derecho, del Estado y las teorías encargadas de proveer el aparato conceptual idóneo para comprenderlo y operarlo. Remitiéndonos a esa nueva matriz (Vigo, 2020) parece bastante evidente que no es realista pensar que lo habitual en el derecho es la existencia de “casos fáciles”, en tanto juristas razonables y competentes pueden conocer las respuestas que el derecho brinda a los mismos. Lo cierto es que lo que merece ser atendido y resuelto por un juez es un caso con una solución seguramente discutible, y precisamente, la intervención judicial se justifica en orden a esclarecer las dudas al respecto. Si fuera verdad que la gran mayoría de los casos jurídicos cuentan con “una” respuesta jurídica clara a la pregunta objeto del proceso, ello debería generar una enorme cantidad de demandas e imputaciones contra los abogados que se empecinan irresponsable-

mente con reclamar respuestas inexistentes en el derecho, y, por otra parte el trabajo judicial devendría en algo simple, muy parecido al trabajo administrativo formal de llenar formularios con escasa dificultad. Este primer punto y también los que siguen, quieren poner de relieve que lo normal en los tribunales (especialmente en segunda instancia) es que resuelven casos difíciles o de respuestas discutibles o dudosas, más allá que el nivel de dificultad para determinar desde el derecho vigente y válido la respuesta puede tener una dificultad mayor o menor, incluyendo en este punto especialmente (luego ampliaremos) la ética que anima al juzgador y el marco institucional. Cuando se hace la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, nos parece –reiteremos– que se proyecta en automático al trabajo judicial con la presunción que la mayoría de los asuntos que se judicializan cuentan con una respuesta jurídica fácil de identificar en el sistema jurídico. Incluso la figura delictiva del prevaricato en el Código Penal argentino se apoya en esa presunción definiendo la tipicidad cuando el juez “dictare resoluciones contrarias a la ley” (art. 269 Código Penal), lo cual implica que la ley tiene “un” sentido porque de lo contrario sería inaplicable el tipo penal. El delito de prevaricato en el Código Penal español tiene una previsión más acorde al EDC y a la misma visión iusfilosófica que venimos explicando dado que identifica ese delito con dictar una sentencia injusta a sabianda.

En conclusión, la regla que podríamos proponer es que el que aplica derecho algo siempre crea para el mismo, y ese trabajo exige habitualmente elegir de entre las respuestas que están presente en el derecho vigente y válido. Insistamos que la posibilidad de creación puede variar, y ser mayor o menor a tenor, insistamos: del caso mismo, del marco institucional, de las circunstancias de la sociedad en cuestión y de la ética del juzgador. En orden a esa dimensión creativa del jurista, recordemos que Finnis alude a los dos modos indicados por Aquino de derivar la ley humana o positiva desde la ley natural: “conclusión” (exigencias que se conocían por el derecho natural y que el positivo reitera, por eso el *ius cogens* puede llamarse positivo *secundum quid*), y “determinación” (exigencias que se crean por el derecho que pone la autoridad y que por ello se denomina positivo en sentido estricto); y el profesor oxoniense en ese punto debilita la vía de la conclusión en tanto el legislador (vale también *mutatis mutandi* para toda autoridad con competencia jurígena, como la administrativa y la judicial) “más que aplicar o ratificar determinados principios o reglas de razón, construye determinaciones” y la “elección razonable de tales reglas está en alguna medida guiada por las circunstancias de una sociedad particular” (Finnis, 2000a, p. 313).

En un rápido conteo de factores que dificultan o impiden la presunción acerca de los “casos fáciles” y crecientemente cada vez más visibles en los tiempos del EDC, reiteremos o señalemos sin pretensión de exhaustividad :

- i) los problemas suscitados por las normas (indeterminaciones o imprecisiones en los supuestos fácticos o en las consecuencias jurídicas de las regulaciones, antinomias o contradicciones normativas, lagunas necesitadas de integración y casos especiales en donde la aplicación de la norma que los regula suscita una solución grave y manifestamente disvaliosa axiológicamente);
- ii) la presencia activa en el derecho de principios que posibilitan la derivación de una pluralidad de respuestas jurídicas que están contenidas en los mismos en potencia;
- iii) los cambios institucionales en el Estado en cuestión (creación de nuevos órganos con competencia jurígena o cambios de esas facultades en los existentes, renovación de los integrantes de esos órganos, etc.);
- iv) sustitución en las regulaciones jurídicas existentes;
- v) la ética del juzgador que de pronto puede impulsarlo a elegir respuestas jurídicas por razones de interés o conveniencia personal;
- vi) el ethos de la sociedad que termina exigiendo cambios en el derecho que se ajusten a ese nuevo clima cultural;

- vii) el tiempo que impacta negativamente en las consecuencias que originariamente se estimaban positivas;
- viii) la capacidad de los juristas que actúan en los procesos que pueden introducir planteos que exijan renovación de las respuestas jurídicas consolidadas;
- ix) “desbordamiento en las fuentes del derecho” debilitando la soberanía jurígena de los poderes tradicionales del Estado en aras de la sociedad civil y el derecho comparado; etc.

13.2. El marco teórico escogido

En muchos trabajos anteriores de nuestra autoría hemos explicitado la teoría a la que adherimos, de modo que sin perjuicio de lo que sigue, nos remitimos a los mismos. En definitiva, nos reconocemos en una mirada iusfilosófica (“realismo jurídico clásico”) inspirada en las obras de Aristóteles y Tomás de Aquino, aunque expresada contemporáneamente sobre todo en Georges Kalinowski y John Finnis, sin perjuicio de aportes de muchos otros autores, incluso algunos provenientes de otras tradiciones filosóficas. Por supuesto que en tanto pretendemos ser filósofos, no suscribimos tesis dogmáticas, sino aquellas que es posible comprender y aceptar racionalmente. Seguimos el consejo de ser más amigos de la verdad, que de los amigos. De todas maneras creemos conveniente asumir, aunque más no sea provisoriamente, una cierta tradición, desde la cual abrirnos al dialogo racional con libertad sobre todas las preguntas que se nos ofrezcan y procurando respuestas verdaderas.

Recordemos que la referida escuela del realismo jurídico clásico deriva su nombre de considerar el derecho como algo exterior, como la *ipsa res iusta*, según la clásica definición del Aquinate “*Ius est res*”; el derecho es una “cosa” exterior o algo reducible a ello como una obra (*opus*) o un acto (*actio*). Insistamos con Hervada:

“La cosa debida es lo que llamamos derecho (en sentido realista), el cual nace del título y tiene una medida. Pues bien, por razón del origen del título y de la medida, el derecho –o cosa jura- se ha dividido desde tiempos antiguos en *ius* o *iustum naturale* (derecho natural) y *ius* o *iustum positivum* (derecho positivo). El primero procede de la naturaleza, el segundo proviene del concierto y la voluntad de los hombres” (Hervada, 1981, p. 79).

Estimamos que no es necesario a tenor del objeto del presente artículo, adentrarnos en la polémica abierta en las últimas décadas dentro de los que se reconocen adscriptos académicamente a la filosofía clásica inspirada en las enseñanzas de Aristóteles y Aquino. Aludimos centralmente a aquellos que mantienen una tradicional visión en tanto insisten que la filosofía del derecho empieza en la metafísica o la antropología y solo conociendo el “ser” humano es posible conocer cómo debe comportarse en la vida en general, y en el ámbito social, político y jurídico (G. Kalinowski, R. Hittinger, R. McInerney, H. Veatch, A. J. Lisska, etc.), y por el otro, la llamada *New Natural Law Theory* donde la figura más difundida es J. Finnis (también G. Grisez, R. P. George, J. Boyle, etc.) que escoge una vía epistemológica (no ontológica) fundada en la razón práctica y los bienes humanos básicos “que son los objetos de nuestra voluntad, i.e., que son nuestras razones básicas para la acción y para dar razón a todo aquello que se puede, de modo inteligente, tener interés en elegir” (Finnis, 2011d, p. 205). Compartimos la opinión de Carlos I. Massini (Massini-Correas, 2019) entre otros, que se ha exagerado aquella división teórica y mal interpretado la propuesta de Finnis en tanto éste también remite a la naturaleza humana.

Repitamos a continuación algunas tesis que respaldan nuestra perspectiva en cuanto a la cuestión bajo estudio.

Sin duda que Finnis es uno de los autores iusnaturalistas que más ha insistido en subrayar la relevancia de la razón práctica en orden a guiar en general nuestra conducta personal y social, y en particular la conducta jurídica:

“Una ciencia o teoría es práctica en el sentido más pleno si ella es acerca de y dirigida hacia aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser... en vista de objetos, fines-bienes que proveen razones para obrar y otorgan sentido a la vida individual o grupal como un todo abierto a fines” (Finnis, 1998, p. 41); y

“El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad... El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano en estar fuera del orden de la razonabilidad... para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo a la naturaleza humana, sino qué es razonable” (Finnis, 2000a, p. 69).

En el mismo sentido Olgiatti: “El derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectam rationem*” (Olgiatti, 1977, p. 339). En definitiva, nuestra convicción (Kalinowski) es que el analogado primario (o significado focal) donde se ve el derecho es en la conducta discernida racionalmente que le otorga o no le priva al otro de lo que le corresponde; y en este reconocimiento de lo suyo del otro, hay suyos atribuidos en razón de su condición humana y suyos dispuestos autoritativamente o voluntariamente⁷. Esa práctica social racional autoritativa en la que consiste el derecho, tiene por fin lograr la mejor vida social posible (bien común político) (Vigo, 2010).

Dado esa relevancia que se le reconoce a la razón y la correspondiente conducción de ciertas conductas sociales para el bien común, podemos coincidir con aquellos (como Finnis) que dudan sobre el rótulo de iusnaturalismo, porque puede asociarse kantianamente a pensar el derecho como dos mundos paralelos (el natural y el positivo), y también por las discusiones sobre la caracterización de la “naturaleza” y una fácil conexión con una cierta y completa inmutabilidad histórica. Advierte Finnis que fue Aquino el que propone que todo el derecho de una comunidad política pueda ser considerado como derecho positivo (Finnis, 1996, p. 195), precisando (S.T.I-II, q.95, a.2) acerca del “derecho natural y civil como una distinción en el seno del derecho positivo (es decir, dentro del derecho humanamente establecido)” (Finnis, 2011b, p. 159). Hervada ha ratificado que “el derecho natural y el derecho positivo se integran en un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo” (Hervada, 1981, p. 176), y esa unidad descansa en tres factores:

- i) el derecho positivo se inscribe en el plano de los medios que la prudencia jurídica va estableciendo para los fines o bienes inscritos en la naturaleza humana;
- ii) la potestad de dar normas positivas y la capacidad de compromisos y pactos remite al orden social natural y al derecho natural; y
- iii) las relaciones jurídicas básicas naturales y fundamentales necesitan del complemento y adaptación que posibilita el derecho positivo.

⁷ En el ámbito de la escuela que seguimos hay polémica en ese punto del analogado primario del derecho, y así algunos lo ven en la ley (Finnis), en el derecho subjetivo (Urdanoz), en el arte jurídico que discierne lo justo (Vlley), en el bien logrado por la conducta (Errazuriz), en la relación jurídica (Lachance), etc.

Cotta ha llegado a identificar el derecho natural con el “derecho positivo vigente” en tanto éste se justifique en la coexistencia humana. Por nuestra parte, hemos asimilado al derecho natural con el derecho positivo plenamente válido o justificado racionalmente (Vigo, 2017), dado que el juicio de validez jurídica referido a una regla implica avalarla o justificarla en términos racionales, declarando su existencia en el derecho y la necesidad de observarla o aplicarla.

Destaquemos que esa racionalidad que es matriz del derecho conlleva exigencias sustanciales (los bienes humanos básicos) y exigencias formales o procedimentales. Para que exista el derecho se requiere (Finnis) la presencia de las ocho desiderata de Fuller en su libro “The Morality of Law” (generalidad, promulgación, irretroactividad, claridad, no contradicción, cumplimiento posible, estabilidad y congruencia entre la acción oficial y lo prescripto jurídicamente), pero además la validez reconoce una dimensión intrasistemática o jurídica y otra validez u obligatoriedad moral, las que comprometen la validez integral de la ley. Los derechos humanos son la respuesta del derecho en orden a proteger y promover los bienes humanos básicos de los que habla Finnis.

En el marco cuatripartito de la ley en Aquino, es para Finnis la ley humana el focal meaning de la ley; pues no hay estrictamente derecho sin sociedad y política. Ese derecho se lo “pone” por medio de normas, principios e instituciones, aunque el proceso de “determinación” es el camino normal de derivación de la ley o el derecho natural. La ley humana no exige todo lo que está bien, ni prohíbe todo lo que está mal, sino aquello que es más relevante para el buen vivir en sociedad. Las reglas jurídicas son razones para la acción, y específicamente buenas (morales) razones, de ahí que promulgada la ley se genera una obligación moral *prima facie* de respetarla.

La razón práctica cuenta con distintos niveles; desde el primer principio autoevidente que “el bien ha de hacerse y el mal evitarse” junto a otros principios próximos al mismo. Pero aquella razón práctica tiene por materia la conducta humana a la que procura dirigir con máxima generalidad, pero también aquella absolutamente circunstanciada (prudencial) en donde se acrecienta la posibilidad de equivocación. Así advierte el Aquinate: “La razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas, y por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tanto más defectos encontramos....; respecto de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es idéntica en todos los hombres ni, en aquellos en los que es, igualmente conocida” (S.T. I-II, q.94, a.4).

La filosofía jurídica finnisiana está muy lejos de incurrir en juridicismo, la razón práctica es inescindiblemente moral, política y jurídica, aunque cabe los distinguos entre esas dimensiones. Incluso nos gustaría destacar, que el profesor oxoniense precisa: “Una descripción de las razones básicas para la acción no debería ser racionalista” (Finnis, 2017, p. 136), y por ello el pensamiento moral que es “racional en su máxima extensión, que integra las emociones y los sentimientos” (Finnis, 2017, p. 139). El entendimiento mueve a la voluntad proponiéndole el fin, determinando su objeto que es un bien particular, y la voluntad puede mover el entendimiento para que se aboque a su objeto, pues se requiere de ambos, dado que ni el entendimiento “quiere”, ni la voluntad “conoce” o entiende. Frente al cuadro descripto Finnis se ocupa de las emociones y recuerda la metáfora de Aquino en la que asimila el gobierno de la razón sobre ellas a la figura de un gobierno limitado en donde la gente libre puede oponerse a las órdenes que imparta el mismo. Es que las emociones pueden resistir el control de la razón pero también reforzarla en orden al bien conocido y querido; ellas son “inherentemente buenas, naturales y deseables” (Finnis, 2008, p. 94). Aduce Finnis que “Tomás de Aquino repudia constantemente el ideal de una acción racional desapasionada o carente de emoción” (Finnis, 2008, p. 95), y “la buena emoción (*passio*), cuando sigue al juicio de la razón, acrecienta el mérito” (Finnis, 2008, p. 95).

Especialmente en la obra “Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica”, Finnis dedica un detallado estudio a la prudencia y al resto de las virtudes confesando: “Tomás de Aquino reflexionó sobre la estructura interna de la deliberación y la elección más cuidadosamente, al parecer, que nadie antes, y casi nadie después, de él. Su análisis del juego recíproco entre la razón y la voluntad, entre la comprensión y la capacidad de respuesta, en dicho proceso estructurado, es uno de los logros teóricos más originales” (Finnis, 2008, p. 78), incluso reproduce la estructura del acto humano en donde cada uno de los siete actos de la razón (comenzando en la intelección de los fines/bienes básicos) son proseguidos por otros siete de la voluntad (culmina en el disfrute del fin alcanzado). Reiteramos también del profesor de Oxford cuando luego de descartar que la teoría moral de Aquino sea excesivamente racionalista, recupera su idea de un gobierno limitado de la razón sobre las emociones (Finnis, 2008, p. 91), y llegue a afirmar que éstas “son inherentemente buenas, naturales y deseables” (Finnis, 2008, p. 94) en tanto “Tomás de Aquino repudia constantemente el ideal de una acción racional desapasionada o carente de emoción” (Finnis, 2008, p. 95) y “la buena emoción cuando sigue el juicio de la razón, acrecienta el mérito” (Finnis, 2008, p. 95).

En cuanto al tema central del presente (Vigo, 2021), compartimos también de Finnis su opinión contraria a la propuesta dworkiniana de la respuesta correcta: “Una teoría del derecho natural de la tradición clásica no pretende que la razón natural puede identificar la respuesta correcta a las incontables preguntas que surgen para el juez cuando encuentra las fuentes poco claras. Desde el punto de vista clásico, expresado por Tomás de Aquino con una clara deuda hacia Aristóteles, hay muchas formas de andar mal y actuar mal; pero en muchas, tal vez en la mayoría de las situaciones de la vida personal y social, hay un buen número de opciones correctas (es decir no malas) incompatibles” (Finnis 2017, p. 163). Si bien puede haber varias respuestas correctas, es muy importante advertir y reiterar el límite que le pone Finnis a las mismas. Se trata de su teoría de los “absolutos morales” (Finnis, 1993; 1992b) que son una pieza medular del razonamiento jurídico, en tanto ellos marcan un límite negativo a las elecciones con relevancia moral y jurídica.

13.3. Tesis y temas a desarrollar

Sin perjuicio que nuestra perspectiva ya ha sido puesta de manifiesto respecto a la pregunta de si existen respuesta correcta para los casos jurídicos, nos interesa consignar ciertas cuestiones, que sobre todo en la teoría finnisiana, merecen ser profundizadas, precisadas o incluidas claramente:

13.3.1. Argumentación Jurídica

Al menos en el ámbito del derecho continental europeo y del EDL, se nos ha enseñado que el trabajo del jurista (por antonomasia del juez) se realiza por medio de la “interpretación” y los “métodos” respectivos que son los caminos que conducen a descubrir el significado de la norma en donde se subsumirá el caso. El EDC ha implicado grandes cambios en el derecho con: la Constitución convertida en fuente directa del derecho, la emigración al interior del derecho de la moral racional contenida en los derechos humanos y la aparición de los tribunales constitucionales con competencia de controlar la validez o existencia jurídica de toda norma (incluida la ley). En ese marco, el trabajo del jurista ha cambiado significamente y el nuevo nombre que se ha ido consolidando es el de “argumentación jurídica” (en donde podría reconocerse a la “interpretación” dentro de ella con el objeto de esclarecer el significado normativo de textos), en tanto aquel consiste en un razonamiento donde las premisas se van conectando conforme a las reglas de la lógica (justificación interna), pero se requiere que esos

juicios cuenten con argumentos que los respalden, justifiquen o motiven (justificación externa). La argumentación jurídica ha generado un nuevo aparato conceptual y problemas que eran desconocidos cuando se confiaba en la interpretación jurídica como desentrañamiento del significado del texto normativo.

13.3.2. Prudencia y virtudes

Aludimos arriba a nuestro respaldo a las consideraciones hechas por Finnis en torno a la prudencia, voluntad y emociones especialmente en su libro “Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica”, pero nos gustaría hacer al menos tres observaciones al planteo de Finnis:

- i) no nos parece apropiado asimilar “prudencia” con “razonabilidad práctica” (Finnis, 1992b, p. 107) dado que ésta también puede formular reglas generales o universales, además de conducir los actos absolutamente singulares y personalísimo;
- ii) alentamos un estudio particularizado de las emociones (Vigo, 2022) o pasiones como actos afectivo-sensitivos (no actos de conocimiento ni volitivos) que nacen del amor al bien y que tienden a la unión con el bien amado, siendo el amor la “pasión principalísima” (Aquino)⁸; y
- iii) alentariamos un tratamiento particularizado del sentido interno de la cogitativa en tanto sujeto síquico secundario de la prudencia (el primario es la razón práctica) y posibilitador de juzgar éticamente los actos particulares que se dan en la experiencia (Ramírez, 1978, pp. 44-51).

13.3.3. Lógica jurídica

Hasta donde conocemos, nos parece evidente que Kalinowski se ha ocupado de la lógica con mayor detalle y actualidad del que lo ha hecho Finnis. Con acierto el pensador polaco en su “Introducción a la lógica jurídica” (la edición francesa de 1965 tiene un elogioso Prefacio de Ch. Perelman) se ocupa de analizar con profundidad los diferentes raciocinios jurídicos a los que divide en: i) lógicos o de coacción intelectual, que los agrupa en normativos y no-normativos; ii) retóricos o de persuasión; y iii) extra lógicos o puramente jurídicos (presunciones, ficciones, etc.). Pero además, Kalinowski también ha procurado un esfuerzo lógicamente riguroso por describir la estructura completa del derecho, sin perder de vista su fundamento metafísico, aunque incluyendo

“la estructura de las reglas del obrar (que) forman un todo coherente, un sistema (con) sus normas primarias y secundarias; sus reglas lingüísticas (reglas de vocabulario y reglas de sintaxis) y sus reglas de admisión de las normas primarias y secundarias” (Kalinowski, 1986).

Asimismo, se reconoce a Kalinowski como uno de los fundadores de la lógica deóntica a comienzos de la década de 1950, habiendo reclamado su estudio “en particular por los moralistas y los juristas y, en general, por todos aquellos que tienen que inferir a partir de normas o que las estudian desde cualquier punto de vista” (Kalinowski, 1972, p. 18). En relación a lo señalado me gustaría insistir en la necesidad que los juristas estudien la retórica (lógica material o no formal), tanto la antigua (Aristóteles, Cicerón y Quintiliano), como la nueva (Perelman),

8 “El placer no es otra cosa que la quietud del apetito en el bien”, dice Aquino en S.T.I-II, q. 11, a. 6

a los fines de que los argumentos que se esgriman para justificar sobre todo las premisas verosímiles o plausibles, lo hagan de la manera más persuasiva posible⁹.

13.3.4. Principios jurídicos

Ya consignamos que Finnis no asume una teoría jurídica normativista, sin embargo, el tratamiento que le brinda a los principios jurídicos no se hace cargo de las discusiones sutiles que sobre los mismos se han desarrollado en la iusfilosofía continental. La agenda de problemas implicados en aquellos es significativa y amplia, por lo que nos limitaremos a enviar al lector a nuestra obra “Los Principios Jurídicos (perspectiva jurisprudencial) (2000), y otros artículos referidos a esa temática. Consignemos inicialmente la discusión entre teorías conflictivistas y no conflictivistas, y también recordemos una doble clasificación de principios y sus eventuales conflictos o tensiones entre ellos: i) en relación al sistema jurídico, en cuanto pueden distinguirse: metasistemáticos o universales, sistemáticos y sectoriales, y ii) principios que protegen bienes individuales y aquellos cuyo objeto son bienes comunes.

13.3.5. Ponderación

El tratamiento y operatividad de los principios y su diferencia con las normas es un tema que ha sido analizado de manera muy diferente en el marco del civil law respecto al common law. Es que en el mundo anglosajón nunca estuvo vigente el EDL y su pretensión de reducir el derecho a un sistema de normas y jueces construyendo silogismos mediante la subsunción de casos individuales en los genéricos previstos en aquellas. Funcionalmente los principios son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia desde los cuales los jueces derivan creativamente respuestas para los casos a resolver, y los derechos humanos constituyen esa juridicidad indisponible o necesaria de modo que su violación grave y manifiesta es racionalmente incompatible con la existencia derecho. Desde el realismo jurídico, aquellos que tenemos la responsabilidad de pensar teórica y prácticamente el derecho que constituye nuestra tradición europea continental, no podemos ignorar los desarrollos de los principios y su diferencia con las normas. En especial la técnica de la ponderación de los mismos a la hora de obtener una respuesta jurídica concreta, a tenor de su inequívoca recepción en las Altas Cortes de nuestros Poderes Judiciales. Dicha técnica –al margen del desarrollo alcanzado en la teoría alexyana y su pretendida novedad– parece intrínseca o necesaria cuando estimamos racionalmente necesario dejar de lado una norma clara que regula un caso, en ese supuesto siempre aparecerá la duda de aplicarla en nombre de la seguridad jurídica, o dejarla de lado en nombre de la equidad. Esa inescindibilidad de lo que hoy llamamos ponderación, queda implícitamente revelada con los ejemplos aristotélicos en donde se deja en el caso de lado la norma que lo regula, invocándose el principio de equidad (justicia en el caso) fundado en la racionalidad presunta del legislador (por ejemplo en el depósito de un arma).

13.3.6. Dialogo racional

La matriz del dialogo como camino para alcanzar la verdad práctica no aparece ignorada en la filosofía clásica (Lamas, 1991; 2008; 2013). En todo el Organon aristotélico seguramente podemos encontrar temas que hoy estudiaríamos en la amplia agenda de la Argumentación jurídica. Centralmente la diferenciación entre razonamientos de premisas apodísticas o necesarias y cuando recurrimos a premisas probables o verosímiles en tanto respaldadas por todos o por los sabios (todos, una mayoría o algunos). Mientras que aquellos son estudiados

9 El trabajo argumentativo del jurista puede ser reconocido como “prudencial-retórico” (Vigo, 1999).

en la Analítica, de los otros se ocupan la Dialéctica, Tópica y Retórica. En los razonamientos judiciales son relevantes los problemas o preguntas que se intentarán responder en orden a definir las premisas respectivas que escogerá el juez, pero es decisivo generar el dialogo argumentativo que posibilitará la respuesta jurídica que brindará la sentencia. Ahí también encontraremos silogismos, pero también otras estructuras lógicas (inducciones, abducciones, analogías, etc.), seguramente falacias y necesitaremos exponer nuestros argumentos de manera persuasiva. En definitiva, estamos impugnando la extendida tesis que la argumentación nace en la década de 1950, y superando prejuicios cronofóbicos, apelamos a hurgar en aquellos desarrollos griegos que fueron continuados especialmente en el derecho romano con Cicerón y Quintiliano. Más allá de todo lo provechoso que podemos obtener mirando al tiempo pasado, las éticas del dialogo contemporáneas aportan una racionalidad procedimental o formal que en principio es compatible con éticas sustanciales defendidas metafísicamente¹⁰. Por supuesto que el derecho tiene una dimensión institucional y autoritativa que pone un cierto orden en el campo de la argumentación dialógica, de manera que siempre será necesario proyectar sobre desarrollos teóricos de interés, claves interpretativas y regulatorias definidas por la autoridad política competente.

13.3.7. Lenguaje

El siglo XX experimenta claramente a partir de las década del 60 y del 70 lo que se reconoce en la filosofía el giro lingüístico (linguistic turn) que Richard Rorty popularizó. El lenguaje se convierte en el espacio absorbente y determinante donde se piensa, dejando de lado el interés autónomo por el ser o la subjetividad, y conforme a esa centralidad Wittgenstein enseña: “los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo” (Wittgenstein, 1914, p. 187). La semiótica (en el ámbito de la escuela cabe remitirnos a las obras del profesor mexicano Mauricio Beuchot) se proyecta sobre todos los saberes, y por supuesto el derecho no escapa a esa regla, de modo que en la filosofía jurídica se estudia y corresponde estudiar semiótica jurídica en los tres campos: semántica, sintáctica y pragmática. Sin embargo, sobre todo en el campo de las dogmáticas o ciencias jurídicas, sigue predominando una visión ingenua o mágica del lenguaje (Carnap), y ello queda reflejado en el enseñado método interpretativo lingüístico de la ley, apoyado en la confianza que es posible determinar con claridad el significado de lo que ella prescribe. Ferrajoli hoy insiste en esa posibilidad de verificación del significado lingüístico de la norma jurídica aplicable receptada en la premisa mayor del silogismo judicial. Por nuestra parte, cabe reclamar a la teoría jurídica enriquecerse con los aportes de la semiótica jurídica en orden a asegurar que el lenguaje del derecho y de los juristas logre comunicar de la mejor manera y con verdad los deberes jurídicos. A pesar de las dificultades de las que hay que estar advertidos sobre los problemas que se presentan en el tránsito de la realidad, al pensamiento y finalmente a las palabras y conceptos, no tenemos dudas que es ese el camino que deben transitar también los juristas. En ese punto, destaquemos que el derecho se nutre de distintos lenguajes: el científico jurídico (términos monopolizados por el derecho, por ej. enfiteusis, hipoteca, etc.); el juridizado (términos que cuando se usan en el derecho se les brinda un significado específico, por ej. cosa, persona jurídica, etc.); científico no jurídico (metro cuadrado, ADN, etc.) y corriente u ordinario (donde se detectan las mayores dificultades atento a la pluralidad de significados que se reconocen en las sociedades a las mismas palabras). En nuestro tiempo se detectan cuestiones importantes en el terreno del lenguaje jurídico sobre los cuales se necesita una palabra esclarecedora brindada por la iusfilosofía, y también una voz de alerta para no sumarnos irracionalmente a modas extendidas en dicho campo comunicacional.

10 Finnis refiere a que los primeros principios de la razón práctica que son indemostrales o autoevidentes “pueden ser defendidos” con argumentos dialécticos (Finnis, 2008, p. 113), pero hasta donde conocemos no ha trabajado todo el aporte aristotélico incluido en la dialéctica, retórica y tópica, lo cual puede enriquecer su filosofía jurídica sin comprometer sus sólidas bases realistas.

13.3.8. Premisas fácticas

Reiteremos lo dicho arriba respecto a que resultaba funcional al EDL la creencia que los casos que trataban profesionalmente los juristas eran fáciles, dado que ellos no encontraban dificultades importantes a los fines de identificar las norma jurídicas que les brindaban la solución. La obra de Michele Taruffo nos resulta contundente como para dejar de lado aquella presunción irreal y dogmática (Vigo, 2017, capítulo VIII). En efecto, destaquemos:

- i) que la verdad es condición de la justicia;
- ii) que la verdad es posible de alcanzar y que el juez debe procurarla en el ámbito de su competencia;
- iii) que el carácter jurídico de los hechos no remite exclusivamente a la definición del legislador, atento a que hay hechos intrínsecamente jurídicos (la esclavitud, cierta equivalencia en los intercambios, etc.);
- iv) los hechos definidos jurisprudencialmente enriquecen las normas (qué actos impulsan el proceso, que homicidios se entenderá con alevosía, etc.);
- v) que la verdad es por correspondencia, y ella no son dos (procesal y real) sino una;
- vi) en el conocimiento judicial de los hechos cada vez más es relevante el aporte de ciencias no jurídicas (en la filiación el ADN del demandado, al establecer la causa y tiempo de una muerte, etc.);
- vii) en los hechos puede reconocerse su dimensión valorativa (la injusticia “extrema”;
- viii) todas las definiciones judiciales fácticas deben contar con los argumentos que racionalmente lo explican y justifican;
- ix) es importante en un informe pericial tener en cuenta la idoneidad científica, tecnológica y ética del perito;
- x) el proceso no es de las partes, ni carece de exigencias éticas para los abogados, y dado que tiene una dimensión publicista, el juez como director del mismo debe procurar que se respeten;
- xi) la cosa juzgada cuando supone consagrar algo clara y gravemente absurdo, irracional o injusto corresponde habilitar su revisión;
- xii) está en crisis la tajante separación entre quaestio facti y quaestio iuris inventada al hilo del recurso casación en tiempos de la revolución francesa;
- xiii) la certeza que genera un informe pericial depende inicialmente de la ciencia desde la cual el mismo se apoya; (en Taruffo, ciencias: duras, blandas, pseudo ciencias o junk science); etc.

En nuestra cultura jurídica hay que potenciar el interés por la problemática fáctica en el proceso, y reconocer que el razonamiento judicial necesita empezar en las premisas que se establezcan en ese terreno. Es oportuno recordar que Aristóteles y luego Aquino llegaron a sostener que hay más riesgo en cometer un error en la respuesta a brindarse en un caso cuando se ignoran las circunstancias del mismo, que cuando se ignora las normas que lo regulan¹¹.

13.3.9. Precedente

si es posible que exista la seguridad jurídica en un sistema jurídico en donde el derecho centralmente lo hacen los jueces como en el common law (judge made law), lo es gracias fun-

11 Tomás de Aquino: “Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular: y de tener sólo uno, debe tener más bien éste, es decir, el conocimiento de lo particular, que es más próximo a la acción”, In VI Ethicorum, lect. 6, n. 1194.

damentalmente a la institución de una sólida teoría del precedente, que incluye la alternativa de dejarlo de lado vía “overruling” o “distinguishing”. Por otro lado, hay amplia coincidencia en que el sistema continental europeo en las últimas décadas se va pareciendo cada vez más a aquel anglosajón, sin embargo, aún no se comprueba que se haya receptado de manera sólida y firme una teoría del precedente que aporte a la previsibilidad jurídica. En orden a destacar el aporte que hace la jurisprudencia cada vez más claro en tiempos del EDC, señalemos:

- i) define status jurídicos de conductas concretas;
- ii) establece la norma del enunciado o texto normativo;
- iii) resuelve antinomias o contradicciones normativas;
- iv) suple lagunas jurídicas;
- v) esclarece la validez o invalidez de las reglas;
- vi) extiende la aplicación de reglas vía analogía;
- vii) define el contenido de principios y derechos humanos;
- viii) establece criterios de prioridad entre principios;
- ix) estabiliza al derecho;
- x) simplifica justificaciones por medio de criterios consolidados;
- xi) define la teoría de la interpretación con la que se operará el derecho vigente y válido;
- xii) esclarece la regla de reconocimiento o las fuentes del derecho;
- xiii) facilita la enseñanza del derecho; etc.

En base a lo señalado cabe consignar varias razones que pueden esgrimirse en favor de la institución del precedente, mencionemos algunas:

- i) tratar igual lo que es suficientemente parecido (justicia formal);
- ii) potencia la seguridad jurídica o previsibilidad;
- iii) favorece la eficacia del derecho aportando estabilidad;
- iv) reduce la discrecionalidad judicial;
- v) presume corrección en tanto muchos ojos ven más que dos (Aristóteles);
- vi) aporta al estudio de la jurisprudencia, reconociendo su real aporte al derecho completándolo o precisándolo;
- vii) contribuye a la legitimidad judicial;
- viii) favorece la coherencia y consistencia del sistema jurídico; etc.

El reclamo planteado de que se requiere en nuestros sistemas jurídicos una clara teoría del precedente se hace particularmente urgente, cuando vemos que se tolera o autoriza el cambio del mismo por argumentos vanales como el mero cambio en la integración del tribunal.

13.3.10. Validez de la norma jurídica

El juicio de validez jurídica queda asociado a partir de Kelsen a la existencia misma de la norma y se lo hace consistir con la cobertura de ciertos requisitos formales: órgano, procedimiento y conformidad a la norma superior. Sin embargo, en tiempos del EDC y de derechos humanos corresponde ampliar a los mencionados, incluyendo varios más en orden a lograr que la norma en cuestión esté justificada racionalmente. De esa manera, hemos reconocido hasta once requisitos que reclama la racionalidad del mandato, aunque corresponde exigirselos a cualquier norma jurídica y no solo proyectarlos en relación a la ley:

- i) que el órgano que dicte la norma es el que tiene competencia para ello;
- ii) que la norma surja respetando el procedimiento establecido;
- iii) que la norma sea armónica (coherente y consistente) con el resto del sistema en donde ella se incorpora;
- iv) la norma debe ser comprensible lingüísticamente y ajustada a las exigencias de la lógica;
- v) que el medio prescripto por la norma sea idóneo para conseguir el fin que ella busca;
- vi) la norma no puede contradecir verdades científicas verificadas;
- vii) se necesita que la norma se adecue a las costumbres de la sociedad en la que regirá;
- viii) sería incompatible con el derecho si la norma bajo análisis incurre en un contenido grave y evidentemente disvalioso;
- ix) lo que prescribe la norma debe ser algo fácticamente posible de ser ejecutado;
- x) se requiere que la intención manifestada por el autor de la norma resulte coherente con el contenido de la misma y no contradiga exigencias éticas claras; y
- xi) a los fines de concluir con la existencia o inexistencia de la norma se necesita un juicio prudencial o ponderativo integral, dado que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno.

Sintéticamente, lo que se pretende es que el juicio en favor de la validez de la norma se alcance a tenor de entender que ella está justificada racionalmente, y por ende, puede ser comprendida y aceptada por el destinatario, con el riesgo de soportar las consecuencias de no cumplir dicha norma.

13.3.11. *Ética Judicial*

El cientificismo y el juridicismo que caracterizaron la cultura jurídica académica típica del EDL conlleva dar la espalda totalmente a consideraciones morales o éticas. De ese modo la única idoneidad reclamada a los que pretendían ser jueces era la científica, incluso la figura del prevaricato era funcional a esa tesis dado que había una sola respuesta legal para cada caso, y consiguientemente, el juez carecía de discrecionalidad y si elegía otra respuesta diferente a la prevista, la consecuencia prevista era la condena penal. El contraste con el common law es evidente, ahí el análisis de los antecedentes del candidato a juez, sobre todo se detiene en los de índole ético, y una prueba de hasta donde llega, se muestra en el penúltimo juez incorporado a la Corte Suprema de Estados Unidos (Brett Kavanaugh) cuando se le abrió una investigación encomendada al FBI por un supuesto acoso llevado a cabo en una fiesta estudiantil cuando tenía 18 años. Si bien ha habido avances en orden a potenciar teórica y prácticamente a la Ética Judicial, estimamos que nuestras Facultades de Derecho mantienen una inercia de desinterés por esas cuestiones. Entre las reacciones contrarias a ese clima juricista destaquemos: 1. la aprobación del Código Modelo de Ética Judicial por parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2006, cuya redacción se nos encomendó a Manuel Atienza y al suscripto, y que varios Poderes Judiciales lo han adoptado explícitamente; y 2. entre las idoneidades requeridas para ser juez varios países han incluido a la ética, y así por ejemplo en la Argentina el decreto del Poder Ejecutivo 222 /1997 estableció que el Presidente debía poner en conocimiento de la sociedad a los candidatos a la Corte para que dieran la opinión favorable o crítica de los mismos. Por supuesto que los deberes éticos no intentan sustituir a los deberes jurídicos previstos en el derecho penal, administrativo, civil, constitucional, internacional, etc., pues ellos requieren actos ejecutados y sus exigencias son particularmente relevantes, mientras que el campo de la ética incluye a las intenciones y busca convencer al destinatario para que asuma el servicio

profesional en búsqueda de la excelencia, sin limitarse a cumplir los deberes jurídicos. Ejemplifiquemos: las causales de excusación y recusación procuran la imparcialidad judicial, pero ésta remite centralmente al ánimo y conciencia del juez sin que aquellas logren garantizarla.

14. REFERENCIAS

- Alexy, R. (1989). Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. Fontamara.
- Alexy, R. (2000). La institucionalización de la razón. *Persona y Derecho*, 43.
- Alexy, R. (2008). Derechos humanos sin metafísica? *Anuario de la Asociación Argentina de la Filosofía del Derecho. Ideas y Derecho*.
- Amaya, A. (2009). *Virtudes judiciales y argumentación*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Amaya, A. (2015). Virtudes y filosofía del derecho. En J.L.Fabra y E. Spector (Eds.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol.3. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Amaya, A. (2017). La virtud de la humildad judicial. En A. Amaya, M. Del mar, P.H. Haddad Bernat, G. Lariguet, J.R. Narváez Hernández, & L. Samamé. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica* (pp. 81-103), Tirant lo Blanch-Instituto de la Judicatura Federal.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bonnecase, J. (1944). *La escuela de la exégesis en derecho civil*. Cajica.
- Calhoun, Ch. & Salomon, R.C. (1996). *¿Qué es una emoción?* Fondo de Cultura Económica.
- Cohen, M. (Edit.) (1982). *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Rowman & Allanheld.
- Dworkin, R. (1982a). Law as interpretation. *Critical Inquiry*, 9(1), 179-200.
- Dworkin, R. (1982b). Natural Law Revisited. *University of Florida Law Review*, 34, p.165.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin R. (1985). *A matter of principle*. Harvard University Press.
- Dworkin R. (1988). *El imperio de la Justicia*. Gedisa.
- Dworkin R. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press..
- Farrelly, C., & Solum, L.B. (Eds.) (2011). *Virtue Jurisprudence*. Palgrave-MacMillan.
- Ferrajoli, L. (2011a). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-ius-naturalismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 311-360. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.19>
- Ferrajoli, L. (2011b). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15-53. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>
- Ferrajoli, L. (2013). Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Ferrajoli, L., & Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo-una conversación*. Trotta.

- Finnis, J. (1992a). *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Press,
- Finnis, J. (1992b). *Absolutos morales*. Eunsa.
- Finnis, J. (1993). Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales. *Persona y Derecho*, 28, 9-26.
- Finnis, J. (1996). The Truth un Legal Positivism. En R. George (Ed.), *The Autonomy of Law*. Clarendon Press.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, political and legal theory*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2000a). *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo Perrot.
- Finnis, J. (2000b). Propter honoris respectum. On the Incoherence of Legal Positivism. *Notre Dame Law Review*, 75, 1601.
- Finnis, J. (2008). *Tomas de Aquino (Teoría Moral, Política y Jurídica)*. Instituto de Estudios de la Sociedad (Chile).
- Finnis, J. (2011a). Is and Ought in Aquinas. *Collected Essays, vol.I, Reason in Action*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011b). Legal Philosophy: Roots and Recent Themes. *Collected Essays, vol. IV: Pre-philosophy of Law*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011c). Natural Law Theories. En E.N. Zalta, & U. Nodelman (Eds.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Finnis, J. (2011d). *Collected Essays, vol.I*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2017). Derecho Natural y Razonamiento Jurídico. En J. Saldaña Serrano, & C. I. Massini Correas (Eds.). *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, (135-164), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Guastini, R. (1993). I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. En L. Gianformaggio (Ed.), *La ragioni del garantismo*.
- Gabel P. (1986). "Taking Rights Seriously" de Ronald Dworkin. *Critical Legal Studies*. The Harvard Law Review Association, Cambridge, Massachusetts.
- George, R.P. (2001). *In Defense of Natural Law*. Oxford University Press.
- González Lagier, D. (2020). Emociones sin sentimentalismo (sobre las emociones y las decisiones judiciales). Palestra.
- Haddad Bernat, P.H. (2017). Virtudes intelectuales y justificación epistémica en el ámbito probatorio. En A. Amaya, M. Del mar, P.H. Haddad Bernat, G. Lariguet, J.R. Narváez Hernández, & L. Samamé. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica* (pp. 37-58), Tirant lo Blanch-Instituto de la Judicatura Federal.
- Hart, H.L.A. (1963). *El concepto del derecho*. Abeledo Perrot.
- Hart, H.L.A. (1980). El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema*, 36.
- Hart, H.L.A. (1983). American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream. In H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 123-144). Clarendon Press, Oxford.
- Hart, H.L.A. (1994). *The concept of Law*, Second Edition. Oxford University Press.
- Hervada, J. (1981). *Introducción crítica al derecho natural*. Eunsa.
- Kalinowski, G. (1986). *Metateoría del sistema normativo*. Mendoza: Idarium.

- Kalinowski, G. (1972). *Lógica del discurso normativo*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2000). *Teoría pura del Derecho*. Ed. Porrúa.
- Kennedy, D. (1986). Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology. *Journal of Legal Education*, 36.
- Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication*. Harvard University Press.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y Restricción en la decisión judicial*. Estudio Preliminar Cesar Rodriguez. Universidad de los Andes.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y Derecha. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo Veintiuno.
- La decisión judicial (El debate Hart-Dworkin); Estudio preliminar César Rodriguez (1997). Universidad de los Andes.
- Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires.
- Lamas, F. A. (2008). *La Dialéctica clásica*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires.
- Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires.
- Larrigué, G., & Samamé, L. (2017). El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial. En A. Amaya, M. Del mar, P.H. Haddad Bernat, G. Larigué, J.R. Narváz Hernández, & L. Samamé. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica* (pp. 81-103), Tirant lo Blanch-Instituto de la Judicatura Federal.
- Lisska, A.J. *Aquinas's Theory of Natural Law. An Analytic Reconstruction*. Oxford University Press.
- Massini Correas, C. I. (2011). Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica. *Prudentia Iuris*, 71, 101.
- Massini-Correas, C.I. (2019). *Jurisprudencia analítica y derecho natural (Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis)*. Marcial Pons.
- MacCormick, N. (2018). *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. Palestra Editores.
- Moreso, J.J. (2008). Ferrajoli o el constitucionalismo optimista. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31.
- Nussbaum, M.C. (2008). *Paisajes del pensamiento*. Paidós.
- Nino C.S. (1985). *La validez del derecho*. Astrea.
- Olgiatti, F. (1977). *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*. Eunsa.
- Perez Lledo J.A. (1996a). Teorías críticas del derecho. En E. Garzón & F.J. Laporta (Eds.). *El Derecho y la Justicia*. Trotta.
- Perez Lledo J.A. (1996b). *El movimiento Critical Legal Studies*. Tecnos.
- Podres Yanis, J.A. (2020). *Derecho y política (La obra de Duncan Kennedy desde una perspectiva iusnaturalista)*. Marcial Pons.
- Ramírez, S. (1978). *La prudencia*. Madrid: Ed. Palabra.

- Schmill-Ordóñez, U. (2010). Contestación a la réplica de Juan Ruiz Manero. *Doxa*, 33, 47-62. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32592/1/Doxa_33_03.pdf
- Solum, L.B. (2013). *Virtue Jurisprudence (Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes)*. *Persona y Derecho*, 69(2).
- Tushnet Mark (1991). Critical Legal Studies. A Political History, *The Yale Law Journal*, 100(5), 1530-1534;
- Vigo, R. L. (1988). Aproximaciones a la Seguridad Jurídica. *Derechos y Libertades*, (3)6.
- Vigo, R. L. (1999). *Interpretación Jurídica*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Vigo, R. L. (Coord.) (2004). *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. La Ley; Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.
- Vigo, R.L. (2010). *Las causas del derecho*. Prólogo Georges Kalinowski. 2ª Ed. Abeledo Perrot.
- Vigo, R.L. (2016). *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*. Porrúa.
- Vigo, R.L. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. México: Tirant lo Blanch – Instituto de la Judicatura Federal.
- Vigo, R.L. (2019a). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Tercera edición. Abeledo Perrot.
- Vigo, R.L. (2019b). *La reconciliación del derecho con la razón y las emociones*. Palestra.
- Vigo, R.L., & Aguiló Regla, J. (2018). *Fuentes del Derecho: dos visiones*. Astrea.
- Vigo, R.L. (2020). *El Estado de Derecho Constitucional y Democrático*. Segunda edición, CEP.
- Vigo, R.L. (2021). ¿Hay una respuesta correcta para cada caso jurídico? Dworkin versus Finnis. *Revista Jurídica Austral*, 2(2), 629-637.
- Vigo, R.L. (2022). *La reconciliación del derecho con la razón y las emociones*. Lima: Palestra.
- Wittgenstein, L. (1914). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Taurus.
- Villey, M. (1966). *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*. Universidad Nacional de Córdoba.
- Villey, M. (1978a). *Método, fuentes y lenguaje jurídico*. Gherzi.
- Villey, M. (1978b). *Los fundamentos de la escuela moderna del derecho natural*. Gherzi.
- Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho*, Vol. II. Eunsa.
- Villey, M. (1981). *El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*. Gherzi.

Justicia y jurisdicción constitucional

Constitutional justice and constitutional jurisdiction

Oswaldo Alfredo Gozaíni

Oswaldo A. Gozaíni

Universidad de Buenos Aires

<http://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-procesal/>

osvaldo@gozaini.com

Recibido: 20 - 03 - 2024

Aceptado: 28 - 05 - 2024

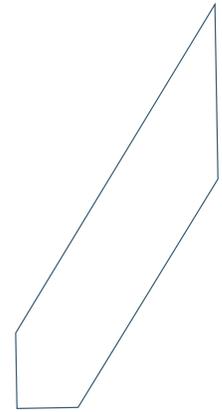
Publicado en línea: 06 - 06 - 2024

Cómo citar este texto

Gozaíni, O. A. (2024). Justicia y jurisdicción constitucional. *Ratio Decidendi*, año 1, n. 1, 1-19. <https://doi.org/10.21555/rd.2024.3109>



Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Attribution -NonCommercial-ShareAlike 4.0 International.



RESUMEN

Una de las más claras diferencias que tiene la jurisdicción constitucional europea respecto a la americana, está en la idea que se tiene del concepto “jurisdicción”. Para el derecho constitucional es un poder o autoridad que tienen jueces y magistrados; mientras que para el derecho procesal es el deber de resolver controversias aplicando el derecho vigente a los hechos de la causa. Ninguno de estos explica que en Europa el poder no está en la institución judicial sino en un órgano político que, a pesar de su evolución, continúa el criterio de dar inteligencia a las normas o hechos constitucionales en conflicto; a diferencia de América que radica distintos modelos de jurisdicción constitucional (dentro o por fuera del Poder Judicial) permitiendo que la tarea de resolver controversias, articule la interpretación con la justicia del caso.

Palabras clave: Derecho Procesal Constitucional; Juez constitucional; Juez ordinario; Jurisdicción; Magistratura constitucional.

ABSTRACT

One of the clearest differences between European and American constitutional jurisdiction lies in the understanding of the concept of “jurisdiction.” In constitutional law, it is regarded as a power or authority held by judges, while in procedural law, it is the duty to resolve disputes by applying the current law to the facts of the case. None of these explanations, however, clarifies that in Europe, the power does not reside within the judicial institution but rather within a political entity that, despite its evolution, continues the criterion of interpreting conflicting constitutional norms or facts. In contrast, America hosts different models of constitutional jurisdiction (within or outside the Judiciary), allowing the task of resolving disputes to integrate interpretation with the justice of the case.

Palabras clave: Constitutional Procedural Law; Constitutional Judge; Ordinary Judge; Jurisdiction; Constitutional Judiciary.

CONTENIDO

1. Definiciones y precisiones; 2. Juzgar e interpretar; 3. Fundamentos de la asimetría; 4. Deberes implícitos; 4. La independencia del Tribunal Constitucional

1. DEFINICIONES Y PRECISIONES

La teoría general del proceso fue elaborada por Chiovenda sobre la base de tres pilares científicos identificados con el rol que ejercen los jueces en el proceso al decir el derecho (*juris-dictio*); con la función que tienen los abogados y las partes en el litigio (teorías de la acción), y finalmente, se analiza al proceso más allá de la regla técnica que supone.

En tiempos de elaboración dogmática, Kelsen ya había establecido la necesidad de dividir la jurisdicción constitucional de la justicia ordinaria, mientras la primera tenía a su cargo la defensa de la Norma Fundamental, la otra se ocuparía del control de legalidad. En ambos modelos los jueces serían la boca de la Constitución y de la ley, respectivamente.

Quedó planteado por entonces una segmentación que ponía dudas sobre la vigencia de una teoría general para todos los procesos, desde que la noción general de *juris-dictio* (decir el derecho), podía ser apropiada en la actividad a realizar, pero había distancias grandes entre *resolver* un desacuerdo entre partes e *interpretar* el derecho. Esta diferencia se tornó evidente cuando comenzaron a funcionar los tribunales constitucionales del modelo Kelseniano, en los que el centro neurálgico de la función fue ajustar la norma al espíritu de la Constitución; en cambio, los jueces del modelo difuso del tipo americano, cumplían dos obligaciones mínimas: resolver el conflicto que presentan las partes, y controlar la constitucionalidad del acto lesivo o de la norma cuestionada.

Por lo demás, la justicia común de las controversias civiles, comerciales, fiscales, administrativas, laborales, etc., quedaba en manos de un juez dirimente que debía subsumir los hechos en las normas vigentes.

En líneas generales, el pensamiento de Kelsen fue para defender el contenido pético de la Constitución, es decir, para evitar que ella sufriera desinteligencias con lecturas inconvenientes; mientras que el sistema americano dio a todos los jueces libertad de interpretación aunque acotados por el principio de la supremacía constitucional.

Pero la asimetría no es tan nítida ni precisa cuando se trata de definir la naturaleza jurídica del concepto de “jurisdicción”, el que se puede atender como actividad exclusiva de los jueces, en cuyo caso un tribunal que no pertenece al Poder Judicial o no integra la administración de justicia, *no tiene jurisdicción*.

“La institución de la jurisdicción constitucional se articula, aunque de diversas maneras, principalmente en dos direcciones: la normativa y la institucional. En la primera, el control de constitucionalidad se entiende como un control de compatibilidad entre normas y, preponderantemente, de la adecuación de todas las normas a la Constitución. Desde esta óptica, los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo el control de la constitucionalidad se convierten en ‘juzgadores de la ley’ y representan un complemento desde el punto de vista organizacional al Estado de derecho, al asegurar la efectividad de la Constitución y, de esta forma, garantizar los derechos de los ciudadanos [...]. En la jurisdicción constitucional de carácter institucional, el control busca la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado. En ella, los órganos que tiene a su cargo la jurisdicción constitucional actúan como ‘juzgadores de los poderes estatales’ y resuelven las controversias concretas entre ellos, asegurando un desarrollo equilibrado de las relaciones entre poderes y entre autoridades de diversas circunscripciones territoriales” (Serrano Migalló, 2008, p. 882)

Cuando Kelsen planteó en la monografía *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)* (Kelsen, 1994, p. 68) que los tribunales constitucionales debían estar fuera del Poder Judicial, pensaba en un modelo distinto que bajo la forma de una justicia especial ejerciera la fiscalización del principio de supremacía de la Norma Fundamental.

El problema hipotético de definir si podían existir jueces que no fueran parte del Poder Judicial, no tendría inconvenientes con solo espejar el esquema con la institución del arbitraje; pero como la idea central del autor fue solucionar la “regularidad” de los actos creadores del derecho, es decir, la legislación, la crisis de identidad fue mayor.

Kelsen disenta de quienes afirmaron que la ley era un acto de creación de derechos; por eso no aceptaba que la ley fuera igual al derecho. Para esta corriente, propia del sistema europeo (de la desconfianza en los jueces), quienes debían realizar con sus actos (administrativos y jurisdiccionales) dichas normas, no creaban nada nuevo, porque simplemente aplicaban lo que otros habían generado.

Sostenía Kelsen que entre la creación de la ley y su ejecución no hay funciones estatales coordinadas, sino etapas que se articulan sucesivamente a partir de una norma superior, como son las del orden jurídico internacional, sigue con la Constitución, para llegar, en fin, a través de la ley, del reglamento, de la sentencia o del acto administrativo, a la ejecución material de los mismos.

La tesis argumenta que también la sentencia y los actos administrativos son creaciones individuales de derecho, son normas singulares y autónomas que necesitan, como las leyes, de un control o fiscalización. Por eso, la regularidad anunciada se comprende si se observa que, en cada grado, hay una reproducción o aplicación del derecho, y el control no es, sino, una forma de correspondencia entre un grado inferior y otro superior del orden jurídico.

La garantía de la Constitución la encontraba, así, en la forma de vigilar la regularidad de las acciones, de manera que fuera posible el control de constitucionalidad.

Trabaja, entonces, para sostener que la Constitución es la cúspide de la pirámide legislativa, que se va formando en escalones coordinados de actos, reglamentos, resoluciones, sentencias, etc., hasta alcanzar la cima en la Norma Fundamental. Desde arriba se irradia el sistema, y para atender los conflictos eventuales entre el ordenamiento, hay que partir de principios ineludibles:

No puede ser controlador de la norma el mismo órgano que las crea. No hay compromiso con la soberanía de los poderes del Estado, porque se persigue la regularidad del sistema y nunca su impunidad.

Tampoco se genera un nuevo órgano legislativo, porque el Tribunal Constitucional está pensado para el equilibrio que ofrece la independencia de todo poder. La jurisdicción constitucional debe modelarse de acuerdo con las particularidades y necesidades de cada Estado.

Se someten a la jurisdicción constitucional todos los actos que tengan forma de leyes, es decir, de disposiciones que por sus alcances puedan comprometer las garantías de la Constitución. Los requisitos para ejercer el control apuntan a la actualidad del conflicto y a la adecuación jerárquica que se enseña en este modelo.

Además, la admisión al Tribunal Constitucional, constituye una suerte de garantía de paz política en el Estado.

Con estos argumentos nació la jurisdicción constitucional, que no miró siquiera si espejaba con la teoría general del proceso. García Belaunde sostiene que



“[...] El gran teorizador es Hans Kelsen ... Pero Kelsen y otros juristas, utilizaron *justicia* y *jurisdicción* como sinónimos. Aún más, es dable sostener que a esa época, Kelsen no tenía ideas claras sobre lo que era la jurisdicción (y así lo comprobamos si revisamos su obra *Teoría general del Estado*, de 1925, a la que se remite como soporte teórico de su construcción sobre la garantía de la constitucionalidad). Y es más que probable que la gente de la época (salvo los procesalistas) no conociera los avances del Derecho Procesal. Kelsen habla de justicia y de jurisdicción constitucionales, como algo indistinto. Jamás pensó Kelsen que justicia hiciera referencia a valores. Para Kelsen decir justicia o jurisdicción constitucional, era sostener fundamentalmente la necesidad de tener tribunales especiales dedicados a la salvaguarda de la Constitución, esto es, tribunales al margen y fuera de la magistratura ordinaria. Y esto por cuanto la solución norteamericana, que Kelsen conocía muy bien, era inaceptable para los ojos europeos, que tenían que lidiar, todavía en aquella época, con la concepción robótica del juez, heredada de Montesquieu, y con la soberanía del parlamento; mitos ambos que iban a desmoronarse tan solo a partir de la década de los sesenta, lentamente, sobre todo en Francia y en Inglaterra (en especial con el ingreso de esta última a la Unión Europea)” (García Belaunde, 2001, p. 13).

El impacto de esta teoría todavía es motivo de análisis. Lo cierto es que ha desenvuelto desde entonces la afirmación de constituir la piedra basal del derecho procesal constitucional, afirmación que podría ser certera si la disciplina se tomara como el estudio de los tribunales constitucionales. Aunque, aun así, la tesis de Kelsen no pensó en técnicas y modelos, sino en generar una política revolucionaria para su época, que va a cambiar notablemente el esquema del control de constitucionalidad.

En orden a lo puramente jurisdiccional creemos que el enfoque se debe concretar sobre el significado del movimiento revolucionario de fines del siglo XVIII, que impacta tanto en Europa como en América para asumir con diferencias entre ellas el tema de la confiabilidad que tendrían los jueces en el modelo de Estado que se conformaba.

La historia la hemos señalado en otras oportunidades (Gozaíni, 1996; 2009; 2020), y sirve para recordar una vez más, que la diferencia entre “confiar” y “no confiar” no se puede tomar como una anécdota del destino, porque trasciende y caracteriza uno y otro mecanismo.

En efecto, la revolución francesa persiguió la defensa de la legalidad, evitando que los magistrados ejercieran el poder de crear a través del derecho judicial (jurisprudencia) una norma distinta a la que el pueblo a través de sus representantes dictaba. El juez solo era “la boca de la ley”, en la ya clásica expresión de Montesquieu, lo que fue lógico si era considerado que los jueces no tenían elección democrática y, por tanto, no contaban con el favor del pueblo (Rousseau). La idea sostenía una protección política clara y concreta, como lo expuso la primera Constitución de Francia, y fue el modelo que adoptaron algunos países americanos (Chile, Uruguay y Perú) hasta sus reformas en las décadas iniciales del siglo XX.

Entre otras proyecciones derivadas de la decisión de impedir a los jueces el poder de interpretación, estuvo el problema de la prueba, porque evidentemente la apreciación de los hechos era insoslayable de la función judicial. Aparecen así los primeros grandes estudios sobre la teoría general de la prueba, que nunca se llevaron a cabo por “procesalistas” sino a través de “civilistas” “historiadores del derecho” o personajes de la filosofía que daban explicaciones puntuales al porqué el poder probatorio no era una potestad de interpretación sino una lógica de la discrecionalidad judicial tolerada.



Este ejemplo se transmite a otras instituciones procesales, como la cosa juzgada, por mencionar solo una; es decir, resultaba notorio que el juicio entre partes recibía una sentencia para el caso concreto; a diferencia de los conflictos constitucionales que por la abstracción expandía efectos hacia todos. De este modo, la teoría tenía que explicar la incompatibilidad

La evolución nos lleva a compartir la afirmación de Cossío Díaz respecto a que, actualmente [...]

“No es posible seguir entendiendo la división de poderes como lo entendía Montesquieu, por una pluralidad de razones. En primer lugar, porque no tenemos una división de clases sociales como la que proponía Montesquieu en el capítulo sobre ‘La Constitución de Inglaterra’ de su tan conocido y citado *Del espíritu de las leyes*. No podemos asignar cada una de las tres funciones al rey, a la aristocracia o al tercer estado, como se denominó posteriormente. En segundo lugar, tampoco podemos seguir imaginando la división de poderes como el elemento único o central para garantizar la libertad. Montesquieu es un pensador *preconstitucional*. Después de él aparecieron las constituciones y las ideas del constitucionalismo, de forma tal que la protección de la libertad ya no puede descansar en exclusiva en la división de poderes” (Cossío Díaz, 2008, p. 103).

Lo importante del planteamiento es situarlo en el contexto histórico. El concepto de jurisdicción constitucional no es teórico sino, esencialmente, una decisión de política del Estado. De allí que no sea posible hablar de jurisdicción constitucional con los soportes dogmáticos del derecho procesal, desde que son distintas las funciones de los jueces ordinarios y constitucionales, y en todo caso, el dilema mayor lo tiene el modelo difuso donde la actividad se confunde y unifica.

En efecto, en Estados Unidos, a diferencia de Europa, los jueces fueron parte del movimiento revolucionario, y con la sentencia del juez Marshall en *Marbury vs. Madison* (1803) se consolida el criterio que faculta a los tribunales a declarar la invalidez de una norma.

El fallo conmocionó el sistema jurídico a través de la espectacular declaración de inconstitucionalidad, no tanto de la ley específica, sino porque lo hacía sobre la *Judiciary Act* de 1789. De este modo, la *judicial review* admite que los jueces pueden revisar los actos de los demás poderes e instaura en las postestades de la jurisdicción tres funciones básicas:

- a) resolver los conflictos intersubjetivos;
- b) controlar la constitucionalidad de las leyes, y
- c) fiscalizar la legalidad de los actos del poder de gestión político.

En suma, para comprender con mejores fundamentos el origen de plantear conceptos que, aun no siendo necesariamente opuestos, tienen significados distintos, es menester recordar un poco de historia. Es decir, hablar de *jurisdicción constitucional* o de *justicia constitucional*, originariamente no tenía sentido porque no se establecía, como actualmente, la diferencia entre el poder jurisdiccional y el valor del pronunciamiento.

Desde el famoso caso de Thomas Bonham (1610) se limita el poder real estableciendo valores superiores que, para el supuesto, fueron los provenientes del derecho natural. El jusnaturalismo se consolidó en las colonias inglesas y fue lógico que se trasmitiese a Estados Unidos hasta que ella reacciona con su independencia y modifica el pensamiento.

Es el germen del *common law*, vale decir, de un sistema reaccionario a la división del poder, al imperio de la ley escrita, a la limitación de las prerrogativas. Un modelo diferente al que

se consolida después de la revolución francesa, donde va a imperar el principio de legalidad, la codificación, el confinamiento del poder y el control recíproco en la división de funciones de gestión y aplicación normativa.

El *civil law*, dista del modelo anglosajón. Se basó en la cobertura escrita de las leyes y demás disposiciones. Si no está escrito no está en el mundo, se decía con valor de verdad incontrovertible. El juez tenía la misión de aplicar la ley, porque esa era la voluntad del pueblo, ahora convertido en el auténtico poder representado por el Parlamento. La ley es seguridad, certeza y la misma justicia representada en la sentencia que la aplica.

Como se ve, ya se planteaban tres corrientes:

- a) el poder es absoluto y no se controla porque, simplemente, se ejerce con las limitaciones que emergen del derecho natural;
- b) el poder se controla por el Parlamento que es el legítimo representante del pueblo;
- c) al poder lo controlan los jueces a través de la revisión judicial (*judicial review*).

Entre estos dos modelos, tradicionalmente llamados: *político* y *jurisdiccional* transitó el siglo XIX. Pero después de la polémica que entablaron Kelsen y Schmitt la cuestión va a cambiar.

Hay dos libros pilares que presentan esta discusión teórica que versa sobre los motivos por los cuales se debe defender a la Constitución. La obra de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung* -que significa, el protector de la Constitución-) de 1931, y la réplica de Hans Kelsen con el título ¿Quién debe ser el protector de la Constitución? (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*) del mismo año.

Ambos exhiben la necesidad de resguardar los principios superiores que declara una Norma Fundamental, pero difieren en los mecanismos necesarios para ello. Es decir, quedó planteado el debate acerca de cuáles son los mejores sistemas que aseguran la supremacía de una carta constitucional: si las instituciones políticas en la que no participan jueces sino todos los representantes de una sociedad compleja, o bien, solo tribunales especiales que, a estos fines, debían establecerse.

Kelsen propuso (y logró que se llevara a cabo desde 1920) la creación de Tribunales Constitucionales porque consideraba que la Norma Fundamental de un Estado no era solamente una regla de procedimientos, sino un conjunto de dogmas que nutrían la esencia del Estado. Por ello, las garantías declaradas debían permitir anular todos los actos que le fueran contrarios, pero jamás conservar esa acción en manos del mismo órgano que aprueba las leyes contradictorias.

El órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no como un órgano de aplicación de derecho, vinculado por la Constitución, cuando lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quien le compete la anulación de los actos institucionales; es decir, una jurisdicción o Tribunal Constitucional (Kelsen, 1996).

La posición contraria creía que era darle demasiados poderes a un órgano de naturaleza indefinida (porque estaría situado fuera de los tres poderes clásicos) que portaba el temor de convertirse en un legislador negativo y en un mecanismo de permanente conflicto con las competencias entre espacios de poder.

No obstante, el contexto y las circunstancias permitieron consagrar el sistema, al punto que el desarrollo de la justicia constitucional tiene como punto de partida el estudio sobre el Tribunal Constitucional.

2. JUZGAR E INTERPRETAR

Esta es la descripción histórica de los sistemas y modelos para el control de constitucionalidad, el que tiene una profunda significación por la filosofía que impera en cada uno. Pero, en realidad, lo más importante está en atender que mientras el sistema de la confianza en los jueces acentúa la *justicia constitucional*, es decir, la trascendencia de los valores fundamentales que la Constitución entroniza, el sistema de la desconfianza (sea político o de jurisdicción concentrada) tiende a perpetuar el principio de legalidad, es decir, la permanencia inmutable de lo escrito. No son valores los que se tutelan, sino derechos y declaraciones que por estar en la Carta Superior de un Estado deben ser acatados y cumplidos por el principio de supremacía constitucional. Precisamente la labor de evitar interpretaciones contrarias, está a cargo de la *jurisdicción constitucional*.

No estuvo en los orígenes de la ciencia este pensamiento, y el uso alternativo de los nombres solo fue casual u ocasional. La teorización que permita eludir hablar de uno u otro para emplear la voz “derecho procesal constitucional” exige desarrollo dogmático antes que alegatos formales.

Es probable que la referencia de significados sea distinta conforme lo interprete un juez americano o un tribunal europeo, porque cuando se habla de justicia se piensa en el valor que tiene la decisión judicial, en cambio cuando se menciona a la jurisdicción se imagina inmediatamente al órgano que resuelve.

De alguna manera, y a pesar del paso del tiempo y lo mucho que se ha escrito sobre el tema, lo cierto es que Europa resiste la existencia de un derecho procesal constitucional, mientras que América lo pondera y despliega.

Para confirmar la afirmación se pueden leer las elusivas conclusiones de Zagrebelsky –por otra parte, siempre inteligentemente fundadas–, donde sostiene que

“[...] la fórmula derecho procesal constitucional, aun cuando no es usada raramente, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además, en los casos en los cuales se hace uso de ella, no parece que sea con una particular e intencional plenitud conceptual. Es ciertamente un dato sobre el cual reflexionar. Pero no se sabría decir fácilmente si es por el desarrollo insuficiente de las reflexiones y de la construcción jurídica o por una razón más profunda y decisiva, relativa a la naturaleza del juicio constitucional y a la problemática de un verdadero derecho procesal que constituya su estructura normativa. Aparte de la fórmula, no tenemos siquiera estudios explícitos sobre las cuestiones relativas a la naturaleza de las reglas sobre las cuales se sustenta la actividad de la Corte Constitucional” (Zagrebelski, 2000, p. 400).

Observemos por ejemplo el enfoque asumido en ambos continentes. En uno, se atiende la relación que tiene el Tribunal Constitucional con el medio donde se inserta; es un problema de adecuación, porque pone en el centro de la mirada, la autoridad del Parlamento y la ejecución de las normas. Por eso, la controversia inicial sostuvo la ilegitimidad del organismo, así como el exceso de potestades.

Es cierto que un sector de la doctrina proclamó su necesidad institucional como si la jurisdicción constitucional fuera producto de un reclamo de la sociedad; pero al mismo tiempo, las resistencias –hoy eliminadas– asentaron sus motivos mostrando la declinación de poderes necesarios para legislar y administrar.

El derecho procesal constitucional se abre a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”; se transforma en su “medium”, sobre todo allí donde el Parlamento ha fallado.

En suma, la creación de tribunales constitucionales opera sobre la necesidad de justificar el control sobre la autoridad y el parlamento, antes que para resolver la fiscalización del principio de supremacía constitucional.

La quintaesencia de esta visión estrecha de la división de poderes –dice Günter Hirsch-

“[...] radicaba en la idea de que no era función del tercer poder la de eliminar, a través de la interpretación, las dudas que suscitara la ley, sino asunto del primer poder mismo, puesto que estaba en juego el alcance de las leyes. El legislador tenía que estar mayormente sustraído al control y plenamente a la corrección del tercer poder. Para asegurar que así ocurriera, se marginó a la justicia. Los jueces eran, como explicaba Montesquieu, ‘en cierto modo seres sin alma, incapaces de poderar la fuerza o el rigor de la ley’, es decir, unos autómatas de la subsunción. Cuando la ilustración acaba apenas de elevarla a la categoría de poder propio del Estado, se privaba a la jurisdicción, en nombre de la misma doctrina política, de su principal instrumento de actuación y de su principal recurso de poder: la interpretación de la ley” (Hirsch, 2008, p. 128).

Por eso, no estuvo presente ni fue tenido en cuenta el concepto nominativo de la jurisdicción cuando se crearon estas competencias especiales. Los jueces comunes eran vistos como una amenaza para las libertades que las Constituciones consagraron de una vez y para siempre, estableciendo en los tribunales constitucionales el único límite a modo de frontera entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

Esta es la razón por la cual Calamandrei, profundo conocedor del derecho procesal, es quien mejor advierte la trascendencia de tener tribunales constitucionales que realizan una función tan importante como la que se encarga.

En efecto, Kelsen se ocupó de mostrar la necesidad de mejorar el modelo para el control de constitucionalidad y su idea fascina al derecho público, particularmente al político, que encuentra una alteración sustancial en el esquema tradicional de la división de poderes. Por su parte, Calamandrei va a observar el tránsito necesario que se debe recorrer por el derecho procesal, antes que un Tribunal Constitucional pueda actuar.

Sostenía que para llegar a la Corte Constitucional era ineludible que cualquier cuestión fuera propuesta en el juicio ordinario, porque allí debía originarse el caso constitucional y la decisión a adoptarse. Por eso afirmó que

“[...] el juez es llamado a hacer, se podría decir, de portero de la Corte Constitucional; incluso, se podría decir todavía mejor, la Corte Constitucional carece de su puerta grande, y no tiene otra entrada que la modesta puerta de escape representada por el juez. La Corte Constitucional y la administración de la justicia ordinaria viven, por decir así, en simbiosis, sin poder prescindir la una de la otra; si el juez ordinario no abre la puerta, la Corte no puede entrar en función; pero cuando la Corte ha entrado en función, el juez ordinario no puede ya cerrarla, y para poder continuar el propio trabajo, es necesario que espere a que aquélla haya terminado el suyo” (Calamandrei, 1986, p. 34).

En cambio, los americanos fuimos dominados por el movimiento constitucionalista que al modificar la tradición del ejercicio del poder, trajo consigo una impronta de equilibrio

y razonabilidad estableciendo una cuota de responsabilidad política en la división del poder estatal.

La supremacía de la Constitución se constituyó en una pauta de orden y respeto a las instituciones, siendo deber del Poder Judicial, de todos los jueces, controlar que ello se cumpliera.

Precisamente, cuando se quiere encontrar en la jurisdicción, como rol de los jueces en el proceso, la principal apoyatura para el derecho procesal constitucional, quizás no se advierta que para ello, primero es necesario coincidir el significado de lo jurisdiccional; después confrontar si la función que tiene el juez común es igual a la que desenvuelve un Tribunal Constitucional, y recién ahí, observar si el proceso constitucional tiene y encuentra aplicaciones coincidentes con la teoría del proceso.

En consecuencia, a pesar de que se encuentran numerosos trabajos que identifican la disciplina como jurisdicción constitucional, justicia constitucional, defensa de la constitución, etc., cada uno tiene un sentido distinto.

La *jurisdicción constitucional* es el estudio del órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los derechos humanos (como norma fundamental), la supremacía constitucional y el cumplimiento de las pautas mínimas que regulan los procedimientos constitucionales.

Sería el planteo “orgánico”; algo así como la investigación de los tribunales constitucionales en su faz organizativa, poderes y funciones.

La *justicia constitucional*, por su parte, se relaciona con la fuerza normativa de la Constitución, representa un sector del derecho procesal constitucional, pero bien puede asentarse en una disciplina diferente a este.

En síntesis –decíamos en nuestro libro “*La Justicia Constitucional*”-:

“[...]Si la Constitución puede definirse en el sentido que aquí nos interesa, como una norma jurídica que garantiza los derechos de los ciudadanos, fundamentales para la convivencia político democrática, y que regula la organización, competencias y funcionamiento de los poderes públicos, gozando de la necesaria supremacía respecto del resto del ordenamiento jurídico, parece evidente que la Constitución responde a la idea originaria de limitación del poder, pero además, y por ello mismo, expresa también la necesidad de su propia permanencia; en efecto, sin una esperanzadora continuidad no puede confiarse en que la Constitución corone sus objetivos, ni se realicen los valores que proclama. De ahí la necesidad de un conjunto de especiales técnicas de defensa que aseguren su supremacía, dentro de las cuales tiene un lugar indiscutible las de naturaleza jurídica, y dentro de estas, la justicia constitucional” (Gozaíni, 1996, p.40).

3. FUNDAMENTOS DE LA ASIMETRÍA

Si se busca en la jurisdicción uno de los asentamientos teóricos para el derecho procesal constitucional, tendremos que tomar lo que es propio para la disciplina y distanciarlo de cuanto corresponde al derecho puramente adjetivo.

El anticipo es necesario porque no existen aún estudios que hayan abordado el ensamble dogmático de la ciencia, asumiendo que solo basta razonar a la jurisdicción constitucional con el aprendizaje de la técnica. Vale decir, aceptando que es una “herramienta del control” a

diferencia del derecho procesal que tiene al proceso como “herramienta de los derechos sustanciales”. De este modo, se conoce la finalidad y los medios para lograrlo (métodos y sistemas).

Asimismo, se puede analizar el contenido de la jurisdicción confrontando los elementos que la componen en una y otra actividad (ordinaria y constitucional), para deducir de ella las particularidades que tiene la misión del juez que concreta la fiscalización del principio de la supremacía constitucional.

No faltan quienes reducen el problema estableciendo posiciones diferentes según se interprete que “lo procesal constitucional” es una parte de las garantías y libertades de las personas que, al llevar sus conflictos al proceso, solicitan la protección especial que se les propicia desde la Norma Fundamental. Este es un terreno donde abona la política procesal para diseñar el modelo dispuesto para ejercer el control.

También se define el objeto de la ciencia como el estudio de las normas y funciones del poder jurisdiccional del Estado, de manera que la perspectiva tiene una inmediata connotación de contenido constitucional.

Nosotros sostenemos que el concepto de jurisdicción no es diferente en el derecho procesal constitucional, solo que adquiere una fisonomía muy distinta cuando se atiende el rol del juez en el proceso. Es decir, lo que diferencia al proceso común del constitucional es la actividad que partes y tribunal celebran.

Partamos de una base. El derecho procesal puede ser visto en el orden funcional con dos perspectivas: la del litigante que controvierte ante otro; o la jurisdiccional que disciplina el conjunto de actividades que desempeña el órgano judicial dentro del proceso (esta sería la mirada que necesita el derecho procesal constitucional). Sin embargo, no hay polaridad entre ellos, porque no son más que visiones que difieren en cuestiones mínimas como son las potestades del juez, los principios que cualquier litigio aplica, o las líneas maestras de la ideología que impera en la ciencia.

Podemos anticipar nuestra preferencia por atender el rol que cumple el juez en el proceso constitucional. Ello supone, en primer lugar, dar efectividad al principio por el cual el Estado, al asumir la potestad de resolver los conflictos intersubjetivos puede regular la disciplina social y un orden normal de convivencia, despejando los peligros de la autocomposición irrazonable, que cuando se trata de resolver sobre la legalidad normativa, no tiene más posibilidad que la declaración judicial.

Seguidamente, la formación del juicio, concientiza a la sociedad sobre los valores de la justicia y la equidad en la ponderación; por este consecuente se aplican las leyes y las reglas de la experiencia judicial, como también refleja la finalidad que las normas pensaron tutelar cuando fueron dictadas.

Este claro vínculo entre el derecho y el proceso es la fuente común de toda obra jurisdiccional, una sirve a la otra, recíprocamente. De ahí que no comulguemos con las doctrinas que proponen al derecho procesal como estrictamente instrumental y secundario del derecho sustantivo. La relación existente es horizontal, y como avenida entrecruzan sus móviles dando seguridad y respuesta al justiciable. Si hubiera alguna instrumentalidad estaría en el proceso, pero no en la ciencia.

En todo caso, el límite de la actividad se encuentra en las garantías que la jurisdicción debe preservar, teniendo como norte la eficacia del servicio. En suma, la instrumentalidad del proceso no se niega con la autonomía del derecho procesal, solo reafirma condiciones para su puesta en práctica, donde para ello, obran determinantes los fines y el objeto al que se destina.

Si fuese netamente servil o utilitario, algunas funciones jurisdiccionales quedarían invalidadas por el actuar en esa dirección. Por ejemplo: el régimen procesal de la legitimación es



bien diferente de la capacidad civil, de modo que se debe resolver la admisión al proceso con las reglas técnicas del derecho adjetivo.

Cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma por un juez, no hace más que cumplir dentro del proceso con una actividad propia. También, la declaración de ilegitimidad del obrar administrativo incorpora otro ingrediente, porque deja la jurisdicción de lado aquello que viene puesto para denostarlo por su falta de legalidad. En todos estos casos, no existe función secundaria ni complementariedad de las normas de fondo, sino una actuación propia y particular de la función jurisdiccional.

En consecuencia la función que tiene el derecho procesal es lograr la armonía y paz social a través del proceso, a cuyo fin, antes que regular la actividad de las partes en el conflicto de intereses que suscita el litigio, es menester resolver la función de los jueces dentro de la controversia.

En este aspecto las ideas se distancian. Unos argumentan que el rol es puramente neutral y desinteresado debiendo dictar sentencia tras valorar en abstracto el conflicto normativo. Otros no soslayan la posibilidad de la controversia particular, muchas veces llevada al juez constitucional (difuso) o al Tribunal Constitucional (concentrado) a través del juicio o recurso de amparo, sosteniendo que la función no es solo de ajuste técnico sino de ponderación que excede el interés de las partes, a cuyo fin el objeto no radica solo en resolver las diferencias entre adversarios, sino también en controlar la constitucionalidad de las leyes que en el caso se cuestiona.

Esta segunda línea admite la influencia de lo constitucional en el proceso, y la incidencia que tiene el derecho supranacional, que en conjunto llegan a formar una nueva disciplina cuya autonomía reclamamos.

La jurisdicción en el derecho procesal constitucional tiene que explicar el deber de los jueces y los poderes que tienen en el proceso jurisdiccional.

La teoría procura mostrar las opciones a valorar, y así las polaridades se reflejan entre quienes opinan que

“[...] la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional, solo cuando la propia norma suprema se transforma en norma exigible, directamente, por los ciudadanos. Esto sucede a partir de dos procesos sucesivos. Primero, cuando la Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden” (Kelsen, 1994, p. 204).

Bajo este supuesto, el Estado constitucional de derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no solo acoge el principio de primacía de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que, en su conjunto o en alguno de sus preceptos, no se adecúe a la norma constitucional.

“El segundo, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de Derecho, a partir de la segunda posguerra. Este hecho obligó, sobre todo a los

jueces y tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para dar respuestas a las lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente debido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible” (Landa, 2006, p. 139).

La interpretación, entonces, es la fuente primera que diferencia la actividad jurisdiccional. Es tarea de todo juez en cualquier proceso, pero cuando se trata de ajuste constitucional, es indelegable y particular la misión que se cumple.

Otros, en cambio, han dicho que es preferible asignar a la función jurisdiccional el “decir el derecho” (*iuris-dictio*), esto es, que se diga en el conflicto entre personas quien tiene razón para obtener una sentencia favorable (sistema difuso); y si la ley invocada para una u otra parte apoya la decisión, pues mucho mejor, pero no es lo esencial. Lo más importante es que se haga justicia, observando la equidad antes que aplicar el brocardo *dura lex sed lex*.

Ahora bien, entre una u otra idea no hay tanta distancia, a no ser que se crea que toda ley es injusta, o se persiga lograr desde la sentencia justicias individuales. La acción de juzgar es, en definitiva, el desenlace esperado por los justiciables. El fin de los movimientos técnicos que los abogados y las partes han cubierto procurando persuadir al juez de sus respectivas razones.

La polémica que actualmente se instaura interpreta que la cuestión puesta en escena, en realidad es más grave que el conflicto teórico que se plantea. Se afirma que se trata, nada más ni nada menos, de preservar a la Constitución y su régimen de garantías judiciales.

Ya no es únicamente el dilema del juez que aplica una ley injusta, sino la dimensión que adquiere el pronunciamiento judicial que contiene un alto contenido de subjetividad postergando los preceptos centrales de una ley fundamental.

En este sentido, cierto sector de la doctrina dice que el juez que desborda la interpretación de la ley es autoritario y no cumple el rol llamado a cumplir como ejecutor de la ley. Para resolver la verdad de tan rotunda afirmación, es preciso entonces observar cómo se relacionan el proceso y la Constitución, para ver si el primero puede afectar al segundo al punto de semejante desatino.

De este modo, la ciencia procesal actualmente disciplina, además del estudio sobre la técnica, la naturaleza del fenómeno jurisdiccional. En este sentido, hoy es necesario avanzar sobre los comienzos que tuvo el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), pues actualmente, la conexión no es con la titularidad del derecho (aunque pueda tomarse como presupuesto de admisión), sino con el derecho a ser oído.

Del mismo modo, aquellas garantías del juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, que siempre fueron vistas como integrantes de las garantías constitucionales del proceso, hoy sin transformar esa dimensión, impactan en cada uno de los procedimientos, fomentando un conjunto de exigencias que abandonan el programa de acción antes previsto.

Con ello se quiere demostrar que actualmente, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada *tutela judicial efectiva* no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

4. DEBERES IMPLÍCITOS

Cuando se pretende aplicar la teoría general del derecho procesal como modelo de base para la autonomía científica del derecho procesal constitucional, es imprescindible mostrar que no todo es igual ni aplicable. En este aspecto, los elementos que componen la jurisdicción, si bien pueden espejarse, no resulta semejante el funcionamiento.

La palabra jurisdicción se forma de *ius* y *dicere*, esto es, aplicar o decir el derecho. El significado y alcance de los términos ocupó a numerosos autores que procuraron descifrar la función jurisdiccional a partir de este enunciado. Juzgar y declarar el derecho fueron equivalentes al conocimiento de la causa y resolver el conflicto a través de la sentencia (*notio et iudicium*). La simplicidad de la relación podría llevar a creer que todo proceso constitucional es jurisdiccional, y no sería desacertada la conclusión.

Sin embargo, advertida la problemática desde sus cuestiones menores, observamos que no es posible considerar la existencia de elementos constitutivos de la jurisdicción, tomando como punto de partida la etimología, siendo mejor analizar las facultades y deberes que utiliza el juez en ejercicio de sus potestades. En efecto, el conocimiento predisposto y la emisión de la sentencia componen una característica de la función pero ellas son inútiles o insuficientes si no se integran al conjunto de posibilidades que tiene el magistrado o el Tribunal Constitucional en su labor.

a) La *notio* es la primera de las cuestiones. Es el poder o facultad del juez para conocer en una causa determinada. Por ella, el tribunal toma intervención en el proceso y dispone que se practiquen todas las pruebas y demás diligencias que estime necesarias para ilustrar su entendimiento en los temas de hecho y de derecho que le son presentados.

El conocimiento (*cognitio*) no tiene más limitaciones que las impuestas por la organización política procesal, de forma que podrá ser de contenido liberal y dejar el proceso en manos de las partes (sistema dispositivo), o perseguir un sentido social y admitir que el juez en representación del Estado tiene un interés propio a consagrar sin mella al derecho de las partes.

En el acceso al Tribunal Constitucional pueden surgir iguales variaciones, pero no hace mella en la configuración del poder de conocimiento que se posee.

b) La *vocatio*, a su turno, es la facultad de requerir el comparecimiento del demandado a estar a derecho, o para cualquiera de las partes que fuera emplazada a ese fin. Dado que la citación solo persigue trabar la litis en términos de bilateralidad y contradicción, puede verse en la ausencia o la rebeldía, la contrapartida de dicha facultad, sin que por ellas pierdan validez las resoluciones que el juez disponga sucesivamente.

Aquí la diversidad puede ser posible; pero cabe anotar que la inexistencia de bilateralidad en el proceso constitucional está caminando hacia una fantasía, toda vez que el amparo ha sumado cuestiones de esencia fundamental que se deben resolver a partes conocidas y enfrentadas, de manera que solo en las cuestiones abstractas o de pura consulta, se podría referir a la inexistencia de la facultad o poder de convocar a las partes a estar a derecho.

c) El tercer componente de las facultades jurisdiccionales es la *coertio* o *imperium* que consiste en la facultad de emplear la fuerza pública para imponer el acatamiento a las decisiones judiciales, pudiendo recaer sobre las partes (arresto por desacato), sobre terceros (testigo conducido al tribunal que fuera renuente a comparecer voluntariamente) o sobre bienes (secuestro de un objeto litigioso). Este poder sancionatorio opera en la faz represiva del proceso constitucional que se debe estudiar con el conjunto de herramientas que permiten el desarrollo regular del proceso constitucional.

d) El poder jurisdiccional más evidente es el *iudicium*, por el cual el juez o tribunal resuelve los conflictos a través de sus sentencias. Con ellas no solo responde al requerimiento de las partes, sino que puede complementar el equilibrio del Poder Estatal mediante el control de constitucionalidad de las leyes, o fiscalizando la razonabilidad de los actos administrativos.

e) Finalmente, se ha considerado que para el acto jurisdiccional, en sí mismo, es indispensable además del conocimiento, la posibilidad de ejecutar lo juzgado, a fin de no tornar ilusoria o lírica la sentencia pronunciada. Se agrega así la *executio*, como el poder jurisdiccional de ejecutar las resoluciones mediante el auxilio de la fuerza pública o de los agentes de la jurisdicción. En esta etapa de la función no interesa el conocimiento sino la satisfacción del mandato judicial.

Actualmente la doctrina prefiere hablar de poderes radicados en la jurisdicción que se dividen en cuatro grupos:

a) *Poder de decisión*: por el cual la autoridad resuelve los conflictos de intereses planteados. Emite un juicio de valor y un mandato que se transmite con fuerza obligatoria, y que significa para las partes la subsunción de los hechos en el derecho. La problemática de esta potestad está en reconocer el acto de autoridad que se vierte, de modo tal que algunos presuponen el nacimiento del derecho mismo, en tanto otros la asumen como acto natural y consecuente del imperio que se tiene.

Para nosotros este poder de decisión está presente en la jurisdicción constitucional. Su naturaleza es objeto de estudios diversos (que se corresponden con la naturaleza jurisdicción o política de la sentencia), pero no inciden en la tipicidad que le asigna al derecho procesal constitucional que, en este sentido, puede compartir el espacio con la teoría del proceso.

b) *Poder de coerción*: consiste en el poder de imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen los fines de la administración de justicia. La amplitud del concepto admite aplicarlo a todo aquel que incida en la buena marcha del proceso por una actitud negligente, culpable o directamente responsable del perjuicio. Son pasibles de sanción, en consecuencia, tanto jueces como abogados, partes como terceros o ajenos al litigio; todos ellos quedan involucrados en el área del principio de moralidad procesal, donde si bien los ordenamientos adjetivos no lo regulan expresamente, en cambio consagran esclarecidos conceptos que anticipan derivaciones por el desconocimiento provocado, o el apartamiento equívoco. Es decir, tornando prioritaria la conducta leal, proba y honesta, que son partes del mentado principio superior.

La buena fe procesal recepta aquí un modo de conducta, desplazando la convicción que tenga la parte con el derecho que lleva al pleito.

c) *Poder de documentación, investigación o instrumentación*: refiere a las facultades que recibe la judicatura para conformar el “clásico” expediente. La importancia anida en el carácter de instrumento público que le otorga a los documentos que se incorporan en foliaturas, siendo entonces un deber correlativo la conservación y custodia de ese conjunto de actuaciones escritas.

d) *Poder de ejecución*: a diferencia del poder de coerción, en este la fuerza pública tiende a resolver el mandato jurisdiccional. Es este un capítulo distintivo del derecho procesal constitucional que lo distancia de la teoría procesal de la sentencia.

Si bien es cierto resulta muy cómodo sostener que hay función jurisdiccional cuando es un tribunal el que interviene y dicta sentencias de carácter definitivo; tal afirmación corre el riesgo de confundir al intérprete cuando la misión de administrar justicia se reparte hacia otro conjunto de funcionarios que no ocupan lugar en el área de la magistratura como poder, pero que tienen autoridad por la división que ocupa la función jurisdiccional. El caso de los tribu-

nales constitucionales que no dependen del Poder Judicial (modelo europeo) que constituye el supuesto generalizado para provocar la discordia.

Sin embargo, pueden encontrarse soluciones estableciendo diferencias y perfiles propios. Para ello es preciso entender que no es un resultado valioso dividir el concepto de jurisdicción, pues equivale a escindir su misma naturaleza. La jurisdicción es única siendo imprudente pensar en más de una jurisdicción para el Estado. Por consiguiente, el órgano con funciones jurisdiccionales también es único. En efecto –dice García Belaunde-

[...] “la teoría procesal sostiene hoy en día que la jurisdicción, como emanación de la soberanía del Estado, es una sola. Pero siendo una, se atribuye a los diversos órganos o tribunales que la propia Constitución o la ley establecen. De tal suerte, lo que existe es una sola jurisdicción, que se canaliza a través de numerosos tribunales o salas, que tienen cada una, por así decirlo, un pedazo de esa jurisdicción. Esto es lo que se llama competencia. Dicho en palabras de Couture: la competencia es la medida de la jurisdicción. En un país, todos los jueces legalmente investidos tienen jurisdicción. Pero solo pueden intervenir en los casos para los cuales tengan competencia (en función del territorio, de la materia, de la cuantía, etc.) Y ella la tienen en virtud de reglas que les asignan el conocimiento de determinados asuntos. Por tanto, decir que hay jurisdicción constitucional solo cuando existe un tribunal *ad hoc* y al margen del Poder Judicial, es confundir los planos, ya que todos los tribunales tienen jurisdicción, sin excepción alguna, y más bien lo que existe, debidamente distribuida, es la competencia que se ejerce a través de jueces y tribunales especializados. Y esta es, en palabras de Alsina, la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado. Por tanto, si la Corte Suprema, cúspide del Poder Judicial, tiene competencia (dada por ley o por la Constitución) para declarar y resolver en asuntos constitucionales, todo lo demás es irrelevante. En primer lugar, tener competencia; en segundo lugar, resolver; y finalmente ejecutar: estos son, en síntesis, los pasos que se dan” (García Belaunde, 2001, p. 15).

La cuestión jurisdiccional de los tribunales constitucionales, puede encontrar otro matiz distintivo en la independencia que cuenta el órgano para desenvolver su autoridad y magisterio.

La confusión sobre el tema tiene otros aspectos que ponderar. Es común oír en detalle sobre cómo se divide la jurisdicción; cómo se clasifica; cómo se reparte; etc. Cada una de estas menciones adolece de una gravísima falta de razón, pues lo que en realidad presentan con facetas propias y singulares, no son más que manifestaciones de la función jurisdiccional.

Cuando se divide la jurisdicción en civil, comercial, penal, laboral, contencioso administrativo, constitucional, etc., existe en realidad, una separación de la función con arreglo a la especialidad del objeto procesal. Otra diferencia podría hallarse en alguna posible variación en el régimen procedimental o en los principios y presupuestos adjetivos que la alientan. Es decir que esta distribución responde a la organización del sistema judicial, donde queda ratificado que el ejercicio de la función jurisdiccional proviene de una potestad atribuida en exclusiva, diversificando la función de juzgar (y ejecutar lo juzgado).

5. LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La independencia es una de las características de la jurisdicción, pero no constituye más que una manifestación necesaria de la autonomía funcional.

La característica da una impronta a la actividad jurisdiccional; de este modo el juez neutral puede ser una persona indiferente y apartada de todo interés que no sea resolver el conflicto aplicando la ley, tal como quería el modelo europeo del siglo XVIII; la idoneidad se puede consagrar en ilustración manifiesta y versación acreditada, que aun presente, no asegura que las sentencias estén relacionadas con el sentimiento de justicia o con el de ajuste constitucional; lo equitativo no siempre refleja lo justo, y podría ser más un pronunciamiento distributivo que puramente objetivo, y también la fundamentación de la sentencias, como requisito constitucional, tiene manifestaciones que necesitan explicarse.

Hay además una perspectiva adicional que para nuestra materia es más importante. Ella se fija en la independencia como una cuestión de autonomía en la decisión. Se trata más bien de considerar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sin influencias ni subordinación jurídica. Dicho esto como si fuera un problema de tensión o conflicto entre quien resuelve y quien aplica, más allá de la autonomía propia que exige el juez o tribunal como parte de un sistema que no debería ser interferido en sus sentencias por agentes externos.

La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene el recaudo de la independencia; dicho en términos de resolver si se trata de una autonomía del Poder; o si es independencia en el sentido de abstracción (*los jueces son la boca de la ley*), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del Poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores aislados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, respectivamente, las posiciones primitivas han mudado.

Inclusive, la posición institucional de los tribunales constitucionales demuestra que la cuestión de la independencia no es un tema superfluo, como bien muestra la historia con el caso del *Tribunal Constitucional del Perú*, o con los conflictos suscitados entre la jurisdicción constitucional y administrativa de Colombia, repitiendo en ese llamado “choque de trenes” el fenómeno también habido entre el Tribunal Supremo español y su Tribunal Constitucional.

Lo cierto es que la función jurisdiccional no sigue el camino trazado otrora; si en el positivismo se marcó desde las Normas el objetivo del bienestar general, y por eso, la voluntad del pueblo era un señorío invulnerable para la interpretación judicial; actualmente, el origen de la Ley dista de ser una expresión del anhelo popular, y lejos está de ser una orientación para la eternidad (la constante adaptación de la ley con reformas constantes no hace más que demostrar la necesidad de legislar a tono con los tiempos, antes que proyectar ilusiones estériles). Zagrebelsky define esta constatación diciendo que,

“en la concepción antigua, los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, porque esta de por sí, es origen de arbitrio y desorden. Sirven, por el contrario, para reconducirla a su justa dimensión. Su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse, al bien común. Por tanto, la visión que se ofrece de ellos es esencialmente de derecho objetivo: los derechos como consecuencia o reflejo de un derecho justo; los derechos como tarea a realizar por

los gobernantes, como deber de los poderosos a favor de los más débiles. Así pues, también en esto se da una contraposición. Mientras que para la tradición ‘moderna’ los derechos son el complemento de la naturaleza positiva del hombre, para la tradición ‘antigua’, en cambio, son el remedio contra su maldad y contra los males que derivan del ejercicio de su voluntad. Si se mira bien, la concepción ‘objetivista’ de los derechos, o de los derechos orientados a la justicia, habla de derechos esencialmente como una concesión al espíritu de los tiempos, pero en realidad se refiere a deberes. En efecto, hace recaer sobre todos los hombres el deber de no impedir que los demás cumplan con su deber y el deber de cumplir con los suyos propios. La categoría primaria es la de los deberes, de la que los derechos no son más que la consecuencia cuando aquellos sean violados. No se contempla la posibilidad de renunciar a los derechos, porque eso significaría negar los deberes de los que derivan y a los deberes, evidentemente, no se puede renunciar (Zagrebelsky, 2002, p. 85).

Igual sucede con la independencia entendida como abstracción, que ha suscitado una gran producción literaria a través de la teoría de la argumentación jurídica y de la decisión judicial. En este campo, hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del juez es un tipo de obediencia al derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

En su extensión, el rol del Tribunal Constitucional no es distinto desde que la autonomía para resolver puede encontrarse alterada por el reclamo político de acompañar una gestión ocasional, o pronunciar la validez constitucional de un verdadero desatino.

Abona en este terreno la formación moral de la judicatura que implica diferenciar iguales hechos ante distintos temperamentos o actitudes para interpretar el conflicto. No se puede eludir, en un estudio completo de la independencia, este aspecto tan intrincado que produce estragos en sistemas constitucionales donde la interpretación constitucional de la ley es abierta a todo el aparato jurisdiccional, con apenas un control extraordinario sobre la razonabilidad.

Por último puede destacarse otro grupo de argumentos que se centran en la idea de la autoridad y que vendrían a justificar la obediencia al derecho proveniente de determinada autoridad. Exponente histórico de este tipo de argumentación es el pensamiento de Max Weber. Desde esta perspectiva se relaciona obediencia con legitimidad, y por ende, existe una estrecha relación con los dos argumentos anteriores.

En síntesis, atender la imparcialidad y la independencia desde el atalaya de los principios, tiene la ventaja de concretar las llamadas “garantías de la jurisdicción”, que forman parte de los contenidos del derecho procesal constitucional, donde se tienen que señalar cuáles son los reaseguros que muestran los jueces hacia las demás garantías, recordando para ello que, en esencia, la eficacia de los derechos fundamentales se reflejan con su vigencia y puesta en práctica.

La noción de justicia *independiente e imparcial* es, entonces, un requisito de validez para el proceso, y una garantía que promete la jurisdicción. A veces depende de factores externos como decisiones políticas (v.gr.: cuando se designan jueces comisionados, de excepción, incompetencias manifiestas, etc.) o situaciones de excepción (v.gr.: gobiernos de facto, dictaduras, estado de sitio, etc.) que comprometen la regularidad del trámite y socavan los cimientos del debido proceso; en otras, se ponderan las calidades de la función y, en consecuencia, la independencia e imparcialidad pasan a la condición de valores.

Cabe aclarar que la independencia que referimos se relaciona con la autonomía que tiene el juez para resolver liberado de influencias y hostilidades; sin tratar en el punto la independencia funcional.

REFERENCIAS

- Calamandrei, P. (1986). *Derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Editorial Egea.
- Cossío Díaz, J. R. (2008). La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 14, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo.
- García Belaunde, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. Temis.
- Gozaíni, O. A. (1996). *La justicia constitucional*. Depalma.
- Gozaíni, O. A. (2009). *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Buenos Aires. La Ley.
- Gozaíni, O. A. (2020). *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Buenos Aires. Jusbaire.
- Hirsch, G. (2008). La jurisdicción en el Estado de Derecho: entre la sujeción a la ley y la interpretación cuasilegislativa. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 14, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo.
- Kelsen, H. (1994). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1996). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid. Tecnos.
- Landa, C. (2006). *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, n. 15. México: Porrúa.
- Serrano Migalló, F. (2008). Jurisdicción constitucional y política. En *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Tomo I (Teoría General del derecho procesal constitucional), Porrúa.
- Schmitt, C. (1931). *Der Hüter der Verfassung*. Mohr.
- Zagrebelsky, G. (2000). *¿Derecho Procesal Constitucional?* Traducción de Giovanni F. Priori Posada. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, IV.
- Zagrebelsky, G. (2002). *El derecho dúctil*, 4ª edición. Trotta.

Acerca de las etapas del constitucionalismo y de las generaciones de derechos humanos y de las leyes de protección de datos

About the stages of constitutionalism and the generations
of human rights and data protection laws

Óscar R. Puccinelli

Óscar R. Puccinelli

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Argentina
Pontificia Universidad Católica Argentina
oscarpuccinelli@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-7978-7111>

Recibido: 14 - 05 - 2024

Aceptado: 31 - 05 - 2024

Publicado en línea: 13 - 07 - 2024

Cómo citar este texto

Puccinelli, Ó. R. (2024). Acerca de las etapas del constitucionalismo y de las generaciones de derechos humanos y de las leyes de protección de datos. *Ratio Decidendi*, año 1, n. 1, 1-29.
<https://doi.org/10.21555/rd.2024.3155>



Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Attribution -NonCommercial-ShareAlike
4.0 International.

RESUMEN

Las revoluciones independentistas e industriales, las guerras mundiales, la carrera espacial y las dos guerras frías, entre otros fenómenos, han tenido un alto impacto en distintos ámbitos y de hecho constituyeron hitos que sirvieron de bisagras para definir etapas en el constitucionalismo y en los derechos humanos. En la evolución de la protección de éstos, nos centramos en la gestación y desarrollo de uno que está estrechamente vinculado a las tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) y que surgió como respuesta ante los avances sobre los derechos de las personas —en especial pero no exclusivamente sobre la intimidad— por parte de quienes tratan información personal: el “derecho a la protección de datos” (inicialmente rotulado “derecho a la autodeterminación informativa, que actualmente aporta una cantidad ingente de contenidos a los “derechos digitales”), refiriendo a las principales normativas gestadas en sus cinco generaciones, desplegadas entre 1970 y la actualidad.

Palabras clave: Constitucionalismo, Derechos humanos, TICs, Derechos digitales, Protección de datos, Autodeterminación informativa, Privacidad, Internet, Redes sociales, *Habeas data*, Inteligencia Artificial, Neuroderechos.

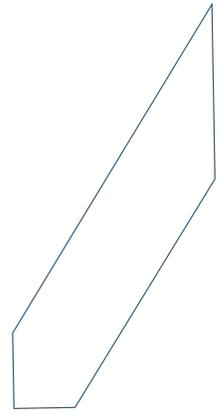
ABSTRACT

The independence and industrial revolutions, the two World Wars, the space race, and the two Cold Wars, among other phenomena, have had a significant impact across various domains. In fact, they constituted pivotal milestones that defined stages in constitutionalism and human rights. In the evolution of protecting these rights, our focus centers on the genesis and development of one closely linked to Information and Communication Technologies (ICTs), that emerged in response to advances concerning personal rights—especially but not exclusively privacy—by those handling personal information: the “right to data protection” (initially labeled the “right to informational self-determination,” which currently contributes a wealth of content to “digital rights”), referring to key regulations developed across its five generations, spanning from 1970 to the present.

Keywords: Constitutionalism, Human rights, ICTs, Digital rights, Data protection, Informational self-determination, Privacy, Internet, Social networks, *Habeas data*, Artificial Intelligence, Neuro-rights.

CONTENIDO

1. Introducción. 1.1. Las revoluciones políticas e industriales, el constitucionalismo y las generaciones de los derechos humanos. 1.1. El desarrollo de las TICs y la generación de nuevos derechos. 1.2. Las etapas del constitucionalismo y las generaciones de derechos humanos. 2. Los derechos “de” y “a” la protección de datos en sus cinco generaciones. 3. De la protección de la privacidad al derecho “a” la protección de datos. 4. Las cinco generaciones de las normas de protección de datos. 4.1. Primera generación. 4.2. Segunda generación. 4.3. Tercera generación. 4.4. Cuarta generación. 4.5. Quinta generación. 5. Conclusiones. 6. Referencias.



1. INTRODUCCIÓN: LAS REVOLUCIONES POLÍTICAS E INDUSTRIALES, EL CONSTITUCIONALISMO Y LAS GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. El desarrollo de las TICs y la generación de nuevos derechos

El paso entre las cinco revoluciones industriales estuvo principalmente marcado por el ritmo en que fueron incorporándose los recursos naturales y tecnológicos a los procesos productivos, en un tránsito que fue más lento entre las tres primeras (que se medían de siglo en siglo), y que se aceleró en las dos últimas (entre las cuales apenas transcurrieron unas décadas) debido especialmente a la migración de los medios de generación de capital del sector industrial al de los servicios, fenómeno especialmente provocado por el vertiginoso desarrollo habido en el ámbito de las tecnologías de la información y de la comunicación (TICs), en cierta medida acelerado por exigencias propias de la carrera espacial y de la primer guerra fría¹.

En efecto, durante el último tercio del siglo XX y lo que va de este siglo, las TICs — entre otras tecnologías habidas en otros ámbitos, como el sanitario— han provocado cambios altamente disruptivos que a la par de favorecer el desarrollo económico y social, trajeron efectos no deseados sobre los derechos de las personas, situación que puso sobre el tapete cada vez con más intensidad la insuficiencia de las reglas constitucionales y, más particularmente, las de los icónicos instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados a mediados de siglo pasado en los ámbitos globales y regionales (Declaración universal y americana de Derechos Humanos, Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) e incluso de los convenios “insignia” creados ya avanzada la década de los años 1960 (los Pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el ámbito de la ONU y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el ámbito de la OEA).

El vertiginoso avance ocurrido en las TICs tendrá un destacadísimo emergente precisamente en diciembre de 1969, cuando —escasos meses después de aprobada la citada Convención Americana—, se interconectaron los nodos de la Universidad de California en Los Ángeles y Santa Bárbara, el Stanford Research Institute y la University of Utah, dando origen a Arpanet, el antecedente inmediato de Internet-, hecho que, entre otros típicos del ingreso a la era informática, dio el puntapié inicial a una gradual pero incesante reconfiguración de los derechos y principios preexistentes, así como un creciente reconocimiento de otros nuevos.

Este efecto de los avances en las TICs en el derecho no fue estrictamente una novedad. Su antecedente más relevante puede encontrarse sobre finales del siglo XIX cuando muchos

1 En rigor no hay consenso generalizado en que ya esté plenamente configurada la quinta, pero sí en cuanto a la existencia, hasta el presente, de cuatro revoluciones industriales: a) la primera, iniciada alrededor de 1765, a partir del uso del carbón reemplazando la fuerza humana, momento en que se pasó de una economía rural basada fundamentalmente en la agricultura y el comercio a una urbana, industrializada y mecanizada; b) la segunda, configurada alrededor de 1870, con la incorporación del gas y la electricidad, del petróleo y del acero a los procesos productivos, y con la aparición de nuevos medios de comunicación y de transporte: c) la tercera, ubicada simbólicamente a partir de 1969 —coincidentemente con la llegada del hombre a la luna y la aparición de Arpanet—, se dará con la incorporación de la electrónica, la energía nuclear, una mayor utilización de las energías renovables y formas de almacenamiento de energía, el desarrollo de redes eléctricas inteligentes, vehículos eléctricos e híbridos; d) la cuarta, iniciada alrededor de 2000, con la incorporación de Internet y las tecnologías inteligentes de automatización a los procesos productivos, la robótica, la inteligencia artificial, la cadena de bloques, la nanotecnología, la computación cuántica, la biotecnología, la internet de las cosas y los vehículos autónomos, y e) la quinta —como se dijo, comenzando— estaría caracterizada por la presencia de industrias de valor centradas en la persona y en la colaboración ser humano-máquina, la digitalización total de las empresas, la interconexión eficaz entre procesos, sistemas y máquinas, y en una mayor focalización en un ambiente sostenible.

periódicos empezaron a radicalizar sus noticias en pos de ganar suscriptores frente a sus competidores y en ese contexto vieron en la incorporación de nuevas tecnologías a los procesos editoriales (la prensa rotativa, el teléfono y la fotografía) la posibilidad de dar un importante giro en sus modelos de negocios, ampliando el rol tradicional de la prensa que le valió considerarla como el “cuarto poder” (esto es, como medio de control social de los actos de gobierno) al de entretener, casi sin tapujos, con informaciones sobre asuntos privados carentes de interés público, dando origen así a la denominada “prensa amarillista”².

En tal nuevo contexto, y en ausencia de normas específicas para enfrentar las afecciones del ejercicio abusivo y despiadado de una libertad privilegiada como la de prensa, la respuesta se edificó a partir del principio del derecho inglés -expuesto por William Pitt en 1763 en un célebre discurso ante el parlamento británico- que concebía a la morada como un espacio inexpugnable³, el que fue en definitiva redefinido un siglo más tarde y ya en tierras americanas por Cooley como el derecho a “ser dejado solo”⁴ y muy poco después reconfigurado como “*the right to privacy*” (el derecho a la privacidad) en el famoso opúsculo de Warren y Brandeis publicado en 1890 por la Harvard Review, donde ese derecho a ser dejado solo, frente a los avances despiadados de la prensa sobre la privacidad, se entendió primordialmente como la facultad de exclusión de terceros respecto de determinadas facetas de la vida personal (Warren y Brandeis, 1890).

1.2. Las etapas del constitucionalismo y las generaciones de derechos humanos

La evolución de los derechos humanos (en gran medida impulsada por las revoluciones políticas e industriales y por las consecuencias de las dos grandes conflagraciones bélicas mundiales) suele ser dividida en cuatro —y hasta cinco— generaciones, a las que usualmente se las hace coincidir con las distintas etapas del constitucionalismo⁵.

La primera generación, desplegada en tiempos del “preconstitucionalismo” inglés del siglo XVII, trajo consigo la aprobación de diversos y relevantes documentos como el Bill of Rights de 1689 y el reconocimiento de dos principios básicos que abrían paso a la monarquía

- 2 “Periodismo amarillo” (*yellow journalism*), es un término generado por el periódico New York Press que alude a la batalla periodística entre los periódicos neoyorkinos The New York World de József Pulitzer (pionero del Infotainment) y el New York Journal de William Hearst, y que diera vida en ambos periódicos a historietas con el personaje The yellow kid, representado vestido de color amarillo, aunque el término no refiere en realidad a ese color puesto que *yellow* en inglés, significa también cruel y cobarde, que es precisamente el sentido de la alocución.
- 3 William Pitt sostuvo en tal ocasión la máxima del common law que proclama a la casa del hombre como su castillo (a man’s house as his castle), reivindicando la protección personal del individuo frente al poder del Monarca incluso en la más humilde morada. Afirmó allí que “El hombre más pobre, en su cabaña, desafía todas las fuerzas de la Corona. [Su cabaña] puede ser frágil, su techo tal vez es inestable, el viento se cuela por él, la tempestad lo penetra, no impide el paso de la lluvia, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar en ella; ni con todo su poder se atreve a cruzar el umbral de esa ruinosa morada” (Pitt, 1806-1820, vol. 15 (1753-1765), pág. 1307).
- 4 En 1873 Thomas MacIntyre Cooley - profesor de derecho constitucional y miembro de la Corte Suprema de Michigan- en su obra “The Elements of Torts” formuló su conocido “*right to be let alone*”, aludiendo al derecho a ser dejado solo o de no ser perturbado o molestado por injerencias externas no deseadas, concepto que desarrolló en el fallo “Brents vs. Morgan”, concibiéndolo como el derecho que tiene cada persona de no ser objeto de una publicidad ilegal; el derecho de vivir sin interferencias ilegales del público en lo concerniente a asuntos en los cuales ese público no tiene un interés legítimo”.
- 5 Se denomina “constitucionalismo” al movimiento iniciado con ciertos antecedentes inmediatos en el siglo XVII pero desplegado a partir del siglo XVIII, que se caracteriza por su objetivo primordial de racionalizar el poder político a través de la adopción de un documento legal (la constitución) escrito, único y orgánico, con supremacía jurídica sobre el resto de las normas y basado en la división de poderes y el reconocimiento de derechos personales.

constitucional: el del *rule of law* (imperio de la ley o Estado de derecho) y el de la soberanía del Parlamento (que quedaba así a la par del poder Real).

La segunda, denominada del “constitucionalismo individualista y liberal” (forjada a partir de las revoluciones inglesa, estadounidense y francesa) comienza la “era de las constituciones escritas” y se caracteriza por el reconocimiento expreso de los derechos civiles y políticos en el marco de un orden económico individualista y liberal (la Constitución de Virginia de 1776, la Constitución norteamericana de 1787 y sus primeras enmiendas, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, etc.).

La tercera, del “constitucionalismo social” o del “estado social de derecho” se manifiesta a partir de la segunda década del siglo XX como consecuencia tanto de la Primera Guerra Mundial como de la Revolución Industrial, hechos que minaron las bases del sistema económico liberal, llevando a poner en crisis sus idearios de libertad, igualdad y justicia y a tornar ilusoria la bandera de “fraternidad”, eje central de la revolución francesa. En ese contexto se instaló sobre el tapete la “cuestión social” en pos de lograr, entre otros objetivos, una igualdad sustancial, un trato digno de los trabajadores, la solidaridad como deber y el reconocimiento de la función social de la propiedad, provocando la aparición del “constitucionalismo neoliberal—social” (constituciones de Querétaro de 1917 y de Weimar de 1919), del “constitucionalismo marxista” (constitución de la República Socialista Federativa de los Soviets de Rusia de 1918) y del “constitucionalismo corporativo” (regímenes de Mussolini, Oliveira Salazar y Franco).

La cuarta generación, rotulada del “constitucionalismo internacional”, se iniciará a partir de la finalización de la Segunda Guerra mundial, y se caracterizará por la aparición de organismos internacionales y regionales con la consecuente atenuación del principio de soberanía a partir del reconocimiento de la jurisdicción supranacional; la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a las constituciones nacionales —con diferentes recetas—; la consagración tanto de nuevos derechos individuales (a la imagen, a la voz, etc.), como de los sectoriales y colectivos (los del consumidor y del usuario, al ambiente, etc.) e incluso de otros mixtos (el derecho de acceso a la información), y el reconocimiento de órganos de control locales que dieron una nueva fisonomía al *check and balances* puro pergeñado en el siglo XVIII (como el defensor del pueblo y los consejos de la magistratura).

Así, a partir de las emblemáticas declaraciones de derechos humanos que fueron aprobadas por las Asambleas Generales de la ONU y de la OEA en 1948, se fueron dictando diversos instrumentos convencionales que esencialmente reconocieron un listado más o menos extenso y detallado de derechos —lo cual de por sí constituye un primer medio de protección—, y además, especialmente en el caso de las convenciones regionales, por un lado, cargaron a los Estados parte con una serie de deberes que tienden tanto a promover esos derechos como a establecer mecanismos internos efectivos para su tutela⁶, y por el otro, crearon medios supranacionales de protección que, a partir de la intervención de órganos especializados, se constituyeron en verdaderas garantías específicas que funcionan cuando, ante la ausencia o insuficiencia de los mecanismos internos, se falla en la mentada misión protectora, y se lesionan derechos contenidos en tales instrumentos⁷.

6 Vgr., arts. 2, 7 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

7 Un claro ejemplo de estos órganos, al que luego referiremos en detalle, se puede encontrar en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), a través de cuyo articulado se creó, por un lado, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que cumple un rol particular, preventivo y conciliador, y sólo excepcionalmente —en principio, luego de agotados los medios de que dispone— disparador de roles contenciosos, y por el otro, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyas principales funciones son las de evacuar opiniones consultivas solicitadas por cualquier Estado parte, y dictar sentencias sobre casos contenciosos de violaciones de derechos humanos sometidos a su juzgamiento por la Comisión.

Finalmente, y si bien resultaría discutible aludir a una nueva etapa del constitucionalismo pues no se advierten cambios políticos estructurales, puede reconocerse desde las postrimerías del siglo pasado y principios de este siglo una quinta generación de los derechos que parten de una suerte de “revolución digital” generadora de los consecuentes “derechos humanos digitales” tendientes a afrontar las consecuencias —positivas y negativas— de tal revolución. Se trataría así, del “constitucionalismo de la 5ª Revolución Industrial”, donde los avances tecnológicos arrolladora y exponencialmente habidos hasta el presente han ido generando diferentes respuestas en pos de resguardar los derechos individuales, sectoriales y colectivos afectados especialmente por el impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, pero intentando promover la libre circulación de la información debidamente tratada.

Es en este último contexto donde se desarrollará el presente trabajo, por el cual se pretende mostrar esa evolución y los principales principios y derechos “técnicos” surgidos en el ámbito del derecho de la protección de datos (personales) al calor de la innovación tecnológica.

2. LOS DERECHOS “DE” Y “A” LA PROTECCIÓN DE DATOS.

Luego de una prolongada evolución conceptual que lo considerara como parte del derecho a la privacidad, el recientemente rotulado “derecho a la protección de datos” (al que también se llamó “libertad informática”, “intimidad informática”, “derecho a la autodeterminación informativa”, “derecho a la autodeterminación informática”, y *habeas data*), se ha escindido y consolidado conceptualmente, generando una importante cantidad de principios y derechos específicos que son incesantemente formulados y reformulados al calor de dichos avances tecnológicos.

Si bien se insinuó desde antes, la denominación “derecho a la protección de datos” se comenzó a adoptar homogéneamente a partir de 2000, con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —un documento adoptado en Niza en el que se recogen todos los derechos civiles, políticos, jurídicos, sociales y económicos de los ciudadanos europeos—, cuyo art. 8 fue el primero en reconocer expresamente este derecho, con carácter autónomo y con tal rótulo, escindiéndolo del derecho a la privacidad, regulado en el artículo anterior.

Por decirlo de una manera simple, este novel derecho refleja, por un lado, la facultad con que cuenta toda persona para actuar *per se* y para exigir la actuación del Estado a fin de tutelar los diversos derechos que pudieran verse afectados en virtud del tratamiento indebido de los datos de carácter personal que le conciernen, y por el otro, el derecho a que el Estado —y hoy más que nunca, la comunidad internacional- establezcan marcos regulatorios integrales en los cuales se fijen las pautas esenciales para el debido tratamiento de tales datos y a la par se diseñen mecanismos específicos para su tutela tanto judicial como administrativa.

Ahora bien: pese a que el objeto de este derecho aparece desde una perspectiva lexical limitado a la protección de los datos en sí, en realidad su fin último es la tutela de otros y muy variados bienes jurídicos (la intimidad, el honor, la autodeterminación, la dignidad, la propiedad, etc.), razón por la cual se trata de un derecho de carácter “medial” que no se sustenta por sí mismo ya que desaparecería si no existiesen los derechos que procura resguardar —como ocurre con las garantías (por ejemplo, el amparo y el *habeas corpus*), aunque no debe confundirse con éstas pues no alcanza a reunir sus notas típicas⁸—.

8 Muchos de los denominados “derechos” que poseen tal carácter instrumental son en realidad garantías, en virtud de constituir en sí el medio técnico de tutela de ciertos derechos para cuya protección han sido creados (v.gr., el “derecho de réplica” y el “derecho de huelga”). En este caso, el derecho a la protección de datos contiene reglas de fondo propias y es tutelable a través de ciertas garantías específicamente creadas para ello (v.gr., institucionales, como la Comisión Nacional de Informática y Libertades francesa, o procesales, como el *habeas data* brasileño).

En este sentido, resulta clarificador lo señalado por Bidart Campos:

Dentro del ámbito tutelar de los derechos personales, y en afinidad con las garantías clásicas frente al Estado, hay “derechos” denominados tales que, en rigor, sirven y se usan para la defensa de otros derechos; a aquellos denominados derechos que se dirigen a proteger otros derechos se les asigna la categoría y naturaleza de garantías.

[...] Por otro lado, también interesa captar que hay en el rubro clásico de los derechos, algunos llamados tales y definidos como tales que, por servir para defensa y tutela de otros derechos, exhiben un rostro garantizador y una semejanza con las garantías personales.

En este último caso –ejemplo de los derechos de huelga y de réplica–, sugerimos una alternativa: a) o decir que son realmente derechos cuyo ejercicio ampara a derechos distintos, con lo que entre los derechos habría que computar una categoría enderezada a no agotar un derecho en su propio ejercicio sino a verlo como instrumento “garantizador” de otro u otros derechos; b) o decir que no son realmente derechos aunque así se los apode y se los incluya en el rubro de los derechos, sino que son verdaderas garantías en cuanto mecanismos protectores de derechos” (Bidart Campos, 1991).

Puede así hoy aludirse a los derechos *a* y *de* la protección de datos –el primero, como facultad de tutela concedida a las personas afectadas por los tratamientos ilegales o ilegítimos de sus datos y el segundo, como nueva rama del derecho con contenidos específicos– que tienen por objeto inmediato la protección de los datos, pero como fin último y primordial, la tutela del amplio plexo de bienes jurídicos que pueden ser afectados por el tratamiento ilegal o ilegítimo de los datos relativos a personas identificadas o identificables. Y esa protección debe brindarse a través de diversos medios, entre los cuales se encuentran, en especial: a) la protección administrativa a través de autoridades de control en los ámbitos locales (v.gr., la Agencia Española de Protección de Datos), regionales (v.gr., el Supervisor Europeo de Protección de Datos, para los datos de las instituciones y organismos de la Unión Europea y el Comité Europeo de Protección de Datos, organismo público europeo independiente cuyos objetivos son garantizar la aplicación coherente del Reglamento General de Protección de Datos en la Unión Europea, así como Noruega, Liechtenstein e Islandia) y eventualmente internacionales –donde el estado de cosas ya reclama, en un mundo hiperconectado que no conoce de fronteras físicas, una autoridad global–; y b) la tutela judicial, a partir de los procesos en general y del *habeas data* típico del constitucionalismo latinoamericano como acción y como proceso judicial específico en particular.

3. DE LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD AL DERECHO “A” LA PROTECCIÓN DE DATOS

Señala Estadella Yuste que si bien los rudimentarios sistemas de registro, propios de la etapa anterior a las computadoras, ya auguraban los riesgos que implicaba un fichero con datos incompletos, falsos o utilizados para otros propósitos,

El derecho a la ‘protección de datos’ pertenece al contexto de la era informática, y ciertamente resulta atrevido afirmar que esta compleja disciplina legal estuviera ya implícita en las referencias generales al derecho a la intimidad inserta en cuerpos normativos de ámbito nacional o internacional de la era preinformática (Estadella Yuste, 1995, p. 25).

En aquel primitivo contexto, la defensa contra las afecciones provocadas por los avances de las TICs se realizaba a partir de la primitiva noción del derecho a la privacidad, pero siguiendo la impronta marcada por Warren y Brandeis en 1890, esto fue mutando. Como lo indica Carranza Torres:

De esta formulación principal se desgajaron, a partir de entonces y hasta el presente, una serie de derechos más específicos. Por ello se dice que el concepto moderno de la privacidad engloba una ‘colección’ de intereses jurídicamente protegidos, tales como la privacidad de las ideas, la protección de la imagen personal, la privacidad en el domicilio, y la protección del honor, entre otros... la forma de regulación jurídica de lo relacionado con el derecho a la intimidad en el derecho internacional parte de entender al mismo como un derecho multidimensional, que en definitiva agrupa a otros que, partiendo de su contenido de base, desarrollan de modo más específico las distintas facetas que el mismo adquiere en contacto con la realidad...

El concepto de ‘derecho a la autodeterminación informativa’ se construye a partir de la noción de intimidad, *privacy*, *riservatezza* o *vie privé*.

En los años sesenta surge en la doctrina el reconocimiento de un derecho de las personas encaminado a reivindicar la protección jurídica frente a la captación y utilización no autorizada de información personal, en diversos autores como Alan F. Westin, 1967 (*Privacy and Freedom*), Arthur R. Miller, 1971 (*Personal privacy in the computer age: the challenge of new technology in an information oriented society*), Guido Alpa (“*Privacy*” e *estatuto dell’informazione*) y Richard F. Hixson (*Privacy in a public society*).

Refiere Palazzi que ya en el año 1968 Charles Freid definió la *privacy*, concepto jurídico semejante al nuestro de intimidad, como el control que se tiene sobre los propios datos. Tal definición fue de aceptación general de la doctrina. Posteriormente, Lawrence Tribe, en su obra *American Constitutional Law*, se refirió a un derecho a controlar la masa de información por la que se define la identidad de una persona, como parte del derecho que cada persona desea (o no) mostrar a la sociedad” (Carranza Torres, 2001, Con cita de Pablo A. Palazzi, *El hábeas data en el derecho argentino*, pág. 5).

De acuerdo con lo expuesto, en la doctrina especializada hay consenso –en algunos casos, cuanto menos, tácito– en cuanto a que, por una suerte de mutación evolutiva del derecho a la intimidad (que en un momento resultó insuficiente para abrigar los intereses dignos de tutela frente al tratamiento de datos), se fue forjando un derecho nuevo, con matices propios que lo dotan de autonomía, al que se le adjudican distintos nombres, según el sistema jurídico de que se trate, y que nosotros preferimos rotular “derecho a la protección de los datos de carácter personal” (o “derecho a la protección de datos”, a secas), por reflejar con mayor precisión su contenido.

En esa evolución, y salvo por el aislado precedente de la Constitución alemana de 1919 que reconoció a todo funcionario el derecho a controlar la información contenida en su legajo personal y a justificarse de cualquier imputación antes de que se asiente su sanción (art. 129), fue recién a partir de 1970 —cuando los ordenadores mostraron un notable incremento en los potenciales riesgos del tratamiento de datos de carácter personal—, que comenzó el desarrollo normativo del derecho a la protección de datos.

Así, los países por entonces tecnológicamente más avanzados —en especial, los Estados Unidos y los países de Europa central— fueron elaborando paulatinamente legislación específica sobre el tema, apuntando a establecer reglas concretas para enfrentar la nueva problemática, aunque con diferentes enfoques. Sin embargo, tales regulaciones partieron de diferentes enfoques, pues mientras en los Estados Unidos preponderantemente se ha recurrido a regular esta temática sólo cuando se lo consideró imprescindible y de manera limitada a través de leyes sectoriales específicas —salvo en la última década donde empezaron a florecer algunas leyes generales estatales, iniciando por la de California—, en Europa se ha realizado una pormenorizada regulación tanto en el ámbito comunitario, a partir de convenios, directivas y reglamentos —entre los cuales se destaca actualmente el Reglamento General de Protección de Datos—, como en el de los países integrantes de la unión, ya por medio de leyes generales aplicables a todos los tratamientos —que prevén además determinados órganos específicos de tutela—, y regulaciones constitucionales de al menos algunos de sus contenidos (v.gr., Constituciones de Portugal, de 1976 y de España, de 1978), en tendencia que se extendió rápidamente a otros países extracomunitarios.

Por su parte, en Latinoamérica, sustancialmente más retrasada en el acceso a los recursos tecnológicos, inicialmente sólo se constitucionalizaron algunos aspectos del instituto (en especial incorporando la figura del hábeas data como garantía procesal constitucional a partir de la Constitución brasileña de 1988), y se dictaron regulaciones aisladas a través de leyes de carácter general al estilo europeo, las cuales afortunadamente se han extendido en la última década al punto de cubrir actualmente casi toda la región.

Pese a ello, y a diferencia de la realidad europea, no existe al momento regulación regional alguna del derecho a la protección de datos, sino sólo normas de *soft law*, en particular los “Principios sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales”, adoptados por la OEA en 2015 y actualizados en 2021 (OEA, 2021) y los más completos “Estándares de protección de datos personales para los estados iberoamericanos”(RIPD, 2017) aprobados en 2017 por la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD), que siguen el molde del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.

La insuficiente protección, via *soft law*, existente en la región se vio mejorada desde fines de 2023 a partir de una sentencia de la Corte IDH, que reconoció como derecho autónomo emergente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al “derecho a la autodeterminación informativa”, al cual también denomina, casi siempre indistintamente, “derecho a la protección de datos”⁹.

4. LAS CINCO GENERACIONES DE LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE DATOS

Teniendo en cuenta los cambios tecnológicos y la progresividad de los derechos humanos, cabe distinguir en cinco generaciones de normas, las cuales están marcadas por diversas improntas.

Conforme ya lo anticipara Fappiano hace algunos años, las sucesivas formulaciones reguladoras han ido acompañando a las generaciones de derechos humanos, y así, mientras las primigenias leyes apuntaron a tutelar la libertad individual, en tanto derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, las posteriores hicieron lo propio con los derechos económicos, sociales y culturales al asegurar la igualdad, en tanto igualdad de oportunidades, mediante la prohibición de la recolección de los denominados “datos sensibles”, debido a su potencialidad

9 Corte IDH. Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_506_esp.pdf.

discriminatoria. Y finalmente, en la actualidad tienden a asegurar el derecho al desarrollo, en tanto desarrollo de la propia personalidad, amenazado por determinados usos del producto de los progresos científicos y tecnológicos, usos que han dado lugar a ese fenómeno llamado “la contaminación de las libertades” (*liberties pollution*), concediendo a los titulares de los datos los derechos a conocer, de acceder e intervenir los datos almacenados y a los recursos para su efectiva tutela jurisdiccional (Fappiano, 1998, pp. 647, 648).

4.1. Primera generación

Esta primera etapa se inicia paralelamente en Europa y en los Estados Unidos en el período de “antagonismo oscilatorio” de los años 1960 que sucedió a la primer “Guerra Fría”. Son tiempos signados por la llegada del hombre a la luna y la aparición de Arpanet, cuando se potenciaron notoriamente las amenazas a la vida privada a partir de importantes avances tecnológicos habidos en el ámbito de las TICs.

Frente a este intimidante panorama tecnológico, el Consejo de Europa creó en 1967 una Comisión Consultiva encargada de estudiar el impacto de las nuevas tecnologías sobre los Derechos Humanos; en 1968 la Asamblea Parlamentaria de dicho Consejo le solicitó al Comité de Ministros determinar si las legislaciones de los Estados miembros daban o no una protección adecuada a la vida privada de las personas (Resolución sobre “los Derechos Humanos y los nuevos logros científicos y técnicos”); frente a la respuesta negativa a la consulta evacuada en 1970 en el informe “Derecho al respeto de la privacidad afectada por los dispositivos científicos y tecnológicos modernos” (“*Right to respect for privacy as affected by modern scientific and technological devices*”), en 1971 el Comité instó a la comisión de expertos a que elaborara las medidas apropiadas; como consecuencia de las cuales dictó en 1973 y 1974 dos resoluciones “sobre la protección de la vida privada en los bancos electrónicos de datos” –Resoluciones (73) 22, referida al sector privado¹⁰ y (74) 29, relativa al sector público¹¹–, por las que se definieron los principios de la protección de datos personales a fin de promover la elaboración de legislaciones nacionales basadas en éstos, y finalmente, en 1976 se designó una comisión de expertos encargada de desarrollar los trabajos preparatorios de lo que fructificaría luego en la aprobación, en enero de 1981 y por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa, del Convenio 108 “para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”¹², norma que, junto con las “Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales” emanadas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹³, servirán de cierre de esta etapa y de apertura de la siguiente.

En este contexto, apenas iniciada la década de 1970 diversos países europeos fueron dictando sus leyes de protección de datos, en concreto Alemania (1970 a nivel estadual y 1977 a nivel federal) e inmediatamente después Suecia (1973), Francia (1977), Austria (1978), Dinamarca (1978), Noruega (1978) y Luxemburgo (1979).

10 Resolution (73)22 on the protection of the privacy of individuals vis-a-vis electronic data banks in the private sector. 26 September 1973. Council of Europe. Committee of Ministers. <https://rm.coe.int/1680502830>

11 Resolution of the privacy of individuals vis-a-vis electronic data banks in the public sector. 20 September 1974. Council of Europe. Committee of Ministers. <https://rm.coe.int/16804d1c51>

12 Convenio n. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y protocolo adicional al convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos. Noviembre 2012. <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/u12%20convenio%20n%20108.pdf>

13 Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales. 1980. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3249/28.pdf>

En ellas se reguló el tratamiento de datos personales de las personas físicas en sistemas “informáticos” o “mecanizados” del sector público -y en algunos casos también del sector privado-, reconociéndose los derechos más elementales y, aunque eran inferibles de sus disposiciones, con un casi nulo y desestructurado desarrollo de los principios.

Por ejemplo, la ley federal de Alemania de 1977, que trajo regulaciones diferenciales para los sectores público y privado, reconoció los derechos de los titulares de datos a la información, rectificación, supresión, bloqueo (cuando no se pudiese acreditar la exactitud de los datos y en el caso de los registros privados cuando ya no fueren necesarios para cumplir con el objetivo del almacenamiento), seguridad (a través de medidas técnicas y organizativas) y al secreto profesional de los tratantes. Estableció el principio del consentimiento para el tratamiento de los datos personales y el deber de informar a los titulares cuando aquellos fueron recopilados por el sector público en virtud de una ley. Creó las figuras del Comisionado de Protección de datos (con facultades amplias, incluidas las sancionatorias, elegido por el presidente por recomendación del gobierno federal y dependiente del Ministerio del Interior) y la del Delegado de Protección de Datos para los tratamientos en el ámbito privado de acuerdo a la cantidad de empleados y a los tipos de tratamientos.

Ya en el ámbito constitucional, destacan las previsiones contenidas en las constituciones de Portugal (1976, reformada en 1991) y de España (1978), que apuntaban primordialmente a la protección de la vida privada y familiar frente a los avances de la informática.

Paralelamente, en los Estados Unidos se adoptaron la *Fair Credit Reporting Act* (FCRA, Ley de reportes de créditos justos, de 1970), la *Family Educational Rights and Privacy Act* (FERPA, Ley de protección de los derechos educativos de la familia, de 1974) y la *Privacy Act* (Ley de privacidad, de 1974, reformada en 2014), por la que se normó el uso de la información personal por los órganos y entes federales, norma que complementa la *Freedom of information act* (FOIA, Ley de libertad de información, de 1966, con las reformas de 1974, 1976, 1986, 1996). También se produjeron en este período reformas a la *Federal Trade Commission Act*, (FTCA, Ley de la Comisión Federal de Comercio, de 1914).

Ya en el ámbito latinoamericano, en gran medida sumido en regímenes autoritarios y con escaso acceso a las tecnologías informáticas por entonces disponibles, no se registraron reglas constitucionales ni legales similares.

4.2. Segunda generación

Como se anticipó, esta nueva etapa se abre con la aprobación de las “Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales” de la OCDE, de 1980 (las que fueron actualizadas en 2013 (OECD, 2013)) y por la adopción del Convenio n° 108, de 1981 “para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal” (STE n° 108) por parte de los países miembros del Consejo de Europa, -norma a la cual se le adicionarán luego un Protocolo adicional, aprobado en 2001, por el que se requirió a los Estados parte establecieran autoridades de supervisión que ejercieran sus funciones con total independencia (STE n° 181) (Council of Europe, 2001), y una enmienda tendiente a modernizar el convenio, adoptada en 2018 (Convenio 108+¹⁴)-. Este período se extenderá hasta 1995, cuando fuera aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo la Directiva 95/46/CE, “relativa a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”¹⁵.

14 Convention 108 and protocols. <https://www.coe.int/es/web/data-protection/convention108-and-protocol>

15 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Directiva-95-46-CE.pdf>

Estas normas, en un entorno apenas previo a la aparición de Internet, tomarán la experiencia de las primeras leyes de protección de datos y sistematizarán más adecuadamente los principios y derechos por ellas reconocidos, a la par de preocuparse por el libre flujo de los datos debidamente tratados, en un entorno marcado por notorios avances tecnológicos de variada índole.

Así, como indica la doctrina:

Además del refinamiento en hardware y software en todas las plataformas, la aparición de nuevas aplicaciones; el abaratamiento de los soportes físicos y la extensión cuasi universal del microordenador, hay tres fenómenos que han sido identificados por la doctrina en lo relativo a las leyes de protección de datos.

En primer lugar, la trivialización del procesamiento de datos, causada por la evolución de los grandes sistemas informáticos de los años sesenta, escasos y poco accesibles, a los numerosos microordenadores personales interconectados en redes de área local muy potentes y accesibles.

En segundo lugar, la diversificación de los datos: las clásicas bases de datos de grandes organizaciones no son hoy en día los únicos sistemas de información existentes; existen también sistemas expertos, sistemas de microficha, discos ópticos con y sin imágenes y bases de datos en CD-ROM.

Por último, el creciente sistema de distribución e información interactivos tales como sistemas bidireccionales de televisión por cable, servicios educativos, juegos interactivos, sistemas expertos y correo y conferencias electrónicas...” (Lázpita Gurtubay, 1994).

En el ámbito normativo, las Directrices de la OCDE reconocieron los principios de:

- a) limitación de la recolección de los datos (recogida mediante medios lícitos y justos y, en su caso, con el conocimiento o consentimiento del titular de los datos);
- b) calidad de los datos (pertinentes, exactos, completos y actualizados) c) especificación de la finalidad;
- d) limitación del uso;
- e) salvaguardia de la seguridad;
- f) apertura (con respecto a avances, prácticas y políticas con respecto a los datos personales, dotándose de medios fácilmente disponibles para establecer la existencia e índole de los datos personales, y de las principales finalidades para su uso, así como la identidad y domicilio del controlador de los datos);
- g) participación individual (derechos de los titulares a recabar información sobre la existencia y contenido de sus datos; impugnarlos y, en su caso obtener la supresión, la rectificación o que se completen o modifiquen) y responsabilidad por el cumplimiento de las medidas que den efecto a los principios.

Por su parte, el Convenio n° 108 se diseñó para regir los tratamientos de los “ficheros” y de los “tratamientos automatizados” que se lleven a cabo tanto en el sector público como en el privado, pudiendo ser ampliado a los “no automatizados” y a “agrupaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades, compañías y cualquier otro organismo compuesto directa o indirectamente de personas físicas, tengan o no personalidad jurídica”.

Los principios establecidos en el Convenio son los siguientes:

- a) calidad de los datos (deben ser obtenidos y tratados leal y legalmente; almacenados para fines específicos y legítimos y no utilizado de manera incompatible con esos fines; adecuados,

pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que se almacenan; exactos; actualizados cuando sea necesario; conservados en una forma que permita la identificación de los interesados por no más tiempo del necesario para el propósito para el cual se almacenan esos datos);

- b) protección especial de los datos sensibles;
- c) seguridad de los datos y
- d) protección frente al flujo transfronterizo de datos.

Ya en cuanto a los derechos, los reconocidos a los titulares de los datos son los de: a) información; b) acceso, c) rectificación y d) borrado (cancelación).

Dado que al momento de la aprobación del Convenio 108 no había surgido todavía Internet (esto ocurriría en 1983 con la adopción, como estándar, del protocolo TCP/IP), y tampoco se había logrado una masiva utilización de computadoras personales que ofrecieran conectividad a la red (lo que aconteció a partir de la puesta en el mercado de la Apple McIntosh), este convenio en realidad

No fue innovador, reflejando los puntos de vista ya recogidos en las leyes existentes, la gran aportación fue que los principios de protección de datos fueron investidos con la autoridad de un organismo internacional, lo que propició la expansión de las leyes de protección de datos, conocidas como de segunda generación y la revisión de las leyes anteriores, para adecuarse a la nueva realidad tecnológica y al Convenio del Consejo de Europa... Aunque todas las leyes internas siguen el modelo del Convenio, la protección ofrecida en la práctica varía sensiblemente de unos países a otros. El Convenio es enunciado en términos muy generales. Los principios básicos de protección hacen referencia a la calidad y seguridad de los datos, a las garantías de las personas cuyos datos han sido registrados, al régimen especial a que someter los datos que merecen una protección cualificada y a las excepciones y restricciones legítimas (Lázpita Gurtubay, 1994).

En este período, y como consecuencia de las reglas emanadas del Convenio, se aprobaron numerosas leyes europeas, en algunos casos por primera vez (como los del Reino Unido, en 1984 y de España, en 1992) y en otros, produciendo reformas a las leyes dictadas en el período anterior (como en el caso de Alemania, en 1990, cuyo Tribunal Constitucional Federal ya había dado partida de nacimiento, en 1983, al “derecho a la autodeterminación informativa” en su célebre sentencia sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Censo de Población de 1982¹⁶).

Así, fueron aprobadas, entre otras, las leyes del Reino Unido (*Data Protection Act*, de 1984), Finlandia (1987), la Dinamarca (1987 y 1991), Irlanda (1988), Países Bajos (1989), República Federal Alemana (1990), Portugal (1991), Suecia (1992), Hungría (1992), Bélgica (1992) y España (1992), aunque no todas tuvieron idénticos alcances puesto que el Convenio dejó un amplio margen de maniobra nacional (así, por ejemplo, sólo algunas como las de Francia, Dinamarca, y Luxemburgo extendieron su aplicación a las personas jurídicas).

De otro lado, en el plano constitucional, en este período se incorporaron disposiciones específicas en las constituciones de Holanda (1983); Croacia (1990), Eslovaquia (1991), Eslovenia (1991), Albania (1991), Bulgaria (1991), Bosnia—Herzegovina (1992), Estonia (1992), República Checa (1992), Rusia (1993) Bielorrusia (1994), Azerbaiján (1995); Gabón (1991), Cabo Verde (1992), Sudáfrica (1996) y Fiji (1990).

16 Sentencia de 15 de diciembre de 1983, BJC Boletín de Jurisprudencia Constitucional, núm. 33, enero 1984, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, págs. 126-170.

Ya en el ámbito internacional global, la Asamblea General de la ONU adoptó una serie de principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales (Resolución 45/95, del 14/12/90), en los cuales marcó ciertas orientaciones que deben seguir los Estados al regular lo concerniente a los ficheros computadorizados (públicos o privados, y con extensión facultativa a los ficheros manuales) que contengan datos de personas físicas (con extensión también facultativa a los de las personas jurídicas, en particular cuando contengan información sobre personas físicas)¹⁷.

Pasando a América, Canadá adoptó la *Privacy act (Ley de privacidad, de 1983, aplicable al sector público)* y en los Estados Unidos se aprobaron en este período diversas normas sectoriales, en concreto la *Cable TV Privacy Act* (Ley de privacidad para los operadores de cable, de 1984); la *Video Privacy Protection Act* (VPPA, Ley de privacidad en el alquiler de videos, de 1988); la *Telephone Consumer Protection Act* (TCPA, Ley de protección del consumidor telefónico, de 1991), y la *Driver's Privacy Protection Act* (DPPA, Ley de privacidad de los conductores, de 1994).

Finalmente, en Latinoamérica, si bien en este período no se aprobaron leyes de protección de datos, sí se incorporaron reglas constitucionales específicas tanto en estados nacionales como subnacionales, en los primeros años siguiendo primordialmente el molde de la Constitución española de 1978 y luego de la aprobación de la Constitución brasileña de 1988 predominantemente incorporando la figura del hábeas data o aludiendo a la protección contra el tratamiento indebido de los datos personales.

Son de este período las constituciones de Guatemala (1985, art. 31); Nicaragua (1987, reformada en 1995, art. 26, inc. 4); Brasil (1988, arts. 5; numerales X, LXXII y LXXVII); Colombia (1991, art. 15, actualizado en 2003); Paraguay (1992, art. 135); Perú (1993 con su reforma de 1995, arts. 2, incs. 5 y 6, y art. 200); Argentina (1994, art. 43, párr. 3º).

4.3. Tercera generación

La tercera generación de normas de protección de datos se abrirá con la aprobación de la Directiva 95/46/CE “relativa a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos” y se extenderá hasta 2009, cuando la 31ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad adoptara la “Propuesta Conjunta para la Redacción de Estándares Internacionales para la protección de la Privacidad, en relación con el Tratamiento de Datos de carácter personal” (“Resolución de Madrid”) (AEPD, 2009).

Dentro de esta etapa se gestarán cambios tecnológicos muy relevantes que darán lugar a la configuración de la “web 2.0”, los que tendrán, en el futuro inmediato, un impacto normativo significativo. Así, promediando esta etapa y a partir de la aparición de la primera gran red social de edición colaborativa (Wikipedia, 2001), se produjo una verdadera explosión de éstas (entre 2003 y 2006 se lanzarían LinkedIn, Myspace, Skype, Facebook, Youtube y Twitter, entre las más populares), fenómeno altamente potenciado luego de la salida al mercado, a mediados de 2007, del primer teléfono inteligente (*smartphone*) con wifi (el *Iphone* de Apple), adelanto técnico que, al convertirse rápidamente en un centro de convergencia tecnológica que además era portable, intensificó enormemente el uso de Internet y de todos los servicios de la sociedad de la información, dando el entorno perfecto a la web “social” o “participativa”, donde los usuarios interactúan y colaboran entre sí, como creadores de contenido, especialmente a través de redes sociales.

17 Directrices de protección de datos de la ONU de 14 de diciembre de 1990. <https://www.informatica-juridica.com/anexos/directrices-de-proteccion-de-datos-de-la-onu-de-14-de-diciembre-de-1990>

Esta confluencia de tecnologías disruptivas llevará a una profunda movilización y cambios en el enfoque de la protección de datos a partir del creciente reclamo por el reconocimiento de nuevos derechos y principios frente a la clara insuficiencia del esquema normativo preexistente para afrontar a los nuevos y variados efectos que estaban produciendo los avances tecnológicos. Y si bien estos cambios normativos no se dieron en plenitud en este período, la mayoría de los planteos se gestaron aquí y se verán concretados en las dos etapas posteriores.

La Directiva que inicia esta etapa refiere a su ámbito de aplicación (los tratamientos de datos de los sectores público y privado), a sus principios informadores, a los derechos de los titulares de datos, a la responsabilidad por los tratamientos y a los mecanismos de control.

Los principios rectores de la normativa —y de las leyes de transposición dictadas en su consecuencia— son los de: a) licitud y lealtad; b) calidad de los datos; c) consentimiento informado del titular para el tratamiento (excepto intereses individuales o sociales estimados prevaletentes); d) seguridad de los datos; e) confidencialidad; f) uso acorde a la finalidad y g) protección especial de los datos sensibles.

Los derechos reconocidos a los titulares de los datos son los de: a) información; b) acceso; c) rectificación; d) cancelación; e) bloqueo; f) notificación a terceros cedidos respecto de rectificaciones, supresiones o bloqueos; g) oposición a tratamientos; h) no ser sometido a decisiones fundadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos.

Dado que por su carácter de Directiva no resultaba de aplicación inmediata en los países de la Unión, fue necesaria la transposición de sus normativas, con algún margen de apreciación nacional, a través de la adopción de las respectivas leyes internas. Esto provocó, como ocurrió en el período anterior con la aprobación del Convenio 108/81, que los países comunitarios que todavía no habían aprobado leyes de protección de datos las adoptarían y que aquellos que ya las tenían, las reformarían para adaptarlas a las nuevas exigencias comunitarias.

Así, se dictaron en este período, entre otras, las leyes de Italia “Sobre la tutela de las personas y otros sujetos respecto al tratamiento de datos personales” (1996); de Suecia, “Sobre protección de datos de carácter personal” (1998); de Reino Unido (la *Data Protection Act* de 1998) y de España “de protección de datos de carácter personal” (1999), llegándose durante la primera década de este siglo a que todos los estados miembros adecuaran su derecho interno a las exigencias de la Directiva.

Ya en 2000, se aprobó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Declaración de Niza), que luego de reconocer el derecho a la vida privada (art. 7) consagra como derecho autónomo al derecho a la protección de datos (art. 8¹⁸), cuya configuración teórica ya había sido reconocida por el Tribunal Constitucional alemán en el período anterior, en posición luego seguida por distintos pronunciamientos en la región, como es el caso del Tribunal Constitucional español¹⁹.

Y con posterioridad, siempre en el ámbito europeo, diversas normativas comunitarias comenzaron a dar más forma a ciertos tratamientos sectoriales específicos de datos, entre ellas

18 Artículo 8. Protección de los bienes de carácter personal

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

19 Sentencias 254/1993, 11/1998, 105/1998 y 124/1998.

el Reglamento (CE) n° 45/2001 de protección de datos de las instituciones de la UE²⁰, la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico²¹, la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas²² y la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público²³.

También dentro de este período, se aprobó en 2004 el Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia – Pacífico (APEC)²⁴, el que será luego actualizado en 2015, que promueve un enfoque flexible para la protección de la privacidad de la información en las economías de sus Estados miembros -varios de los cuales son americanos²⁵- a fin de evitar la creación de barreras innecesarias para los flujos de información y asegurar un intercambio continuo y el crecimiento económico en la región.

Sus principios clave son:

- a) prevención de daño a las personas por el manejo inadecuado de su información personal;
- b) deber de información (aviso) a las personas sobre la recolección y el uso de sus datos personales;
- c) limitaciones a la recolección a la estrictamente relevante para el propósito específico;
- d) tratamiento de los datos personales conforme a los fines;
- e) libertad de elección respecto de los usos de la información personal;
- f) integridad de la información, garantizándose su exactitud y actualización;
- g) seguridad, a partir de medidas protectorias adecuadas;
- h) acceso y rectificación de los datos, e
- i) responsabilidad por el cumplimiento de estos principios.

Pasando a las Américas, en el ámbito de la OEA se gestó un Anteproyecto de Convención Americana sobre Autodeterminación Informativa (1997) que finalmente no fructificó, pero se destaca la creación de la “Red Iberoamericana de Protección de Datos” (La Antigua, junio de 2003) y la “Declaración de Santa Cruz de la Sierra” (Bolivia, noviembre de 2003) (Cumbre Iberoamericana, 2003), adoptada por los jefes de Estado y de Gobiernos Iberoamericanos, a tenor de cuyo texto (núm. 45) se reconoció el rango de derecho fundamental del derecho a la protección de los datos de carácter personal y se destacó la importancia tanto de las iniciativas regulatorias iberoamericanas, como de la creación de la Red Iberoamericana de Protección de Datos, integrada actualmente por todas las autoridades de control iberoamericanas.

20 Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, DO 2001 L 8. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001R0045>.

21 Directiva 2000/31/CE, del 08/06/00, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81295>.

22 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, DO 2002 L 201. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32002L0058>

23 Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público. <https://www.boe.es/doue/2003/345/L00090-00096.pdf>.

24 Anexo XVIII. Marco de privacidad del foro de cooperación económica Asia Pacífico (APEC). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3249/27.pdf>

25 Integran la APEC Australia, Brunéi, Canadá, Chile, China, Corea del Sur, Estados Unidos, Filipinas, Hong Kong, Indonesia, Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, Papúa Nueva Guinea, Perú, Rusia, Singapur, Tailandia, Taiwán y Vietnam.

Ya en el plano nacional, Canadá adoptó la *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA) (Ley de protección de información personal y documentos electrónicos”, de 2000, aplicable al sector privado), y en los Estados Unidos fueron aprobadas diversas leyes federales, en concreto,

- *Health Insurance Portability and Accountability Act* (Ley de portabilidad y responsabilidad demostrada en los seguros médicos, de 1996);
- *Children’s Online Privacy Protection Act* (COPPA, Ley de protección de la privacidad en línea de los niños, de 1998);
- *Gramm Leach Bliley Act* (GLBA, Ley de protección de la “Información personal no pública” recopilada por bancos, aseguradoras y compañías de servicios financieros, de 1999);
- *Fair and Accurate Credit Transactions Act* (FACTA) (Ley de informaciones justas y precisas sobre transacciones de crédito, de 2003);
- *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography And Marketing Act* (CAN-SPAM, Ley para controlar el envío de pornografía y marketing no deseado, de 2003).

Por su parte, en Latinoamérica se aprobaron normas constitucionales en Ecuador (1998, art. 94 y 2008 y reforma de 2008, arts. 66 incs. 11 y 19, 40, inc. 5, 92, 215 y 436), Venezuela (1999, arts. 28, 60 y 281) Panamá (2004, arts. 42 y 44); Bolivia (2004, art. 23 y 2009, arts. 130 y 131); Honduras (2006, arts. 76 y 182) y México (2007, art. 6). Se aprobaron asimismo leyes en Chile (1999, ley 19.628), Argentina (2000, ley 25.326), Paraguay (2001, ley 1682), Uruguay (2004, ley 17.838 y 2008, ley 18.331) y Colombia (2008, ley 1.266 y 2012, ley 1.581). Finalmente, en el Caribe adoptaron leyes Bahamas (2003) y San Vicente y Granadinas (2003).

4.4. Cuarta generación

La cuarta generación se inicia, como se indicó, a partir de la adopción, en 2009, de los Estándares Internacionales para la protección de datos (“Resolución de Madrid”) y se extenderá hasta 2016, cuando fuera aprobado el Reglamento (UE) 2016/679 “Relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos” (“Reglamento general de protección de datos”, que deroga la Directiva 95/46/CE e impone revisión Directiva 2002/58/CE), instrumento que significará otro punto de inflexión –en este caso, normativo— que provocará la incorporación de nuevos y sustanciales cambios regulatorios, al calor de los cambios tecnológicos que se aceleraron promediando la etapa anterior.

En efecto, mientras la velocidad y capacidad de almacenamiento de los ordenadores iba en aumento y los servicios de la sociedad de la información ampliaban sus capacidades operativas y se expandían, aparecieron nuevos fenómenos que confluieron a conformar un estado de cosas altamente complejo que requirió la atención del derecho.

Entre muchas otras manifestaciones tecnológicas, se destaca en este período el uso masivo de los servicios de computación en la nube (con mucha mayor capacidad de almacenamiento), el perfeccionamiento de los buscadores, la conformación del *big data*, los *smartphones* con conectividad a Internet, una creciente variedad y cantidad de aplicaciones (*apps*), la geolocalización, la tecnología para llevar puesta (*wearables*), la domótica, la aparición de las ciudades inteligentes (*smart cities*), el *deep (machine) learning*, la realidad aumentada, el perfilado a través de algoritmos (en buena medida sesgados), las decisiones automatizadas, el uso diversificado de las cadenas de bloques (*blockchains*), una tecnología popularizada por la aparición del bitcoin y otras criptomonedas, y los metaversos, entre otros fenómenos convergentes.

Son productos de esta etapa, en el ámbito comunitario europeo, la “Resolución de Madrid”; el “Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos”, adoptado también en 2009 (Council of Europe, 2009), las nuevas Directrices de la OCDE “sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales”, aprobadas en 2013 (OECD, 2013) y la Directiva 2013/37 CE que reforma a la 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público, también de 2013²⁶.

La “Resolución de Madrid” desarrolla sus diferentes contenidos en los siguientes capítulos:

I) Disposiciones generales:

a) objeto, b) definiciones, c) ámbito de aplicación, d) medidas excepcionales y e) excepciones.

II) Principios básicos:

a) lealtad y legalidad; b) finalidad; c) proporcionalidad, d) calidad de los datos; e) transparencia; f) responsabilidad.

III) Legitimación para el tratamiento:

a) principio general de legitimación; b) especial protección de los datos sensibles; c) prestación de servicios de tratamiento; d) transferencias internacionales.

IV) Derechos del interesado:

a) acceso; b) rectificación y cancelación; c) oposición; d) ejercicio de los derechos.

V) Seguridad:

a) medidas de seguridad y notificación de brechas; b) deber de confidencialidad;

VI) Deber de supervisión:

a) medidas proactivas; b) supervisión; c) cooperación y coordinación; d) responsabilidad.

Ya en las Américas, la OEA aprobó en 2015 los “Principios sobre la protección de la privacidad y los datos personales (CJI, 2015)” –que fueron luego actualizados en 2021–, un documento muy básico que recoge los componentes más elementales de la protección de datos, reconociendo los siguientes principios: a) propósitos legítimos y justos; b) claridad y consentimiento; c) pertinencia y necesidad; d) uso limitado y retención; e) deber de confidencialidad; f) protección y seguridad; g) fidelidad de los datos; h) acceso y corrección; i) protección de los datos personales sensibles; j) responsabilidad; k) flujo transfronterizo de datos y responsabilidad y l) publicidad de las excepciones.

En los Estados Unidos se aprobó la *Health Information Privacy Protection Act* (HIPPA) (Ley de protección de la privacidad de la información de salud, de 2013).

Ya en Latinoamérica, en el ámbito constitucional fueron dictadas normas en México (2009, reforma al art. 6, y art. 16 y art. 73 numeral XXIX—O); Ecuador (reforma de 2008, arts. 66 incs. 11 y 19, 40, inc. 5, 92, 215 y 436) y República Dominicana (2010, reformada en 2015, arts. 44 y 70).

Y en el ámbito legal, se aprobaron leyes en, México (2010), Perú (2011, ley 29.733), Costa Rica (2011, ley 8968), Nicaragua (2012, ley 787) y República Dominicana (2013, ley 172). También se aprobaron leyes en Curaçao (2010), San Martín (2010), Santa Lucía (2011), y Trinidad y Tobago (2011).

Más allá de los avances normativos mencionados y como se indicó más arriba, durante esta etapa se gestaron algunos de esos nuevos principios y derechos que reclamaba esta nueva realidad, especialmente por vía doctrinaria, jurisprudencial y administrativa (a partir de la

26 Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2013-81251>

influencia incesante de las autoridades de control), generándose incluso diversas normas de *soft law*.

Por poner algunos ejemplos, con respecto al principio de protección de datos desde el diseño (*privacy by design*), motorizado por Ann Kavoukian desde 1995, éste fue adoptado luego de la publicación del “*The privacy by design framework*” en 2009, por la Asamblea Internacional de Comisionados de Privacidad y Autoridades de Protección de Datos en 2010.

Algo similar ocurrió con los derechos al olvido y a la portabilidad de los datos en el ámbito europeo. El primero, afincado en la doctrina (donde se destaca el libro de Victor Mayer-Schönberger “Borrar: la virtud de olvidar en la era digital” (“*Delete: the virtue of forgetting in the digital age*”) y reconocido previamente por la Agencia Española de Protección de Datos, tuvo recepción jurisprudencial por parte de la Gran Sala del Superior Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el célebre caso “Costeja” o “Google Spain”²⁷ y el segundo, fogoneado, entre muchos otros, por Viviane Reding siendo Comisaria de Protección de Datos de la UE, que tuvo como primer antecedente en el “*Data Portability Project*”, iniciado en los Estados Unidos por un grupo de expertos y decisores del sector de nuevas tecnologías 5r á a la carga sobre estos mismos temas (derechos al olvido y a la portabilidad), ya siendo Vicepresidenta primera de la Comisión Europea, en la Conferencia Europea sobre protección de datos y Privacidad, al justificar que la Unión Europea necesitaba nuevas reglas de protección de datos personales, haciendo especial hincapié en la necesidad de reconocer el derecho al olvido.

Esta línea de pensamiento fue luego corroborada en una Comunicación de la Comisión Europea por la cual se realizaba un diagnóstico sobre la protección de los datos personales en la Unión, donde se enfatizó acerca de la necesidad de aportar herramientas para resolver los problemas de privacidad relacionados con los niños en la red —especialmente debido a que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias y derechos vinculados al tratamiento de datos personales—; reforzar el principio de minimización de datos, mejorar las modalidades de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, borrado o bloqueo de datos, y reconocer explícitamente tanto el derecho al olvido como el derecho a la portabilidad de los datos, por el cual se confiera a la persona concernida «el derecho explícito a retirar sus datos (por ejemplo, fotografías o listas de amigos) de una aplicación o de un servicio, de modo que los datos retirados puedan transferirse a otra aplicación u otro servicio, siempre que ello sea técnicamente posible, sin que los responsables del tratamiento lo obstaculicen»²⁸.

Pocos meses más tarde, en la Comunicación de la Comisión Europea COM (2012) 9 (“La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI”), se presentaron dos iniciativas legislativas por medio de las cuales se pretendía adecuar el marco normativo existente —a través de un Reglamento General de Protección de Datos y una Directiva respecto del tratamiento de los datos penales— puesto que, en opinión de la Comisión, aquél ya no era suficientemente eficaz para preservar el derecho a la protección de datos personales en el “nuevo y complejo entorno digital actual”.

El camino hacia la adopción urgente de una nueva normativa comunitaria que acompañara los tiempos que corrían estaba allanado y luego de algunos cambios en el proyecto original —entre los cuales, por ejemplo, se desguazó la regulación original del derecho al olvido— se aprobó en 2016 el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que cierra esta etapa con la feliz consagración de nuevos derechos y principios y que deroga, a partir de su plena entrada en vigencia, en 2018, a la Directiva 95/46/CE, como se verá de inmediato.

27 “Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (es), Mario Costeja González”, Case n° C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

28 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea”, COM (2010) 609. Bruselas, 04/11/2010.

4.5. Quinta generación

Esta última generación de derechos, como se indicó, arranca a partir de 2016 con la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 “Relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos” (“Reglamento general de protección de datos”)²⁹ y se extiende hasta el presente, donde la aceleración de los tiempos, en un entorno de una “web 3.0” que va camino a la “web 4.0”, al calor de la intensificación del uso de la tecnología *blockchain*, de los metaversos y multiversos, de la Inteligencia Artificial Generativa (*GenAI*³⁰) y de las neurotecnologías, entre otros fenómenos disruptivos, ya hace presagiar la pronta iniciación de una sexta generación de normas de protección de datos.

Es la etapa de mayor impacto de las tecnologías sobre el mundo jurídico, donde no sólo se ampliaron los alcances de anteriores derechos y principios e incluso se subdividieron los preexistentes en más específicos, sino que fueron creados o incorporados otros, forzados por los nuevos fenómenos (por ejemplo, el limitado principio de responsabilidad típico de la primera generación, actualmente fue ampliado y complementado a través de conceptos tan próximos como los de *compliance*; *accountability*, rendición de cuentas o responsabilidad proactiva o demostrada; transparencia y explicabilidad –este último típico principio aplicable a los procesos de la IA).

En esta etapa, en el plano global la ONU aprobó sus “Principios que informan la privacidad y la protección de datos personales” (A/77/196)³¹, norma en la que se reconocieron los siguientes principios: a) legalidad, b) licitud y legitimidad; c) consentimiento; d) transparencia; e) finalidad; f) lealtad; g) proporcionalidad; h) minimización; i) calidad; j) responsabilidad y k) seguridad.

En el ámbito regional europeo, como se dijo, esta etapa se abre con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que es el principal pilar del esquema protectorio europeo en la materia y posee una gran potencia por ser de aplicación extraterritorial, ya que se extiende a responsables o encargados de tratamiento no establecidos en la Unión Europea que realicen tratamientos derivados de una oferta de bienes o servicios destinados a ciudadanos de la Unión o como consecuencia de una monitorización y seguimiento de su comportamiento (quienes deben designar representante en la Unión Europea, que actuará como punto de contacto de las autoridades de supervisión y de los ciudadanos).

Esta norma se estructura en 11 capítulos y 99 artículos, precedidos de 173 considerandos que explican con minuciosidad el sentido de sus reglas, al referir a los principios que rigen los tratamientos, consagra los de: a) licitud, b) lealtad, c) transparencia; d) limitación de finalidad; e) minimización de datos; f) exactitud; g) limitación del plazo de conservación; h) integridad y confidencialidad (seguridad); i) responsabilidad proactiva o demostrada (*accountability*), y j) control independiente.

29 Reglamento (UE) 2016/679 “relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos” (“Reglamento general de protección de datos”, que deroga la Directiva 95/46/CE e impone revisión Directiva 2002/58/CE). <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

30 La Inteligencia Artificial Generativa es una rama de la IA que se enfoca en la creación de contenido original a partir de datos preexistentes, siendo sus primeras aplicaciones más populares del mercado Midjourney y ChatGPT

31 A/77/196: Principios que informan la privacidad y la protección de datos personales. 20 julio 2022. <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a77196-principles-underpinning-privacy-and-protection-personal-data#:~:text=Analizaremos%20en%20particular%20los%20siguientes,y%20protecci%C3%B3n%20de%20datos%20personales>

Introduce además dos nuevos derechos -al olvido y a la portabilidad de los datos y en cuanto a las medidas específicas que prevé se encuentran las de: a) protección de datos desde el diseño; b) protección de datos por defecto; c) medidas de seguridad; d) mantenimiento de un registro de tratamientos; e) realización de evaluaciones de impacto sobre la protección de datos; f) nombramiento de un delegado de protección de datos; g) notificación de violaciones de la seguridad de los datos; h) promoción de códigos de conducta y esquemas de certificación, e i) análisis de riesgo de los tratamientos.

Sobre el consentimiento en general, exige que sea libre, informado, específico e inequívoco (mediante una declaración de los interesados o una acción positiva que indique el acuerdo, pero no puede deducirse del silencio o de la inacción), aunque para ciertos tratamientos debe además ser explícito y verificable (v.gr., datos sensibles), con reglas específicas para el caso de los menores (donde el consentimiento tiene que ser verificable y el aviso de privacidad debe restar redactado en un lenguaje que éstos puedan entender), quienes podrán consentir a partir de una edad que puede variar entre los 13 y 16 años según lo establezca cada Estado miembro.

Finalmente, en cuanto al control del cumplimiento de sus reglas, establece un procedimiento de cooperación entre las autoridades de los países involucrados en el caso, para que los afectados puedan reclamar ante sus autoridades (sistema de “ventanilla única”), eleva significativamente las sanciones y reemplaza al Grupo de Trabajo del art. 29 (GT 29) de la Directiva 95/46 por el Comité Europeo de Protección de Datos, un organismo público europeo independiente cuyo objetivo es garantizar la aplicación coherente del RGPD y está integrado por el Supervisor Europeo de Protección de Datos y todas las autoridades de protección de datos de la región.

Complementaron inmediatamente a esta portentísima norma la Directiva (UE) 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos³²; la Directiva (UE) 2016/681 relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave³³ y la Directiva (UE) 2016/1148 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión³⁴.

En 2018, ya entrando plenamente en vigencia el RGPD, se aprobó el Protocolo adicional al Convenio 108 de 1981 (Convenio 108+), por el cual se modernizó el ya antiguo convenio, estableciéndose nuevos lineamientos, entre los que se destacan los siguientes:

a) aplicación de los principios a todas las actividades de tratamiento, incluso por seguridad nacional (con las excepciones y restricciones del caso, pero bajo supervisión independiente y efectiva);

32 Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del consejo. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00089-00131.pdf>

33 Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la utilización de datos del registro de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00132-00149.pdf>

34 Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. <https://www.boe.es/doue/2016/194/L00001-00030.pdf>

- b) aplicación del principio de “privacidad por diseño”;
- c) requisitos más estrictos respecto a los principios generales sobre tratamiento de datos, como el principio de proporcionalidad y de minimización de datos;
- d) ampliación de la definición de datos sensibles, incluyendo los datos genéticos, biométricos, de afiliación sindical y sobre origen étnico;
- e) obligación de informar sobre incidentes de seguridad;
- f) reconocimiento de nuevos derechos en un contexto de decisiones algorítmicas, con impacto directo en la inteligencia artificial;
- g) mayor injerencia del principio de *accountability* para los responsables de tratamiento;
- h) actualización del régimen relativo a transferencia internacional de datos, e
- i) nuevas atribuciones y facultades de las autoridades de control y ampliación de las bases legales para la cooperación internacional.

Además de estas dos reglas sumamente trascendentales para el derecho europeo (y para los países extracomunitarios, tanto para aquellos que ratificaron el Convenio 108+ como para los que han logrado y logren la decisión de adecuación al RGPD) y ya en tren de ajustar las recientes normativas comunitarias, se sancionaron otros reglamentos y directivas comunitarias complementarias sumamente relevantes.

Respecto de los primeros, se dictaron el Reglamento (UE) 2018/1724 relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012³⁵; el Reglamento (UE) 2018/1725 (Gobernanza de datos) relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 45/2001 y la Decisión n° 1247/2002/CE³⁶, en el cual se establece un Supervisor Europeo de Protección de Datos como organismo independiente de la UE que se encarga de supervisar la aplicación de las normas sobre protección de datos en las instituciones europeas y de investigar las denuncias y el Reglamento (UE) 2022/868 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos)³⁷.

En cuanto a las segundas, se aprobaron la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE³⁸; la Directiva (UE) 2019/1024 relativa a los datos abiertos y

35 Reglamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2 de octubre de 2018 relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas y por el que se modifica el Reglamento (UE) n. 1024/2012. <https://www.boe.es/doue/2018/295/L00001-00038.pdf>

36 Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 45/2001 y la Decisión n° 1247/2002/CE. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-81849>

37 Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-80835>

38 Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00092-00125.pdf>

la reutilización de la información del sector público³⁹; la Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión⁴⁰, la Directiva (UE) 2022/2555 (Directiva SRI2), relativa a las medidas para un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión⁴¹, el Reglamento (UE) 2022/1925, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales)⁴² y el Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico (Reglamento de Servicios Digitales)⁴³.

Independientemente de estas normas, en 2022 la OCDE aprobó su “Declaración sobre un futuro digital fiable, sostenible e inclusivo” (OECD, 2022) y en 2023 el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión aprobaron la “Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital” (2023/C 23/01)⁴⁴, donde en sus seis capítulos se propugna: a) una transformación digital centrada en las personas; b) solidaridad e inclusión; c) libertad de elección; d) participación en el espacio público digital; e) seguridad, protección y empoderamiento, y f) sostenibilidad.

La marcada preocupación que provocaron especialmente los disruptivos desarrollos que se venían gestando en el campo de la *GenAI* y en las neurotecnologías provocó que en todo el orbe se dictaran recomendaciones y regulaciones de todo tipo y fuente entre las cuales la Comisión Europea lanzó en 2018 sus “Directrices éticas para una IA fiable”⁴⁵, y más recientemente, ante la aparición en el mercado de múltiples aplicaciones que utilizan *GenAI* en los tratamientos, la Comisión Europea propuso un Reglamento “por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión”⁴⁶ y más recientemente, ante la aparición en el mercado de múltiples aplicaciones que utilizan *GenAI* en los tratamientos, la Unión

39 Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público (versión refundida). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32019L1024>

40 Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. <https://www.boe.es/doi/2019/305/L00017-00056.pdf>

41 Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) n° 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Directiva SRI 2). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81963>

42 Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32022R1925>

43 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32022R2065>

44 Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01))

45 Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Directrices éticas para una IA fiable, Oficina de Publicaciones, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078>

46 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>

Europea adoptó un “Reglamento de Inteligencia Artificial”⁴⁷ cuyo objetivo es introducir un marco normativo y jurídico único para los sistemas de inteligencia artificial.

La norma en cuestión se propone abordar los riesgos creados específicamente por las aplicaciones de IA; prohibir las prácticas de IA que plantean riesgos inaceptables; determinar una lista de aplicaciones de alto riesgo; establecer requisitos claros para los sistemas de IA para aplicaciones de alto riesgo; definir obligaciones específicas para implementadores y proveedores de aplicaciones de IA de alto riesgo; exigir una evaluación de conformidad antes de la puesta en servicio o la introducción en el mercado de un sistema de IA determinado; poner en marcha la supervisión después de la introducción en el mercado de un sistema de IA determinado y establecer una estructura de gobernanza a nivel europeo y nacional⁴⁸.

En concreto, los aspectos centrales de la norma se refieren a los siguientes tópicos:

1. Objetivos y ámbito de aplicación: se aplica a los sistemas de IA en el mercado de la UE o utilizados en ella, afectando tanto a proveedores como a usuarios.
2. Definición de sistemas de IA: sistemas basados en máquinas con distintos niveles de autonomía y adaptabilidad.
3. Sistemas de alto riesgo: deben cumplir criterios rigurosos de calidad y seguridad, incluyendo gestión de riesgos y transparencia para garantizar que no presenten riesgos inaceptables.
4. Prohibiciones de ciertos usos: se prohíbe, entre otros, la manipulación subliminal que pueda causar daño.
5. Supervisión y control: las autoridades nacionales y la Oficina de IA supervisarán el cumplimiento del reglamento, con facultades para investigar y sancionar.
6. Consejo de IA: compuesto por representantes de los Estados miembros, un grupo de expertos científicos para integrar a la comunidad científica y un foro consultivo para facilitar las aportaciones de las partes interesadas a la aplicación del presente Reglamento, asesorará y asistirá a la Comisión y a los Estados miembros en la aplicación coherente y eficaz de la ley.
7. Participación de expertos científicos: un grupo de expertos apoyará a la Oficina de IA en evaluación de riesgos y clasificación de modelos.
8. Espacios controlados de pruebas: se fomentará la innovación y se permitirán pruebas de sistemas de IA en un entorno regulado.
9. Transparencia y comunicación: los sistemas de alto riesgo deben proporcionar instrucciones claras a los usuarios.
10. Conservación de registros: se deben registrar automáticamente los eventos relevantes a lo largo de su ciclo de vida.
11. Evaluación de impacto de protección de datos: los responsables deben realizar tales evaluaciones de impacto.
12. Responsabilidad y sanciones: se establecen sanciones por infracciones, incluyendo multas efectivas, proporcionadas y disuasorias.
13. Apoyo a la innovación: se fomenta la innovación con espacios de pruebas y apoyo a las pymes.

47 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202401689

48 Comisión Europea, Configurar el destino digital de Europa. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/regulatory-framework-ai>

14. Compatibilidad con otras normas: este Reglamento no afecta a prácticas prohibidas por otras normativas de la UE.
15. Orientación y apoyo a microempresas: a través del cumplimiento simplificado de ciertas exigencias del sistema de gestión de calidad.
16. Acceso a datos de calidad: se promueve el acceso a datos de alta calidad y la creación de repositorios de datos abiertos.
17. Confidencialidad y protección de datos: se garantiza la confidencialidad de la información y de los datos obtenidos en funciones relacionadas con la IA.
18. Interoperabilidad y estándares: se fomenta el uso de normas armonizadas y especificaciones comunes.
19. Alfabetización en IA: se promueve la alfabetización y el diseño inclusivo y diverso de los sistemas de IA.
20. Ciberseguridad: se deben cumplir con estándares de ciberseguridad para protegerse contra ataques y garantizar la integridad de los datos.
21. Capacitación: se debe incentivar la formación continua en IA para profesionales de la industria.
22. Protección contra los sesgos algorítmicos: se deben implementar mecanismos para identificar y corregir sesgos en los algoritmos, asegurando la adopción de decisiones justas.
23. Iniciativas de igualdad de género y diversidad: se promueve la aplicación de las perspectivas de género y diversidad, minimizando los sesgos y las discriminaciones.
24. Efectos sobre el empleo: se debe evaluar el impacto del empleo de la IA en el empleo y se deben desarrollar políticas para mitigar los efectos adversos, promoviendo la creación de nuevos puestos de trabajo.
25. Impacto ambiental: se fomenta el desarrollo de sistemas que contribuyan a la sostenibilidad y protección del medio ambiente.
26. Consultas públicas y participación ciudadana: se incentiva la participación de ciudadanos y organizaciones en la elaboración de políticas y normativas.
26. Responsabilidad y reparación de daños: se establecen mecanismos claros para la responsabilidad y reparación de daños causados por sistemas de IA, proporcionando vías legales para las víctimas.
27. Colaboración internacional: se impone a la UE propender a la armonización de las regulaciones con estándares internacionales, facilitando la colaboración global.
28. Entrada en vigor: la mayoría de las disposiciones entrarán en vigor a partir del 02/08/26, mientras que algunas prohibiciones lo harán desde el 02/02/25.

En las Américas, en este período se dictaron cuatro normas de *soft law* sumamente relevantes que impactan en la región.

En primer lugar, en el ámbito de la OEA los “Principios sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales”, de 2015 fueron actualizados en 2021, reconociéndose los de: a) finalidades legítimas y lealtad; b) transparencia y consentimiento; c) pertinencia y necesidad; d) tratamiento y conservación limitados; e) confidencialidad; f) seguridad de los datos; g) exactitud de los datos; h) acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad; i) datos personales sensibles; j) responsabilidad; k) flujo transfronterizo de datos y responsabilidad; l) excepciones al régimen y m) autoridades de protección de datos independientes.

En segundo término, y ya en el plano de las autoridades nacionales de control reunidas en la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD), en 2017 se aprobaron los “Están-

dares de protección de datos personales para los estados iberoamericanos”⁴⁹, los que siguen esencialmente el molde del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, aunque no se reconocen exactamente los mismos derechos (v.gr., no incluye el “derecho al olvido”, cuya compatibilidad con el sistema interamericano ha sido puesta en duda por la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión IDH).

En tercer lugar y cuarto lugar, también en 2019, la RIPD aprobó conjuntamente dos documentos muy significativos. El primero, sus “Recomendaciones generales para el tratamiento de datos en la inteligencia artificial” (RIPD, 2019a), que alude en concreto a las siguientes: a) cumplir con las normas locales sobre tratamiento de datos personales; b) efectuar estudios de impacto de privacidad; c) incorporar la privacidad, ética y seguridad desde el diseño y por defecto; d) materializar el principio de responsabilidad demostrada (*accountability*); e) diseñar esquemas apropiados de gobernanza de tratamiento de datos personales en las organizaciones que desarrollan productos de IA; f) adoptar medidas para garantizar los principios del tratamiento de datos personales en los proyectos de IA; g) respetar los derechos de los titulares de datos e implementar mecanismos efectivos para el tratamiento de los mismos; h) asegurar la calidad de los datos personales; i) utilizar herramientas de anonimización, y j) incrementar la confianza y la transparencia con los titulares de datos personales. El segundo, complementando estas recomendaciones, aprobó sus “Orientaciones específicas para el cumplimiento de los principios y derechos que rigen la protección de los datos personales en los proyectos de inteligencia artificial” (RIPD, 2019b).

A la preocupación generada por los tratamientos de datos por los crecientes y cada vez más complejos sistemas de inteligencia artificial se agregó recientemente la necesidad de reconocer nuevos derechos frente al desarrollo de las neurotecnologías, que actualmente permiten intervenir en el cerebro con la implantación de neurodispositivos intracraneales con múltiples posibilidades de brindar beneficios terapéuticos, pero que a la vez conllevan riesgos concretos para las personas tanto por la manipulación de las habilidades cognitivas como por el indebido tratamiento de sus datos neuronales y de toda la información que puede ser inferida a través de la actividad cerebral captada.

Así, como lo refiere doctrina autorizada:

Son varios países, organizaciones internacionales y organismos regionales, como se verá más adelante, los que han adelantado varias iniciativas de neuroderechos. Al respecto, Chile, Brasil, Argentina, España, Francia y México son algunos ejemplos de Estados que han adoptado, o están adelantando, proyectos al respecto. A nivel internacional, la Organización de Naciones Unidas, en sede de la UNESCO y la Asamblea General, ha adelantado y encomendado estudios en materia de neurociencias y derechos humanos. En organismos regionales, por su parte, la Organización de Estados Americanos, y particularmente el Comité Jurídico Interamericano, ha realizado declaraciones y emitido unos principios interamericanos en la materia. Por último, el Parlamento Latinoamericano y Caribeño (en adelante Parlantino), promulgó una Ley Modelo para que los países miembros cuenten con las bases para legislar en dicha materia (Borbón et al., 2023, 230).

A esto cabe agregar que en 2021 Chile reformó en su constitución, incorporando a su art. 19, inc. 1 una regla -la primera de ese rango en el mundo- por la cual se dispone: “El de-

49 Estándares de protección de datos personales para los Estados Iberoamericanos. <https://www.redipd.org/es/documentos/estandares-iberoamericanos>

sarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella” y que en la “Ley Modelo de Neuroderechos para Latinoamérica y el Caribe” emitida por el Parlatino en 2023⁵⁰, se reconocen los derechos a: a) la privacidad mental; b) la identidad y autonomía personal; c) el libre albedrío y la autodeterminación; d) el acceso equitativo a la aumentación cognitiva o al desarrollo cognitivo; e) la protección de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones; f) no ser objeto de cualquier forma de intervención de las conexiones neuronales o cualquier forma de intrusión a nivel cerebral mediante el uso de neurotecnología, interfaz cerebro computadora o cualquier otro sistema o dispositivo, sin contar con el consentimiento libre, expreso e informado, de la persona o usuario del dispositivo, inclusive en circunstancias médicas, y g) no ser sujeto involuntario o no informado, de cualquier proceso o actividad que pueda de alguna manera interferir en los procesos cognitivos del individuo.

Ya pasando a los ámbitos nacionales, en los Estados Unidos si bien a nivel federal hasta el momento sólo existen proyectos para la adopción de una norma general de protección de datos al estilo europeo, en 2018 se aprobó la “Ley de Clarificación del Uso de Datos en el Extranjero” (*CLOUD Act*) que modifica las leyes de vigilancia informática, facilitando el acceso de las agencias de seguridad a los contenidos de las comunicaciones electrónicas y otros datos relacionados, incluso almacenados en el extranjero, permitiendo a los proveedores de servicios de internet norteamericanos colaborar con los procesos y órdenes judiciales del exterior que requieran datos de comunicaciones almacenados en el país, en la medida en que el de origen haya celebrado un acuerdo con los Estados Unidos.

En el plano de los estados federados, han dictado normas generales sobre protección de datos y privacidad o respecto del consumidor: Nevada (2017, con reformas en 2019 y 2021), California (“California Consumer Privacy Act” vigente desde 2020 y reformada por la “California Privacy Rights Act”, vigente desde 2023), Colorado (“Colorado Privacy Act” vigente desde 2023), Delaware (“Delaware Personal Data Privacy Act”, vigente desde 2025), Indiana (“Indiana Consumer Data Protection Act”, vigente desde 2026), Iowa (“Iowa Consumer Data Protection Act”, vigente desde 2025), Kentucky (“Kentucky Consumer Data Protection Act”, vigente desde 2026), Montana (“Montana Consumer Data Privacy Act”, vigente desde 2024), Nebraska (“Nebraska Privacy Act”, vigente desde 2025), New Hampshire (SB 255, vigente desde 2025), New Jersey (SB 332, vigente desde 2025), Oregon (“Oregon Consumer Privacy Act”, vigente desde 2024), Tennessee (“Tennessee Information Protection Act”, vigente desde 2025), Texas (“Texas Data Privacy and Security Act”, vigente desde 2025), Utah (“Utah Consumer Privacy Act”, vigente desde 2023), y Virginia (“Virginia Consumer Data Protection Act” vigente desde 2023).

En el Caribe se han aprobado leyes en Bermuda (2016), Islas Cayman (2017) y Saint Kitts & Nevis (2018), y ya en el ámbito latinoamericano se destaca en este período la adopción de normas constitucionales en Chile (2018, art. 19, inc. 4 y reforma de 2021, art. 19, inc. 1) y Cuba (2019, art. 97), y en el plano legal las leyes emitidas en México (2017), Brasil (2018), Panamá (2019), Paraguay (2020) y Ecuador (2021).

50 Ley modelo de neuroderechos para América Latina y el Caribe. <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/leym-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

5. CONCLUSIONES

La sucesión de las etapas habidas en el constitucionalismo tuvo, sin duda alguna, un importante impacto en la evolución de las generaciones de derechos humanos, donde si bien su mayor desarrollo se verificó particularmente a partir del ingreso al constitucionalismo internacional, a mediados del siglo pasado, se hizo mucho más patente a partir del “constitucionalismo de la 5ª Revolución industrial”, donde los avances tecnológicos provocaron, entre muchos otros efectos, la aparición de los “derechos digitales” y dentro de ellos, del derecho a la protección de datos, áreas en las que, especialmente en lo que va del siglo, han fructificado en numerosos derechos y principios –en buena parte “técnicos”- tendientes tanto a preservar a las personas de los efectos perniciosos de las nuevas tecnologías como a gozar efectivamente y sin discriminación alguna de los beneficios de éstas, lo que actualmente tiene un campo de acción fecundo por ejemplo, en lo que atañe a la GenIA y a los neuroderechos. Este trabajo pretendió mostrar esas evoluciones y sus principales productos, objetivo que esperamos haber alcanzado satisfactoriamente.

6. REFERENCIAS

- Agencia Española de Protección de Datos (2009). *Estándares internacionales sobre protección de datos personales y privacidad. Resolución de Madrid*. https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/09-11-05_madrid_int_standards_es.pdf
- Bidart Campos, G. J. (1991). Repensando las garantías constitucionales. *La Ley*, B-977/978.
- Borbón, D., Borbón, L., Mora-Gómez, X., & Villamil-Mayoral, S. (2023). El preocupante clausulado de la Ley Modelo de Neuroderechos del Parlatino. *Ius et scientia*, 9(2). <https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.11>
- Carranza Torres, L. (2001). *Hábeas data: la protección jurídica de los datos personales*. Alveroni Ediciones.
- Comité Jurídico Interamericano (2015). Guía legislativa sobre la privacidad y la protección de datos personales en las Américas (Adoptada por el Comité Jurídico Interamericano). https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/proteccion_datos_personales_Guia_Legislativa_CJI.pdf
- Council of Europe (2001). *Protocolo adicional al convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos*. STE 181. <https://rm.coe.int/16806c1abe>
- Council of Europe (2001). *Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos*. Council of Europe. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_consejo_europeo.pdf
- Cumbre Iberoamericana (2003). *Declaración de Santa Cruz de la Sierra*. XIII Cumbre Iberoamericana de jefes de estado y de gobierno. 14 y 15 de noviembre de 2003. <https://www.segib.org/wp-content/uploads/DeclaraciondeSantaCruz.pdf>
- Estadella Yuste, O. (1995). *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*. Tecnos.
- Fappiano, Ó. L. (1998). *Hábeas data: una aproximación a su problemática*. En: *Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio* (pp. 643 y 666). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Lázpita Gurtubay M. (1994). Análisis comparado de las Legislaciones sobre Protección de Datos de los Estados Miembros de la Comunidad Europea. *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, 6-7, 394-420. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/248383.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (2021). *Principios actualizados sobre la privacidad y la protección de datos personales*. Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA. https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Publicacion_Proteccion_Datos_Personales_Principios_Actualizados_2021.pdf
- OECD (2013). *Recommendation of the Council concerning guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data*. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0188>
- OECD (2022). *Declaración sobre un futuro digital fiable, sostenible e inclusivo*. <https://legalinstruments.oecd.org/api/download/?uri=/public/f347ae7c-4e38-4e7a-8d29-af489cff-b84e.pdf>
- Pitt, W. (1806-1820). Speech on the Excise Bill. In: T. C. Hansard (ed.). *The Parliamentary History of England from the Earliest Period to the Year 1803*, 23 vols., London, vol. 15 (1753-1765), pág. 1307.
- Red Iberoamericana de Protección de Datos (2017). *Estándares de protección de datos personales*. RIPD. https://www.redipd.org/sites/default/files/inline-files/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf
- Red Iberoamericana de Protección de Datos (2019a). *Recomendaciones generales para el tratamiento de datos en la Inteligencia Artificial*. RIPD. <https://www.redipd.org/sites/default/files/2020-02/guia-recomendaciones-generales-tratamiento-datos-ia.pdf>
- Red Iberoamericana de Protección de Datos (2019b). Orientaciones específicas para el cumplimiento de los principios y derechos que rigen la protección de los datos personales en los proyectos de Inteligencia Artificial. RIPD. <https://www.redipd.org/sites/default/files/2020-02/guia-orientaciones-espec%C3%ADficas-proteccion-datos-ia.pdf>
- Sagüés, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Astrea, Buenos Aires.
- Warren, S., & Brandeis, L. (1890). *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, 4(5), 193–220. <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>

¿Cuándo se afecta el interés social? Reflexiones sobre el amparo provisional a la luz del Constitucionalismo del Bien Común

When is the social interest affected? Reflections on the
provisional protection in the Amparo trial in light of
Common Good Constitutionalism

Isidro E. Muñoz Acevedo

Isidro E. Muñoz Acevedo

Magistrado. Poder Judicial de la Federación
México
magistradomunoz@outlook.com

Recibido: 01 - 05 - 2024

Aceptado: 09 - 06 - 2024

Publicado en línea: 13 - 07 - 2024

Cómo citar este texto

Muñoz Acevedo, I. E. (2024). ¿Cuándo se afecta el interés social? Reflexiones sobre el amparo provisional a la luz del Constitucionalismo del Bien Común. *Ratio Decidendi*, año 1, n. 1, 1-22. <https://doi.org/10.21555/rd.2024.3150>



Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Attribution -NonCommercial-ShareAlike
4.0 International.

RESUMEN

La suspensión en el juicio de amparo –mejor entendida como un amparo provisional– se encuentra supeditada a que “no se siga perjuicio al interés social”. Sin embargo, ¿cuándo y por qué razones podríamos considerar que se afecta al interés social? El presente artículo pretende dar respuesta a esta interrogante a partir del Constitucionalismo del Bien Común. Así, se argumentará que dicha teoría constitucional permite dotar de un significado sustantivo al interés social que posibilita reconocer la dignidad de todos los miembros de la sociedad y resulte congruente con los derechos humanos. Razonaremos que el interés social: (I) no se traduce en el beneficio de muchos, en perjuicio de unos pocos; (II) no se opone a los derechos humanos, ya que estos derechos lo conforman; y (III) no es un cheque en blanco para arropar cualquier preferencia subjetiva que la autoridad desee imponer a la sociedad.

Palabras clave: Interés social, Bien común, Constitucionalismo del Bien Común, Medidas tutelares, Juicio de amparo, Amparo provisional, Derechos humanos.

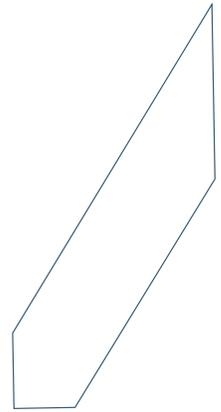
ABSTRACT

The suspension in the amparo trial—better understood as a provisional injunction or protection—is contingent upon “no harm being done to the social interest.” However, when and for what reasons could we consider that the social interest is affected? This article aims to answer this question from the perspective of Common Good Constitutionalism. Thus, it will be argued that this constitutional theory allows for a substantive understanding of the social interest that recognizes the dignity of all members of society and is consistent with human rights. It will be argued that the social interest: (I) does not translate into the benefit of many at the expense of a few; (II) does not oppose human rights, as these rights constitute it; and (III) is not a blank check to endorse any subjective preference that the authorities wish to impose on society.

Keywords: Social interest, Common Good, Common Good Constitutionalism, Protective measures, Amparo trial, Provisional injunction, Provisional protection, Human rights.

CONTENIDO

Introducción y metodología. 1. El Constitucionalismo del Bien Común como fundamento teórico para (re)interpretar el concepto del interés social. 1.1. Premisas básicas del Constitucionalismo del Bien Común. 1.2. La interpretación del concepto de interés social a la luz del Constitucionalismo del Bien Común. 2. El bien común atiende a aspectos cualitativos y no cuantitativos. 3. El bien común no constituye una restricción a los derechos humanos. 3.1. El bien común en la jurisprudencia mexicana. 4. El nombre no hace al bien común. 5. Conclusiones. 6. Referencias. 7. Jurisprudencia.



INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Conforme al artículo 107, fracción X, de la Constitución mexicana, la suspensión en el juicio de amparo, mejor entendida como “un amparo provisional o provisorio [en tanto anticipa los efectos protectores de la sentencia definitiva]” (SCJN, 2016), se encuentra supeditada a que la persona juzgadora realice un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del “interés social”. Por su parte, el precepto 128 de Ley de Amparo establece que dicha protección anticipada se decretará siempre y cuando la solicite la parte quejosa y “no se siga perjuicio al interés social”.

Recientemente la noción del interés social ha recibido una atención significativa por parte del poder político como fundamento para criticar al Poder Judicial Federal. El Presidente de la República ha cuestionado la legalidad de diversas suspensiones o amparos provisorios –concedidos contra leyes o proyectos claves del Gobierno Federal en turno–, por resultar presuntamente contrarios al interés social, ya que: “[se debe] defender el interés general [y no] el interés de particulares [reforma a la Ley de la Industria Eléctrica]” (lopezobrador.org.mx, 2021); no deberían “imponerse los intereses particulares [...] por encima del interés general [construcción del Tren maya]” (Arista, 2022); o bien, porque en estos casos lo que se debe “poner por delante [es] el interés de la Nación [suspensión contra la construcción del aeropuerto de Santa Lucía]” (Ortega, 2019).

Asimismo, el Presidente presentó una iniciativa de reforma a la Constitución Federal –en, concreto al Poder Judicial Federal– en la que se propone que el llamado Tribunal de Disciplina cuente con la facultad de investigar y sancionar a las personas juzgadoras del fuero federal cuando incurran en actos u omisiones que “resultan contrarios [...] al interés público” (Iniciativa del Ejecutivo Federal, 2024). Por otra parte, el Congreso de la Unión recientemente reformó la Ley de Amparo (Decreto por el que se reforman los artículos 129 y 148 de la Ley de Amparo, 2024) para prohibir que los amparos provisionales tengan efectos generales, así como establecer supuestos taxativos que no son susceptibles de tutela anticipada, ya que “la suspensión del acto reclamado, bajo ningún motivo, debe afectar el interés social” (Dictamen, 2024).

Aludimos a los anteriores ejemplos no para atender a una cuestión política, sino para reflexionar sobre una cuestión subyacente a este tipo de expresiones y que resulta de considerable importancia para el Estado de Derecho: ¿cuándo y por qué razones podríamos considerar que la concesión del amparo provisional resulta contraria al interés social? Esta pregunta no es menor, pues la determinación de si las decisiones tutelares en materia de amparo resultan contrarias al interés social, atañe al debido entendimiento y aplicación de la Constitución Federal. Y es el hecho de que no podremos estar en aptitud de juzgar si una determinada medida tutelar atenta o no contra el interés social, si no entendemos, precisamente, qué constituye tal interés.

Este será el objeto del presente escrito: generar un entendimiento más sólido –y congruente con los derechos humanos– respecto a lo que constituye el interés social. Para ello acudiremos al Constitucionalismo del Bien Común –*Common Good Constitutionalism*–, en tanto dicha teoría constitucional provee una verdadera riqueza argumentativa respecto a qué constituye –y, sobre todo, qué no puede constituir– el bien común. A su vez, argumentaremos que la noción abstracta del interés social es una expresión jurídica que tiene cabida dentro de la noción más amplia del bien común. De ahí que un adecuado entendimiento de lo que constituye el bien común, conllevará, a su vez, a un adecuado entendimiento de lo que genuinamente constituye el interés social.

Así, nos proponemos, a partir de tal teoría constitucional, brindar algunas pautas que permitan, tanto a las personas juzgadoras, como a las partes, determinar los casos en que, auténtica o genuinamente exista una afectación al interés social de concederse el amparo provisorio. El interés social es un concepto constitucional relevante pues tiene el alcance de im-

pedir que las juezas y jueces federales puedan conceder medidas provisionales de tutela de los derechos humanos —una vez ponderado tal interés con la apariencia del buen derecho.

Es por ello que consideramos que el interés social no puede ser banalizado ni reducido a cualquier beneficio colectivo o público. Sobre todo, estimamos que el interés social no puede significar el sacrificio del bienestar de unos pocos para el beneficio de muchos. Necesitamos dotar al interés social de un significado que reconozca y respete la dignidad de todos y cada uno de los miembros de la sociedad. Cuánto más si, como se ha razonado, el entendimiento de tal concepto tiene implicaciones directas en la posibilidad misma de otorgar una protección provisional a los derechos humanos a través del juicio de amparo.

En esa lógica, argumentaremos que la noción del interés social no debe basarse en cálculos utilitaristas o agregativos —esto es, como la prevalencia del interés o el bien de los muchos, sobre el bien de los pocos—; que el interés social no es tal simplemente porque emane del poder público, ni porque el poder público le dé tal denominación —es una cuestión cualitativa, no meramente nominal—; más importante aún, que resulta desacertado concebir al interés social y a los derechos humanos en términos de oposición o exclusión —precisamente, porque los derechos humanos son parte constitutiva del interés social.

Luego, la metodología que seguirá el presente artículo será la siguiente:

- En primer lugar, se explicarán brevemente los postulados principales del Constitucionalismo del Bien Común y las razones por las cuales resulta sumamente *útil acudir a tal teoría* para (re)interpretar el concepto de interés social previsto en la Constitución mexicana.
- En segundo lugar, a partir del Constitucionalismo del Bien Común, se establecerán las razones por las cuales el interés social, entendido de mejor manera como el bien común, es una cuestión eminentemente cualitativa y no simplemente cuantitativa —lo cual excluye su determinación bajo enfoques utilitaristas o agregativos—;
- En tercer lugar, se razonará por qué resulta errado pensar que el bien común resulta contrario o está por encima de los derechos humanos. A partir del Constitucionalismo del Bien Común se argumentará que los derechos humanos no se oponen al bien común, ya que tales derechos son parte constitutiva del bienestar de la comunidad. Es decir, no hay bien común sin derechos humanos; y
- En cuarto lugar, se argumentará que el carácter cualitativo del bien común excluye su determinación meramente nominada. No basta que la autoridad responsable, al emitir su actuar o al promulgar la norma general reclamada, califique a una determinada medida gubernamental como de interés social, pues más allá de tal calificativa, es indispensable verificar si el actuar público atiende al bien de la comunidad, como un todo —lo cual requiere confrontar la apariencia del buen derecho con el acto reclamado.

1. EL CONSTITUCIONALISMO DEL BIEN COMÚN COMO FUNDAMENTO TEÓRICO PARA (RE) INTERPRETAR EL CONCEPTO DEL INTERÉS SOCIAL

En este apartado se expresarán, primeramente, las notas distintivas del Constitucionalismo del Bien Común y, posteriormente, se razonará por qué la noción del bien común, conforme a tal teoría constitucional, resulta verdaderamente útil para generar un correcto entendimiento de lo que, genuinamente, constituye el interés social. El interés social es un concepto de índole constitucional y, por ello, su determinación o identificación debe realizarse a la luz de una teoría constitucional. Cuánto más si es susceptible de limitar la posibilidad misma de conceder una protección anticipada en el juicio de amparo. El interés social, por ende, no

puede ser un cheque en blanco para frustrar que las juezas y jueces de amparo dicten medidas provisionales contra el actuar público que se estima contrario a los derechos humanos.

El interés social, razonaremos, implica un bien atinente a todos y cada uno de los miembros de la comunidad política. De hecho, tiende a la más alta realización de la persona en comunidad. Por ende, tal concepto constitucional no debe dar cabida a restringir de manera amplia el derecho a la justicia tutelar en materia de derechos humanos, meramente porque el acto reclamado depare un determinado “beneficio colectivo” –esto es, bajo razones utilitaristas que desplacen los derechos de unos pocos para el bien de los muchos.

Como se desarrollará en este artículo, un acto de autoridad que sea de interés social debe resultar benéfico para todos y cada uno los miembros de la comunidad, valorados deontológicamente como iguales. La concesión del amparo provisional únicamente debería ser negada por buenas razones; por razones de peso. Por ello, el interés social no puede ni debe equipararse a cualesquiera intereses colectivos, mayoritarios o “estatales”. El interés social no es la suma de intereses individuales. Por el contrario, el interés social se actualiza cuando el acto reclamado conlleva un beneficio para la sociedad, en su conjunto, en tanto atienda a lograr la plena realización de la persona en comunidad.

1.1. Premisas básicas del Constitucionalismo del Bien Común

El Constitucionalismo del Bien Común es una teoría propuesta por el profesor de Harvard Adrian Vermeule que pretende oponerse a dos grandes aproximaciones dominantes en el Derecho constitucional norteamericano: el progresismo y el originalismo. Frente a estas dos principales corrientes de interpretación constitucional –dentro de las cuales oscila la interpretación constitucional–, el Constitucionalismo del Bien Común se presenta como una postura “constitucionalista clásica que, pese a no encontrarse esclavizada al significado original de la Constitución, rechaza a su vez la narrativa sacramental del progresismo y la expansión incesante de la autonomía individual” (Vermeule, 2022, p. 36).

Así, conforme al Constitucionalismo del Bien Común, las normas constitucionales deberían interpretarse de tal manera que permitan a las autoridades

promover la prosperidad [flourishing] de la comunidad política a través de la promoción del clásico tríptico de paz, justicia y abundancia, así como sus equivalentes modernos. Estos incluyen la salud, la seguridad y una relación correcta con el medio ambiente (Vermeule, 2022, p. 36).

Acorde a Vermeule:

En un mundo globalizado que se relaciona con el entorno natural y biológico de una manera profundamente desordenada, un Estado justo es aquel que tiene amplia autoridad para proteger al vulnerable de los estragos de las pandemias, los desastres naturales, el cambio climático y las estructuras subyacentes del poder corporativo que contribuyen a estos eventos (Vermeule, 2022, p. 37).

De ahí que la finalidad principal de esta teoría constitucional

[N]o consiste en maximizar la autonomía individual o minimizar el abuso de poder [...] Más bien pretende garantizar que el gobernante cuente, tanto con la capacidad, como el deber de gobernar bien (Vermeule, 2022, p. 37).

En la búsqueda de tal finalidad, el Constitucionalismo del Bien Común expresa la idea de que

El propósito fundamental del constitucionalismo es la obtención de lo que resulta bueno y justo para la comunidad política, como un todo, en lugar del interés particular del gobernante o la [ampliación] de la autonomía del gobernado (Welikala, 2024).

Es por ello que esta teoría constitucional se presenta como “una explicación antipositivista que vincula íntimamente el derecho con la moral” (Foran, 2023a, p. 1010). No es posible darle sentido al Constitucionalismo del Bien Común a menos que comprendamos que esta teoría parte de una “ordenanza de la razón dirigida hacia el bien común y que ha sido promulgada por una autoridad política legítima” (Foran, 2023a, p. 1010).

Esto implica asumir una redacción moral de la Constitución y, específicamente, una visión sustantiva del bienestar humano. Constituye una postura crítica a la supuesta neutralidad que persiguen las visiones libertarias, ya que, por una parte, el constitucionalismo de corte liberal, de hecho, no se ha mantenido neutral en cuanto a la vida de las personas y, por otra, porque

Sus intentos de permanecer neutral han frustrado el desarrollo de un constitucionalismo que, consciente e inequívocamente, persiga la plena realización de todos los miembros de una comunidad política (Foran, 2022, p.2).

Como lo explica el profesor Sandel puede que “no resulte posible, ni deseable deliberar sobre la justicia sin deliberar sobre la buena vida” (Sandel, 2009, p. 242), ya que “[n]o siempre es posible definir nuestros derechos o deberes sin abordar cuestiones morales sustantivas; e incluso cuando ello sea posible, es probable que tampoco resulte deseable” (Sandel, 2009, p. 220). La incapacidad de abordar, en términos constitucionales, las preocupaciones relacionadas con la desigualdad económica, el cambio climático y el florecimiento de las comunidades y personas, ha resultado en un creciente rechazo de un constitucionalismo cuya preocupación principal sea maximizar la autonomía del individuo, favoreciendo en su lugar a uno que resulte conducente al bien común (Foran, 2022, p. 2).

Ahora, como se ha anticipado, el propósito del presente artículo no es establecer alguna defensa específica del Constitucionalismo del Bien Común. Más bien, se estima que esta teoría constitucional resulta sumamente valiosa para generar un adecuado entendimiento de lo que, efectivamente, constituye el interés social –lo cual será materia de análisis en los siguientes apartados del presente artículo. Así, uno podría coincidir con lo que constituye el bien común desde la óptica de esta teoría constitucional y, sin embargo, tener una concepción propia respecto al papel que el bien común debe tener en la división de poderes, el ejercicio de la gobernanza y el control judicial. De ahí que en este apartado simplemente nos hemos limitado a realizar un análisis meramente descriptivo del Constitucionalismo del Bien Común.

1.2. La interpretación del concepto de interés social a la luz del Constitucionalismo del Bien Común

Una vez precisado lo anterior, estimamos que la determinación de lo que efectiva y realmente constituye el bien común, a la luz de la referida teoría constitucional, resulta verdaderamente útil para dotar al interés social de un significado que, desde la óptica constitucional, justifique que pueda negarse el amparo provisional. El interés social, como hemos anticipado, no puede significar cualquier interés por el mero hecho de ser “colectivo” o “público”, sino que únicamente será tal cuando tienda a la prosperidad de todos y cada uno sus miembros, valo-

rados como iguales. En suma, un determinado acto de autoridad será de interés social cuando resulte auténticamente benéfico para la comunidad, entendida como un todo.

Es por ello que estimamos que resulta verdaderamente útil que el interés social se (re) interprete a la luz del Constitucionalismo del Bien Común. Máxime que tal ejercicio interpretativo resulta plenamente coincidente con los propios postulados y fines prácticos a que aspira dicha teoría constitucional. Como señala Vermeule, el bien común no es un concepto legal novedoso ni ajeno al constitucionalismo contemporáneo, ya que, de hecho, ha estado inmerso en nuestra tradición legal occidental, ya sea:

[C]omo el objeto del *ius commune* de atender al *bonum commune* (bien común) y el *utilitas rei publicae* (interés público), o bien, bajo las formas de “bienestar general”, “bien público” y el “interés público” empleadas de manera cotidiana en el Derecho constitucional, legal o administrativo moderno. El concepto [del bien común] ha sido largamente empleado como [...] uno de los fundamentos del Derecho (Vermeule, 2022, p. 30).

Al final de cuentas, “todo acto legítimo de gobierno tiene que trabajar con alguna concepción del bien común, esto es ineludible” (Vermeule, 2022, p 14). Lo cual resulta aún más evidente –como acontece frecuentemente en materia administrativa o constitucional– cuando los Tribunales se ven en la necesidad de interpretar normas jurídicas que

Aluden en términos abstractos al ‘bienestar público’, al ‘interés público’ o a otras formulaciones [análogas]. Tales preceptos, simplemente, hacen que lo implícito [ius] se vuelva explícito al incorporar el bien común dentro de los términos mismos de la ley [lex] (Vermeule, 2022, p.15).

Y es el hecho de que, como se ha razonado, tales conceptos jurídicos abstractos tienen que interpretarse de alguna forma u otra, de ahí que los Tribunales cuentan la opción de “dotarlos de un significado sustantivo” (Vermeule, 2022, p. 15).

Como se aprecia, el bien común no es una noción extraña para los jueces y abogados. Los textos legales e incluso constitucionales frecuentemente hacen alusión a conceptos tales como: “interés social”, “bienestar general”, “interés público”, “orden público”, “bienestar público”, “paz pública” u otros afines. Ante esa necesidad interpretativa “el enfoque del bien común, que ha sido desarrollado en el Derecho por más de dos siglos, es la mejor manera de construir [el entendimiento de tales conceptos]” (Casey & Vermeule, 2022, p.109). Conforme a lo anterior, concluimos que el empleo de dicha teoría constitucional resulta del todo útil para desentrañar el significado sustantivo que debe darse al concepto abstracto de “interés social” previsto en el artículo 107, fracción X, de la Constitución mexicana.

2. EL BIEN COMÚN ATIENDE A ASPECTOS CUALITATIVOS Y NO CUANTITATIVOS

Precisado lo anterior, se establecerán una serie de guías que permitan a la persona juzgadora y, en general, a los abogados o académicos interesados en el tema, identificar en qué supuestos el acto reclamado, genuina o auténticamente, tutele un interés social y, en esa medida, resulte apto para justificar que se niegue la concesión de un amparo provisional. En primer lugar, consideramos que es indispensable precisar que, para identificar la existencia genuina del interés social, entendido de mejor manera como el bien común, es necesario atender a aspectos de índole cualitativos y no puramente cuantitativos.

En efecto, “la suma de bienes privados, por más grande que resulte [o más intensa sea la preferencia por tales bienes individuales], nunca puede equivaler al bien común” (Vermeule, 2022, p. 26). El bien común no es la suma de los intereses segmentados o fragmentados de las

personas, sino que constituye un bien propio y sólo alcanzable por la comunidad, como un todo. Conforme a la tradición clásica, un bien, genuinamente común, “es un bien unitario y capaz de ser compartido sin ser disminuido” (Casey & Vermeule, 2022, p. 109).

Para explicar lo anterior tomemos como ejemplo el derecho humano a un medio ambiente sano. El respeto, protección y tutela del medio ambiente es un ejemplo prototípico de lo que genuinamente constituye el bien común, pues el medio ambiente es

Un bien que es compartido por todos [los miembros de la comunidad] sin ser disminuido y, al mismo tiempo, es un bien para cada uno individualmente y, posiblemente una exigencia previa para el disfrute de cualquier otro bien (Vermeule, 2022, p. 173).

El bien común, entonces, conlleva el bien de los individuos –de hecho, tiende a lograr su mayor bienestar posible–, pero no debe confundirse con la suma de los bienes individuales (Vermeule, 2022, p.26). El bien común no constituye una mera conjunción de intereses particulares en donde se decide qué es lo mejor para ti y qué es lo mejor para nosotros. El bien común, como hemos expresado, atañe al florecimiento o prosperidad de una comunidad política bien ordenada. De ahí que se insista que el bien común “es unitario e indivisible, no es la suma de intereses particulares” (Vermeule, 2022, p. 7).

Por ello, el bien común, genuino o auténtico, excluye razonamientos de índole utilitaristas o agregativos. Es decir, contrario a lo que suele pensarse, el bien común –el interés público, el orden social u otras formulaciones análogas– no se traduce en el beneficio de muchos, en perjuicio de unos pocos. Esto es lógico si se parte de la premisa de que cada miembro de la comunidad es igualmente valioso y, por ende, el actuar gubernamental debe prestar debida consideración a todos y cada uno de ellos, a fin de generar las condiciones tendientes a su bienestar, lo cual, lógicamente, proscribiera sacrificar el bien de unos pocos para el beneficio de muchos. Como elocuentemente lo razona Foran:

[E]s necesario rechazar cualquier explicación del bien común que se base en esta tensión entre el bien individual y el bien público. Un principio central del bien común es que no hay conflicto entre el bien de la mayoría y el bien de la minoría una vez que ambos se entienden adecuadamente. Esto se debe a que el bien de un individuo no puede separarse del bien de la comunidad: mi vida es mejor cuando la vida de mis amigos es mejor. Mi pertenencia dentro de una comunidad política cimienta los lazos de una amistad cívica que conecta a todos los miembros de una comunidad política. Es de nuestro interés común que todos los miembros de nuestra comunidad sean capaces de llevar una vida próspera y que sean tratados con dignidad y respeto. Disminuir la plena realización de otros; faltarle el respeto a su dignidad, en nombre del bien común, es fundamentalmente malinterpretar qué es lo que hace que el bien sea común (Foran, 2022, p. 6)

El bien común se basa en la igualdad y la dignidad de todos los miembros de la comunidad, “rechazando una jerarquía de valores morales o una visión de la política basada en una tensión entre el individuo y la mayoría” (Foran, 2023a, p. 1021). El bien común tiene dos partes constitutivas: (I) el bien; y (II) lo común. Lo “común” presupone “la igualdad moral de las personas y concibe a la política como apropiadamente ordenada hacia aquellos bienes que realmente pueden ser compartidos en común” (Foran, 2023a, p. 1021), a saber, el tríptico de paz, justicia y abundancia, como lo son, entre otros, la salud, la seguridad, el medio ambiente sano y la protección económica del vulnerable.

El bien común se fundamenta en la idea de que el pleno disfrute de tales bienes “sólo puede lograrse cuando uno comparte su disfrute con una comunidad de iguales morales” (Fo-



ran, 2023a, p. 1022). De hecho, en lugar de concebir a los intereses de la comunidad como contrarios o en franca tensión con los intereses de los individuos, se parte de la máxima de que, “el bien de la comunidad es, en sí mismo, el bien de los individuos” (Foran, 2023a, p. 1022). Por otra parte, el aspecto “bueno” del bien común dirige nuestra atención

no sólo hacia las cosas que pueden compartirse sin verse disminuidas, sino hacia las cosas que son buenas para quienes participan en ellas o las disfrutan (Foran, 2023a, p. 1022).

En ese sentido, sostener que una determinada medida o norma pública atiende al bien común –o al interés público– simplemente porque privilegia el “interés” de muchos, sobre el de unos pocos –y, por ende, que debe negarse la concesión del amparo provisional ante ese beneficio colectivo–, implicaría tergiversar este concepto jurídico. Ello, dado que, como se ha razonado, el bien común conlleva el reconocimiento de la dignidad e igual valor moral de todos los miembros de la comunidad, por lo cual rechaza su instrumentalización en beneficio de otros. La imposición del beneficio de los muchos, sobre los pocos, constituye un tipo de tiranía –la de las mayorías– que, justamente, es violatoria del bien común. El bien común demanda cualidad no cantidad.

El bien común parte de la base de que el bienestar del individuo es inconmensurable. Por ende, afirma que

el bienestar de todos y cada uno [de los miembros de la comunidad], en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en todo tiempo por quienes son responsables de coordinar la vida común (Finnis, 2011, p. 214).

De ahí que uno de los principios centrales o básicos del bien común, consiste en que “no existe un conflicto entre el bien de la mayoría y el bien de la minoría, una vez que ambos se entienden adecuadamente” (Foran, 2022, p.6). El bien común, se insiste, es fundamentalmente el bien de todos, no así el bienestar de muchos a costa de pocos. El ser humano y su dignidad intrínseca implica que no pueda ser reducido ni tratado como un mero número.

De ahí lo peligroso que implicaría que las juezas y jueces de amparo aceptaran que el bien de muchos es susceptible de desplazar o anular el bien humano de unos pocos. Este tipo de argumentos resultan constitucionalmente reprochables y, por ende, las personas juzgadoras no deberían ceder ante tales razones de índole utilitaristas y, mucho menos, a partir de ellas, negar la protección provisional de algún derecho humano en el juicio de amparo. El bien común considera espuria la noción de la autorización gubernamental de generar un mal en ciertas personas, en aras de un “bien mayor”.

Este es un camino muy expedito para comenzar a banalizar a la dignidad humana, pues

un constitucionalismo basado en una visión de las personas *como meros recipientes de intereses*, puede colapsar muy rápidamente en una forma de consecuencialismo agregativo, sin *asignar ningún valor particular a los propios individuos* y, en cambio, buscar sólo la maximización de la felicidad o utilidad general (Foran, 2023a, p. 1018).

En su lugar, habremos de reconocer que:

El valor moral de los individuos depende de su [...] dignidad [...] la unidad de la raza humana es la que nos expresa que somos individuos distintos[pero] con igual valor moral. El reconocimiento del propio valor en referencia al tipo de ser que uno es, una persona humana, implica el reconocimiento de que otras personas tienen el mismo tipo de valor, porque son el mismo tipo de ser. Si bien cada uno de nosotros es completamente

distinto, único y particular [...] no existimos en un vacío social o moral. Reconocer nuestro propio valor, pero no ver el mismo valor en los demás implica experimentar un profundo fracaso moral o, peor aún, alguna forma de psicopatía.

Una teoría del Derecho centrada en el respeto y comprensión de la igual dignidad de las personas no puede permitir un cálculo utilitarista que trate a algunos miembros de la comunidad, como algo menos que personas plenamente humanas. (Foran, 2023a, p. 1020).

La otredad conlleva aceptar que los demás –los otros– no son simples objetos o datos neutros. Por el contrario,

“nuestro encuentro con la persona incluye el descubrimiento de que en la misma hay algo –mejor dicho alguien– con un valor inconmensurable [...] en ti se muestra –y puedo captar– la lógica de tu humanidad, de tu condición de persona [...] se descubre alguien ante mí, cuya lógica de vida lo empuja a una plenitud” (Ramírez García y Pallares Yabur, 2021, p. 24).

Luego, si la dignidad de la persona es inconmensurable, es insostenible o es un sin sentido hablar de cálculos utilitaristas en tratándose del bien del ser humano, de la misma manera que sería un sin sentido que tratar de sumar: la altura y anchura de esta página, más el número total de páginas de este artículo, más la masa de tales páginas, pues “las diferentes formas del bien [humano], como las distintas clases de cuantía o medición [v.g.r. masa, tamaño, cantidad], son inconmensurables” (Finnis, 2011, p. 113).

En suma, este tipo de razonamientos utilitaristas del tipo: el bien de algunos debe sacrificarse para alcanzar el bien de los muchos, resultan frontalmente contrarias al Constitucionalismo del Bien Común, pues en última instancia implicaría, por ejemplo, que los Tribunales aceptaran el pernicioso argumento consistente en que, un interés general o estatal suficientemente fuerte, puede anular o desplazar a los derechos humanos. Bajo tal visión utilitarista, el bienestar o la seguridad de muchas personas podría prevalecer sin mayor dificultad o resistencia sobre el derecho de unos pocos a no ser tratados de forma indigna –justificaría atentar contra la dignidad de una persona o grupos de personas en nombre del “bien” de la colectividad–.

Tales razonamientos, verdaderamente deplorables para la teoría constitucional, pueden resumirse en la siguiente máxima: el fin justifica los medios. El Constitucionalismo del Bien Común se opone tajantemente a este tipo de premisas jurídicas o pretextos “legales” para justificar que el actuar gubernamental pueda atropellar, sin mayor dificultad, a los derechos humanos en nombre del “pueblo” o del “bien de la colectividad”. En su lugar, el Constitucionalismo del Bien Común exige analizar si una determinada medida pública resulta consecuen- te para lograr que, todos y cada uno los miembros de la comunidad sean capaces de llevar una vida próspera y sean tratados con dignidad y respeto –y no como meros medios al servicio del Estado o las mayorías. Consideramos, por ende, que toda construcción interpretativa del concepto de “interés social”, para efectos del juicio de amparo, debería estar anclada a esta última concepción, es decir, que atienda genuinamente al bien de todos y cada uno de los miembros de nuestra comunidad, en condiciones de igualdad.

3. EL BIEN COMÚN NO CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Una concepción muy frecuente, e igualmente infortunada, es que los derechos humanos pueden o deben ceder ante el interés público o el bien común. Sin embargo, como razona Finnis



no deberíamos decir que los derechos humanos, o su ejercicio, están sujetos al bien común; [ya que] los derechos humanos son un componente fundamental del bien común (2011, p. 218).

Así, los derechos humanos

no se encuentran en conflicto ni subordinados al bien común, debidamente entendido [...] es un error percibir al bien común como algo ajeno a los derechos fundamentales de los individuos, en el sentido de que pueda obrar o prevalecer sobre ellos, superarlos (Foran, 2022, p. 8).

Los derechos humanos no deben entenderse en términos de conflicto o exclusión con el bien común, es decir, resulta errado considerar que el bien común, el interés público, el bienestar general, el orden público u otros conceptos análogos, constituyen una restricción al ejercicio de tales derechos. Entre el bien común y los derechos humanos no se lleva a cabo un conflicto entre fuerzas opuestas –jalando y tirando de uno u otro lado dependiendo del caso concreto.

Por el contrario, el Constitucionalismo del Bien Común parte de la base de que ambos conceptos, lejos de entenderse en términos conflictivos, resultan co-constitutivos: los derechos humanos forman parte del bien común. El bien común presupone la tutela y goce de los derechos humanos de todos los miembros de la comunidad. No se puede prosperar en comunidad sin derechos humanos. De ahí que el bien común

fija fronteras y ayuda a definir los límites de los derechos, pero el bien común, en sí mismo, se define en parte por referencia a los derechos naturales de los miembros individuales de una comunidad [...] No se puede torturar para llegar al bien común (Foran, 2022, p. 8).

Como se advierte, los derechos humanos, especialmente los derechos sociales –salud, alimentación, educación, vivienda, medio ambiente sano, entre otros– son crucialmente importantes para el Constitucionalismo del Bien Común, pues, como se ha razonado, el bien común tiende a que cada miembro de la comunidad pueda alcanzar la felicidad en el sentido más profundo y menos popular de la palabra, que significa, a grandes rasgos, “una plenitud de vida, un cierto desarrollo como persona, una plenitud de la propia existencia” (Finnis, 2000, p. 127). Y justamente, para alcanzar su perfección –*human flourishing*– y plenitud –*human fulfillment*– cada miembro de la comunidad requiere participar de ciertos bienes humanos básicos, esto es, de los derechos que tiene en virtud de su humanidad.

Por ejemplo, los derechos a la salud y a la alimentación resultan indispensables para que toda persona pueda perseguir el bien humano básico de la vida, el cual resulta deseable por sí mismo, en tanto “el hombre tiene una inclinación natural que apeste las condiciones óptimas de su vitalidad [vita], como una de las dimensiones centrales o básicas del perfeccionamiento humano” (Muñoz Acevedo, 2023, p. 60). En la obtención de tales derechos vemos una oportunidad para llevar una vida próspera en comunidad.

Luego, la legitimidad de la autoridad política no puede encontrarse desligada de su deber de establecer o mantener las condiciones necesarias para la plena realización de cada miembro de la comunidad. El Constitucionalismo del Bien Común entiende que no somos instrumentos al servicio del Estado, sino que el Estado se encuentra al servicio del bienestar y prosperidad de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. No hay bienestar comunitario sin protección, respeto y garantía de los derechos humanos. Por ello, el interés público o el bien común no puede ser contrario a tales derechos, sino que tiende necesariamente a su adecuada consecución y ejercicio. Como razona Foran:

Al actuar en el mejor interés de los gobernados, al facilitar su plena realización, la autoridad logra y mantiene su legitimidad. Esto no se puede lograr simplemente estableciendo y manteniendo un sistema de derechos individuales [obligación de respetar]. Exige que se persiga el bien mismo; que los vulnerables y desfavorecidos no sólo sean protegidos frente al abuso de actores privados [obligación de proteger], sino que se les brinde positivamente los medios necesarios su plena realización [obligación de garantizar]. Prosperar como persona es prosperar en comunidad (Foran, 2023a, p. 1027).

Mucho del constitucionalismo contemporáneo –que se asienta en la maximización de la autonomía– asume que los derechos de las personas pueden ser restringidos por causas de interés público o por un interés gubernamental persuasivo –*compelling government interest*–, lo cual implica que los derechos de las personas sean opuestos o requieran ser ponderados con las necesidades colectivas o gubernamentales –dando lugar a una visión utilitarista de tales derechos.

La concepción clásica o “natural” del Derecho, que recupera el Constitucionalismo del Bien Común, es completamente diferente. El “bien común entra en la definición misma de los derechos humanos, desde un inicio” (Casey y Vermeule, 2022, p. 140). Los derechos humanos son una forma de esbozar los contornos del bien común, de tal suerte que no tiene lugar ninguna apelación a tal bien contra el ejercicio de estos derechos. El bienestar humano no se puede alcanzar sino en comunidad, por lo cual los derechos humanos no son sino “facultades de exigir la participación que corresponde a cada uno de los bienes comunes que son el resultado de la acción en comunidad” (Massini Correas, 2019, p. 118).

Los derechos humanos apelan a diversos aspectos de la plena realización humana y, por ende, a las condiciones o elementos necesarios de la vida en comunidad que tienda a favorecer tal realización, se insiste, no de algunos o de muchos, sino de todos. No se trata de “anular” o “interferir” con los derechos de los individuos y las familias en nombre del bien común, sino más bien se trata de “delimitar el alcance mismo de los derechos conforme [...] al bienestar de la comunidad, como un todo” (Casey & Vermeule, 2022, p. 141). No es una cuestión de ponderación entre derechos y el bienestar de la comunidad, sino de “la especificación y determinación razonable de los fines propios del derecho humano y, por tanto, de sus límites” (Casey y Vermeule, 2022, p. 141).

Esto resulta coincidente con algunas críticas a la metodología contemporánea que se emplea para analizar las restricciones a los derechos humanos, como la formulada por el profesor Cianciardo en el sentido de que, las visiones conflictivistas hacen perder a los derechos su atractivo central, a saber, que el reconocimiento de que aquello que protegen

“no es renunciable, alienable ni desplazable por ninguna razón [...] si los derechos se encuentran fundados [...] en la dignidad humana, una jerarquización o una ponderación [de los derechos] [...] esconderá siempre una jerarquización o una ponderación de la persona” (Cianciardo, 2020, p. 28).

Luego, es enteramente posible “defender que el bien común no constituye un límite a unos derechos tendencialmente ilimitados, sino un elemento definidor de su contenido” (Poole, 2008, p. 97). Se insiste en la máxima de que, el bien de la comunidad comprende, ineludible y necesariamente, el bienestar –pleno o más alto– del individuo. Aquí

el prójimo no se presenta necesariamente como un límite para mi libertad o mi derecho, sino como un elemento que contribuye a definir mi propio derecho, al tiempo que también me define a mí mismo (Poole, 2008 p. 104).

El bien del otro es también mi bien, el bien común es “al mismo tiempo un bien personal. Presupone reconocer que el otro forma parte del mismo conjunto que yo”. (Poole, 2008, p. 123).

El ser humano se realiza plenamente en la medida en que asume su papel en el conjunto del cual forma parte. Como lo explican Casey y Vermeule:

El bien común de la familia, la ciudad y la nación, determinado –en sentido estricto– por la autoridad política legítima es, en sí mismo, el bien de los individuos, por lo que los derechos deben ordenarse en consecuencia.

Pero el hecho que los derechos deban ordenarse al bien común todos y cada uno de los individuos, significa también que actúan como límites reales al ejercicio legítimo del poder del Estado, límites que surgen de la necesidad de dar a cada uno lo que le corresponde para contar con una comunidad justa y ordenada (Casey y Vermeule, 2022, p. 141).

Entonces, lejos de ser hostil al concepto de derechos, el Constitucionalismo del Bien Común proporciona una comprensión conceptual más sólida de su fuente y una explicación más inteligible de su objetivo, a saber: su contribución a la plena realización de todos y cada uno de los miembros de la comunidad política, como un todo (Casey y Vermeule, 2022, p. 142). Los derechos humanos, se insiste, no están sujetos ni subordinados al bien común, sino que constituyen el presupuesto de éste. No es que exista una tensión entre el bien de la comunidad y el bien de los individuos que la conforman. Por el contrario, la comunidad debe tender al bien de todos y cada uno de sus miembros. Como lo ha expresado la Ministra Ríos Farjat “el orden jurídico constitucionalizado en México debe orientarse hacia la plenitud y felicidad individual y colectiva” (López-Doriga Digital, 2021)

El bien común tiende a la más alta felicidad de la comunidad política, la cual conlleva a su vez, la más alta felicidad de cada uno de los miembros que la componen. El bien común y los derechos humanos, en conclusión, deben concebirse como co-constitutivos, en tanto el bien común

sólo puede lograrse cuando se respetan los derechos, pero, igualmente, el alcance y el carácter de los derechos mismos están sujetos o limitados entre sí o por otros aspectos del bien común” (Foran, 2022, p.14).

3.1. El bien común en la jurisprudencia mexicana

Una vez precisado lo anterior, consideramos importante mencionar que tal visión del bien común no resulta ajena a la jurisprudencia nacional. Existen precedentes recientes de la Suprema Corte y de diversos Tribunales Federales que reconocen expresamente que los derechos humanos forman parte constitutiva del interés social. Esto es, que atienden a una visión apegada a los fundamentos mismos del Constitucionalismo del Bien Común.

Empecemos con el amparo en revisión 755/2011 en el cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver sobre la nulidad de un laudo arbitral, se vio en la necesidad de interpretar el concepto de “orden público”. En tal caso consideró que, aun en su indeterminación, los conceptos jurídicos tienen un núcleo duro. Así, de un breve análisis de derecho comparado concluyó que el orden público: “no se trata de un principio más, antes bien, sobre la base de que los principios jurídicos dan unidad al ordenamiento jurídico, el orden público, como principio fundamental, armoniza y jerarquiza esos principios”.

A juicio de la Primera Sala, la finalidad decisiva del concepto legal de orden público consiste en “evitar la transgresión a los principios esenciales del Estado enderezados a tutelar

los derechos de la colectividad”. Dicho precedente fue retomado por la propia Sala en el amparo en revisión 1357/2015. En este caso la Primera Sala se preguntó cuándo podría considerarse que la ejecución de una sentencia extranjera es contraria al orden público mexicano.

Al respecto, advirtió que la noción de orden público es utilizada en diversas disposiciones legales para hacer referencia a “un concepto superior e infranqueable, que encierra los más caros valores y principios vigentes en determinado lugar y época, como un límite máximo de la actuación de las personas y el Estado”. De ahí que el núcleo duro del orden público se localiza en el ámbito de los principios jurídicos, protegiendo las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas. En ese sentido, la Primera Sala determinó que “entre los principios fundamentales de carácter sustantivo que permean en todo el ordenamiento jurídico se encuentra el llamado interés superior del niño, previsto tanto en la Constitución [...] como en la Convención sobre Derechos del Niño”.

Por ende, la Primera Sala concluyó que, “por su importancia y la amplitud de sus ámbitos de aplicación en el orden jurídico mexicano, indudablemente cabe considerar al interés superior del menor como un principio contenido en el llamado ‘orden público’ mexicano”. En la parte relevante de este criterio se expresa que la afectación al orden público implica verificar “si la obligación establecida en la condena, por sí misma, es [gravemente] ofensiva a los derechos del niño”.

Como se aprecia, la Primera Sala reconoció que el orden público comprende los derechos humanos, en tanto principios fundamentales de carácter sustantivo que permean en todo el ordenamiento jurídico. Si el orden público atiende a los principios más preciados en un Estado, es evidente que comprende los derechos humanos. Por ende, la satisfacción de las necesidades esenciales de los niños y niñas, como lo son su alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, son parte constitutiva del orden público, en tanto conducentes a la plena realización de tales miembros de la comunidad —en este caso, las infancias—.

Sin embargo, el precedente más relevante en esta materia lo constituye la contradicción de criterios 459/2009 de la Segunda Sala de la Suprema Corte. A este fallo subyace una noción clásica de lo que constituye el bien común. La Sala analizó si en el juicio de amparo debía o no concederse el amparo provisional contra la prohibición de comercializar determinadas bebidas alcohólicas destiladas, por haberse incumplido la Norma Oficial Mexicana NOM-142-SSA1, misma que regula el etiquetado de tales productos.

Al resolver que no debía concederse la medida tutelar contra esa NOM, la Corte Constitucional reconoció que los derechos humanos forman parte del interés social y orden público, de tal suerte que, si se afectan los derechos humanos, se afecta el interés social. Al respecto, razonó que:

En un Estado constitucional de derecho la defensa o tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales constituye la razón de ser y el eje rector de la jurisdicción constitucional a través de las diversas garantías constitucionales de carácter jurisdiccional, como el juicio de amparo. En ocasiones suele sostenerse que existe necesariamente una contraposición irreconciliable entre la idea de derechos fundamentales o derechos individuales y nociones tales como bienestar común, interés social u orden público. Sin embargo, no siempre es así, ya que, en algunos casos, los términos de esa relación se pueden armonizar, en tanto que, si se protege el interés individual, se protege el bienestar público o el interés social, y si se tutela éste se protege el interés individual del titular del derecho fundamental, ya que es un miembro de la sociedad, en el entendido de que eso no implica que los derechos fundamentales sean disponibles por la mayoría.

A partir de lo anterior la Sala concluyó que la “falsa contraposición entre derechos fundamentales e interés social o interés público se [de]muestra en el caso concreto”, pues de concederse la medida cautelar contra dicha NOM se impediría verificar que sea cierta la información contenida en las etiquetas de los productos alcohólicos y, en esa medida, se contribuirá al engaño a los consumidores, con la consecuente afectación al derecho a la salud de las personas, lo cual atenta contra el interés social y el orden público.

A partir de lo anterior, se resolvió que no debe concederse el amparo provisional contra tal NOM, pues “confluye un interés de la sociedad o colectividad [...] que se concreta en los derechos fundamentales de miembros que la componen”. Luego, no podría concederse la medida tutelar para permitir que, en tanto se resuelva el juicio de amparo, se permita la comercialización de bebidas alcohólicas que no contengan información veraz en su etiquetado, en tanto que con ello se ponen en serio riesgo los “derechos a la salud y a la información, así como los intereses de los consumidores” que están garantizados constitucionalmente.

Como se advierte del anterior precedente, la Segunda Sala sostuvo una visión apegada a los fundamentos del Constitucionalismo del Bien Común, al considerar que: (I) los derechos humanos y el interés social u orden público, se pueden concebir de manera armónica –en lugar de entenderse como opuestos–; (II) tal armonización reconoce que si se protege el interés individual, se protege el bienestar público o el interés social; y (III) a su vez, si se tutela el bienestar público o el interés social, se protege el interés individual del titular del derecho fundamental, ya que es un miembro de la sociedad –y sus derechos no son disponibles por las mayorías–.

Asimismo, advertimos que las Salas de la Suprema Corte no se encuentran solas en esta concepción del bien común. Por ejemplo, al resolver la contradicción de criterios 234/2023, el recientemente creado Pleno Regional en Materia Administrativa de la Región Centro-Norte, sostuvo que es improcedente otorgar un amparo provisorio contra diversas reformas a la Ley de Minera, de la Ley de Aguas Nacionales, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, ya que tales modificaciones jurídicas tienen como finalidad o pretensión “proteger los derechos fundamentales a un medio ambiente sano, a la salud y al agua, frente al desarrollo de la actividad minera”, de tal suerte que, de conceder la medida cautelar, se afectaría el interés social.

Por su parte, al resolver el recurso de queja 66/2020, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito sostuvo que si la quejosa reclama la negativa de extender su licencia con goce de sueldo por lactancia materna, como médico en un hospital de atención completa a pacientes de la enfermedad conocida como COVID-19 e invoca el derecho de su menor hija a la salud y a recibir una lactancia segura sin riesgo de contagio, es procedente conceder la suspensión provisional, pues la medida cautelar “no afecta el interés social ni contraviene disposiciones de orden público, pues la sociedad está interesada en garantizar el derecho a la salud [de la menor lactante]”.

Asimismo, al resolver el recurso de queja 442/2023, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito determinó que es procedente conceder el amparo provisional contra la extinción de diversos Fideicomisos del Poder Judicial de la Federación, toda vez que:

[E]l respeto a la división de poderes y a la independencia judicial, así como el fortalecimiento del sistema de justicia existente, son principios constitucionales que también interesan a la colectividad, pues a través de ellos se garantiza contar con tribunales que se encuentren expeditos para actuar en el marco de sus facultades constitucionales y legales, para la protección de los derechos fundamentales de todo ciudadano y persona residente o que se encuentre en tránsito en nuestro país, frente a los actos arbitrarios de autoridad.

[...]

Tampoco puede pasarse por alto que la sociedad está interesada en que se respeten los derechos laborales de los gobernados, entre ellos, el salario que incluye temas relacionados con aportaciones a programas para la jubilación, seguro de gastos médicos extraordinarios, seguro de retiro y aportaciones voluntarias, entre otros, constituyen en parte el salario del servidor público del Poder Judicial de la Federación, pues la protección salarial es un derecho humano y, por tanto, al ser un instrumento para la satisfacción y pleno desarrollo de la dignidad humana, es que tanto el orden público como el interés social están interesados en que éste [derecho humano] no pueda ser objeto de posibles decisiones arbitrarias.

Estos son algunos ejemplos donde, al resolver sobre el otorgamiento de un amparo provisional, tanto la Suprema Corte como los Tribunales Federales han adoptado una visión armónica entre el bien común y los derechos humanos, lo que se traduce en un avance importante contra posturas utilitaristas respecto al interés social u orden público. Es decir, constituyen precedentes que resultan coincidentes con los postulados del Constitucionalismo del Bien Común.

4. EL NOMBRE NO HACE AL BIEN COMÚN

En congruencia con lo hasta ahora expuesto, resulta claro que el bien común no es tal simplemente porque, al dictar la medida pública o norma general, la autoridad le otorgue tal calificativa o denominación. Contrario a lo que exponen ciertas posturas políticas –sobre de índole populistas–, el bien común no es sinónimo de la voluntad del legislador ni del gobernante elegido democráticamente. El bien común no se actualiza ni se crea por mero Decreto o Ley. Para ello es indispensable que la norma o el actuar público atienda, efectivamente, al bienestar de la comunidad, como un todo. Es una cuestión cualitativa, no así nominada.

Aquí se nos presenta, nuevamente, una elección o disyuntiva teórica entre adoptar una visión empobrecida del bien común –respaldada por el mero número o el “pedigri” democrático de quien emita la medida o la ley–, o una enriquecida –que exija que, con independencia del respaldo popular o mayoritario que pudiese tener la medida estatal, se analice si la decisión atiende al bien de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, valorados como iguales.

La visión empobrecida consiste en reducir o equiparar al bien común a la suma de visiones o intereses mayoritarios o a la mera voluntad emanada de los órganos políticos de representación popular, como lo son las legislaturas o el presidente. El problema de esta postura es que, al fundamentarse únicamente en intereses mayoritarios o en la mera legitimación democrática de la autoridad que la dicta o emite, incurre en dos problemas conceptuales. El primero es que se vuelve del todo irrelevante verificar si el actuar público se encuentra dirigido a establecer las condiciones necesarias para que todas y cada una de las personas puedan prosperar en comunidad, reconociendo su igual valor moral. Luego, bajo esta concepción, todo actuar público se entendería conducente al bien común por su mero respaldo democrático o numérico. Se atiende al continente y no al contenido.

El segundo problema conceptual estriba en que, al colapsar o confundir el bien común con el interés mayoritario, se permite sacrificar el bien individual para el “beneficio” del resto de la sociedad (Foran, 2023b, p. 180). Ello conllevaría que las personas juzgadoras aceptaran que un interés colectivo, suficientemente fuerte, puede desplazar o atropellar los derechos humanos. Esto facilita la tiranía de las mayorías y la instrumentalización de la dignidad del ser humano. Frente a esta postura empobrecida del bien común, se plantea, desde del Cons-

titucionalismo del Bien Común, que una sociedad o comunidad próspera será aquella que “emplea a la política para establecer y mantener instituciones sociales que beneficien a todos los miembros [de la sociedad]” (Foran, 2023b, p. 181).

De tal suerte que el propósito de las instituciones gubernamentales y democráticas consiste en asegurar que todos los miembros de la comunidad política puedan prosperar y llevar a cabo una buena vida. Ser un buen gobernante conlleva interesarse en mejorar la calidad de vida de los gobernados –de todos y cada uno de ellos–. Implica reconocer su dignidad e igualdad ontológica, en lugar de instrumentarlos para ulteriores fines colectivos o estatales. El bien común “presupone la igualdad moral de las personas y concibe a la política como debidamente ordenada hacia el bien [de cada una de ellas]” (Foran, 2023b, p. 183).

Como aducen Casey y Vermeule el bien común “no es simplemente un cheque en blanco [...] para arropar cualquier preferencia subjetiva que algún funcionario en particular desee imponer [a la sociedad]” (Casey y Vermeule, 2022, p. 109). La obligación de la autoridad consiste en “actuar mediante ordenanzas racionales orientadas hacia el bien común” (Casey y Vermeule, 2022, p. 122). El uso de las instituciones o el poder público para meros fines privados –deseos, pasiones o caprichos del gobernante– resulta frontalmente contrario al bien común –de hecho, este modo de conducirse constituye una forma clásica de tiranía.

El Derecho, en su sentido más completo, no puede ser indiferente a los fines a los cuales se dirige el actuar público. Concretamente no cualquier fin puede ser avalado por el Estado de Derecho. El Constitucionalismo del Bien Común se opone frontalmente a la concepción estatal de que el fin justifica los medios. El Derecho

no constituye un mero medio para obtener cualesquiera fines que desee la autoridad política [...] El bien común es, por tanto, el fin propio de cualquier orden jurídico, manifestando en los servidores públicos la necesidad de actuar como guardianes o custodios del interés de los gobernados (Foran, 2023b, p. 194).

El gobernante que “en lugar de utilizar su poder para satisfacer el bien común lo ejerce en su beneficio personal, pierde su autoridad política y se convierte en un tirano” (Rodríguez Fernández, 2022 p. 41). Un gobernante no es más que un servidor público y, por ende, debe poner los intereses de los gobernados por encima de sus propios intereses (Foran, 2023b, p. 76). El Constitucionalismo del Bien Común reconoce que el Derecho “debe dirigirse hacia fines públicos y no puede ser privatizado para lograr la consecución de fines particulares de quienes gobiernan” (Foran, 2023b, p. 13). Debidamente entendidos, los fines públicos son aquellos que “se dirigen al bienestar de todos, brindando un respeto adecuado a la igualdad moral de las personas y que al mismo tiempo buscan facilitar la prosperidad de todos y cada uno de los miembros de la comunidad” (Foran, 2023b, p. 13).

El bien común no es lo mismo ni se reduce a la regla de las mayorías, por lo menos no en un Estado de Derecho. El Estado de Derecho es un Estado gobernado por la razón y no por los meros números. Y esta razón debe tender hacia la plena realización de los gobernados. Tal noción enriquecida del bien común evita que la democracia se transforme en un régimen ciego, rendida al mero número, que puede todo lo que quiere, que cambia derechos, reglas o destruye instituciones a gusto –en nombre de un “bien” mayor– y, actuando de esta manera, acaba por auto destruirse, para transformarse en una tiranía –la de las mayorías o peor aún, la de quien dice hablar en nombre del “pueblo”.

Lo anterior tiene asidero en la concepción que establece la propia Constitución mexicana en el artículo 3, fracción II, inciso a), conforme al cual se considera a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino también como “un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”. Lue-

go, es evidente que reducir la democracia a la regla de las mayorías atenta contra su concepción constitucional, conforme a la cual debe relacionarse su aspecto cuantitativo –la estructura jurídica y régimen político–, con su carácter cualitativo –el constante mejoramiento del pueblo. Luego, constitucionalmente hablando, no hay democracia sin bien común.

Por tanto, todos los miembros de la comunidad tienen igual derecho a ser debidamente considerados por las autoridades estatales. Así, un buen consejo para solidificar el Estado de Derecho es que “nadie excluya a nadie de la noción de pueblo. Excluir toda exclusión” (Estrada Michel, 2024). Debe aclararse que si bien debe darse debida consideración a todas y cada una de las personas, lo cierto es que

no hay razón para suponer que la plena realización [*flourishing*] de la persona aumente al tratar a la totalidad de los miembros de la comunidad de manera idéntica, por lo que respecta a la distribución de oportunidades y recursos (Finnis, 2011, p. 174).

Esto implica, como ha sido ampliamente desarrollado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que “en muchas ocasiones, el respeto de la igualdad moral [de las personas] demandará un trato desigual” (Foran, 2023b, p. 82).

Luego, el bien común se preocupa por establecer una correcta organización del Estado; un ordenamiento jurídico claro y eficaz, así como:

[U]na protección especial a la familia, a los adultos mayores, a los menores de edad, a los enfermos y a las personas con discapacidad, [así como] la colaboración en servicios esenciales tales como la sanidad, alimentación, vivienda, vestido, educación y cultura; la promoción de las condiciones de trabajo y de ocio adecuadas (Poole, 2008, p. 112)

El Estado de Derecho se ve socavado no sólo por la privatización de los bienes públicos –por atender intereses individuales de quienes están a cargo del gobierno–, sino también ante la negligencia estatal de tutelarlos mediante medidas positivas. Como señala Foran, un ejemplo de tal negligencia consiste en la falta de asignación presupuestal del sistema de justicia, ya que:

La falta de recursos adecuados para mantener un sistema de justicia funcional es una amenaza directa al Estado de Derecho. Esto es aceptado por prácticamente todos los teóricos del Estado de Derecho [...] si aceptamos la idea de que la legalidad está ligada a una buena custodia en beneficio de los gobernados, entonces resulta mucho más fácil ver cómo este requisito de invertir positivamente en la comunidad es una instancia central y no periférica del Estado de Derecho (Foran, 2023b, p. 184).

Todo lo expuesto hasta ahora evidencia que, el hecho de que el gobernante califique una determinada medida como de interés público, bienestar general o de bien común, es del todo insuficiente para concederle tal carácter –mucho menos para, pretextando tal calificativa, negar el amparo provisional–. El bien común es eminentemente cualitativo, nunca meramente nominado ni dependiente de quién sea la autoridad que dicte la medida respectiva. Por más que la medida o acción pública haya sido emanada de un órgano elegido democráticamente y tienda al bienestar de las mayorías, el bien común, para ser tal, demanda mucho más que el mero respaldo numérico: exige que la conducta pública, positiva o negativa, atienda al bienestar de todos y cada uno los miembros de la comunidad, esto es, que se dirija preservar o generar las condiciones necesarias para que todas las personas puedan llevar una vida próspera, en igualdad de condiciones.

Así, podríamos considerar, por ejemplo, que la realización de obras públicas tendientes a incrementar la movilidad y el turismo de una zona determinada –con el consecuente cre-

cimiento económico que de ello deriva—, a costa de la destrucción y afectación irreversible e injustificada de los ecosistemas, constituye una medida que, lejos de encontrarse apegada al bien común, atenta frontalmente contra el bienestar de la comunidad como un todo —tanto de miembros presentes como de generaciones futuras.

Un gobierno que pretenda ser un buen custodio de los miembros de la comunidad requiere tomar medidas de desarrollo sustentable, en tanto que un medio ambiente sano resulta indispensable para el bienestar personal, incluso para la sobrevivencia misma. Preocuparse por el bienestar de todos y cada uno de los miembros de la comunidad conlleva preocuparse por respetar, proteger y garantizar el derecho a un medio ambiente sano. Como lo sostuvo la Primera Sala, al resolver el recurso de revisión en incidente de suspensión 1/2022, la “afectación al crecimiento económico no se traduce automáticamente en la vulneración a disposiciones de orden público o al interés social”, pues:

[E]s de vital importancia para la sociedad que se conserven los bosques [...] por los servicios ambientales que brindan. Aunque si bien la construcción de vialidades también es importante para la sociedad [...] lo cierto es que ha quedado superada la postura sostenida tradicionalmente en relación con el crecimiento económico a cualquier precio por una idea más integral de desarrollo, que atienda a la dimensión [...] medioambiental.

Por ello, es indispensable que las juezas y jueces federales examinen, en su aspecto cualitativo, si el acto reclamado respecto del cual se solicita la medida tutelar, *atiende genuinamente al bien común*. Como lo determinó el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al resolver el recurso de queja 49/2022, para determinar la afectación al interés social “*no basta* que el acto se funde formalmente en una ley de interés público o que en forma expresa o implícita pretenda perseguir una finalidad de índole social”, ya que el interés social:

[E]s un concepto jurídico esencialmente indeterminado [...] que se actualiza en cada caso concreto y acorde al marco normativo [...] por lo que no es posible predeterminar su alcance de manera genérica y anticipada con una pretensión de definición fija e inflexible. Por tanto [...] debe controlarse y no dar un uso arbitrario o ajeno a los efectos concretos e innecesarios de su secuela.

Luego, estimamos que las juezas y jueces de amparo, al resolver sobre la concesión del amparo provisional, deben examinar los méritos o aspectos cualitativos del acto reclamado a fin de discernir si, efectivamente, es consecuente o no con el bien común. Para ello, deberán contrastar tal actuar con la apariencia del buen derecho, ya que ésta tiende a evidenciar o refutar las razones por las cuales el acto reclamado pueda considerarse como, genuinamente, tendiente a lograr el bienestar de la comunidad, o bien, en su caso, si al perseguir el bien común, la autoridad actuó dentro del margen de opciones constitucionalmente permisibles.

Como lo sostuvo la Segunda Sala de la Suprema Corte al resolver la contradicción de criterios 33/2001, la existencia de la afectación al interés social u orden público no es automática ni predeterminada, sino que “depende del caso concreto”. En ese ejercicio reflexivo, de carácter casuístico, estimamos importante reiterar que el bien común no depende de su calificación legislativa o administrativa, sino de sus aspectos cualitativos. El nombre no hace al bien común.



5. CONCLUSIONES

Como se ha razonado, las juezas y jueces de amparo cuenta con la elección de adoptar una concepción empobrecida o enriquecida del bien común –interés social u orden público–. Este artículo aboga por esta segunda concepción a la luz del Constitucionalismo del Bien Común. Conforme a ella, hemos sostenido que el interés social, mejor entendido como el bien común: (I) es una cuestión cualitativa y no cuantitativa; (II) no se opone a los derechos humanos, ya que los derechos humanos son parte constitutiva del bien común; y (III) no constituye un cheque en blanco para arropar cualquier preferencia subjetiva que algún funcionario en particular desee imponer a la sociedad.

El interés social no puede implicar la negación del bien individual en favor de un “bien mayor o colectivo”. El interés social, se insiste, es fundamentalmente el bien de todos, no así el bienestar de muchos a costa de pocos. Necesitamos dotar al interés social de un significado que reconozca y respete la dignidad de todos y cada uno de los miembros de la sociedad. De ahí que el amparo provisional no debería negarse ante la mera existencia de cualesquiera beneficios colectivos o mayoritarios, sino únicamente cuando el acto de autoridad beneficie a la comunidad, entendida como un todo.

El bienestar de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en todo tiempo por quienes son responsables de coordinar la vida común. Por ello, el interés social no depende de cálculos utilitarios o agregativos, sino de aspectos cualitativos, esto es, de su orientación hacia las condiciones que posibiliten que cada individuo pueda prosperar en comunidad; que pueda alcanzar un cierto desarrollo como persona en sociedad –human flourishing–, lo cual indudablemente requiere, entre otras cuestiones, del respeto, protección y garantía de sus derechos humanos.

La contradicción de criterios 459/2009 de la Segunda Sala de la Suprema Corte es un buen precedente para allanar el camino hacia una concepción enriquecida del interés social que resulte armónica con los derechos humanos y la dignidad de todos los miembros de la comunidad. Como lo señala tal precedente, proteger el interés social conlleva proteger el bien individual. No debemos ceder al utilitarismo constitucional ni a una visión populista del interés social. Bien haríamos en dejar de pensar que una determinada medida o norma pública atiende al bien común –o al interés social–, simplemente porque privilegia el “interés” de muchos, sobre el de unos pocos. El beneficio de los muchos sacrificando el bienestar de los pocos, lejos de atender al bien común, resulta tiránico.

En conclusión, consideramos que nos enfrentamos a dos opciones teóricas: (I) o concebimos a las personas como meros medios al servicio del Estado o de intereses mayoritarios; (II) o bien, consideramos que el Estado se encuentra al servicio de todas y cada una de las personas –a lograr su más alta realización, prosperidad o bienestar en comunidad–. En esto se juega la interpretación constitucional de la noción de interés social.

6. REFERENCIAS

- Arista, L. (31 de mayo de 2022). “No van a poder detenernos”, dice AMLO tras suspensión del Tramo 5 del Tren Maya. *Expansión Política*. <https://politica.expansion.mx/presidencia/2022/05/31/no-van-a-poder-detenernos-dice-amlo-suspension-tren-maya>
- Casey, C., & Vemerule, A. (2022). Myths of common good constitutionalism. *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 45(1). https://journals.law.harvard.edu/jlpp/wp-content/uploads/sites/90/2022/02/CASEY_VERMEULE_VOL45_ISS1.pdf

- Cianciardo, J. (2020). *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Decreto por el que se reforman los artículos 129 y 148 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de suspensión del acto reclamado e inconstitucionalidad de normas generales (14 de junio de 2024). *Diario Oficial de la Federación*. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5730585&fecha=14/06/2024#gsc.tab=0
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda, con Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 129 y 148 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de suspensión del acto reclamado e inconstitucionalidad de normas generales. 10 de abril de 2024. Cámara de Diputados. http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2024/04/asun_4747795_20240423_1713909148.pdf
- Estrada Michel, R. (2024). *Por un Estado de derecho con adjetivos*. Axis. <https://www.te.gob.mx/blogEje/front/publicaciones/busqueda/1125>
- Finnis, J. (2011). *Natural law & natural rights*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot.
- Foran, M. P. (2022). Rights, common good, and the separation of powers. *The Modern Law Review* (Forthcoming). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4179424
- Foran, M. P. (2023a). Equal dignity and the common good. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 46(3). https://journals.law.harvard.edu/jlpp/wpcontent/uploads/sites/90/2024/01/46_3_Final-v3.pdf
- Foran, Michael P. (2023b). *Equality before the Law*. Hart Publishing.
- Iniciativa del Ejecutivo federal con proyecto de decreto, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial (2024). *Gaceta Parlamentaria*, 6457-15. Año XXVII. Cámara de Diputados. LXV Legislatura. <https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-15.pdf>
- Lopez-Dóriga Digital (8 de junio de 2021). Orden jurídico debe orientarse a la plenitud y felicidad, asegura Margarita Ríos Farjat. *López-Dóriga Digital*. <https://lopezdoriga.com/nacional/margarita-rios-farjat-jueces-justicia-derechos-humanos>
- Lopezobrador.org (15 de marzo de 2021). Presidente llama a revisar competencia de juez que suspendió reforma a la Ley de la Industria Eléctrica; envía carta a ministro Arturo Zaldívar. *AMLO*. <https://lopezobrador.org.mx/2021/03/15/presidente-llama-a-revisar-competencia-de-juez-que-suspendio-reforma-a-la-ley-de-la-industria-electrica-envia-carta-a-ministro-arturo-zaldivar>
- Massini Correas, C. I. (2019). *Jurisprudencia analítica y derecho natural*. Marcial Pons.
- Muñoz Acevedo, I. E. (2023). *La defensa y remediación de los derechos sociales*. Tirant lo Blanch.
- Ortega, A. (29 de agosto de 2019). Abogado asegura que el recurso de “interés nacional” de AMLO es inexistente. *Expansión Política*. <https://politica.expansion.mx/mexico/2019/08/29/abogado-asegura-que-el-recurso-de-interes-nacional-de-amlo-es-inexistente>

- Poole, D. (2008). Bien común y Derechos Humanos. *Revista Persona y Derecho*, 59. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17355/1/37335616.pdf>
- Ramirez García, H. S., & Pallares Yabur, P. J. (2021). *Derechos Humanos. Promoción y Dignidad*. Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Fernández, I. (2022). *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*. Marcial Pons.
- Sandel, M. J. (2009). *Justice*. Farrar, Straus and Giroux.
- Vermeule, A. (2022). *Common good constitutionalism*. Polity Press.
- Welikala, A. (6 de febrero de 2024). Foran's common good and comparative constitutional law. *The New Digest*. <https://thenewdigest.substack.com/p/forans-common-good-and-comparative>

7. JURISPRUDENCIA

- Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (2022). Queja 49/2022. 3 de marzo de 2022.
- Pleno Regional en Materia Administrativa de la Región Centro-Norte (2023). Contradicción de criterios 234/2023. 30 de noviembre de 2023.
- SCJN. Segunda Sala (2010). Contradicción de criterios 459/2009. 20 de enero de 2010.
- SCJN. Primera Sala (2012). Amparo en revisión 755/2011. 13 de junio de 2012.
- SCJN. Primera Sala (2016). Contradicción de criterios 255/2015. 3 de febrero de dos mil 2016.
- SCJN. Primera Sala (2017). Amparo en revisión 1357/2015. 1 de febrero de 2017.
- SCJN. Primera Sala (2023). Recurso de revisión en incidente de suspensión 1/2022. 12 de abril de 2023.
- Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito (2020). Recurso de queja 66/2020. 20 de julio de 2020.
- Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito (2023). Recurso de queja 442/2023. 1 de diciembre de dos mil 2023.



Indulto, amnistía y perdón en México

Indult, Amnesty and Forgiveness in Mexico

Ilse Carolina Torres Ortega

Ilse Carolina Torres Ortega

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente

México

torresilsse@iteso.mx

<https://orcid.org/0000-0002-5929-9137>

Recibido: 17 - 06 - 2024

Aceptado: 04 - 07 - 2024

Publicado en línea: 13 - 07 - 2024

Cómo citar este texto

Torres Ortega, I. C. (2024). Indulto, amnistía y perdón en México. *Ratio Decidendi*, año 1, n. 1, 1-22. <https://doi.org/10.21555/rd.2024.3178>



Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Attribution -NonCommercial-ShareAlike 4.0 International.

RESUMEN

Se explora la adecuación del indulto y de la amnistía al modelo de Estado de Derecho, con énfasis en el caso mexicano, sosteniendo que para ello es ineludible el deber de justificación de la corrección de la decisión, así como su integración a un proceso de perdón más amplio que involucre a las partes que conforman el conflicto de que se trate. Para llevar a cabo lo anterior, en primer lugar, se realiza un bosquejo de las características generales del indulto y de la amnistía para reflexionar sobre sus particularidades jurídicas en México. En segundo lugar, se subrayan las implicaciones de renunciar al *ius puniendi* en estos casos, para identificar algunos de los rasgos que hacen a estas instituciones tan controversiales. En tercer lugar, se aborda la cuestión del perdón, enfatizando por qué el mero acto de indultar o el acto de emitir una ley de amnistía no pueden ser, por sí solos, identificados con el perdón. Finalmente, se realiza un balance crítico sobre el uso de ambas instituciones en México, denunciando, especialmente, el debilitamiento de la garantía de justificación.

Palabras clave: Indulto, Amnistía, Perdón, Castigo.

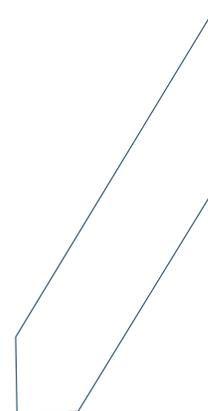
ABSTRACT

The purpose of this text is to examine the adjustment of indult and amnesty to the rule of law model, in the Mexican case. To this end, it is argued that the duty to justify the correctness of the decision is essential, as well as its integration into a broader process of forgiveness involving the parties to the conflict in question. First, the features of indult and amnesty are outlined in order to reflect on their legal particularities in Mexico. Second, the implications of the waiving the power to punish in these cases are highlighted, with the purpose of identifying some of the features that make these institutions so controversial. Third, the issue of forgiveness is discussed, emphasizing why the mere act of indult or the act of issuing an amnesty law cannot, by itself, be identified with forgiveness. Finally, it evaluates the use of both institutions in Mexico, criticizing, especially, the weakening of the guarantee of justification.

Keywords: Indult, Amnesty, Forgiveness, Punishment.

CONTENIDO

1. Introducción. 2. Indulto y amnistía. Particularidades en México. 2.1. Indulto. 2.2. Amnistía. 3. Indulto y amnistía. El derecho a no castigar. 3.1. La prerrogativa de gracia. ¿Arbitrariedad o justicia? 3.2. ¿Qué implica renunciar a castigar? 4. El perdón del Estado y el perdón de las víctimas. 5. Conclusiones. 6. Referencias. 7. Legislación.



1. INTRODUCCIÓN

La mayoría de los Estados que aspiran a erigirse como Estados Constitucionales de Derecho han transitado hacia un modelo en el que la legitimidad de las decisiones depende de su corrección y no únicamente de quién decide¹. Esto último implica que cualquier acción o decisión tomada por una autoridad debe ser el resultado de un razonamiento del que pueda dar cuenta intersubjetivamente, y no resultado de su mera voluntad. La pérdida de legitimidad de la tradición y de la mera autoridad –suficientes en el modelo anterior al Estado de Derecho– llevan a exigir –una demanda de la razón práctica– que quienes actúen en el Derecho deban hacer explícitas –y, con ello, intersubjetivamente discutibles y revisables– las razones que sostienen una conclusión en el ámbito jurídico-político.

Ese esfuerzo por colocar en razones intersubjetivamente revisables el porqué de una determinada decisión es lo que posibilita el diálogo y la afirmación de corrección en cuestiones prácticas, cuestiones de deber ser. Ya C. Nino señalaba que incluso los tiranos más desvergonzados se ven en la necesidad de dar alguna justificación sobre los actos que realizan; aun cuando ese intento sea burdo e hipócrita, tal necesidad abre las puertas a que, posteriormente, haya una discusión esclarecedora sobre dichos actos (Nino, 1989, p. 5).

La idea de que es indispensable justificar el uso del poder –lo que los teóricos de la argumentación han señalado como el “giro argumentativo” (Atienza, 2021)– forma parte de una transformación más profunda de nuestras prácticas políticas y sociales, en las que la evaluación sobre la justicia de las decisiones o acciones jurídicas no se presume por el origen de las mismas², sino que se afirma luego de que estas han sido sometidas a criterios de racionalidad específicos. Como indica Van Eemeren, “los puntos de vista necesitan ser manifestados y confrontados con la duda y crítica de aquellos interesados en poner a prueba su aceptabilidad” (Van Eemeren, 2019, p. 19).

En definitiva, la necesidad de que las decisiones sean argumentadas bajo el paradigma constitucionalista o de los derechos ha transformado profundamente nuestras prácticas jurídicas³. Hoy nos parecería impensable que una persona jueza resuelva sin fundar y motivar, o que una persona con alguna representación pública no tenga la responsabilidad de rendir cuentas acerca de las funciones que desempeñó, el uso de las facultades que tenía o del destino de los recursos económicos a su cargo en el período de su representación. Sin embargo, esta franca mejora en nuestras prácticas de justificación no ha sido una tarea sencilla; sobre todo, ante los convulsos escenarios sociopolíticos de las democracias, especialmente de aquellas que han tenido dificultades considerables para consolidarse y mantenerse. Basta tener presente la historia reciente de la mayoría de las democracias en Latinoamérica, marcada por cruentas dictaduras,

1 En este sentido, me adhiero a la perspectiva de que el Estado de Derecho no se limita a la mera juridicidad, sino que se trata de un concepto normativo/valorativo, resultado de la aceptación de exigencias ético-políticas –entre las más importantes: el imperio de la ley y la garantía de los derechos humanos–, que permite evaluar a los sistemas jurídicos y generar actitudes crítico-prácticas, por parte de los aceptantes, así como formular un ideal regulativo (Aguiló, 2013, 69 y 70).

2 Esto implica la asunción de que los materiales jurídicos no constituyen, por sí mismos, razones operativas para justificar acciones o decisiones jurídicas. De acuerdo con Nino, la proposición central para comprender el fenómeno jurídico señala que “las normas legales no constituyen por sí mismas razones operativas para justificar acciones y decisiones, como las de los jueces, a menos que sean concebidas como derivando de juicios morales, es decir, proposiciones normativas que exhiben los rasgos distintivos de la autonomía, finalidad justificatoria, universalidad, generalidad, superveniencia y publicidad” (Nino, 2005, 144 y 145).

3 Al respecto, como ha subrayado E. Feteris, hay diversos teóricos del Derecho como Alexy, Dworkin, MacCormick, Gerards y Venzke que conciben al Derecho como una actividad argumentativa. Si pensamos, por ejemplo, en las funciones de los operadores jurídicos, la interpretación y la aplicación de las normas implica argüir sobre la pregunta de si las normas permiten o prohíben ciertas decisiones (Feteris, 2017, p. 18).

violaciones masivas de derechos humanos y gobiernos populistas que han ido minando las prácticas de justificación, imponiendo el poder por su mera facticidad.

Ahora bien, con este breve recorrido no pretendo hacer una crítica general en torno a los desafíos y debilidades de nuestras endeble democracias; esto exigiría un análisis diverso y mucho más amplio de lo que la perspectiva jurídica o iusfilosófica pueden aportar. Por ello, en este texto me gustaría centrarme en algunas instituciones que han tenido serias dificultades para adaptarse al paradigma del Estado constitucional, y que, quizá por ello, su uso resulta decisivo para afrontar los desafíos de nuestras comunidades políticas y de la fragilidad del progreso justificativo del que antes hablaba. En este texto me referiré en específico al indulto y a la amnistía, dos instituciones jurídicas que implican, aunque de manera distinta, una excepcionalidad al proceso de asignación de responsabilidad penal, dejando de considerar una acción como delito (caso de la amnistía) o dejando sin aplicar un castigo ya fijado por una sentencia firme (indulto particular). Hablamos, pues, de dos figuras que cambian el rumbo de acción establecido para todos aquellos supuestos que impliquen la transgresión de normas regulativas –ya sea de una persona específica o de un grupo de personas con unas características determinadas–, dejando sin efecto o sin posibilidad de concretarse las consecuencias jurídicas previstas. Esto quiere decir que dichas instituciones suponen una situación anómala en el ordenamiento jurídico en las que, con mayor razón que en las situaciones habituales, debería haber una justificación robusta sobre la corrección de la decisión. Así, debería quedar muy claro por qué en el caso específico lo correcto es apartarse de lo que está previsto para cualquier ciudadano que transgreda una norma. Hablamos, en definitiva, de una autorización para alejarnos del principio de igualdad en la aplicación de la ley (o igualdad ante la ley), para proceder de una manera desigual de acuerdo con lo establecido a los deberes de aplicación de los órganos decisores⁴. Como veremos, ambas figuras se caracterizan por un alto grado de discrecionalidad y un deber de justificación opaco.

Además de lo que supone en sí misma la existencia de dichas instituciones, lo que las vuelve aún más complejas son las situaciones en las que se recurre a ellas. Las razones para activarlas, como a continuación veremos, suponen una excepcionalidad; se trataría de situaciones especialmente convulsas en las que, en principio, se exigiría recurrir a tales medidas bien como una cuestión de necesidad individual o bien de necesidad colectiva. Es por eso que algunos autores afirman que se trata de situaciones que ponen de manifiesto la influencia y la relación entre política y Derecho (González Cussac, 2021, p. 12). Esto, debido a que su razón de ser, en principio, no atiende a consideraciones de justicia sobre el caso particular, o a dudas sobre la antijuridicidad de la acción cometida, sino a otro tipo de consideraciones que pueden hacer conveniente extinguir la responsabilidad penal o la sanción ya establecida. Su carácter discrecional, al que antes nos referíamos, trae igualmente aparejada una alta exigencia argumentativa. Se trata de instituciones que, entonces, plantean una alta exigencia en tal sentido; y, de no satisfacerse, comprometen gravemente la legitimidad del aparato estatal. Un indulto o una amnistía poco justificada serán manifestaciones de un uso arbitrario del poder de excepción.

Esto último es lo que, en la mayoría de los casos, hace tan controversial el acto institucional de indulto o de la amnistía. Sucede que esa excepcionalidad normalmente ocurre en momentos sociopolíticos complejos en los que más que una excepción justificada arriesga a ser percibida como un abuso de una atribución de los poderes públicos para beneficiar a personas estratégicas a ciertos intereses, no necesariamente generales.

4 Tal y como señala Iturralde, “la igualdad en la aplicación de la ley puede entenderse en dos sentidos. Uno es el de ‘interpretación no discriminatoria’, que supone evaluar el criterio interpretativo en sí mismo sin referirlo necesariamente a su aplicación en un caso concreto. Se trata de la prohibición de realizar interpretaciones discriminatorias de la ley... Otro sentido es el que se refiere a la idea de que ante dos casos individuales sustancialmente iguales, el juez debe resolver el segundo caso en el mismo sentido que el primero; en otras palabras, debe seguir ‘el precedente’” (Iturralde Sesma, 2019, 132).

Esto último apunta a otro problema central a considerar. Con frecuencia estas instituciones se identifican como manifestaciones del perdón estatal. No obstante, afirmar que hay razones –buenas razones– para dejar sin efecto una sanción penal prevista para el incumplimiento de una norma no es equivalente a afirmar que esta ha sido perdonada. El perdón implica un proceso mucho más complejo en el que las partes involucradas en el conflicto y su proceso de sanación tienen un papel central. No es esto lo que sucede cuando nos encontramos con aplicaciones de estas instituciones; algo que termina por influir en la indignación que genera el uso del indulto o la amnistía en situaciones donde el conflicto está vivo y genera polarización.

Derivado de lo anterior, la tesis de este trabajo consiste en que las posibilidades de adopción del indulto y de la amnistía en el modelo del Estado de Derecho radican en la calidad argumentativa con que se fundamente la necesidad de la excepcionalidad, llevando a cabo, de manera simultánea, un proceso de perdón entre las partes involucradas y afectadas por el conflicto. Si, por el contrario, el énfasis está colocado solo en las cualidades constitutivas de dichas instituciones y el proceso de perdón es ignorado, aumenta el peligro de que se trate de ejercicios arbitrarios llevados a cabo solo para liberar de la sanción a personas convenientes para ciertos intereses no fundamentados. Para llevar a cabo lo anterior, realizaré el recorrido siguiente: en primer lugar, esbozaré las características del indulto y de la amnistía para tener más elementos de reflexión acerca de sus características y particularidades jurídicas en México; en segundo lugar, abordaré las implicaciones de renunciar al *ius puniendi* en estos casos, para identificar con mejor precisión algunos de los rasgos que hacen a estas instituciones tan controversiales. En tercer lugar, me concentraré en la cuestión del perdón, intentando subrayar por qué el mero acto de indultar o el acto de emitir una ley de amnistía no pueden ser, por sí solos, identificados con el perdón. Finalmente, llevaré a cabo un balance crítico sobre la necesidad de limitar el uso de estas instituciones ante los enormes perjuicios de su utilización espuria.

2. INDULTO Y AMNISTÍA. PARTICULARIDADES EN MÉXICO

El indulto y la amnistía son instituciones distintas, aunque poseen algunos rasgos en común. Ambas coinciden en su carácter excepcional para interferir, bien sobre el delito, o bien sobre una sanción impuesta. De igual manera, las dos figuras se suelen contemplar en el catálogo de lo que, en el ámbito penal, se conoce como causas de extinción de la responsabilidad penal. De acuerdo con Mir Puig, se habla de extinción de la responsabilidad penal en el sentido de obligaciones que dejan de tenerse; esto es, deja de existir una obligación anteriormente contraída. No se trata, pues, de eximentes que impiden el nacimiento de la responsabilidad, sino de causas que ponen punto final al deber de responder por un acto que, hasta ese momento, existía y era vigente (Mir Puig, 2015, p. 754). Aunque se ha cuestionado que la amnistía deba ser considerada como causa de extinción de responsabilidad⁵, en principio, esto señalaría una diferencia clara respecto de las causas de justificación y las excusas, más orientadas a la necesidad de modular el reproche antes de una sentencia, debido a la naturaleza del daño que

5 En España, por ejemplo, la amnistía no se contempla como causa que extingue la responsabilidad penal. Así, en el capítulo I de la Ley Orgánica 10/1995 del Código penal se prevé en su artículo 130 que la responsabilidad criminal se extingue: (1) por la muerte del reo; (2) por el cumplimiento de la condena; (3) por la remisión definitiva de la pena; (4) por el indulto; (5) por el perdón de la persona ofendida, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea; (6) por la prescripción del delito; y (7) por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad (LO 10/1995, p. 55).

se cometió o de las circunstancias que imperaban al momento de la realización del delito⁶. A continuación abordaré ambas instituciones con un poco más de detalle.

2.1. Indulto

El indulto consiste en la exención, habitualmente realizada por el poder ejecutivo, de una pena que ha sido previamente impuesta por una autoridad judicial; es decir, se autoriza a una persona a no cumplir con el castigo establecido en una sentencia que es ya cosa juzgada y, por tanto, definitiva⁷. Esto quiere decir que la conducta mantiene su carácter antijurídico y que la persona mantiene la culpabilidad frente al juicio de responsabilidad, siendo el castigo o la pena la que es excluida o modificada, debido a que esta es, por ejemplo, injusta, excesiva o porque no tiene sentido para los fines de la pena.

Esta breve caracterización, sin embargo, posee distintos matices que conviene tener presente al momento de deliberar en torno al indulto. El primero de esos matices dará lugar a la distinción entre indulto total y parcial. El total, como el propio término parece indicarlo, se refiere a aquella decisión en la que se descarta por completo la pena impuesta; mientras que la parcial implicaría que la exclusión es fragmentaria, en tanto que el castigo es sustituido por otro o conmutado por uno que involucra una carga menor para quien lo recibe.

El segundo de los matices atiende al sujeto que puede verse beneficiado por medio de esta institución, y da lugar a la distinción entre indulto particular e indulto general. El primero se limita a una persona en específico, respecto de la cual se hace un estudio particular sobre las circunstancias en las que cometió el delito o las de su condena, dentro de las cuales, en principio, podría encontrarse la razón para indultar. Este es el tipo de indulto que suele estar previsto en la mayoría de nuestros ordenamientos. El indulto general, por otra parte, normalmente está prohibido. Esto es así, debido a que implica conceder el beneficio a un grupo de personas sentenciadas, sin tener en cuenta sus circunstancias particulares, considerando únicamente el que caigan dentro de alguna categoría en común; esto quiere decir que no son los casos concretos

6 Las justificaciones tienen lugar cuando se realiza un acto en tales condiciones que se considera un supuesto no condenable y no considerado por la regla general de conducta, excluyendo así la responsabilidad. El ejemplo clásico es matar a alguien en defensa propia, un caso que, *prima facie*, es una transgresión a la norma que prohíbe matar, pero que se da en circunstancias tan distintas de las previstas por el tipo penal que no se trata de un acto que el Estado intente evitar o prevenir. En el caso de las excusas se trata de supuestos que corresponden a conductas previstas por las normas, pero se disculpa la responsabilidad penal por la presencia de determinadas condiciones psicológicas en el agente que realizó el acto, como puede ser el matar por un accidente que no implique negligencia. En casos como el anterior se trata de un acto que se condena, pero se atiende a una exigencia de equidad y de justicia formal que impide castigar a aquellos que no han tenido la misma posibilidad de evitar cometer la acción prohibida (Torres Ortega, 2020, p. 178). John Gardner explica la distinción entre excusa y justificación de la siguiente forma: “La justificación es una explicación racional directa. La pregunta es ‘¿por qué hiciste eso?’ La respuesta justificatoria es: ‘porque tenía razones no derrotadas para hacerlo; porque era lo correcto todas las cosas consideradas’. La excusa, en cambio, es una explicación racional indirecta. La pregunta sigue siendo ‘¿por qué hiciste eso?’, pero la respuesta es ahora más compleja. ‘Es verdad: no actué en virtud de razones no derrotadas, pero tuve razones no derrotadas para tener miedo, o para estar tan furioso, confundido o disgustado, que actué tal como lo hice. Mi acción fue injustificada, pero mi disposición a actuar como lo hice estuvo justificada’. No es necesario aclarar que no toda justificación o excusa es exitosa” (Gardner, 2012, 171 y 172).

7 Sobre la cosa juzgada, J. Nieva Fenoll señala que se trata de una prohibición de reiteración de juicios con el propósito de dar estabilidad a los pronunciamientos judiciales y, con ello, seguridad jurídica. Esa prohibición se dirige tanto al juez que ha dictado la sentencia, como a cualquier otro juez en el futuro, para que ninguno pueda reiterar el juicio y, de esa manera, modificar lo juzgado. Debido a que el juez no puede modificar su sentencia una vez que la ha dictado, ir en contra de su fallo, una vez pronunciada la condena no podría establecer un perdón como el de un indulto. La autoridad jurisdiccional no puede alterar su juicio y cancelar la pena, pues forma parte de su propio enjuiciamiento (Nieva Fenoll, 2021, 68 y 69)

los que motivan la concesión del indulto, sino otras consideraciones como, por ejemplo, el tipo de castigo que están cumpliendo o el tipo de delito por los que han sido condenados. El indulto general no exige especificidad para quienes lo reciben, y ello dificulta la tarea de justificación, puesto que mantiene el reproche de la culpabilidad del sujeto y, no necesariamente, parece cuestionar la justicia de la decisión. Además, en la práctica, los indultos generales han operado de manera cuestionable, concediéndose en casos en los que no se cumplía el requisito de sentencia firme, incluso a individuos que aun no eran objeto de un pronunciamiento judicial condenatorio y que, por tanto, equivaldría más bien a una concesión anticipada de perdón (Carracedo, 2017, pp. 75 y 76).

Incluso en su versión más difundida y aceptada –el indulto particular–, como señala M. Atienza, la actitud crítica hacia el indulto ha ido aumentando conforme ha avanzado el modelo de Estado Constitucional de Derecho, pasando a ser considerada una “institución sospechosa”. Por ello, la tendencia consiste en aceptarla solo en casos muy excepcionales y en establecer medidas que limiten su arbitrariedad. Sin embargo, habría que tener claro que en la evaluación de la justificación de una institución no puede considerarse una razón válida el hecho de que sea susceptible de usarse mal, generando abusos; sobre todo si existen también ejemplos de lo contrario. Esto es “casos en los que el indulto permite evitar o poner fin a situaciones que resultan escandalosas (o inaceptables) porque no parece que determinada conducta merezca ser sancionada penalmente, o no de manera tan severa como lo ha sido aplicando la normativa vigente, o bien el castigo impuesto ha dejado de tener sentido dadas ciertas circunstancias sobrevenidas” (Atienza, 2018, p. 4).

En México, el indulto es una causa de extinción de la acción penal reconocida. En primer lugar, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla en el apartado XIV del artículo 89 –referido a las facultades y obligaciones del Presidente– que el titular del poder ejecutivo posee la facultad de “conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales” (CPEUM, 1917, p. 89)⁸. En segundo lugar, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece en su artículo 485 que la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad se extinguen por medio del indulto (es decir, se reconoce como causa de extinción de la acción penal) (CNPP, 2014, p. 137). En tercer lugar, el Código Penal Federal concreta los elementos constitutivos del indulto en su capítulo IV titulado “Reconocimiento de Inocencia e Indulto” (numerales 94, 95, 96, 97 y 98):

- (1) El indulto solo puede concederse en casos de sentencia irrevocable.
- (2) No puede otorgarse respecto a la inhabilitación para ejercer una profesión o alguno de los derechos civiles o políticos, o para desempeñar determinado cargo, pues estas consecuencias jurídicas solo pueden extinguirse por medio de la amnistía o la rehabilitación.
- (3) Puede concederse cuando la conducta de la persona sentenciada refleje un alto grado de reinserción social y su liberación no represente un riesgo para la tranquilidad y seguridad públicas, lo cual exige un dictamen del órgano ejecutor de la sanción.

8 En la Constitución también se menciona el indulto en el artículo 111, el cual contempla la manera en que se procede penalmente contra servidores públicos de instituciones como la Suprema Corte de la Nación, el Tribunal Electoral o los Consejos de las Judicaturas, así como contra el Presidente o los ejecutivos de entidades federativas. Si la sentencia que derive de este proceso es absolutoria, el inculpado puede reasumir su función, pero si es condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, se prohíbe conceder la gracia del indulto (CPEUM, 1917, 114).

(4) Esta concesión está proscrita para los casos en los que la persona haya sido sentenciada por los delitos de traición a la patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida y secuestro, desaparición forzada, tortura y trata de personas; así como para los casos de reincidencia por delito intencional.

(5) El Presidente posee facultades discrecionales para indultar delitos de carácter político, otros delitos que involucren motivaciones de carácter político o social, y delitos de orden federal o común en el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), cuando el sentenciado haya prestado importantes servicios a la Nación. No obstante, este ejercicio discrecional exige manifestar sus razones y fundamentos.

(6) Excepcionalmente, el Presidente, a título propio o a petición del pleno de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, puede indultar por cualquier delito del orden federal o común en el Distrito Federal cuando existan indicios consistentes de violaciones graves a los derechos humanos de la persona sentenciada y que esta haya agotado todos los recursos legales nacionales. Para ello, se requiere de un previo dictamen del órgano ejecutor de la sanción en el que se demuestre que la persona sentenciada no representa un peligro para la tranquilidad y seguridad públicas, expresando sus razones y fundamentos.

(7) El indulto no extingue la obligación de reparar el daño causado (CPF, 1931, pp. 30 y 31).

Al ser México una Federación, esta facultad se va a replicar para el poder ejecutivo de cada entidad federativa. Así, por ejemplo, en el estado de Jalisco se contempla en el artículo 50, fracción XVI de la Constitución estatal que el gobernador del Estado puede "conceder, conforme a las leyes, indulto, reducción o conmutación de pena" (CPEJ, 1917, p. 39). Asimismo, el Código Penal para el estado libre y soberano de Jalisco indica en un capítulo que lleva el mismo título que el Código Federal –esto es, "Del reconocimiento de Inocencia e Indulto" – las condiciones para su concesión (numerales 84 y 85):

(1) El indulto únicamente puede otorgarse tratándose de una sanción impuesta en sentencia irrevocable.

(2) Es decisión del ejecutivo la concesión del indulto tratándose de una persona sentenciada que haya prestado servicios importantes a la nación o al Estado. Sin embargo, tratándose de delitos contra la seguridad interior del Estado, se deja al prudente criterio del Ejecutivo su otorgamiento.

(3) El indulto extingue las sanciones impuestas, pero no las consecuencias jurídicas de reparación del daño, inhabilitación para ejercer una profesión u oficio, manejar vehículos, motores, maquinaria o elementos relacionados con el trabajo; ejercitar algún derecho civil o político o para desempeñar determinado cargo o empleo (CPELSJ, 1982, p. 24).

En este mismo código se agrega en el artículo 154-G, referido al capítulo de delitos cometidos por servidores públicos o particulares contra la integridad física y mental de las personas, que una persona sentenciada por el delito de desaparición forzada de personas no puede ser sujeto de beneficios como la sustitución de la pena, la conmutación de sanciones, la remisión parcial de la pena, la amnistía, ni el indulto. Asimismo, tampoco puede ser sujeto a procesos alternativos de impartición de justicia (CPELSJ, 1982, p. 49).

El indulto en nuestro país, por tanto, se corresponde con la primera caracterización que realizaba del indulto particular, pues se contempla como una facultad del poder Ejecutivo frente a una persona que ha sido sentenciada, siendo dicha resolución definitiva. En este punto solo indicaré tres aspectos relevantes que discutiré más adelante a propósito de esta figura:

- (1) si bien hay un ánimo de delimitación de aquellos delitos que pueden ser indultados, se prevé la posibilidad de que el titular del poder ejecutivo llegue a indultar prácticamente cualquier delito, aunque esto no implica dejar sin efectos las medidas de reparación del daño;
- (2) esto exige, sin embargo, brindar las razones para indultar y para sostener que dicha persona no es un riesgo para la comunidad, las cuales parecen estar orientadas a la vulneración de los derechos humanos u otras circunstancias de injusticia que, por tratarse de una sentencia firme, no podrían ya ser revisadas por un órgano jurisdiccional; y
- (3) alguien puede “ganarse” ser indultado si se lo merece, lo cual, en los textos normativos se entiende como haber brindado un servicio importante al gobierno.

2.2. Amnistía

La amnistía es una decisión, normalmente tomada por el poder legislativo, en la que unos determinados hechos dejan de ser considerados antijurídicos. Esto es, hasta antes de la decisión legislativa, esos hechos eran típicos y podían ser investigados, dando lugar, en su caso, a una pena.

La amnistía implica el desconocimiento de la acción como delictiva y, dado que normalmente es una atribución del poder legislativo, esta figura opera a través de la emisión de una ley. En tanto que ley, sus efectos no son individuales, sino que tiene una vocación general para comprender a todas aquellas personas que caen en las condiciones previstas por ella; en este caso, exceptuar la persecución de uno o unos determinados delitos a quienes caigan en las condiciones señaladas por la norma, para, en adelante, conducirse como si ningún delito hubiera ocurrido. Una ley de amnistía impide que los delitos contemplados en ella puedan ser perseguidos y, por tanto, que las personas que estaban siendo sometidas a un proceso penal por dichos hechos ya no puedan ser consideradas culpables ni recibir un castigo. Aunque normalmente sus efectos suceden antes de que haya una sentencia condenatoria, nada impide que su alcance pueda extenderse hacia casos en los que ya hay una condena (Carracedo, 2017, p. 79 y 80).

Así, a diferencia del indulto que mantiene la antijuridicidad de la conducta y que admite que esta sea “perdonada” por el poder ejecutivo, el caso de la amnistía implica una especie de ficción en la que los delitos nunca ocurrieron. Es por eso que la amnistía parece insinuar un perdón mucho más fuerte hacia quien ha cometido un delito, comprendiendo incluso el olvido frente a las acciones. Siendo así, la amnistía es una institución controversial que se emplea en contextos sociopolíticos muy excepcionales, como puede ser el término de un conflicto bélico o un proceso de justicia transicional, en los que se considera, quizá no una necesidad para la justicia del caso, pero sí una necesidad social para que la comunidad pueda seguir adelante. Sin embargo, como nos recuerda Mir Puig, la sociedad está más dispuesta a perdonar en casos de ausencia de lesión y, por tanto, la ausencia o disminución de castigo no escandaliza, ni perjudica el efecto preventivo (Mir Puig, 1994, p. 65). En este caso, el perdón se otorga en nombre de la comunidad, pero en tanto que la lesión –el daño– existe y que, en ocasiones, permanece de generación en generación, tiene sentido cuestionar si, en efecto, la comunidad ha perdonado y olvidado; o si, de lo contrario, se trata de un perdón y olvido artificioso e impuesto, cuya arbitrariedad, además, mina la credibilidad y el efecto preventivo de las sanciones.

En estos contextos tan complejos, la memoria no puede limitarse al acuerdo jurídico. De ahí que Mañalich subraye que la superación del pasado tiene muchos límites cuando se reduce a los cauces jurídicos, cuando tendría que consistir en

la demostración de la inconmensurabilidad entre el pasado y el presente de la respectiva comunidad política. Pero es exactamente esto, la producción de un quiebre en la autocomprensión de la respectiva comunidad política, lo que no puede tener lugar a través de la operación del derecho (Mañalich, 2023, p. 30).

En definitiva, hablamos de problemas sociopolíticos intrincados en los que el Derecho, difícilmente puede tener la última palabra; especialmente cuando se ve reducido a su dimensión autoritativa⁹.

Un caso mucho más problemático es el de la “autoamnistía”. Esta consiste en la concesión del beneficio de la amnistía por parte de las autoridades estatales hacia sus propios integrantes –esto es, hacia ellas mismas y hacia los suyos– por una serie de delitos que fueron cometidos durante el tiempo que conformaron gobierno. Las autoamnistías típicamente se han concedido luego de períodos dictatoriales en los que ha habido concentración de poder y violaciones masivas de derechos humanos, por lo que se concede como una manera de proteger a los integrantes del órgano estatal, una vez que el régimen dictatorial termine¹⁰. De ahí que la posición dominante sea la de negar validez jurídica a las autoamnistías y considerarlas una forma de impunidad¹¹.

La amnistía es una institución vigente en nuestro ordenamiento jurídico. En la Constitución mexicana se contempla la institución como una facultad del Congreso regulada en el artículo 73, apartado XXII. Ahí se determina que el congreso tiene poder para “conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación” (CPEUM, 1917, p. 72). Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece en su artículo 485 que la pretensión punitiva y la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad se extinguen por medio de la amnistía (CNPP, 2014, p. 137). Nuevamente, es el Código Penal Federal el que precisa los elementos constitutivos de la amnistía, en su artículo 92. Es este caso, señala que la amnistía:

- (1) Extingue la acción penal y las sanciones impuestas en los términos de la ley que expresamente se dicte para concederla.
- (2) En principio, no implica dejar sin efecto los deberes vinculados a la reparación del daño.
- (3) Si no se manifiesta otra cosa en la ley, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos, con relación a todos los responsables del o los delitos que se contemplen (CPF, 1931, p. 30).

9 El derecho posee una naturaleza dual: una dimensión real o fáctica que está representada por los elementos de expedición autoritativa (legalidad conforme al ordenamiento) y eficacia social, y una dimensión ideal que se caracteriza por el elemento de corrección moral (Alexy, 2021, 36).

10 Al respecto, conviene tener presente la afirmación de Nino respecto a que el tratamiento de las violaciones masivas de derechos humanos “es una tarea más difícil que la de tratar delitos ordinarios, aun cuando los actores políticos que fueron los responsables de aquellos crímenes han perdido poder e influencia. El silencio y la impunidad han sido la norma más que la excepción, y las pocas investigaciones realizadas han sido en general sobre las personas o los hechos equivocados” (Nino, 2015, 51).

11 Como muestra de ello, la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, a partir de casos tan emblemáticos como el *Barrios Altos vs Perú* o el de *Almonacid y Otros*, establece la invalidez jurídica de las autoamnistías.

De la misma manera que en el caso del indulto, la posibilidad de otorgar amnistías también es una atribución de las entidades federativas. Por ejemplo, Jalisco prevé en la fracción XXIII del artículo 35 de su Constitución la facultad soberana del congreso del Estado para conceder amnistías (CPEJ, 1917, p. 31). El Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco establece en su artículo 87 que la amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas en los términos de la ley que la conceda (CPELSJ, 1982, p. 24); y, al igual que en el indulto, en el artículo 154-G, referido al capítulo de delitos cometidos por servidores públicos o particulares contra la integridad física y mental de las personas, agrega que no es posible otorgarla a personas que hayan sido sentenciadas por el delito de desaparición forzada de personas (CPELSJ, 1982, p. 49).

Tanto a nivel federal como estatal hay que considerar que son las Leyes de Amnistía las que especifican las acciones que dejan de ser consideradas delitos. Más adelante retomaré este punto, pero, por ejemplo, la Ley de Amnistía del 2020 reconoció este beneficio para los casos del delito de aborto, homicidio en razón de parentesco cuando el sujeto pasivo sea el producto de la concepción, algunos delitos contra la salud, cualquier delito a personas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas que hayan sufrido violaciones a sus garantías en el proceso, robo simple y sin violencia, y el delito de sedición o incitación a cometer delitos por parte de grupos impulsados por razones políticas (no casos de terrorismo) (LA, 2020, p. 2). El procedimiento para la concesión de amnistías, sin embargo, continúa generando serios interrogantes; por ejemplo, acerca del papel de la Comisión de Amnistía y de los jueces de ejecución, o la posibilidad de interponer amparos cuando la medida es denegada o ante una negativa ficta¹².

En estos términos, la amnistía se contempla en nuestro país como una causa de extinción de responsabilidad penal y se corresponde a la caracterización inicial del apartado. Así, puede ser otorgada por el poder legislativo hacia personas –no identificadas– que estén siendo investigadas –o hayan sido ya condenadas– por la comisión de unos determinados hechos, los cuales dejan de ser considerados delitos. Como rasgos a destacar, indico los siguientes:

- (1) no hay un requisito específico respecto al momento procesal en el que se concede, por lo que puede otorgarse durante un juicio o después de una sentencia;
- (2) la amnistía no necesariamente extingue los deberes de reparación del daño y se restringe su concesión para casos de violaciones graves a derechos humanos; y
- (3), dado que normalmente su razón de ser parece más vinculada a objetivos generales –contextos bélicos o de justicia transicional–, como la estabilidad de la comunidad política o la construcción de la paz, es una facultad del poder legislativo, el órgano que, en principio, goza de mayor legitimidad política en un país. Aunque, para estas dos últimas, como veremos, en el caso mexicano hay excepciones.

3. INDULTO Y AMNISTÍA. EL DERECHO A NO CASTIGAR

En esta línea, el indulto y la amnistía son instituciones que confrontan el deber de investigar la verdad sobre los hechos e imponer un castigo a aquellas personas que han dañado los bienes jurídicos de otras. Esto es, van en contra de la afirmación de que lo correcto, en el

¹² El artículo 3 de la citada Ley de Amnistía establece que la persona interesada o su representante legal pueden solicitar a la Comisión de Amnistía la aplicación de la ley, pero se requiere que el juez de ejecución califique las solicitudes de amnistías aprobadas por la comisión. La Comisión tiene un plazo máximo de cuatro meses contados a partir de la presentación de la solicitud; si ese plazo ha transcurrido y no se ha notificado su determinación, se considera resuelta en sentido negativo, previendo que los interesados pueden interponer un medio de defensa. Al respecto, resultan de gran interés las ejecutorias 317/2022 y 174/2022.

caso de una transgresión jurídica, es castigar. En este punto, me interesa indagar sobre cómo llegamos a tener instituciones como estas y revisar las implicaciones de la renuncia al castigo que comprenden.

3.1. La prerrogativa de gracia. ¿Arbitrariedad o justicia?

Ambas instituciones suelen vincularse a la prerrogativa de gracia, una institución típicamente identificada con la monarquía absoluta, aunque sus antecedentes parecen ser mucho más lejanos. Como señala Ruiz Miguel, ya hay antecedentes de tal prerrogativa en el mundo antiguo –código de Hammurabi, la Atenas democrática y la República romana–, aunque se consolida como institución regular y permanente de los monarcas occidentales de corte absolutista a partir del principado de Augusto.

Ya en el siglo I, cuando Nerón dice de sí mismo «yo soy árbitro de la vida y la muerte de los pueblos», Séneca es el primero en teorizar la indulgencia como especialmente apropiada para el príncipe bajo el ejemplo y modelo de un poder similar al de los dioses (Ruiz Miguel, 2018, p. 16).

El derecho de gracia se relaciona, entonces, con formas de gobierno en las que hay concentración de poder, pues es una facultad que refuerza la jerarquía de un poder sobre otro –típicamente el del rey– para tener la última palabra respecto al destino de los ciudadanos –o de los súbditos.

De cualquier manera, como bien advierte Pedreira, reducir la gracia al carácter de reliquia de las monarquías absolutas no es adecuado. En primer lugar, porque deja fuera unos antecedentes mucho más ricos y remotos que dan cuenta de una raigambre histórica que va más allá de la afirmación de que se trata de una institución obsoleta que azarosa e inevitablemente ha permanecido en nuestros ordenamientos. En segundo lugar, porque la continuidad de la gracia no es poco habitual, siendo una institución presente en la mayoría de las democracias del mundo (Pedreira, 2021). Esto no implica negar que, en efecto, hay serios problemas para encajar la prerrogativa de gracia en el panorama ilustrado de la distribución del poder, en el que deja de tener sentido que haya un poder específico –o incluso una persona en particular– que pueda corregir las decisiones de otras autoridades, al grado de dejarlas sin efecto, o pasar por encima de ellas en atención a un bien general.

De esta manera, más que insistir en la vinculación de la gracia con el absolutismo, debido a que realza el poder ilimitado del rey, me interesa poner de manifiesto los argumentos que se esgrimen para dotar de sentido a esta institución. La gracia se ha entendido como el perdón del delito por parte de quien, se supone, estaría legitimado para hacerlo, dada su posición en el ordenamiento. De ahí que en sus orígenes se le confronta con la justicia, en el sentido de que implicaría admitir que las decisiones del órgano jurisdiccional, aunque apegadas a las leyes, pueden dar lugar a resultados injustos.

Esta gracia, perfectamente podía ser resultado de cuestiones meramente arbitrarias; así, no es poco común encontrar en la literatura los relatos sobre el perdón que concedía el rey por motivo de su cumpleaños o por alguna conmemoración religiosa¹³. De ahí que Ruiz Miguel

13 Esta situación persiste en algunos países. Por ejemplo, en España, con motivo de Semana Santa se realizan indultos. Como muestra: “Consejo de ministros ha aprobado hoy la concesión de un total de seis indultos solicitados por diferentes Cofradías, con motivo de la Semana Santa. Los indultados son 4 mujeres y 2 hombres, internos en centros penitenciarios de Salamanca, Santander, León, Sevilla, Granada y Málaga. Todas estas personas tenían penas de prisión inferiores a cuatro años y se encontraban en segundo o tercer grado de clasificación penitenciaria. En todos los casos se ha contado con informes favorables tanto del órgano judicial como de la Fiscalía”. <https://www.mjusticia.gob.es/es/institucional/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/Indultos-Semana-Santa>

destaque la vinculación de la gracia con la noción de merced (Ruiz Miguel, 2018), cuyo principal significado tiene que ver con un don, una dádiva, concesión o beneficio (RAE, 2024). No obstante, aun cuando tenga sentido que la gracia viniera a representar una reafirmación del poder absoluto y de que la verdadera justicia es solo la ejercida por dicho poder, el ejercicio de la gracia tenía también una importante función compensatoria en la que el rey reconocía posibles errores en la administración de justicia, la severidad desproporcionada entre el castigo y la falta, o incluso las circunstancias particulares de la persona condenada que le hacían especialmente doloroso o difícil de sobrellevar la pena. Quizás por eso la merced también tiene como significado la piedad, la indulgencia, la compasión y la misericordia (RAE, 2024).

Asimismo, además de estas razones que apelan a la clemencia y a la equidad, la gracia también se justificaba por razones de utilidad pública. En palabras de Ruiz Miguel, la compasión o misericordia comprendidas por la clemencia pretende mitigar los efectos del Derecho sobre dificultades específicas de las personas, como puede ser la situación de padecer una enfermedad incurable. Por medio de la equidad, la gracia puede dar lugar a una justicia indulgente que modera una decisión demasiado rigurosa. Y, de acuerdo a las razones de la utilidad pública o el interés general,

La gracia puede justificarse como una excepción a la justicia en situaciones críticas, sea de naturaleza fundacional (justicia transicional y restaurativa), o sea por otros motivos de especial y grave necesidad (Ruiz Miguel, 2019, p. 27).

La gracia, por tanto, puede denotar un poder ilimitado, puesto que implica tener la última palabra sobre las demás autoridades e instituciones de la comunidad política, pero también un reconocimiento de que la búsqueda de la justicia no puede agotarse en cuestiones formales o procesales, sino en otro tipo de consideraciones que también juegan un papel importante en el porqué de un castigo. Tal y como indica González Cussac, todas las manifestaciones de esta prerrogativa apuntan a la renuncia del Estado a castigar por razones de conveniencia política.

Se trata de situaciones o de circunstancias objetivas (delito) o subjetivas (delincuente), que, nacidas con posterioridad a la comisión del delito, aconsejan y permiten condonar total o parcialmente la pena impuesta. Comporta, pues, la constatación de una sobrevenida ausencia de razones de prevención general y especial que, en el caso concreto e individual, muestren la inutilidad o incluso la contraindicación de la pena (González Cussac, p. 13).

De ahí que corresponda indagar en las implicaciones y problemas de dicha renuncia.

3.2. ¿Qué implica renunciar a castigar?

En este punto, me gustaría subrayar una cuestión respecto a la naturaleza de la discusión en la que se insertan el indulto y la amnistía. Como señalaba arriba, la reflexión sobre el indulto y la amnistía es común en el ámbito de la política, entendiendo a la política como la deliberación en torno a los distintos intereses de quienes participan en una comunidad y en un sentido más cotidiano que alude a las coyunturas de los gobiernos. De ahí que la reflexión en torno a estas figuras suela derivar en la posibilidad de armonización con el constitucionalismo, el uso del poder político que subyace a ellas, el sentido o sinsentido que tienen en el contexto de la gobernabilidad, la preocupación acerca de quién está facultado para tomar otorgarlas (poder ejecutivo, judicial o legislativo), las posibilidades de concordia que ofrece ante problemáticas intrincadas, etcétera. Evidentemente estas preguntas atienden a la dimensión de los fundamentos, ya que el Derecho en general solo tiene sentido si se ubica en la reflexión más general sobre el papel que desempeña en la forma de organización social.

Ahora bien, abordar adecuadamente este nivel fundamental implica que la pregunta por la justificación del indulto y de la amnistía también requiere tener presente la reflexión específica sobre el uso del poder punitivo, puesto que hablamos de supuestos en los que, precisamente, se pretende determinar si es correcto o aceptable que, en algunos casos, una acción deje de ser considerada delito o que un castigo asignado no se aplique. Como observa Carracedo, no puede pensarse en un examen sobre la justificación actual de estas figuras sin aproximarse a ellas desde la reflexión sobre los fines de la pena, ya que implican la renuncia del Estado a que el *ius puniendi* sea empleado en sus términos estrictos (Carracedo, 2017, p. 331).

El debate sobre el castigo o la pena es demasiado extenso como para ser desarrollado aquí, pero resulta crucial abordar algunos de sus elementos más destacados para, al menos, comprender el calado de los interrogantes que lo componen. Esto es así porque no puede vislumbrarse adecuadamente la relevancia de justificar la decisión de dejar sin castigo, sin primero atender a las dificultades de justificar el castigo mismo.

El problema más acuciante del castigo gira en torno al hecho de que implica algún tipo de acto impositivo, una molestia, aflicción, daño, sufrimiento, mal o carga que es impuesta a una persona como respuesta a una acción que se considera indeseable. En concreto, en otros trabajos he afirmado que podemos entender por castigos aquellas sanciones negativas que: a) resultan de la acción u omisión de una persona que transgrede una norma jurídico-penal que protege atributos de las personas especialmente valiosos¹⁴; b) son actos coercitivos administrados intencionalmente por una autoridad constituida por el sistema jurídico transgredido; c) involucran un mal sobre los atributos esenciales de la vida humana y social que, en lenguaje penal, podríamos identificar como bienes jurídicos *prima facie* inalienables; y d) poseen una pretensión de justificación (Torres Ortega, 2020, p. 330).

De esta manera, aquello que hace tan difícil la justificación moral y la legitimidad política del castigo estriba, entonces, en por qué lo que en unos casos supone una regla categórica – la prohibición de dañar, en el sentido amplio antes señalado– en otros adquiere una dimensión relativa y llega a ser no solo algo tolerado, sino incluso algo social o moralmente demandado. Para intentar ofrecer una respuesta satisfactoria existen distintas concepciones que pretenden ofrecer el marco crítico de fundamentación sobre el por qué y para qué castigamos, que van desde las clásicas propuestas prevencionistas y retribucionistas, hasta sus versiones revisadas y otros paradigmas como el del perdón¹⁵. Las versiones clásicas, sin embargo, continúan ofreciendo un marco crítico conveniente para hacer después una revisión de los fines que las instituciones de la justicia penal se plantean.

Las distintas teorías retribucionistas tienen como común denominador la idea de que el mal del castigo está justificado porque es una manera de devolver el mal ocasionado por la acción del delito. Una persona merece padecer el mal del castigo si ha dañado a otros, por lo que su sufrimiento se considera intrínsecamente bueno; hacer sufrir a esa persona para lograr algún fin social sería degradarla, tratándola como un mero medio para un fin (Altman, 2023, p. 6). El retribucionismo clásico, representado por Kant, subraya cómo la pena no puede servir como un mero medio para los propósitos de otros; de ahí que venga a representar la protección de la personalidad (dignidad) de quien comete un crimen (Kant 1999). La justicia exige tratar la ley penal como un imperativo categórico que ha de cumplirse para que las personas reciban

14 Con ello quiero resaltar la idea de proporcionalidad entre el daño del delito y el daño del castigo. El proyecto del Derecho penal mínimo supone reservar las penas únicamente para aquellas conductas que impliquen afectaciones graves para los atributos de las personas, que comprometan su integridad, sus proyectos vitales y sus posibilidades de convivencia. Esto pone de manifiesto el carácter principal que tiene la noción de castigo en la configuración del ámbito penal.

15 Para una breve revisión por las principales concepciones de castigo puede revisarse mi texto “Concepto y concepciones del castigo y su incidencia en la asignación de responsabilidad penal” (Torres Ortega, 2019).

lo que merecen por sus actos. Dicho merecimiento determina el tipo y el grado de castigo a aplicar, el cual no puede ser otro que la ley del talión (Kant, 2016). El otro gran retribucionista clásico, Hegel, con su teoría de la imputación ofreció las bases para cuestionar las teorías sobre la disuasión, la reforma o la intimidación por medio de la pena, las cuales ganaban terreno con el avance del contractualismo. Ante el deber de no defraudar las expectativas compartidas del sistema jurídico, el castigo, desde su concepción de la eticidad, permite el mantenimiento de estas expectativas, restableciendo la vigencia de la norma; en definitiva, la reafirmación del derecho en tanto libertad jurídica social (Hegel 2005).

Por otro lado, las teorías de corte prevencionista, comparten la tesis de que el sufrimiento de quien ha delinquido es intrínsecamente un mal; sin embargo, puede justificarse y ser instrumentalmente bueno si, en un balance, los beneficios que acarrea resultan mayores al mal infligido. El objetivo no es, entonces, hacer sufrir a quien ha obrado mal. Castigar a alguien sirve para un propósito considerado bueno; normalmente el de prevenir la comisión de delitos, en términos de la generalidad, o el de rehabilitar a quien ya ha delinquido para que no vuelva hacerlo y pueda ser una persona más apta para la vida en comunidad¹⁶. El prevencionismo clásico tiene entre sus representantes al utilitarista Bentham (2000) y al reformista, y padre del Derecho penal moderno, Beccaria (2011). Este marco justificatorio subraya la noción del castigo como un mal que es tolerado en tanto que tiene la finalidad de prevenir la comisión de delitos, hasta donde sea posible y valga la pena (lo más efectivo al menor costo posible). Así, la aplicación de un castigo solo puede justificarse por su necesidad para prevenir males más graves.

Ambos tipos de teorías darán lugar a una respuesta distinta al problema del indulto y la amnistía. Así, parece que el tipo de razones esgrimidas para apoyar dichas figuras (razones de equidad, de clemencia o de utilidad) tendrían mayor sentido en el marco del prevencionismo. El retribucionismo aspiraría a que tales razones jugaran un peso considerable al momento de establecer la culpabilidad de una persona, pero, si esta ha sido establecida, y sobrevienen circunstancias específicas en el sujeto que ameritaran dejarle sin castigo, se trataría de una injusticia, pues el merecimiento que resultó de tomar como medida el daño cometido, se mantiene. Desde la perspectiva prevencionista sería más apropiado reflexionar si, en determinadas circunstancias individuales o colectivas, un castigo puede cumplir con su labor de prevención general –disuadir a la sociedad en general– o especial –disuadir a la persona que ya cometió un delito de reincidir.

El castigo es, finalmente, un instrumento del poder político y, como tal, aparece ligado al monopolio de la violencia legítima que se le atribuye a este. De acuerdo con J. Gómez, la existencia de un ámbito de lo penal envuelve la legitimidad de éste como instrumento político

16 En la dogmática penal se recoge este debate como “los fines de la pena”, y hace referencia a las ideas básicas de estos marcos al hablar de las teorías absolutas y relativas. Las teorías absolutas atienden al sentido de la pena, el cual consiste en la retribución; en esto se agota y termina la función de la pena. Las teorías relativas atienden al fin que se persigue con la pena y se suelen dividir en teorías de la prevención especial (el fin de la pena es evitar que quien ya ha delinquido vuelva a hacerlo, a través de la corrección o intimidación, o asegurándolo o apartándolo, Von Liszt) y de la prevención general (la pena como una coacción psicológica que se ejerce en los ciudadanos para que omitan cometer un delito (Feuerbach). En décadas recientes las teorías eclécticas ganaron terreno, sosteniendo a la retribución como base y añadiendo el cumplimiento de los fines preventivos. La teoría de la unión, hoy dominante, señala que la pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en momentos distintos. Por ejemplo, en el momento de la amenaza penal es predominante la idea de prevención general negativa para disuadir a las personas de cometer un delito; si aun así se lleva a cometer el delito, entonces en el momento de aplicación de la pena debe imperar la idea de retribución o de prevención general positiva; y durante la ejecución de la pena prevalece la idea de prevención especial, puesto que se procura la sociabilidad de quien ha delinquido (Roxin, 2000). Asimismo, en la dogmática penal el tema es también relevante para una cuestión práctica de mayor calado como lo es la determinación de la pena (Silva Sánchez, 2007).

orientado a intentar desincentivar o a responder ante conductas que resultan especialmente dañinas para los ciudadanos. Es en este nivel de reflexión que se modela cómo debería de ser esta respuesta, lo cual da lugar a posturas que van desde el abolicionismo hasta el punitivismo. De esta manera, es solo cuando se ha afirmado la necesidad o conveniencia de la existencia del Derecho que se plantea la cuestión de cómo debe ser y qué características debe tener, así como qué papel va a desempeñar el castigo en las pretensiones estatales (Gómez, 2018, pp. 4 y 5).

En definitiva, la institución del castigo como tal supone un reto para nuestras comunidades en tanto que implica dañar directamente a los ciudadanos que forman parte de ellas. Asimismo, dejar de aplicar un castigo en aquellos casos en los que, en principio y de acuerdo con un ordenamiento jurídico, está justificada su imposición a la luz de las consideraciones generales involucradas en el tipo genérico, no es cualquier decisión. Puede involucrar una doble excepcionalidad –la excepción del castigo y la excepción a esa decisión– que lleva a tener que ponderar el sacrificio de dejar sin efecto un castigo (dejar el mal del delito sin retribución o aminorar el efecto disuasorio de las penas) con aquello que pretende privilegiarse.

4. EL PERDÓN DEL ESTADO Y EL PERDÓN DE LAS VÍCTIMAS

Tras el recorrido aquí realizado, es evidente que el indulto y la amnistía suponen diversos retos dentro de nuestros Estados. Me parece que hay razones importantes para prever que, dada la posibilidad de que haya fallas importantes en las garantías de un proceso penal, violaciones a derechos humanos o contextos tan enrevesados que hacen prácticamente imposible la tarea de juzgar y castigar a todas las personas involucradas en un conflicto social, deba existir algún tipo de mecanismo que permita establecer una excepción y renunciar al castigo en atención a otros valores importantes en el ordenamiento. La posibilidad de que una resolución firme no sea la última palabra respecto al futuro de una persona, manteniendo una injusticia por cuestiones de formalidad, o posibilitar el que una comunidad pueda seguir adelante luego de un complejo proceso de dolor y violencia extrema parecen razones lo suficientemente sólidas como para entender que estas instituciones hayan perdurado y se hayan ido adaptando a nuestros actuales Derechos.

Sin embargo, también hay riesgos considerables. El principal tiene que ver con la posibilidad de la arbitrariedad. Hacer una excepción en la aplicación de las normas, inaplicando un castigo determinado o dejando de considerar como delito una conducta, sin duda constituye un costo para los valores de igualdad formal, certeza y seguridad jurídica, aunque también para los valores sustantivos. La posibilidad de que un poder específico decida sobre esta cuestión, sin posibilidad de que su decisión sea revisada por otra instancia es también un aspecto de preocupación importante. El deber de argumentar la decisión adquiere un carácter borroso.

Ahora bien, hay un problema grande que también subyace en todo lo anterior. Me refiero a la afirmación de que la amnistía y el perdón constituyen formas del perdón estatal. Aquí no pretendo referirme a la causa de extinción de responsabilidad conocida como “perdón del ofendido”, sino a la idea de que hay situaciones en las que el Estado, por medio de sus poderes, disculpa un delito o un castigo impuesto. Si bien el término perdón se utiliza en el lenguaje ordinario de maneras más o menos laxas, el perdón en contextos de conflictos tan serios como, por ejemplo, el de un delito o de una guerra civil, tiene –o, quizá, debería tener– un sentido más específico. Murphy y Hampton afirman que el perdón ha de entenderse como un proceso que implica ciertos preparativos psicológicos (principalmente la superación de diversas formas de ira), así como un cambio de actitud hacia quien ha delinquido, lo cual es distinto de una mera disculpa de su acción, pues suele ir acompañado de una oferta de reconciliación (Murphy y Hampton, 1998, p. 43).

El paradigma del perdón cuestiona la idea de que no es relevante el involucramiento de todas las personas que han sido parte de un problema, abogando por, al menos, cuestionar

el monopolio estatal para ocuparse de los conflictos humanos, especialmente de la forma en la que lo hace; esto es, por medio de juicios y sanciones. Al respecto, el paradigma del perdón ha ido avanzando como un marco normativo con enorme potencial para pensar en las implicaciones de los conflictos sociales que dan lugar al delito más allá de la imposición de la pena. Por ejemplo, repensando el papel de valores como la compasión en una concepción del castigo incluso en posiciones como el retribucionismo –el cual insiste en que corresponde dar al delincuente lo que merece–, o en la plausibilidad de transformar el sistema de justicia penal por un sistema basado en la restauración (Dolinko, 2007).

La cuestión del perdón, por tanto, implica múltiples interrogantes que deben responderse antes de que pueda entenderse como una forma de administración de justicia. Holmgren plantea algunas de estas cuestiones; por ejemplo ¿quién puede perdonar?, ¿existen restricciones en los motivos para perdonar?, ¿el perdón se interpreta mejor como un cambio interno o como un cambio que se externaliza –por ejemplo, el acto de pedir disculpas–?, una comunidad o un grupo ¿puede perdonar? O se trata de algo que solo tiene sentido individualmente (Holmgren, 2012). Considero que todas estas cuestiones tienen un papel importante en los casos en los que el indulto o la amnistía se conceden y que es, precisamente, la indiferencia a darles respuesta lo que genera un enorme malestar y preocupación en torno a ellas. Voy a mencionar solo dos ejemplos.

(1) A inicios de año trascendió la noticia de que Luis Donaldo Colosio Rojas –hijo del ex candidato presencial asesinado en 1994 Luis Donaldo Colosio– había pedido al presidente de México el indulto de Mario Aburto, asesino confeso de su padre, con la finalidad de que él, su familia y la sociedad en general pudieran terminar con el asunto y sanar (Vaquero Simancas, 2024). El esclarecimiento del caso no se ha conseguido en más de 30 años y, cada cierto tiempo, parece reabrirse para señalar pruebas procesales que no fueron atendidas o para cuestionar la verdadera culpabilidad de Aburto. La respuesta del presidente ha sido negativa, rechazando conceder el indulto, en tanto que se trata de un asunto de Estado en el que se tiene un interés especial por continuar con la investigación.

Sin querer entrar en las oscuridades de este caso, me interesa llamar la atención sobre el hecho de que, al menos en la legislación estatal, el poder ejecutivo es quien puede perdonar un caso como este y las razones para ello, de *facto*, sí parecen dejarse completamente a su arbitrio. Este perdón es ajeno a las personas involucradas en el conflicto, no está encaminado a un proceso de sanación y es completamente independiente de las víctimas. Tampoco parece atender a consideraciones de clemencia –Aburto tenía solo 23 años cuando ocurrieron los hechos y fue sentenciado a más de 40 años de prisión– o de justicia –se ha señalado que Aburto fue juzgado por un delito federal cuando correspondía uno estatal, que fue un mero chivo expiatorio o que fue obligado a declararse culpable tras ser torturado.

Por otra parte, sí aparecen las razones de utilidad pública, pero unas tan generales y oscuras que fácilmente caen en la objeción sobre la relevancia moral de la separabilidad e individualidad de las personas que se realiza al consecuencialismo¹⁷. Con ello, vemos también

17 Rawls formuló una de las críticas contemporáneas más fuertes al consecuencialismo como sustento ético para organizar la estructura básica de la sociedad. De acuerdo con este autor, la perspectiva consecuencialista permite que los individuos sean sacrificados en beneficio de otros debido a que no otorga relevancia moral a la separabilidad e individualidad de las personas. Para esta visión de la justicia no importa, salvo de forma indirecta, cómo se distribuye la suma de satisfacciones entre los individuos, ni cómo una persona distribuye sus satisfacciones en el tiempo. Por ello, será considerada como la mejor repartición aquella que produce la máxima satisfacción, por lo que la manera de asignar derechos y deberes, oportunidad y privilegios, diversas formas de riqueza, etc., se rige por la forma en que se obtenga ese máximo (Rawls, 1999, p. 37).

un prevencionismo en su peor versión: la autorización del sacrificio del individuo por el bien de la colectividad. Pero, además, hay también rasgos de un retribucionismo encubierto. En un caso como este, en el que la persona ya ha pasado más de 30 años en prisión y hay dudas fundadas sobre su culpabilidad, hay pocos motivos de preocupación sobre una posible afectación al efecto disuasorio del castigo –posible razón esgrimida desde el prevencionismo–, por lo que estaría primando la idea de que, en tanto que merece el mal de su condena, puesto que de esa forma retribuye a la sociedad y a las víctimas (aunque ellas no sean conscientes), no puede ser indultado y debe llevar a término su pena.

(2) En abril del año 2020 se expidió la Ley de Amnistía. Esta ley prevé la concesión de la amnistía en favor de las personas en contra de quienes se haya ejercitado acción penal, hayan sido procesadas o se les haya dictado sentencia firme, ante los tribunales del orden federal (siempre que no sean reincidentes) por los siguientes delitos: el delito de aborto¹⁸; el delito de homicidio por razón de parentesco, cuando el sujeto pasivo sea el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez; algunos delitos contra la salud¹⁹; cualquier delito, a personas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas que durante su proceso no hayan accedido plenamente a la jurisdicción del Estado, por no haber sido garantizado el derecho a contar con intérpretes o defensores que tuvieran conocimiento de su lengua y cultura; por el delito de robo simple y sin violencia, siempre que no amerite pena privativa de la libertad de más de cuatro años; y por el delito de sedición, o porque hayan invitado, instigado o incitado a la comisión de este delito formando parte de grupos impulsados por razones políticas con el propósito de alterar la vida institucional, siempre que no se trate de terrorismo, y que en los hechos no se haya producido la privación de la vida, lesiones graves a otra persona o se hayan empleado o utilizado armas de fuego (LA, 2020, pp. 1 y 2).

Los casos previstos por la amnistía en México difieren del tipo de situaciones que se presentan en otro tipo de contextos donde son más evidentes las razones de utilidad pública. Por ejemplo, la Ley de marzo del 2024 en España amnistía los actos que hayan sido declarados o estuvieran tipificados como delitos o como conductas determinantes de responsabilidad administrativa o contable, vinculados a la consulta celebrada en Cataluña y al referéndum, cuando comenzaron a desarrollarse los hechos del proceso independentista (LOANIPSC, 2024, pp. 2 y 3). Las razones para amnistiar son de necesidad colectiva: un paso necesario ante las

18 Los supuestos específicos comprenden cuando: a) se impute a la madre del producto del embarazo interrumpido; b) Se impute a las y los médicos, cirujanos, comadronas o parteras, u otro personal autorizado de servicios de la salud, que hayan auxiliado en la interrupción del embarazo, siempre que la conducta delictiva se haya llevado a cabo sin violencia y con el consentimiento de la madre del producto del embarazo interrumpido; c) Se impute a los familiares de la madre del producto que hayan auxiliado en la interrupción del embarazo.

19 Se trata de los delitos de competencia federal referidos en el artículo 474 de la Ley General de Salud, cuando: quien los haya cometido se encuentre en situación de pobreza, o de extrema vulnerabilidad por su condición de exclusión y discriminación, por tener una discapacidad permanente, o cuando el delito se haya cometido por indicación de su cónyuge, concubinario o concubina, pareja sentimental, pariente consanguíneo o por afinidad sin limitación de grado, o por temor fundado, así como quien haya sido obligado por grupos de la delincuencia organizada a cometer el delito; b) Quien pertenezca a un pueblo o comunidad indígena o afromexicana, en términos del artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se encuentre en alguna de las hipótesis mencionadas en el inciso anterior; c) Las personas consumidoras que hayan poseído narcóticos en cantidades superiores hasta en dos tantos a la dosis máxima de consumo personal e inmediato, a que se refiere el artículo 479 de la Ley General de Salud, siempre que no haya sido con fines de distribución o venta.

tensiones que subyacen a un complejo conflicto social y político en aras del interés general, la convivencia y un contexto estable para la comunidad. Esto es, la amnistía se entiende como una decisión que viene a posibilitar la superación de un conflicto profundo que amenaza la armonía y la cooperación de unos con otros. En el caso de México, sin embargo, la amnistía, al igual que el indulto, tiene mucho más presente la necesidad de enmendar o corregir la justicia penal, posibilitando la superación de una injusticia derivada de unos tipos penales que nunca debieron ser tales (el delito de aborto, por ejemplo), de un proceso deficiente o de una situación de violencia generalizada que exige el reconocimiento de prácticas sistemáticas de criminalización a ciertos colectivos. No obstante, aunque en apariencia estas razones no remitan a la utilidad social, me parece que sí hacen referencia a este tipo de razones, aunque de manera indirecta. Esto es así porque las situaciones que recoge dan cuenta también de un conflicto social complejo, marcado por violencias estructurales, que da lugar a una práctica sistemática de injusticias dentro de nuestro país que, de no atenderse, obstaculizan la posibilidad de construcción de comunidad y de control y disminución del crimen.

Recientemente, se adicionó un artículo –el 9, de una ley que, hasta ahora, tenía 8 artículos– en el que se estableció que es una determinación exclusiva del ejecutivo federal otorgar el beneficio de la amnistía de manera directa, sin sujetarse al procedimiento establecido por el ordenamiento, en casos en los que la amnistía se otorgue a (1) personas contra las que se haya ejercido la acción penal, estén siendo procesados o se encuentren sentenciados por cualquier delito; y (2) que aporten elementos comprobables útiles para conocer la verdad de los hechos en casos que sean relevantes para el Estado Mexicano. Esto quiere decir que no aplica restricción alguna sobre el delito cometido y que se extinguen las acciones penales, pero también todas las sanciones impuestas.

Ya hay muchas voces críticas sobre esta decisión, y han expresado su preocupación por el calado del permiso que se otorga al ejecutivo, pero también porque el nuevo proyecto permite que en algunos casos la reparación del daño quede también sin efectos (Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, 2024). Nuevamente, cabe cuestionar de qué manera ese perdón estatal podría formar parte de un proceso más amplio de reconciliación y sanación. Me parece claro que es necesario hacer algo ante los delitos contemplados por la ley de amnistía, pues los mismos ponen de manifiesto excesos en el catálogo de delitos y en la severidad de los castigos. Sin embargo, las amnistías, cuando se realizan de espaldas a las víctimas y a los daños sufridos por dichos actos, difícilmente podrán cumplir sus propósitos de estabilidad y justicia social.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas he intentado mostrar que la argumentación jurídica, entendida como la actividad de dar cuenta y razón del porqué de una decisión jurídica –el control racional del uso del poder–, es indispensable para un modelo de Estado que aspire a ser legítimo y considerar los intereses de sus ciudadanos. En este sentido, el indulto y la amnistía han tenido serios problemas para encajar en tal modelo, pues históricamente han estado vinculados al ejercicio concentrado del poder y a la ausencia de justificación. Sin embargo, esto no quiere decir que no haya razones valiosas para considerar ambas figuras.

Especialmente en contextos de enorme impunidad y de desigualdades profundas – como lo es México– es necesario que exista la posibilidad de que cualquier decisión cuya consecuencia sea la privación de un bien tan importante como la libertad de una persona pueda ser revisada a la luz de sus circunstancias personales o de la investigación que dio lugar a su castigo. La pretensión de corrección ha de ser la piedra angular de cualquier ordenamiento, lo que lleva a poder reconocer la posibilidad de la injusticia y el deber de enmendarla. Ahora

bien, esto no significa que en todos los casos se trate de un indulto o una amnistía justificada, pero esto solo podrá ser valorado si se hacen explícitas las razones que justifican su aplicación; razones que van más allá de cuestiones formales acerca de quién tiene facultad para concederla o los pasos a seguir para solicitarlas. Es necesario hacer explícito que la propia justicia del caso exige recurrir a la excepcionalidad.

De ahí que sea necesario no renunciar al deber de justificación e insistir en un equilibrio entre los poderes públicos. De esa manera, las figuras del indulto y de la amnistía pueden moverse desde sus antecedentes vinculados a la gracia de un poder sobre otros, a figuras que, no solo forman parte del Estado de Derecho, sino que pueden fortalecerlo para estar a la altura de las exigencias y complejidades de la vida democrática. De ahí que también sea necesario reiterar que estas instituciones no pueden tener legitimidad entendidas a la manera del perdón que otorga el poder público —a título personal—, como dádiva a los ciudadanos; solo tienen sentido en un marco más amplio donde la justicia es una prerrequisito de la comunidad política.

6. REFERENCIAS

- Aguiló, J. (2013). Ética judicial y Estado de Derecho. En *El buen jurista. Deontología del Derecho* (pp. 61-84). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alexy, R. (2021). *Law's ideal dimension*. Oxford: Oxford University Press.
- Altman, M. (2023). *The Palgrave handbook on the philosophy of punishment*. Suiza: Springer.
- Atienza, M. (2021). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta.
- Atienza, M. (2018). Un indulto sin gracia. *La mirada de Peitho*. <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2018/03/un-indulto-sin-gracia.html>
- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y las penas*. Madrid: Editorial Trotta.
- Bentham, J. (2000). *An Introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Clarendon Press.
- Carracedo, E. (2017). *Pena e indulto: una aproximación holística*. [Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid].
- Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (24 de abril de 2024). La propuesta de adición a la Ley de Amnistía desprotege a las víctimas en su legítimo derecho a ser reparadas. <https://cdhcm.org.mx/2024/04/la-propuesta-de-adicion-a-la-ley-de-amnistia-desprotege-a-las-victimas-en-su-legitimo-derecho-a-ser-reparadas/#>
- Dolinko, D. (2007). Some naive thoughts about justice and mercy. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 4, pp. 349-360
- Feteris, E. (2017). *Fundamentals of legal argumentation. A survey of theories on the justification of judicial decisions*. Dordrecht: Springer.
- Gardner, J. (2012). *Ofensas y defensas: Ensayos selectos sobre filosofía del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez, J. (2018). La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3, 4-5.
- González Cussac, J. (2021). El indulto: una institución histórica e históricamente cuestionada. *Teoría & Derecho*, 30, 10-23. <https://doi.org/10.36151/td.2021.012>
- Hegel, F. (2005). *Principios de la filosofía del derecho*. Madrid: Edhasa.

- Holmgren, M. (2012). *Forgiveness and Retribution. Responding to Wrongdoing*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Iturralde Sesma, V. (2019). La igualdad en la aplicación de la ley: Análisis de algunas objeciones iusfilosóficas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, 131-148. <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.06>
- Kant, I. (2016). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Kant, I. (1999). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Mañalich, J. (2023). *Derecho penal y terrorismo de Estado. Problemas de justicia transicional a 50 años del golpe de Estado*. Santiago de Chile: Editorial Roneo.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Murphy, J., & Hampton, J. (1998). *Forgiveness and mercy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nieva Fenoll, J. (2021). Un indulto: un cuerpo extraño en el sistema procesal. *Teorder*, 30, 66-79. <https://doi.org/10.36151/td.2021.015>
- Nino, C. (2015). *Juicio al mal absoluto. Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de derechos humanos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Nino, C. (2005). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Pedreira, F. (2021). Tiene futuro el indulto. En J. León Alapont. *Temas clave de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Rawls, J. (1999). *Theory of Justice*. Nueva York: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal. El Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ruiz Miguel, A. (2019). Gracia y justicia: el lugar de la utilidad pública (justicia transicional y situaciones de necesidad). *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, 15, 22-45. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4340>
- Ruiz Miguel, A. (2018). Gracia y justicia: soberanía y excepcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 13-35. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.01>
- Silva Sánchez, J. M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret Penal*, 2, 1-15. <https://indret.com/la-teoria-de-la-determinacion-de-la-pena-como-sistema-dogmatico-un-primer-esbozo>
- Torres Ortega, I. C. (2020). *Sobre la fundamentación del castigo. Las teorías de Alf Ross, H. L. A. Hart y Carlos Santiago Nino*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Torres Ortega, I. C. (2019). Concepto y concepciones del castigo y su incidencia en la asignación de responsabilidad penal. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 44, 155-180. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/14996>
- Van Eemeren, F. (2019). *La teoría de la argumentación. Una perspectiva pragmatodialéctica*. Perú: Editorial Palestra.
- Vaquero Simancas (29 de enero de 2024). Luis Donaldo Colosio pide el indulto para Mario Aburto, asesino confeso de su padre. *El País*. <https://elpais.com/mexico/2024-01-29/luis-donald-colosio-pide-el-indulto-para-mario-aburto-asesino-confeso-de-su-padre.html>

LEGISLACIÓN

- Código Nacional de Procedimientos Penales. 2014. México. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>
- Código Penal Federal. 1931. México. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPF.pdf>
- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco. 1982. Jalisco, México. [https://transparencia.info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/C%C3%B3digo%20Penal%20para%20el%20Estado%20Libre%20y%20Soberano%20de%20Jalisco%20\(1\).pdf](https://transparencia.info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/C%C3%B3digo%20Penal%20para%20el%20Estado%20Libre%20y%20Soberano%20de%20Jalisco%20(1).pdf)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917. México. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Constitución Política del Estado de Jalisco. 1917. Jalisco. México. <https://www.diputados.gob.mx/bibliot/infolegi/consedos/constitu/jalisco.htm>
- Ley de Amnistía. 22 abril 2020. Diario Oficial. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lamn/LAmn_orig_22abr20.pdf
- Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. 11 junio de 2024. *Boletín Oficial del Estado*, 141. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2024/06/10/1>