

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE SOCIOLOGÍA GENERAL Y JURÍDICA

EXPECTATIVAS RAZONABLES PERCEPCIONES PÚBLICAS DEL DERECHO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

FRANCISCO ESPINOSA GONZÁLEZ

ASESOR DE TESIS:

DR. JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO
Febrero 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

La presente tesis, con sus evidentes limitaciones e imperfecciones, constituye la culminación de una etapa importante en mi proceso de preparación y aprendizaje, proceso que habría sido imposible sin el apoyo incondicional y francamente inmerecido de muchas personas con quienes tuve la fortuna de compartir estos años. El mérito, en su caso, corresponde en buena medida a ellos, pero las imperfecciones y limitaciones son enteramente imputables a mí.

En primer lugar, el mayor agradecimiento se lo debo a mis padres, Francisco Espinosa Magaña y Lucía del Carmen González Hernández, quienes no velaron, desde mis primeros años, por permitirme el acceso a una educación integral y de calidad, sino que también ha sido a través de su ejemplo que he podido aprender el valor del estudio, del compromiso y la dedicación en cada proyecto que emprendo en mi vida. Cualquier mérito que pueda tener como ser humano y como profesionalista se los debo a ellos.

También debo agradecer a todos los profesores de quienes tuve el privilegio de aprender durante mi carrera, pero reservo una gratitud especial para tres de ellos: al Dr. Juan Luis González Alcántara Carrancá, cuyo ejemplo espero algún día poder emular tanto en el ámbito profesional como en el personal, y quien ha tenido además la paciencia de guiarme en el proceso de investigación que culmina en el presente trabajo; al Mtro. Fernando Sosa Pastrana, el mejor mentor y amigo que uno podría desear, una de las mentes más brillantes que he tenido el privilegio de conocer y de quien probablemente he aprendido más, como jurista y como persona, que de cualquier otro; al Mtro. Gerardo Ramírez Escobedo, cuya vocación docente es probablemente única entre sus semejantes, y a quien tengo también el honor de llamar un verdadero amigo, y de quien más he aprendido el valor de la disciplina, la constancia y la dedicación al trabajo.

Finalmente, debo hacer una mención especial a Ricardo y Daniel Espinosa González, así como a Andrés Felipe Lozoya del Rosal, quienes no sólo me han privilegiado con su apoyo y amistad desde mi infancia, sino que también, de

forma enteramente desinteresada, han contribuido directamente a mejorar el presente trabajo con sus revisiones y comentarios.

Contenido

Introducción.....	5
I. El derecho como construcción social	7
1. El derecho como producto cultural.....	7
2. El fundamento místico de la autoridad.....	9
3. La irracionalidad de la cultura: una articulación contingente.....	13
4. Cultura jurídica.....	14
II. El individuo ante la Ley.....	19
1. La percepción pública del derecho	19
2. La imagen popular del abogado	26
3. Arquetipos jungianos	32
III. Un Ideal de Justicia	43
1. La Tesis Rawlsiana.....	45
2. Rawls en Acción	56
3. La Expansión del Núcleo Constitucional.....	69
IV. El interior de la función judicial.....	81
1. ¿Quiénes son los jueces?.....	82
2. La judicatura como profesión.....	91
3. Una judicatura política	102
4. ¿Es posible una teoría sobre la función judicial?	105
V. Desviaciones del sistema.....	109
1. La cultura de la venganza.....	110
2. Redención y retribución	114
3. Violencia pública y privada	118
Comentario final	123

Conclusiones.....	125
Bibliografía	127

INTRODUCCIÓN

La presente obra es, en cierto sentido, la culminación (un tanto imperfecta) de una serie de reflexiones que han ido surgiendo desde el primer momento en que ingresé a la carrera de Derecho. En cierto sentido, la educación jurídica en nuestro país, tradicionalmente, se aboca primordialmente en un discurso descriptivo sobre el *status quo* imperante en el momento, y en buena medida la mayor parte de los planes de estudio (al menos al nivel de la licenciatura) se enfocan en la categorización y desglose de un número más o menos arbitrario de ramas o subdivisiones del sistema jurídico vigente.

Aunque, desde luego, este modelo resulta sumamente fructífero como plataforma de entrenamiento para futuros operadores jurídicos, cuya labor se limita a identificar y aplicar las disposiciones vigentes, lo cierto es que también tiene como consecuencia inevitable el promover una postura desafortunadamente irreflexiva respecto del lugar que ocupa nuestra materia de estudio en un entramado sociocultural mucho más amplio.

En consecuencia, la orientación principal de esta obra no es la de presentar un bosquejo eminentemente monográfico sobre tal o cual institución jurídica, o siquiera el de explorar posibles avenidas para su reforma o mejoramiento, sino el de tratar de conceptualizar, desde una perspectiva eminentemente interdisciplinaria, no sólo la estructura real de nuestras instituciones, sino la forma en que operan hacia sus destinatarios. Admitimos desde luego que esta proposición es quizás demasiado ambiciosa, y posiblemente sean más las interrogantes que surjan de este ejercicio que las que puedan responderse.

Hecha esta aclaración, es importante precisar el hilo conductor de esta investigación. En el primer capítulo, nos abocamos primordialmente a exponer el marco teórico de la presente obra, encuadrando el aspecto jurídico-político de la sociedad en un plano sociocultural más amplio. El segundo capítulo, que opera como el planteamiento de la hipótesis central de la presente obra, establece, haciendo referencia a múltiples estudios empíricos, la existencia de una

discrepancia importante entre la estructura formal del sistema jurídico y su percepción por parte de sus destinatarios.

En el tercer capítulo realizamos un giro sustancial, exponiendo esencialmente una visión abstracta sobre el *deber ser* de la justicia, mientras que el capítulo cuarto opera como contrapunto del anterior, exhibiendo algunas de las limitaciones estructurales del sistema. Finalmente, el capítulo quinto sirve para ilustrar la complejidad de las interacciones entre estas tres dimensiones.

CAPÍTULO I. EL DERECHO COMO CONSTRUCCIÓN SOCIAL

1. EL DERECHO COMO PRODUCTO CULTURAL

Comenzar la presente obra mediante un análisis de lo que habitualmente encapsula el concepto de derecho podría parecer, hasta cierto punto, un tanto redundante. Después de todo, desde la antigua máxima romana que lo define como *ars boni et aequi*¹, hasta las complicadas estructuras de los proponentes de los estudios críticos del derecho,² el derecho, como entidad abstracta, parece haberse resistido a una categorización definitiva, libre de cuestionamientos.

En consecuencia, el objetivo de este capítulo no es el brindar una definición total (o siquiera una definición operativa) de lo que es, a todas luces, un fenómeno cuya complejidad rebasa tanto el alcance de esta obra como las capacidades de su autor. En su lugar, meramente pretendo limitarme a ofrecer la tesis de que el derecho es, ante todo, un producto cultural, definido por una serie de fuerzas, factores e influencias externos (en otras palabras, no es un ente autodefinido), y que, como ente cultural, se encuentra necesariamente inmerso en una compleja red de interacciones entre los distintos componentes de ese “todo cultural” (si es que es posible concebirlo de esta forma).

En otras palabras, el derecho, ni como ente ni como disciplina, puede ser considerado autónomo; cualquier argumentación que pretenda delimitar o reconceptualizarlo a partir de sus propios conceptos, corre el riesgo de, utilizando la frase popular, no ver el bosque por los árboles.

Dentro de este paradigma, el derecho no puede encapsularse dentro de una categoría ontológica diferenciada, o incluso como un conjunto distinto y discreto de

¹ La cita es por lo general atribuida al jurista romano Publio Juventino Celso (67-130 A.D.)

² A mayor abundamiento, ver COOMBE, Rosemary, “Contingent Articulations: A Critical Cultural Studies of Law” en SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. *Law in the Domains of Culture*. The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998, p. 22.

prácticas sociales que permitan dar solución a demandas sustantivas que tienen su origen en otra parte, sino como un componente clave en una labor de aserción hegemónica (y, en consecuencia, también como un foco de resistencia). El derecho es, simultáneamente, un producto cultural, una fuente de producción cultural y una válvula para liberar tensiones producidas por una totalidad cultural no hegemónica.³

Un análisis de las complejidades de la relación entre el derecho y la cultura puede encontrarse, al menos inicialmente, en la obra de Rosemary Coombe⁴, quien pretende —partiendo del concepto propio de la antropología postestructuralista de escribir “contra la cultura”⁵— generar un discurso similar que permita, en el ámbito de los estudios críticos del derecho, escribir “contra el derecho.” Para ello, argumenta, es necesario, como primer paso, el redefinir el concepto de “relación” como un operador necesario entre dos entes distintos, reemplazándolo por una visión más fluida en donde, ante la permeabilidad inherente del derecho con respecto al “resto de la cultura,” por decirlo de alguna forma, hace innecesaria la implementación de esta clase de operadores formales. Esto, argumenta, es asequible a través de la “des-reificación” de conceptos como *derecho* o *cultura*.

Aunque reconozco que lo anterior ciertamente brinda un punto de partida interesante —y un argumento provocador— para redefinir esta relación, ello no implica necesariamente que comparta la tesis de la autora. En efecto, el problema de este enfoque radica primordialmente en la intención totalizante implícita en conceptos como “des-reificación” o “escribir contra el derecho.” Aunque, como analizaremos más adelante, nuestro objeto de estudio es ciertamente susceptible de ser sometido a procedimientos analíticos que pongan en entredicho algunos de sus elementos esenciales, ello no implica negar la existencia, al menos teórica, de un significante distinguible ni, ciertamente, su utilidad para efectos académicos. Llevada, como pretende la autora, a sus últimas consecuencias, la idea de la *des-*

³ COOMBE, R., *op. cit.*, pp. 33-37.

⁴ Id.

⁵ Id.

reificación desembocaría en una suerte de anarquía conceptual que, al liberarse de distorsiones o simplificaciones espurias, implicaría la renuncia a cualquier estructura conceptual utilizable.

Nuestra pretensión en este caso es ciertamente más modesta, y, al referirme al derecho como un ente cultural, meramente pretendo establecer los siguientes lineamientos conceptuales alrededor de los cuales se estructura éste y los subsecuentes capítulos:

El derecho no es, ni puede ser, por sus propias características intrínsecas, una entidad o disciplina autónoma. Lo mismo que cualquier otro producto cultural (como puede ser, por ejemplo, la expresión artística), descansa necesariamente en una red preexistente de constructos propios de la conciencia colectiva de una sociedad determinada.

Al ser una entidad construida, ningún sistema jurídico, aún en el caso ideal de una comunidad gobernada por una tradición continua y atemporal, es un objeto inmutable o independiente del macrocosmos cultural al que pertenece. Cada acto interpretativo por parte de la colectividad, necesariamente, contribuye a su evolución y redefinición progresiva.

Ante la ausencia de un parámetro objetivo universal que permita la aplicación de juicios de valor definitivos, la noción de justicia, intrínsecamente ligada con el concepto del derecho, es susceptible de ser evaluada, al menos parcialmente, en función de la eficacia e idoneidad de este sistema con respecto a la colectividad destinataria del mismo.

2. EL FUNDAMENTO MÍSTICO DE LA AUTORIDAD

Sin abandonar del todo las premisas elaboradas en la sección anterior, un buen punto de partida alternativo para una conceptualización del derecho (si bien no absoluta, al menos en cierta medida integral) podría encontrarse en la conferencia impartida por Jacques Derrida, titulada *Fuerza de Ley: El Fundamento Místico de la*

*Autoridad*⁶, en donde el intelectual francés pretende analizar la “posibilidad de la justicia” dentro del marco de la filosofía deconstructivista.

Como premisa inicial, el planteamiento consiste en determinar, más allá de la posibilidad abstracta de la justicia fuera del marco estrictamente jurídico, la noción del *derecho como justicia*, así sea de manera parcial, lo cual, como apunta Derrida, implica, necesariamente, la incorporación de la violencia como elemento esencial, *ab initio*, en la idea de autoridad, como puede percibirse perfectamente en el vocablo alemán *Gewalt*, utilizado indistintamente para referirse a la violencia como fenómeno y a la autoridad legítima.

En efecto, el propio título de la conferencia (y de este capítulo) parte del pensamiento de Michel Eyquem de Montaigne, quien señala que

Las leyes conservan su vigencia, no porque sean esencialmente justas, sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad; no tienen otro.

En otras palabras, una vez incorporado dentro de un cuerpo normativo dentro de un sistema político (presumiblemente) funcional, el juicio prescriptivo queda nominalmente fuera del ámbito de la ética y pasa a ser objeto de un análisis estrictamente jurídico, suponiendo, naturalmente, que tal cosa sea en efecto posible.

Hasta este momento, el planteamiento no resulta en modo alguno innovador o problemático. El concepto de una autoridad legitimada para hacer cumplir, por la fuerza si es necesario, una determinada serie de prescripciones se remonta, probablemente, a los albores de la civilización. El hecho de que, en distintos momentos de la historia, se haya puesto en tela de juicio la legitimidad de esta

⁶ *Cfr.*, en general, DERRIDA, Jacques, “Force of law: the metaphysical foundation of authority” en CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michael; CARLSON, David (Eds.). *Deconstruction and the Possibility of Justice*. Routledge, Reino Unido, 1992.

autoridad sólo es posible cuando existe, al menos en abstracto, una idea de uso legítimo de la violencia.

Aunque sin duda un análisis cronológico de la evolución de este concepto desde la Antigüedad Arcaica sería una empresa fascinante, para efectos de este capítulo nos limitaremos exclusivamente a lo que al respecto se ha dicho más recientemente.⁷ En este orden de ideas, la teoría de Max Weber, descrita a detalle en *La Política como Vocación*,⁸ constituye el fundamento esencial de nuestra actual visión.

Para Weber, quien parte de un modelo post-westfaliano del Estado (y, en consecuencia, del su relación con el derecho y la violencia), una característica fundamental de esta entidad es el monopolio que ejerce sobre el uso de la fuerza, concepto que ha sido formalizado para demostrar que el poder exclusivo de vigilancia que se adscribe al Estado encuentra una ulterior justificación en su contribución al bien público mediante la protección, a través de dicho poder, de valores primordiales para la sociedad que lo conforma.

De acuerdo con Weber, el Estado es aquella “comunidad humana que (exitosamente) se arroga el monopolio del uso legítimo de la violencia dentro de un territorio determinado.”⁹ La policía pública y el ejército son sus principales instrumentos, pero las entidades de seguridad privada también pueden, hasta cierto punto, ostentar “el ‘derecho’ al uso de la violencia” en tanto que la única fuente de este presunto derecho es la autorización estatal.

Weber pretendía que su descripción fuera una observación contemporánea que trajera a la luz el hecho de que la conexión entre el Estado y el uso de fuerza física no siempre han sido tan cercanos. Utiliza el ejemplo del feudalismo, donde la

⁷ Ver, en concreto BODIN, Jean, *On Sovereignty: Six Books of the Commonwealth*. CreateSpace Independent Publis, 2009 y HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Digireads.com Publishing, 2017.

⁸ Ver, en general, WEBER, Max. *Politics as a Vocation*. Isha Books, 2013.

⁹ WEBER, Max. *Political Writings*. Cambridge University Press, Cambridge, NY, 1994, p. 310.

guerra privada estaba permitida¹⁰ bajo ciertas condiciones, y el de los tribunales religiosos, que tenían jurisdicción exclusiva sobre ciertos tipos de infracciones.

Por esta misma razón, el “monopolio” no quiere decir que sólo el gobierno pueda apelar a la fuerza física, sino que el Estado es la comunidad humana que se erige como única fuente de legitimidad para toda coerción física o su autorización.

Ahora bien, volviendo al discurso de Derrida, es posible apreciar dos puntos sobre los que vale la pena abundar. En primer lugar, el hecho de argumentar que una ley no se obedece, en palabras de Montaigne, “por ser justa” implica la posibilidad de categorizar una norma, necesariamente, como injusta y, en consecuencia, la existencia de un parámetro bajo el cual es posible realizar tal evaluación. Para efectos prácticos, y sin que esto implique necesariamente la aceptación del concepto en toda su extensión connotativa, nos referiremos a este parámetro como “derecho natural.”¹¹

En segundo lugar, si suponemos la existencia de este parámetro, es necesario, al igual que Derrida, llegar a la conclusión de que éste resulta, a todas luces “indeconstruible,” al ser el parámetro último de valoración.¹² Esto, de nuevo, parece llevarnos inevitablemente a una nueva aporía, ya que la naturaleza propia del concepto parece resistirse a cualquier intento de disecar sus partes y analizarlas como elementos de la estructura. Es justamente este elemento el punto final la fuente del carácter “místico” de la justicia y, por ende, del concepto ideal de autoridad.

¹⁰ Para un análisis interesante sobre la naturaleza de la “guerra privada” durante la edad media y su eventual reemplazo por una actividad militar centrada en el Estado soberano, ver HOUSELY, Norman. “European Warfare, c. 1200-1320.” KEEN, Maurice. *Medieval Warfare: A History*. Oxford University Press, 1999.kl

¹¹ Ver DERRIDA, *op. cit.*, para una referencia al concepto de justicia divina en oposición a la mítica

¹² DERRIDA, *op. cit.*, pp.240-43.

3. LA IRRACIONALIDAD DE LA CULTURA: UNA ARTICULACIÓN CONTINGENTE

En las dos secciones anteriores señalamos, paralelamente, la necesidad de concebir al derecho como ente cultural — y por ende sujeto a un margen mínimo de relatividad cultural — y como sujeto de deconstrucción a partir de una concepción idealizada de justicia. Ambos caminos parecen conducir a callejones sin salida en una enorme casa de espejos cuyo diseño parece ser intencionalmente innavegable, y es quizá en esta alegoría donde podemos encontrar el punto de encuentro que nos permita seguir avanzando: el derecho, como ente cultural, carece de una justificación lógica última; su fundamentación última, al residir en un acto primordial de violencia no necesariamente justificado,¹³ es eminentemente irracional.

No es nuestra intención entrar en este momento en un análisis de carácter psicológico sobre la irracionalidad inherente del derecho como constructo cultural,¹⁴ sino meramente, a partir de esta premisa, proponer la justificación última de esta obra: si el derecho es, como hemos dicho, el producto de una cultura determinada —en un lugar y tiempo determinados—, no requiere, en consecuencia, de una justificación racional. Es meramente el producto, imperfecto y amorfo, de un conjunto de voliciones no necesariamente homogéneo, y su razón de existencia consecuentemente deriva en última instancia de los factores (por más irracionales, atávicos e incomprensibles que puedan ser) que alientan esa serie de voliciones, y en consecuencia su aceptación por parte de los destinatarios deriva, necesariamente, de la conjunción de dos factores: la correspondencia de sus efectos concretos con el desiderátum expresado por tal conjunto de voliciones y, a falta o deficiencia de ésta, a la capacidad de la autoridad, sea cual sea su naturaleza o legitimación última, de sostener por la fuerza semejante estado de cosas.

¹³ DERRIDA, *op. cit.*, pp. 251-52.

¹⁴ En el siguiente capítulo analizaremos la importancia de ciertos constructos mentales, en particular de los arquetipos propuestos por el psicólogo alemán Carl Jung.

Es pues bajo estas premisas que pretendo justificar mi tesis principal, a saber: que el único criterio viable, medible y perfectible para evaluar la deseabilidad de un determinado *status quo* jurídico-político descansa, necesariamente, en la capacidad de éste de lograr, a través de las herramientas a su disposición, los fines últimos para los que fue concebido, o, para ponerlo en términos económicos, su eficiencia. Es sobre esta premisa, indudablemente cuestionable, que descansa mi visión de lo que entendemos por pragmatismo jurídico, y es sobre ella que pretendo erigir la presente obra.

4. CULTURA JURÍDICA

Habiendo establecido, así sea vagamente, una postura inicial con respecto a la relación entre cultura y derecho, un siguiente paso necesario en este capítulo introductorio es el de establecer, en términos claros, a qué nos referimos cuando utilizamos la expresión “cultura jurídica.”

Para efectos de esta obra, apelaremos principalmente a dos variantes de dicho concepto: en primer lugar, como *cultura jurídica* propiamente, nos remitiremos a la definición de David Nelken,¹⁵ quien la describe, en su sentido más general, como una forma de describir los patrones relativamente estables de comportamientos y actitudes sociales jurídicamente orientados. Los elementos identificadores de la cultura jurídica van desde los hechos acerca de las instituciones, tales como el número y rol de los abogados o las formas en que se nombra y controla a los jueces, hasta varias formas de comportamiento como tasas de litigación o de prisión, y, en el otro extremo, aspectos más nebulosos sobre ideas, valores, aspiraciones y mentalidades. Al igual que la propia cultura, la cultura jurídica se trata de quiénes somos y no sólo de qué es lo que hacemos.

Por otro lado, aunque con menor frecuencia, haré referencia a otro concepto que, a pesar de las similitudes en el nombre, se refiere a un concepto enteramente

¹⁵ NELKEN, David. “Legal Culture.” En SMITS, Jan M. *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 374.

distinto: el de “cultura de legalidad.” Este fenómeno, como se analizará con mayor detalle en el Capítulo II, hace referencia necesariamente a algo más que una descripción objetiva y desapegada de determinadas variantes culturales dentro de los sistemas jurídicos vigentes en una u otra comunidad, sino que pretende evaluar, en una escala principalmente cuantitativa —aunque desde luego contiene parámetros cualitativos— el índice de consistencia entre lo que podríamos identificar como la estructura *formal* (en su sentido más amplio) de un determinado sistema jurídico y la internalización de sus preceptos en la conciencia colectiva de sus destinatarios. Aunque este indicador ciertamente es susceptible de presentar cierto traslape parcial con parámetros como la eficiencia o la eficacia de un determinado orden jurídico —parámetros que, como señalamos en secciones anteriores, constituyen una parte importante de la metodología de esta obra—, no debemos llegar al extremo de confundirlos. Un determinado orden normativo puede presentar altos índices de eficacia sin que por ello sea ampliamente aceptado por la población, y, similarmente, un sistema puede resultar poco idóneo para la consecución de sus finalidades a pesar de contar con altos índices de internalización por parte de sus destinatarios.

Ahora bien, retomando un poco lo abordado en secciones anteriores, es importante hacer referencia a lo que Jeremy Webber¹⁶ denomina los “efectos ilocucionarios” de entes como el derecho o la cultura que, al ser usados por integrantes del sistema (e.g. un juez, al declarar cuál es la ley), crean los propios hechos que pretenden describir o explicar, de modo que su uso deviene, simultáneamente descriptivo y prescriptivo. No obstante, como se verá en capítulos posteriores, el hecho de que un determinado sistema o cultura jurídicos contenga los elementos suficientes como para alterar su propia estructura no implica desde luego que no se encuentren constantemente sujetos a modificaciones o influencias provenientes de subsistemas externos.

¹⁶ WEBBER, Jeremy. “Culture, Legal Culture, and Legal Reasoning: A Comment on Nelken.” *Australian Journal of Legal Philosophy*, Australia, 2004, pp. 25–36

Algunos autores como Lawrence Friedman¹⁷ distinguen entre una cultura jurídica “interna” (referida al rol que juegan los operadores jurídicos) y una “externa” (relativa a los individuos o grupos que, desde el exterior, ejercen presiones sobre el derecho para producir un cambio social. Esta categorización resulta similar a la de Erhard Blakenburg,¹⁸ quien realiza un contraste entre la “oferta” del derecho, representada por las actividades de instituciones jurídicas y cuasi-jurídicas, y la “demanda,” conformada por los patrones de uso de las instituciones jurídicas. Como quiera que se les denomine, son justamente las diferencias en las interacciones entre estos dos sectores las que dan lugar a las peculiaridades que definen a una cultura jurídica.

Vale la pena advertir que el concepto de cultura jurídica ofrecido en esta sección tiene su origen primordialmente en el área del derecho comparado, dentro del cual adquiere una importancia trascendental al momento de determinar los parámetros válidos de comparación y evitar caer en simplificaciones excesivas (e.g. la tendencia a identificar descuidadamente “equivalencias funcionales” que muchas veces resultan no serlo del todo).

No obstante, para efectos de esta tesis, el segundo concepto (cultura de la legalidad) tiene quizá una trascendencia aún mayor. Si nuestra finalidad última radica en identificar, por decirlo de alguna forma, las discrepancias existentes entre, por un lado, los objetivos, métodos y efectos reales de un determinado orden jurídico y, por el otro, las expectativas de sus destinatarios, es necesario depositar especial atención en los factores que causan las distorsiones que constituyen, en palabras de Nelken,¹⁹ “la amplia brecha entre la cultura jurídica y la cultura general.”

¹⁷ FRIEDMAN, Lawrence. “The Place of Legal Culture and Its Position in the Sociology of Law.” FREEMAN, Michael (Ed.). *Law and Sociology*. Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 117.

¹⁸ BLANKENBURG, Ehrhard, “Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Culture” en NELKEN, David (Ed.). *Comparing Legal Cultures*, Aldershot: Dartmouth, 1997, pp. 41–68.

¹⁹ NELKEN, David, *op. cit.*, p. 376.

No obstante, lo anterior no implica estos conceptos enteramente de su trasfondo comparativista; al contrario, es justamente el análisis comparativo entre sistemas una de las herramientas a las que acudiremos con mayor frecuencia, y en muchas ocasiones este análisis constituye el mejor —si no es que el único— parámetro adecuado para realizar una valoración cuantitativa de la adecuación de un determinado orden normativo.

La gama de herramientas metodológicas elegidos para defender algunos de los puntos incluidos en esta obra dependen, en muchas ocasiones, del uso extensivo de perspectivas interdisciplinarias, además de análisis comparativos. Así, a pesar de que nuestro punto de partida es, por lo general, una determinada institución o fenómeno propio del derecho positivo mexicano, la metodología utilizada en muchas ocasiones será producto de una tradición jurídica distinta, como, por ejemplo, el uso del análisis económico del derecho (una escuela primordialmente asociada con la jurisprudencia americana) para evaluar ordenamientos civiles o administrativos. Similarmente, durante el estudio de disposiciones penales o política criminal, nos serviremos de constructos psicológicos para valorar su eficacia.

CAPÍTULO II. EL INDIVIDUO ANTE LA LEY

1. LA PERCEPCIÓN PÚBLICA DEL DERECHO

En el capítulo anterior, abordamos con cierto detalle lo que, para efectos de la presente obra, entendemos por derecho, cultura y, consecuentemente, cultura jurídica, así como las posibles interrelaciones entre estos distintos conceptos. Asimismo, argumentamos la necesidad de concebir al derecho como un producto cultural, socialmente construido y dependiente de diversos factores que varían de sociedad en sociedad para un momento y lugar determinados.

Nuestro objetivo en el presente capítulo es el de analizar, dentro de este contexto, la forma en que la sociedad interactúa con el orden jurídico vigente, no sólo a través de una descripción meramente formal de estas interacciones, sino mediante una perspectiva centrada en lo que podría denominarse la “cultura jurídica colectiva” de una sociedad, esto es, el significado que la población adscribe al derecho, sus expectativas con respecto a éste y la forma en que interactúan cotidianamente con él.

Una forma de categorizar, así sea a muy grandes rasgos, la naturaleza de estas interacciones depende de la forma en que la sociedad percibe en general el establecimiento y preservación del orden social, y en concreto el papel que el derecho juega en éste. Así, por ejemplo, bajo una perspectiva *durkheimiana*, el derecho corresponde a “un sistema normativo que facilita la cooperación y posibilita la existencia de sociedades complejas en un estado de solidaridad.”²⁰ En cambio, el derecho puede interpretarse también como “un método para legitimar el poder del Estado,” en términos de Max Weber²¹. Alternativamente,

²⁰ COTTERRELL, Roger B.M. “Durkheim on Legal Development and Social Solidarity”, 4 *BRIT. J.L. & SOC'Y*, 1977, Reino Unido, pp. 241, 241–42.

²¹ TRUBEK, David M. “Max Weber on Law and the Rise of Capitalism.” 1972 *WIS. L. REV.*, 720, EE. UU., 1972, pp. 720–53.

una perspectiva marxista lo percibiría como “un instrumento de subyugación a través de una ideología impuesta.”²²

Sea cual sea la perspectiva elegida, la pregunta que nos ocupa en este caso no es cuál de ellas sirve mejor para explicar la realidad objetiva de esta serie de interacciones, sino, por otro lado, cuál de ellas, en su caso, puede explicar más satisfactoriamente la percepción de esta relación que impera en la conciencia colectiva de los destinatarios de un determinado orden.

Una contribución que sin duda puede ilustrar considerablemente este debate puede encontrarse en la obra de Marina Kurkchian *Perceptions of Law and Social Order: A Cross-National Comparison of Collective Legal Consciousness (Percepciones del Derecho y del Orden Social: Una Comparación Transnacional de la Conciencia Colectiva)*,²³ en donde la autora interpreta los resultados de un estudio de campo realizado con la finalidad de identificar algunos de los elementos que constituyen esta conciencia jurídica colectiva a través de un análisis comparativo de los resultados de cuatro grupos de estudio correspondientes a distintas sociedades, con culturas, estructuras políticas y – presumiblemente – conciencias jurídicas colectivas distintas.

Las diferencias entre estos cuatro estudios de campo (llevados a cabo en Inglaterra, Polonia, Bulgaria y Noruega), sin duda ilustra algunos de los posibles puntos de discrepancia entre la realidad jurídico-política de una sociedad determinada y la percepción y expectativas que la población manifiesta hacia ella.

Así, por ejemplo, los participantes ingleses generalmente enmarcaban la discusión en términos de libertad y limitaciones, exhibiendo una concepción del orden jurídico como el resultado de un proceso de negociación entre distintas perspectivas del bien y el mal. Para los ingleses, el sistema jurídico

²² STONE, Alan, “The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype.” *LAW & SOCIETY REVIEW* 39, EE. UU., 1985, pp. 39–41.

²³ Ver, en general, KURKCHIYAN, Marina, “Perceptions of Law and Social Order: A Cross-National Comparison of Collective Legal Consciousness.” *Wisconsin International Law Journal*, EE. UU., 2012.

necesariamente opera como una estructura de lineamientos concebida primordialmente con el objeto de preservar las libertades fundamentales de la población, mediante el establecimiento de un proceso ordenado para el ejercicio de ellas y de límites para evitar que entren en conflicto. En este sentido, una queja constante por parte del grupo de estudio se refiere a la falta de sentido común por parte de los legisladores al momento de elaborar y aplicar el derecho, respectivamente.²⁴

La población búlgara, por el contrario, parece percibir al derecho como un conjunto rígido de reglas que no admite excusa alguna. Considerado como un campo de acción para expertos (entiéndase, profesionistas con entrenamiento jurídico), las deficiencias en su composición e implementación derivan de la incapacidad de los actores políticos, quienes carecen de este entrenamiento, para elaborar “buena legislación.” El derecho se representa, para los participantes búlgaros, como un dominio nebuloso, compuesto de fórmulas arcanas que requieren de un intermediario capaz de desentrañar sus misterios y explicarlos al vulgo, quien no es capaz de comprender —y consecuentemente no tiene por qué participar en la creación de— sus fórmulas normativas. Esta importante discrepancia entre el *deber ser* y la realidad actual del derecho, que Kurkchiyan atribuye tanto a la ineficiencia estructural de las instituciones y al alto nivel de corrupción en la judicatura en Bulgaria como a una imagen idealizada y poco realista de lo que se supone que debe ser el derecho, es una explicación probable de la profunda frustración de la población búlgara con su orden jurídico y de la consecuente falta de adherencia a sus preceptos.²⁵ Sin duda, el lector mexicano se sentirá familiarizado con estas consideraciones.

Por otra parte, el caso de Polonia parece yacer en medio de los dos. Mientras que el derecho es considerado como un conjunto rígido de preceptos, los participantes polacos parecen mostrarse más receptivos a la posibilidad de ejercer ciertos niveles de discreción al momento de interpretarlas. No obstante, a diferencia de los participantes ingleses, para quienes el sentido común y el

²⁴ KURKCHIYAN, *op. cit.*, pp. 373-75.

²⁵ *Ibid.*, pp. 375-77.

contexto práctico ocupan un lugar privilegiado en las consideraciones que un juez debe tener al momento de interpretar y aplicar el derecho, los polacos parecen privilegiar consideraciones humanitarias sobre el contexto de las partes en una disputa. Otro dato curioso que revela este estudio es que es justamente este grupo quien, con mayor frecuencia, señaló como preferible la elusión de cualquier interacción con el orden jurídico, haciendo referencia constantemente al empleo de métodos creativos para eludir la ley como la mejor alternativa ante una norma aparentemente irracional o injusta.²⁶

El caso noruego, del que se tiene menor información que los tres anteriores —debido a la ausencia de ciertos datos detallados al momento de su publicación—, presenta ciertas singularidades que vale la pena mencionar. Aunque la percepción de un orden jurídico al servicio de los intereses de la población y la confiabilidad de sus instituciones ciertamente se acerca más a la percepción inglesa, la conciencia noruega parece asemejarse más a las otras dos en términos de la operación estructural del sistema: para los noruegos, al igual que para los búlgaros y los polacos, el derecho es una serie rígida de reglas, y la imagen que más comúnmente provoca es la de un voluminoso acervo de regulaciones escritas.²⁷

Indudablemente, uno de los principales factores que podrían explicar estas discrepancias es la clara distinción entre las tradiciones jurídicas de las que abrevan los sistemas analizados. Aunque las necesidades regulatorias, sobre todo a partir del siglo XX, han contribuido considerablemente a la codificación de los sistemas anglosajones,²⁸ acercándolos más al modelo continental, el *common law*, al menos en las peculiaridades de su implementación, sigue estando en buena medida en manos de los jueces que lo aplican. La ausencia de los movimientos exegéticos radicales que definieron a los sistemas continentales durante buena parte del siglo XIX explica no sólo el

²⁶KURKCHIYAN, *op. cit.*, pp. 377-79

²⁷ *Ibid.*, pp. 379

²⁸ SAMUEL, Geoffrey, *A Short Introduction to the Common Law*. Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido, 2013, pp. 14-17.

mayor margen de discrecionalidad con que cuentan los jueces anglosajones, sino —y esto es lo importante para nosotros— la percepción general de que, en efecto, dicho margen es, en buena medida, el dominio del sentido común. Sin duda, esto contribuiría a explicar la marcada distinción entre las respuestas del grupo de estudio inglés con respecto a los otros tres.

Otro fenómeno identificado por Kurkchian es la segmentación presente de manera casi universal en todos los grupos de estudio entre aquellas normas que regulan la vida cotidiana de los ciudadanos y aquéllas abocadas a la supresión de conductas antisociales. Así, incluso quienes expresan reservas o desconfianza sobre las primeras, reconocen no obstante la necesidad de las segundas para la conservación de un mínimo de orden social.²⁹

Un siguiente punto de análisis susceptible de explicar las discrepancias mencionadas radica en lo que podríamos categorizar como la *cultura jurídica* de una sociedad. La existencia de instituciones democráticas firmemente establecidas con mecanismos funcionales de transparencia y rendición de cuentas constituyen uno de los elementos más importantes —si no *el más importante*— para entender las peculiaridades de la interacción de la población con las instituciones públicas.

Así, el estudio de Kurkchian evidencia claramente los efectos de la confianza de la población inglesa en su sistema político, pues al momento de preguntárseles el curso de acción preferible ante una ley irracional o injusta, entre las respuestas más comunes se encontró la de apelar a sus representantes populares (locales o nacionales) y, en caso de no tener éxito, reemplazarlos en las próximas elecciones. Otra respuesta frecuente fue la posibilidad de emprender acciones de protesta social, ya sea mediante demostraciones, peticiones en línea, apelación a los medios masivos de comunicación o a la sociedad civil. En este contexto, es fácil comprender por qué, en opinión del grupo de participantes ingleses, el principal obstáculo para que la población

²⁹ KURKCHIYAN, *op. cit.*, pp. 383-84.

ejerza un control efectivo sobre su sistema jurídico radica en la apatía pública y la reticencia a emprender acciones políticas colectivas.³⁰

Por otro lado, los grupos polaco y búlgaro fueron relativamente consistentes en la poca fe que depositan en la posibilidad de que la población general, a través de los mecanismos institucionales oficiales, sea capaz de influir en el orden jurídico y oponerse exitosamente a medidas impopulares o injustas, con la salvedad de que el grupo polaco nuevamente exhibió una inclinación desproporcionada a buscar métodos ingeniosos mediante los cuales evadir el cumplimiento de normas consideradas injustas o perjudiciales, todo esto bajo una perspectiva de control de riesgos, en donde la inclinación a la evasión es inversamente proporcional a la severidad de las consecuencias de su incumplimiento.³¹

Desde luego, no es difícil realizar una asociación entre la reciente transición del comunismo a la democracia en Europa del Este, con todos los retos que dicha reestructuración política y económica ha representado para la población, así como lo que parece ser una desconfianza profundamente enraizada hacia sus autoridades nacionales, como lo demuestra, interesantemente, el hecho de que tanto el grupo polaco como el búlgaro parecen tener una opinión considerablemente mejor de la normatividad emanada de la Unión Europea que de aquella proveniente de sus legislaturas nacionales.³²

Aunque, como la propia autora lo admite, el estudio anterior no alcanza a explicar en su totalidad las peculiaridades inherentes en un fenómeno tan complejo como la cultura jurídica, con todos los matices culturales, históricos y estructurales que lo componen, resulta evidente que este tipo de estudios resultarían de inmenso valor práctico al momento de analizar las limitaciones y retos que enfrentan los gobiernos nacionales en la implementación de nuevas políticas públicas, particularmente en regiones como América Latina, en donde

³⁰ KURKCHIYAN, *op. cit.*, pp. 384-86.

³¹ *Ibid.*, pp. 386-7.

³² *Ibid.*, pp. 387-90.

es fácil encontrar más de un punto de coincidencia con las sociedades europeas de reciente transición a la democracia.

Desafortunadamente, no existe un estudio similar en nuestro país, y aunque es fácil presumir la existencia de ciertos problemas sistémicos iguales o al menos similares a los que experimenta, por ejemplo, Bulgaria, un estudio de campo específicamente diseñado para nuestro contexto nacional representaría una herramienta invaluable para la evaluación y refinamiento de los programas de comunicación oficial.

No obstante, esta falta de información específica no tiene por qué disuadirnos del reconocimiento de la realidad innegable que es la crisis de legitimidad de las instituciones públicas en nuestro país, evidenciada en buena medida por el patente rechazo por parte de la población a las estructuras y discursos tradicionales del *establishment* político tradicional. Aunque, indudablemente, los altos índices de corrupción e ineficiencia son uno de los factores principales que han dado lugar a este estado de cosas, es necesario reconocer, simultáneamente, otro problema de igual trascendencia: la brecha existente entre el lenguaje oficial y el de la población general.

En efecto, al igual que en el caso búlgaro mencionado, la percepción popular en nuestro país parece ser la de que el lenguaje oficial es un área nebulosa y arcana, inaccesible para la población en general, la cual requiere en todo momento de asistencia profesional para navegar en el complejo laberinto burocrático que representan las instituciones que, al menos en teoría, existen con el único objetivo de proporcionarle servicios.

Ciertamente, un estudio sobre los problemas de accesibilidad de los protocolos gubernamentales requeriría de un análisis robusto de la arquitectura institucional de nuestro país que, desafortunadamente, rebasaría los límites de esta obra. En esta inteligencia, me limitaré en buena medida al análisis del acceso a la justicia como uno de los principales indicadores de la eficiencia del orden jurídico, para lo cual es necesario hacer referencia, primero que nada, al profesionalista que al menos en teoría, es quien debe servir como guía en este laberinto en particular. El resto de este capítulo se abocará ya no al concepto

general de conciencia jurídica, sino concretamente a la percepción imperante en la población sobre este actor en particular.

2. LA IMAGEN POPULAR DEL ABOGADO

La imagen popular del abogado, al menos en la civilización occidental, parece a primera vista ir revestida de una animadversión difícil de encontrar en cualquier otra ocupación que pudiera categorizarse como lícita u honesta, como lo ilustran las palabras que Lucas atribuye a Jesús: “¡Ay también de vosotros, los abogados, que imponéis a los hombres cargas intolerables, y vosotros no las tocáis ni con uno de vuestros dedos!”³³ O las que Shakespeare pone en boca de Dick el Carnicero en Enrique V: “The first thing we do, let’s kill all the lawyers.” (“Lo primero que hay que hacer es matar a todos los abogados”)³⁴ Inclusive Tomás Moro, en su *Utopía*, no tenía lugar para los abogados, quienes son “una clase de personas cuya profesión es la de disfrazar las cosas.”³⁵

En un interesante artículo sobre este tema, Robert C. Post³⁶ cita una interesante encuesta llevada a cabo en 1986 por el *National Law Journal*³⁷ sobre los principales aspectos positivos y negativos que asocia el público en general a los abogados. Entre los aspectos negativos, la respuesta más frecuente era que los abogados “[e]stán demasiado interesados en el dinero” (32%), mientras que las siguientes dos respuestas fueron que “manipulan el sistema jurídico sin importarles el bien o el mal” (22%) y que “presentan muchas demandas innecesarias” (20%). Cabe destacar, como Post señala,³⁸ que la primera respuesta en particular no parece ser una característica exclusiva de los abogados, y que bien podría adscribirse a otras profesiones cuyos honorarios

³³ Lucas 11:46.

³⁴ SHAKESPEARE William. *Henry VI*, pt. II, acto 4, esc. 2, l. 68.

³⁵ MORE, Thomas, *Utopia* (trad. de G. Burnet), 1516, p. 128.

³⁶ POST, Robert C., “On the Popular Image of the Lawyer: Reflections in a Dark Glass.” *Faculty Scholarship Series*. Paper, 1987, p. 216.

³⁷ “What America Really Thinks About Lawyers”, *NAT’L L.J.*, 18 ago., S-3, EE.UU. 1986.

³⁸ POST, Robert C. *op. cit.*, 380.

son percibidos como relativamente altos por el público en general (e.g. los médicos o arquitectos).

No obstante, señala el autor,³⁹ lo que deviene verdaderamente interesante es la posible correlación entre las respuestas anteriores y las que proporcionó el público encuestado respecto a lo que consideran los aspectos más positivos de los abogados, entre los que destacan el que su “primera prioridad son sus clientes” (38%) y que “saben como evitar todo el papeleo burocrático” (31%)⁴⁰. En otras palabras, según Post, son exactamente las mismas conductas las que son percibidas simultáneamente como los aspectos más negativos y los más positivos de la profesión jurídica.

Post procede a citar algunos ejemplos ampliamente ilustrativos en la cultura popular, como la novela del autor americano Winston Churchill (que no debe confundirse con su homónimo británico), *A Far Country (Un País Lejano)*,⁴¹ en donde un abogado corporativo gradualmente “adquiere una consciencia social y moral.” Una transformación similar es la que experimenta el protagonista de la película *The Talk of the Town (El asunto del día, en Latinoamérica)*,⁴² un profesor universitario a punto de ser nominado para la Corte Suprema, cuya amplia carrera, no obstante, carece de un elemento de aplicación práctica, y sólo cuando, para salvar a un hombre inocente acusado de provocar un incendio en el molino del pueblo, secuestra al verdadero responsable para llevarlo ante la justicia, es que el protagonista se ve redimido a ojos del público, volviéndose digno de ocupar el puesto para el que va a ser nominado.

Es justamente esta contradicción, la del abogado que, al ignorar o manipular la ley puede igualmente ser categorizado como un rufián (el abogado corporativo de Churchill) o como un héroe (el protagonista de *The Talk of the*

³⁹ POST, Robert C. *op. cit.*, 380.

⁴⁰ NAT'L L.J., *op. cit.*

⁴¹ CHURCHILL, Winston, *A Far Country*, 1914, p. 139.

⁴² *The Talk of the Town* (Columbia Pictures 1942).

Town), la que ilustra perfectamente la ambivalencia señalada en párrafos anteriores.

Para Post, resulta evidente que, en el imaginario popular, existen dos tipos distintos de “ley” o de “derecho”: Por un lado, el derecho, como el orden jurídico positivo promulgado por el Estado, resulta “técnico, ambiguo y complejo.”⁴³ Es éste el derecho que, en la cultura popular, el abogado emplea, distorsiona y manipula, pero que al hacerlo, incluso cuando no lo está quebrantando abiertamente, parece violar otro tipo de ley, la que “se asocia a la justicia y a nuestros valores como comunidad.”⁴⁴

Desde luego – y aquí el lector seguramente identificará un tema familiar abordado en la sección anterior –, es posible que esta dualidad exista como manifestación de una percibida discrepancia entre el derecho vigente y su concepción idealizada en la conciencia colectiva,⁴⁵ como parece quedar de manifiesto en la novela de David Graham Phillips, *The Fashionable Adventures of Joshua Craig*, (*Las mundanas aventuras de Joshua Craig*)⁴⁶ cuyo protagonista, un abogado campirano del (aún no enteramente domesticado) Oeste americano comparece ante la Suprema Corte para defender un caso aparentemente sin esperanzas. La descripción de Phillips de la sorprendente victoria de Craig puede resumirse en la siguiente cita:

Nunca hubo mejor forma ante la corte; los Jueces, quienes habían estado anticipando la oportunidad de demostrar, a su costa, la incomparable dignidad de la Suprema Corte, sólo podían admirar y aprobar. Por lo que hace a su discurso, era un argumento directo, sin una sola palabra superflua o pretenciosa, sin un solo intento de retórica. [...] Existe cierta lógica que es potente pero contestable, y existe la lógica que es incontestable, que no brinda oportunidad alguna a una mente sana, sin importar qué tan prejuiciada se encuentre por su asociación

⁴³ POST, Robert C. *op. cit.*, 382.

⁴⁴ POST, Robert C. *op. cit.*, 383.

⁴⁵ Ver, *supra*, los resultados del estudio de Marina Kurkchiyan con respecto a la cultura jurídica de Bulgaria.

⁴⁶ Ver, en general, PHILLIPS, D.G. *The Fashionable Adventures of Joshua Craig*, 1909.

con los expendedores de hospitalidad, de vinos añejos y puros selectos, por más enamorada que pueda estar de los argumentos brumosos y de las quisquillosidades técnicas, de negar la aceptación incondicional de la convicción absoluta. Éste fue el tipo de argumento que hizo Josh Craig. Y los rostros de los abogados rivales y las preguntas que los Jueces le hicieron mostraban claramente que había ganado.⁴⁷

La implicación es clara: Bajo esta premisa de verdad absoluta, de justicia absoluta, existe asimismo una ley absoluta, y quien argumenta bajo su manto no puede – literalmente – estar equivocado. Esta descripción mistificadora de lo que en nuestra terminología técnica podríamos denominar una suerte de *meta-derecho natural* parece ser, para autores como Phillips, la única que un abogado podría defender honestamente. Como veremos a continuación, la realidad es un poco más prosaica.

Esta clase de visiones totalizadoras no son ciertamente una característica excepcional de la aproximación de la población general al orden jurídico o al papel concreto que el abogado desempeña en éste. Con toda probabilidad, acusaciones de esta clase podrían esgrimirse contra el artista que sacrifica la integridad de su obra a cambio de oportunidades más lucrativas, o del académico que altera los resultados de un estudio práctico para coincidir con su hipótesis. En cierta forma, la concepción general parece remitirnos a un tipo ideal de lo que *debe ser* determinada actividad profesional, y cualquier desviación del mismo es susceptible de constituir, en mayor o menor grado, una “perversión” de dicho ideal.

Aunque esta clase de idealizaciones resulta extremadamente simplista en cualquier caso, su aplicación, como señala Post, resulta particularmente inapropiada en el caso del profesionalista jurídico. De acuerdo con el autor,

[esta premisa] presume que [este tipo ideal de justicia] existe, que puede ser percibido de forma que trasciende a las perspectivas particulares, y por ende parciales, y que los imperativos de [ella] pueden ser

⁴⁷ PHILLIPS, D.G. *op. cit.*, p. 75.

comunicados con una lógica incontestable. En la mayor parte de la verdadera litigación, desde luego, los abogados defienden la perspectiva particular de su cliente, y tratan de argumentar que dicha perspectiva es la mejor forma de percibir los valores involucrados en una determinada controversia. Sus argumentos son casi siempre contestables, y en este respecto traicionan su [presunto] deber hacia una ley más fundamental.⁴⁸

Esta pretendida traición, cuyo símbolo paradigmático, según Post, son los honorarios del abogado, proviene en realidad del “desagradable hecho de que no vivimos en una sociedad ordenada por un sistema espontáneo y coherente de valores, sino en una cultura pluralista, en donde los individuos constantemente luchan por el reconocimiento de sus perspectivas privadas”. Es a partir de este reconocimiento de la naturaleza dialéctica de las interacciones jurídicas que se estructura el sistema adversarial que genera los incentivos específicos para el papel que desempeña el abogado, y es, paradójicamente, este compromiso con la defensa de un interés particular el que da lugar a esa característica que, de acuerdo con la encuesta del *National Law Journal*, es más apreciada del abogado: el papel prioritario que asignan al interés de su cliente.

Este carácter adversarial de la profesión jurídica, perfectamente ejemplificado por Hugh Brackenridge, quien lo describe, en *Modern Chivalry (Bizarría Moderna)*, como “una imagen de guerra,”⁴⁹ y por George Eliot, quien en *The Mill on the Floss (El Molino del Floss)* se refiere al litigio como “una especie de pelea de gallos, en donde es el deber de la honestidad agraviada el procurar el gallo con el mayor coraje y los mejores espolones.”⁵⁰

Esta contradicción inherente, entre nuestra expectativa general y desinteresada de una justicia absoluta y, simultáneamente, de una justicia focalizada y concreta para defender nuestro interés, no se origina en el propio abogado, sino, en palabras de Post, en nosotros mismos, y “odiamos [a los

⁴⁸ POST, Robert C. *op. cit.*, p. 385.

⁴⁹ BRACKENRIDGE H. *Modern Chivalry*, 1815, p. 365.

⁵⁰ ELIOT G., *The Mill on The Floss*, 1860, p. 165.

abogados] porque son nuestro propio reflejo oscuro.”⁵¹ No obstante, el reconocimiento de esta ambivalencia inherente, en lugar de redimir al abogado como un engrane fundamental en el mecanismo de la sociedad, lo reduce en cambio al papel de mercenario, a un ente inherentemente deshonesto, privado de identidad propia, que trafica en simulaciones.

El carácter performativo de esta función puede conceptualizarse dentro de la concepción que realiza el sociólogo Erving Goffman de la identidad como constructo social, según la cual:

En nuestra sociedad el personaje que uno representa y uno mismo quedan hasta cierto punto equiparados, y el yo-como-personaje es por lo general percibido como incorporado en el poseedor. [...] Considero que esta visión es [...] un mal análisis de la presentación. En esta obra, el yo representado era visto como una especie de imagen, generalmente acreditable, que el individuo en escena y dentro del personaje intenta inducir en la mente de los demás con respecto a él. Aunque esta imagen es concebida *respecto* al individuo, de modo que se le imputa a éste un yo concreto, este yo no deriva de su poseedor, sino de la totalidad de la escena de su acción, generada por el atributo de los eventos locales que la vuelven interpretable por parte de los espectadores.⁵²

Esta incomodidad particular, resultante de lo que pudiéramos en un momento percibir como una deshonestidad inherente con respecto a la identidad del actor, es justamente a lo que se refiere Sartre en *El Ser y la Nada*, cuando argumenta que:

Un tendero que sueña es ofensivo para el comprador, porque dicho tendero no es enteramente un tendero. La sociedad exige que se limite a sí mismo a su función como tendero, al igual que el soldado en servicio se convierte en una cosa-soldado con una vista al frente que en realidad no está viendo nada. [...] Se toman, en efecto, muchas precauciones para apresar a un hombre en lo que es, como si viviésemos con un miedo

⁵¹ POST, Robert C. *op. cit.*, 386.

⁵² GOFFMAN, Erving. *The Presentation of the Self in Everyday Life*. Random House, 1959, p. 252.

perpetuo de que pudiera escapar de ello, que pudiera desvincularse de su condición y súbitamente eludirla.⁵³

En otras palabras, el abogado es visto, bajo esta perspectiva, como una especie de actor, representando un papel que no es el suyo propio, hablando con una voz que no es la suya y defendiendo intereses que no son suyos, renunciando a su propia identidad a cambio de unas monedas, traicionando, en la transacción a esa presunta justicia absoluta a la que, en teoría, estaba obligado a servir. Siguiendo esta línea, Post concluye su ensayo con las siguientes palabras:

Analizado de esta forma, el odio especial que la cultura popular proyecta hacia el abogado puede ser un factor ilustrativo para entender las contradicciones culturales más profundas y ocultas. El abogado es la encarnación pública e inevitable de la tensión que todos experimentamos entre el deseo de una sociedad común e incluyente y la necesidad de independencia y asertividad individuales; entre la necesidad de un yo estable, coherente y sinceramente presentado y los roles fragmentados y disociados que nos vemos obligados a representar en el teatro de la vida moderna. En el imaginario popular, se hace al abogado estrictamente responsable por la discrepancia entre nuestras aspiraciones y nuestras realidades. Pero esta discrepancia no es sólo del abogado, y una vez que comprendemos esto podemos también ver que, en la cultura popular, el abogado es nuestro enemigo porque sus fallas son en buena medida las nuestras.⁵⁴

3. ARQUETIPOS JUNGIANOS

Entre el deseo
Y el espasmo
Entre la potencia
Y la existencia
Entre la esencia
Y el descenso

⁵³ SARTRE, Jean-Paul. *Being and Nothingness* (trad. de H. Barnes), 1956, p. 59.

⁵⁴ POST, Robert C. *op. cit.*, p. 389.

Cae la Sombra
Pues Tuyo es el Reino

Estas líneas, que conforman el antepenúltimo verso de *Los Hombres Huecos* (*The Hollow Men*) de T. S. Elliot, nos remiten crípticamente a una especie de vacío atávico, que, curiosamente, presenta algunas similitudes interesantes con el concepto jungiano que lleva el mismo nombre. En efecto, para Jung, la sombra

representada por las contra-tendencias en el inconsciente, y en ciertos casos por una suerte de segunda personalidad, de un personaje pueril e inferior, similar a las personalidades que se anuncian en las sesiones espiritistas y causan todos aquellos fenómenos inefablemente infantiles tan típicos de los *poltergeists*.⁵⁵

Esta personificación, que Jung atribuye a un remanente atávico de épocas “menos civilizadas,” corresponde al arquetipo del *embaucador*, que a su vez Lewis Hyde describe como un “cruzador de límites,”⁵⁶ quien a menudo desafía y a menudo rompe las reglas, tanto físicas como sociales. De acuerdo con Paul Mattick, los embaucadores “violán los principios del orden social y natural, alterando picarescamente la vida normal y restableciéndola sobre una nueva base.”⁵⁷ Es ésta una tipificación que Jung analiza particularmente en el contexto de las tribus nativas americanas,⁵⁸ pero que existe de una u otra forma en la mayoría de las culturas alrededor del mundo.⁵⁹

Este arquetipo particular encuentra manifestaciones no sólo en la mitología o el folclor de diversas culturas, sino incluso en ciertas tradiciones o

⁵⁵ JUNG, Carl, *The Archetypes and the Collective Unconscious*. Princeton University Press, 1969, p. 262.

⁵⁶ HYDE, Lewis. *Trickster Makes This World: Mischief, Myth, and Art*. Farrar, Straus and Giroux, New York 1998, p. 7.

⁵⁷ Mattick, Paul, "Hotfoots of the Gods". en *New York Times*. (15 de febrero, 1998)

⁵⁸ JUNG, Carl, *op. cit.*

⁵⁹ Entre estos ejemplos podemos encontrar a *Hermes/Mercurio* en la mitología romana, a *Loki* en la mitología nórdica o a *Coyote*, en la tradición de varios de los pueblos nativos de Norteamérica, entre otros.

usos sociales cuyo origen es tan brumoso que la mayoría de sus participantes difícilmente podrían tener una idea de éste. En *Los Arquetipos y el Subconsciente Colectivo*, Jung apunta que:

A principios de la Edad Media, esto llevó a algunas costumbres eclesiásticas extrañas basadas en la antigua Saturnalia. La mayoría eran celebradas en los días inmediatamente siguientes al nacimiento de Cristo – esto es, en el Año Nuevo – con cantos y danzas. Las danzas eran originalmente los inofensivos *tripudia* de los sacerdotes, el bajo clero, los niños y los subdiáconos, y tenían lugar en la iglesia. Un *episcopus puerorum* (obispo de los niños) era elegido el Día de los Inocentes y vestido con una túnica pontificia. Entre los tumultuosos festejos realizaba una visita oficial al palacio del arzobispo y concedía la bendición episcopal desde una de las ventanas. [...] Para finales del siglo XII, la danza de los subdiáconos había degenerado en un auténtico *festum stultorum* (festival de los tontos). Un informe de 1198 dice que en el Festival de la Circuncisión en Notre Dame, París, “tales abominaciones y actos vergonzosos” fueron cometidos que el santo lugar fue profanado “no sólo por bromas indecentes, sino incluso por el derramamiento de sangre.”⁶⁰

En líneas siguientes, el autor continúa describiendo la creciente degeneración de las festividades hasta hacerse necesaria la intervención de las autoridades eclesiásticas, quienes sólo con gran esfuerzo fueron capaz de poner fin eventualmente a lo que se había convertido en una auténtica orgía pagana.

Sin entrar en demasiado detalle sobre las particularidades de este arquetipo o el papel que juega dentro de la escuela del psicoanálisis, hay ciertas características del *embaucador* como arquetipo que, para efectos de este estudio, resultan interesantes.

En primer lugar, el embaucador se encuentra claramente al margen del orden social aceptable. Su capacidad para ignorar o violentar las leyes naturales, y su inclinación a ignorar las normas sociales lo convierten en una especie de

⁶⁰ JUNG, Carl *op. cit.*, pp. 256-7.

paria potencialmente peligroso o indeseable. Si quisiéramos adscribir estas características al estereotipo del abogado descrito en la sección anterior, se traducirían en su capacidad, a través del uso de argucias o estratagemas, de tergiversar el derecho, y su inclinación a hacerlo a cambio de un incentivo.

En segundo punto, una característica común (aunque no necesariamente presente en todos los casos) es la particular mezcla de simpleza e ingenio que caracteriza al arquetipo. El embaucador es simultáneamente tonto y astuto; aunque cuasi-divino, carece de la capacidad de comprender o internalizar las verdades abstractas del reino de lo metafísico, pero es suficientemente hábil como para servirse de ellas en cierta medida. Nuevamente, podemos encontrar aquí ecos de la concepción del abogado mercenario que, sin comprender la justicia absoluta —aquellos argumentos de lógica incontestable que hemos mencionado⁶¹—, es no obstante capaz de manufacturar un espejismo suficientemente parecido.

Desde luego, no todos los embaucadores son necesariamente una representación de las fuerzas del mal dentro del folclor popular; en una de sus narraciones más famosas, *Perrault*⁶² cuenta la historia del tercer hijo de un molinero, cuya única herencia —toda vez que el molino y los animales de su padre fueron a parar a sus hermanos mayores— es un gato sin ninguna utilidad aparente, fuera de su labor natural de cazar roedores. No obstante, el pequeño animal demuestra ser todo menos ordinario, y tras convencer a su amo de comprarle unas botas y una capa, emprende una serie de estratagemas cuidadosamente planeados para engañar a la familia real y hacer pasar a su amo por un aristócrata de incomparables riquezas. En el clímax de la narración, el gato logra utilizar su ingenio para derrotar a un terrible ogro y apoderarse de sus tierras, garantizando una vida de opulencia para su amo, quien termina desposando a la hija del rey.

⁶¹ Ver PHILLIPS, D.G. *op. cit.*

⁶² El texto completo del relato puede encontrarse en PERRAULT, Charles. *The Complete Fairy Tales (Oxford World's Classics)*. Oxford University Press, 2010, pp. 115-27.

La pregunta, entonces, deviene: ¿corresponde en realidad la percepción del abogado en el imaginario popular con este arquetipo? La respuesta quizá puede encontrarse en un interesante estudio elaborado por Marvin W. Mindes y Alan C. Acock, titulado *Trickster, Hero, Helper: A Report on the Lawyer Image (Embaucador, Héroe, Asistente; Un Estudio sobre la Imagen del Abogado)*.⁶³

El artículo en cuestión parte de la misma premisa que hemos establecido anteriormente: que el abogado, al igual que muchas otras profesiones, ocupa un lugar particular en la sociedad en tanto que su propia identidad está definida por su profesión, la cual a su vez está matizada por una serie de concepciones y expectativas.

A fin de facilitar una comparación bajo ciertos parámetros definidos, el estudio de Mindes y Acock establece tres categorías dentro de las cuales enfrascar las diversas opiniones que conforman el material de estudio, cada una definida por un arquetipo (o pseudo-arquetipo) distinto:

- a) El *héroe*, cuyo honor, firmeza y valor lo llevan a defender causas justas;
- b) El *embaucador*, astuto, ingenioso y deshonesto, quien emplea estratagemas turbias para alcanzar su objetivo; y
- c) El *asistente*, leal imparcial y confiable, quien sirve como una figura de apoyo.⁶⁴

Estas categorías, a su vez, operan como tipos ideales, y su función dentro del estudio es la de aglomerar los distintos adjetivos utilizados por los participantes en el estudio para describir la imagen mental que tienen del abogado. Estas imágenes, a su vez, parten de la idea, propia de los estudios sociológicos del siglo XIX sobre los tipos ideales en la conciencia colectiva, que

⁶³ MINDES, Marvin W.; ACOCK, Alan C. "Trickster, Hero, Helper: A Report on the Lawyer Image." *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 7, No. 1 (Invierno, 1982), pp. 177-233.

⁶⁴ MINDES & ACOCK, *op. cit.*, 179-181

resaltan la ubicuidad de las caracterizaciones con relación a ciertas ocupaciones altamente familiares.⁶⁵

Por lo que hace a la autopercepción de los abogados, un estudio de campo en varios despachos de Nueva York, especializados en divorcios, reveló una división tripartita, cuyo factor determinante es el elemento o incentivo principal que orienta el trabajo de sus participantes. Así, mientras que el primer grupo, orientado hacia los problemas, parece encarnar el arquetipo del héroe, un segundo grupo, orientado hacia las personas, encarna el arquetipo del asistente. Por otra parte, el último grupo, cuyo incentivo principal es de carácter pecuniario, parece adecuarse más al arquetipo del embaucador.⁶⁶ Otras pruebas de campo, por su parte, revelaron importantes discrepancias, como es el caso de los despachos o profesionistas abocados principalmente a acciones colectivas, por lo general con relación a los derechos civiles, en donde el arquetipo del héroe parece estar sobrerrepresentado.⁶⁷

Además de la categorización previamente mencionada, los autores del estudio dividieron las respuestas en cuatro conjuntos, cuyos resultados son ampliamente reveladores: En primer lugar se encuentra la percepción pública de los abogados, cuyos resultados derivan de encuestas realizadas al público en general. En segundo, está la visión de los abogados sobre sus colegas y, en tercer y cuarto lugar, respectivamente, lo que los abogados creen que es la percepción popular y la percepción que tienen sobre sí mismos.⁶⁸ Todos estos conjuntos de respuestas fueron normalizados conforme a la serie de adjetivos previamente seleccionados.

En este orden de ideas, resulta particularmente interesante el hecho de que, en la primera categoría (opinión pública de los abogados), el arquetipo más frecuente fue el de héroe, seguido por el de asistente y, en último lugar, el del

⁶⁵ BOHANNON, Paul. "Conscience Collective and Culture." DURKHEIM, Emile et al. *Essays ology and Philosophy*. New York: Harper & Row, Harper Torchbooks, 1964, p. 77.

⁶⁶ MINDES & ACOCK *op. cit.*, pp. 185-6.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 186-7.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 188-89.

embaucador, aunque el adjetivo *manipulador* se encuentra, no obstante, entre los más frecuentes.⁶⁹ Por otra parte, la auto-percepción de los abogados muestra una tendencia abrumadora hacia el arquetipo de asistente, al tiempo que parece rechazar los adjetivos correspondientes al arquetipo del *embustero*.⁷⁰ Resultados similares pueden observarse en la opinión de los abogados sobre sus colegas.⁷¹

Ante estos resultados, uno podría preguntarse de dónde proviene entonces la imagen generalizada a la que nos hemos referido en párrafos anteriores. La respuesta, desde luego, la podemos encontrar en las respuestas de los abogados sobre lo que perciben como la opinión popular acerca de ellos, en donde los adjetivos asociados al arquetipo del *embaucador* se encuentran ampliamente sobrerrepresentados.⁷²

Si nos adscribimos a la teoría de Goffman sobre la identidad como un papel representado,⁷³ es fácil entender la forma en que este estereotipo parece autoperpetuarse. Del mismo modo que el actor trata de identificar qué es lo que el público espera de él para satisfacer sus expectativas, esta concepción errónea sobre las expectativas de público serviría como un fuerte aliciente para que el abogado, creyéndose obligado a desempeñar un papel determinado, realice un esfuerzo (consciente o inconsciente) por cumplir dicha expectativa. En otras palabras, el abogado puede considerarse a sí mismo *héroe* o *asistente*, pero, presumiblemente, está obligado a hacer el papel del *embaucador*.

Los resultados devienen más problemáticos —aunque a la vez más interesantes— al momento de determinar los índices de covarianza *interfactorial* de diversas combinaciones de arquetipos; aunque, predeciblemente, la combinación *embaucador-asistente* muestra el índice más negativo de covarianza, la combinación *embaucador-héroe* muestra no sólo un índice

⁶⁹ MINDES & ACOCK *op. cit.*, pp. 191-2.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 192-93.

⁷¹ *Ibid.*, p. 192.

⁷² *Ibid.*, pp. 192-3.

⁷³ Ver GOFFMAN, *op. cit.*

positivo en la opinión pública, sino que, de hecho, es la que muestra el más alto en la estimación de los abogados sobre la percepción pública.⁷⁴ A esto añadimos el hecho de que los adjetivos correspondientes al arquetipo de héroe no parecen mostrar correlación alguna con la aprobación o reprobación moral del abogado —lo que coloca a este arquetipo como una suerte de tipo moralmente neutral.⁷⁵

Tomando todos estos factores en consideración, vale la pena preguntarnos si el prototipo modal del abogado exitoso —especialmente en lo que los abogados creen que se espera de ellos— parece ajustarse admirablemente al héroe de Perrault,⁷⁶ en la medida en que opera como una especie de campeón para los intereses de sus clientes, quienes al tiempo que admiran su capacidad de navegar en un universo que les resulta esencialmente ajeno, reprueban las implicaciones morales que tiene esta actividad. Esta estimación claramente sería consistente con los resultados de la encuesta del *National Law Journal* mencionados anteriormente.⁷⁷

Por otra parte, Mindes y Ackock señalan algunos posibles efectos secundarios negativos de esta diferencia de percepciones. En opinión de los autores, estas discrepancias son susceptibles de generar una auto-percepción fragmentada en los integrantes del gremio, quienes, frustrados ante lo que perciben como la perpetuación de estereotipos injustos o desacertados, tienden a formar lazos cercanos entre ellos de manera casi exclusiva, lo que a su vez puede contribuir a un proceso de enclavamiento y aislamiento, en donde la percibida incapacidad de la sociedad de comprender la verdadera naturaleza de su actividad genera, en turno, una tendencia a desestimar las opiniones provenientes del exterior.⁷⁸ En caso de ser cierto, este fenómeno podría a su vez explicar varios de los fenómenos que hemos observado con anterioridad, como, por ejemplo, la percepción de los encuestados ingleses de que los jueces u otros

⁷⁴ MINDES & ACOCK, *op. cit.*, 205-7.

⁷⁵ *Ibid.*, 208-10.

⁷⁶ Ver PERRAULT, *op. cit.*

⁷⁷ NAT'L L. J., *op. cit.*

⁷⁸ MINDES & ACOCK *op. cit.*, 213-15.

operadores jurídicos se encuentran muchas veces enfrascados en su mundo y son, en consecuencia, incapaces de comprender los problemas reales que enfrenta la sociedad.⁷⁹

Asimismo, la presunción de una determinada expectativa por parte del cliente puede, en opinión de Mindes y Ackock, dar lugar a lo que conciben como un “estereotipo preventivo” del cliente, que conduce al abogado a afirmarse agresivamente ante el cliente para controlar el flujo de información.⁸⁰

Esta interacción de expectativas y contra-expectativas no es enteramente hipotética, y se ve confirmada, en cierta medida, por patrones recurrentes dentro del sistema adversarial, en donde la amenaza se concibe como una de las armas tácticas preferidas por el profesionista. La eficacia de esta herramienta, por su parte, requiere que el abogado sea al mismo tiempo capaz de hacer daño y esté dispuesto a hacerlo. Así, la profesión jurídica es una que privilegia una constante puesta a prueba, donde las exhibiciones de fuerza preventivas son promovidas activamente.⁸¹ Consecuentemente, se incentiva al cliente a percibir a su contraparte como una amenaza real o potencial y se promueve la “redacción defensiva” de acuerdos y contratos, entre otros, lo cual, desde luego, tiende a la generación de escenarios subóptimos, favoreciendo así un proceso acumulativo de escalamiento.⁸²

Como veremos en los siguientes capítulos, estos problemas —reales o percibidos— no sólo son susceptibles de tener un efecto negativo en la imagen propia del abogado o en la relación del público en general con ellos o con las instituciones en general, sino que corren el riesgo de generar espirales de comportamiento institucional subóptimo, donde cada solución temporal, en lugar de atacar el problema de raíz, lo exacerba e interioriza en mayor medida, de modo que cuando vuelve a manifestarse es necesario actuar de forma más

⁷⁹ Este fenómeno en particular será abordado más adelante, al hacer referencia a las vicisitudes de la labor jurisdiccional.

⁸⁰ MINDES & ACOCK *op. cit.*, pp. 215-17.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 220-222.

⁸² *Ibid.*, pp. 222-3.

decisiva, contribuyendo a un círculo vicioso en apariencia interminable. Nuestro objetivo, entonces, es ofrecer, así sea de manera seminal, algunas posibles alternativas dirigidas, no a aminorar temporalmente los síntomas, sino a atacar definitivamente su causa.

CAPÍTULO III. UN IDEAL DE JUSTICIA

En el capítulo anterior, describimos lo que muchos consideramos una noción idealizada e inalcanzable de justicia. La “justicia divina” de Derrida o las expectativas utópicas con las que algunas sociedades comparan a su actual sistema jurídico (inevitadamente en perjuicio de este último) no han demostrado ser más que ficciones, tipos ideales cuyo advenimiento, aunque teóricamente imposible, resulta virtualmente inalcanzable cuando se toman en consideración las vicisitudes propias de la historia de una sociedad determinada.

Desde luego, esto no implica que la conceptualización teórica de un paradigma ideal de justicia sea absolutamente indeseable. En efecto, una parte importante de la propuesta de esta tesis es que el establecimiento de *desiderata* ideales, aun cuando sean prácticamente imposibles de alcanzar en total plenitud, es una herramienta potente y quizás indispensable al momento de orientar cualquier intento de reforma político-social. Ciertamente, nadie se entusiasmaría por un proyecto de reforma que meramente aspirara a corregir uno o dos puntos salientes cuando el resultado final esperado continúa siendo patentemente injusto o indeseable.

Otro punto en contra de una visión totalizadora de la justicia radica en que, al menos en la medida en que tenemos conocimiento, los únicos ejemplos de ésta muestran claras deficiencias que los vuelven inaceptables —al menos voluntariamente— dentro de una sociedad pluralista. Considerando que las únicas articulaciones que estrictamente se ajustan a este modelo corresponden, por lo general, a los códigos morales de ciertas religiones altamente desarrolladas, como las fes abrahámicas⁸³ o algunas variantes de la filosofía oriental, es fácil entender, echando un simple vistazo a la historia, la

⁸³ A pesar de sus notables diferencias, las religiones catalogadas como “abrahámicas” (cristianismo, judaísmo e islam) comparten una serie de preceptos normativos que las separan indudablemente de otras cosmovisiones mítico-religiosas. A mayor abundamiento, ver “Philosophy of Religion” en *Encyclopaedia Britannica* (2010), disponible en <https://www.britannica.com/topic/philosophy-of-religion>.

insostenibilidad de semejante aseveración ante una sociedad cada vez más plural.

Es con estas consideraciones en mente que hemos elegido la teoría de “justicia como equidad”⁸⁴ de John Rawls como punto de partida, principalmente por dos razones: En primer lugar, el rechazo de Rawls a lo que denomina las “doctrinas comprehensivas”⁸⁵ (entiéndase totalizantes), como las que hemos mencionado con anterioridad —y que el autor describe como aquélla que “es aplicable a todas las cuestiones y cubre todos los valores”—, implica un entendimiento claro de la necesidad de equilibrar consideraciones de orden público o social con los intereses y convicciones de los individuos que conforman la sociedad. En segundo lugar, el reconocimiento de Rawls, desde un inicio, de la descripción que el propio autor hace de su tesis como “realistamente utópica,” entendiéndose por ello que “explora los límites de lo realistamente practicable, esto es, qué tan lejos en nuestro mundo (dadas sus leyes y tendencias) puede un régimen democrático alcanzar una realización completa de sus valores políticos.”⁸⁶ Esto conlleva a su vez la admisión de que su implementación absoluta es probablemente imposible, aunque permite desarrollar una serie de medidas de contingencia, de carácter eminentemente flexible y negociable, que se ajusta perfectamente a la visión pragmática que pretendo promover en esta obra.

Ciertamente, la visión de Rawls no es perfecta, y pretendemos adoptarla exclusivamente en la medida que coincida con la visión central de esta tesis, descartando o modificando elementos de la misma que resulten netamente incompatibles con ella.

⁸⁴ La traducción del texto original, “justice as fairness,” es hasta la fecha objeto de debate considerable. La opción que hemos elegido, “justicia como equidad,” no necesariamente refleja la complejidad de la relación entre ambos conceptos, pero constituye, en nuestra opinión, la interpretación más cercana.

⁸⁵ RAWLS, John. *Justice as Fairness: A Restatement*. Belknap Press, Cambridge, MA, 2001, p. 14.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 13.

1. LA TESIS RAWLSIANA

Para articular su particular teoría sobre la justicia, expresada en términos sucintos en *Justice as Fairness: A Restatement (Justicia como equidad: una reformulación)*, John Rawls comienza por analizar lo que denomina las cuatro principales reglas (o pasos) de la filosofía política: a) el establecimiento del problema del orden, b) la orientación de la vida pública, c) la reconciliación o aceptación de la sociedad política como un sistema justo de cooperación, y d) la exploración de los límites de la posibilidad política.⁸⁷

Quizás el elemento más importante de esta teoría radica en la concepción de la sociedad como un sistema justo de cooperación, lo cual implica algo más que una mera acción social coordinada, sino que busca establecer términos aceptables que puedan aplicarse igualmente a las partes constituyentes de la sociedad como un todo, a partir de una distribución racional y razonable⁸⁸ de las cargas y beneficios de la cooperación social.⁸⁹ Esta importancia que deposita Rawls en la aceptabilidad de los términos de distribución de lo que podríamos concebir, en un sentido muy amplio, como el *patrimonio social* es fundamental para la visión que pretendo plasmar en esta obra, en la medida que las expectativas de los destinatarios de un determinado sistema normativo se vuelven el factor más importante para el diseño del esquema distributivo.

En este orden de ideas, un elemento esencial de una *sociedad bien ordenada* es la idea de una concepción pública de la justicia, esto es, una que sea públicamente aceptada, sostenga las bases de las instituciones públicas y se vea cristalizada en una regulación efectiva. Aunque, señala Rawls, un pluralismo razonable puede ser un obstáculo para que esta concepción opere

⁸⁷ RAWLS, *op. cit.*, pp. 1-5.

⁸⁸ Un estudio sobre las importantes diferencias entre estos dos adjetivos, profundamente relacionados pero intrínsecamente distintos, puede encontrarse en PERELMAN, Chaïm. "The Rational and The Reasonable" en *The New Rhetoric and the Humanities*. Synthese Library (Studies in Epistemology, Logic, Methodology, and Philosophy of Science), vol 140. Springer, Dordrecht, 1979.

⁸⁹ RAWLS, *op. cit.*, pp. 5-8.

como una doctrina comprensiva, bien puede aceptarse como una base para la unidad social.⁹⁰

Asimismo, la tesis rawlsiana establece cuatro límites para el concepto de *justicia como equidad*, a saber: a) su adherencia al concepto de la *estructura básica*, b) su *naturaleza idealista*, esto es, un modelo abstracto, aunque teóricamente alcanzable, c) las limitaciones con respecto al concepto de justicia global, y d) la naturaleza estrictamente política de la teoría principal.⁹¹

Como señalamos anteriormente, son estas limitaciones las que, en nuestra opinión, permiten que este modelo, que de otro modo constituiría un elemento más en la lista de abstracciones ideales de imposible aplicación real, pueda servir como una base razonablemente aplicable a una situación real concreta. Por más absurdo que pueda parecer el concepto, la conceptualización de Rawls de su modelo como “realistamente utópico” no sólo nos previene de la tentación por demás explicable de buscar una aplicación estricta y totalizadora, sino que sienta la base, dentro del propio sistema, para una amplia gama de implementaciones alternativas, adaptables a diversos posibles escenarios.

Como parte de la conceptualización inicial, la idea de la *posición original* sirve como un modelo representativo, donde los “representantes” hipotéticos se encuentran, inicialmente, tras un “velo de ignorancia” con respecto a las características de las posiciones sociales de los grupos que representan, al tiempo que están obligados a promover tanto condiciones justas (razonables) para la cooperación social como restricciones aceptables sobre las razones para favorecer ciertos principios de justicia política por encima de otros.⁹² En otras palabras, estos representantes ideales se ven ante la difícil tarea de promover los intereses de sus representados sin saber quiénes son estos últimos. Esto, como veremos, da lugar a una dinámica particular, donde los representantes se mostrarán reacios a promover o aceptar una estructura que potencialmente

⁹⁰ RAWLS, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 12-14.

⁹² *Ibid.*, pp. 14-18.

podría resultar perjudicial para sus representados, hasta ese momento anónimos.

Una sociedad de personas libres e iguales presupone una sociedad de individuos facultados y dispuestos a participar plenamente en estructuras de cooperación social a lo largo de una vida entera. Dotados de dos poderes morales —el de tener una concepción de justicia y el de una noción libre y transformable del bien— están por lo tanto facultados a una visión autodefinida sobre cuya base pueden demandar prerrogativas *auto-autenticantes* en los términos proporcionados por la estructura básica.⁹³

Ahora bien, es este quizá el primer punto donde podemos encontrar uno de esos elementos que definen la sostenibilidad de un sistema político, en general, y de su componente participativo en particular. Si, como señala Rawls, no basta con que los integrantes de la sociedad estén facultados para una participación plena, sino que también deben estar dispuestos a hacer uso de esas facultades, la efectividad del sistema descansaría, en consecuencia, en uno de los elementos integrantes de lo que nos hemos referido en el capítulo anterior como “conciencia jurídica colectiva”.

Esta noción puede ilustrarse claramente al hacer referencia a los resultados obtenidos en el estudio de Marina Kurkchiyan sobre las discrepancias entre la visión de los integrantes de una democracia consolidada como el Reino Unido y los de una democracia incipiente – en concreto, el caso de Bulgaria. De este modo, poco importa la existencia de mecanismos de participación ciudadana cuando la propia ciudadanía no está dispuesta a hacer uso de ellos, particularmente cuando esta indisposición deriva, por su parte, de la creencia de que esta facultad es meramente nominal y carece de cualquier potencial de efectuar un cambio real.⁹⁴

⁹³ RAWLS, *op. cit.*, pp. 18-14.

⁹⁴ Probablemente vendrá a la mente del lector la frase usualmente atribuida a Mark Twain: “Si votar hiciera alguna diferencia, no nos dejarían hacerlo.”

Finalmente, Rawls finaliza la introducción a su teoría explicando la interrelación entre las cinco ideas básicas de la siguiente forma: a) la sociedad como un sistema justo de cooperación lleva a b) una sociedad bien ordenada, siendo también aplicable a c) la estructura básica, cuyos términos iniciales son especificados por d) las partes en la posición original, al tiempo que se reconoce a sus integrantes como e) ciudadanos libres e iguales.⁹⁵ El hecho de que estas ideas no estén conectadas por relaciones deductivas sino que, en su lugar, correspondan a varios “nodos” en una red más amplia de significado, permite que ciertas posiciones históricas u otras posturas axiológicas razonables tengan cabida bajo la premisa de pluralismo razonable.

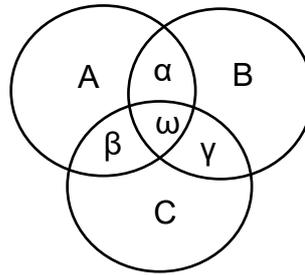
Por otra parte, la idea de la *justificación pública*, para Rawls, implica un acuerdo básico y universal sobre los principios básicos de la justicia en una sociedad bien organizada, de modo que todos los participantes (cuya racionalidad y razonabilidad se presuponen) puedan llegar a un acuerdo al menos sobre las cuestiones constitucionales más básicas. Fiel al principio de pluralismo razonable, se permite un cierto margen de divergencia sobre cuestiones no centrales, así como la integración de diversas doctrinas comprensivas mediante lo que Rawls define como un *consenso traslapado*.⁹⁶

Este concepto de consenso traslapado (“overlapping consensus” en inglés) es de extrema importancia no sólo para la teoría de la justicia como equidad, sino para cualquier sistema democrático. La premisa está predicada en el presupuesto de una diversidad de concepciones personales sobre la justicia, mismas que pueden derivar lo mismo de la adherencia a un determinado código moral heterónomo (por ejemplo, un determinado código religioso o una serie de postulados ideológicos) que de un código moral construido de forma enteramente autónoma. La idea final es que, dentro de esta plétora heterogénea de concepciones, resulte posible determinar un denominador común mínimo, el cual constituiría el núcleo central del orden constitucional de una sociedad. Esto

⁹⁵ RAWLS, *op. cit.*, 24-26.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 26-29.

puede expresarse, así sea de forma muy simplificada, en la siguiente representación gráfica:



En el diagrama anterior, los círculos marcados con las letras A, B y C corresponden a las diversas concepciones personales de justicia, cuyo número real podría, en todo caso, ser equivalente al número individuos en una sociedad. Por otro lado, los espacios marcados con los caracteres griegos α , β y γ corresponden a los espacios de correspondencia entre dos concepciones distintas; en otras palabras, se trata de aquellas nociones o prescripciones compartidas por dos sistemas morales por lo demás distintos. Finalmente, el espacio central marcado con una ω corresponde exclusivamente al espacio en el cual convergen (prácticamente) todas las distintas concepciones. En esta inteligencia, la viabilidad de un orden constitucional democrático depende en buena medida de la posibilidad de encontrar y delimitar un núcleo mínimo de consenso traslapado suficientemente robusto como para sostener las bases fundamentales del orden sociopolítico.

Considerando la capacidad inherente para la razón, así como para formular una concepción de justicia, Rawls sostiene que todas las personas desarrollan juicios morales que, una vez integrados, constituyen convicciones generales que, al ser revisadas y purgadas de inconsistencias (mediante la menor cantidad de revisiones posible), alcanzan un *equilibrio reflexivo* estricto. Éste, por su parte, es puesto en contraste con distintas concepciones revisadas de justicia, alcanzando un *equilibrio reflexivo amplio*. El *equilibrio reflexivo* pleno

se alcanza mediante el consenso traslapado de diversos puntos de vista, generando así un punto de vista público para la adjudicación de intereses.⁹⁷

Puesto que, como vimos anteriormente, no hay forma de que una sola doctrina moral comprensiva pueda ser compartida por una sociedad hasta sus últimas consecuencias (esto es, una comunidad política) sin una dosis consistente de opresión por parte del Estado, cualquier sociedad democrática debe, necesariamente, dar cabida a doctrinas comprensivas diferentes (o incluso o puestas), siempre y cuando sean compatibles con las premisas de la estructura básica, esto nuevamente a través de un consenso traslapado razonable.⁹⁸

Es importante destacar que esta necesidad de admitir un pluralismo razonable no proviene de una filosofía de corte escéptico que niegue la existencia de valores objetivos, sino más bien de la aceptación de que las convicciones generales derivan de experiencias distintas. Es justo en este punto en que, al momento de constituir la estructura básica, el “velo de ignorancia” deviene una herramienta sumamente útil para establecer las bases políticas susceptibles a un consenso traslapado.

Una vez establecida la estructura básica – con las limitaciones inherentes a la naturaleza ideal de algunos de sus elementos – la tesis rawlsiana procede a delimitar sus parámetros prácticos de aplicación, el primero de los cuales se deriva de la naturaleza ineludible de la sociedad política.⁹⁹

Este carácter ineludible opera como el principal criterio de distinción entre una sociedad política y cualquier otra congregación voluntaria de seres humanos; mientras que estas últimas (e.g. iglesias, clubes deportivos, sociedades mercantiles y, en general, esta clase de asociaciones voluntarias) están constituidas generalmente por individuos que, ante la presencia de intereses o finalidades comunes, optan por asociarse voluntariamente con el fin

⁹⁷ RAWLS, *op. cit.*, pp. 29-32.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 32-35.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 38-40.

de perseguirlos, la pertenencia a una sociedad política no es opcional para sus integrantes. Así, las desigualdades en la distribución de poder que resultan aceptables o incluso necesarias en otra clase de organizaciones, donde los integrantes conservan en todo momento el derecho a desvincularse de la misma, no son necesariamente aplicables a la sociedad política.

En este orden de ideas, una sociedad política que pretenda ser verdaderamente democrática debe necesariamente incorporar la idea de ciudadanos libres e iguales, quienes pueden no obstante presentar ciertas desigualdades con respecto a sus prospectos de vida. Así, el ejercicio del poder político, aunque no necesariamente unánime y a menudo basado en consideraciones extra-políticas, debe estar limitado por un marco constitucional que no sólo sea compatible con el velo de ignorancia de la posición inicial, sino que tome en consideración dichas desigualdades.¹⁰⁰

Bajo esta óptica, Rawls propone dos principios de justicia como equidad, a saber: a) acceso pleno al esquema básico de libertades y b) acceso igual a las oportunidades, donde cualquier diferencia exista sólo en beneficio de las clases menos aventajadas. Así, aunque ambos principios son de naturaleza política, el primero (libertades básicas) sirve como el núcleo constitucional, mientras que el segundo (principio de calidad/diferencia) sirve como principio orientador para la legislación secundaria.¹⁰¹ Esta división entre aquellos principios cuya implementación óptima se encuentra en el ámbito constitucional y aquéllos más idóneos para otra clase de regulación más flexible será explorado más adelante.¹⁰²

Por lo que respecta a la justicia distributiva, Rawls la rechaza, en su vertiente asignativa, como estrictamente utilitarista y por lo tanto incompatible con la idea de la sociedad como un sistema justo de cooperación, optando en su lugar por sistemas como una política fiscal progresiva (distribuida desigualmente

¹⁰⁰ RAWLS, *op. cit.*, pp. 40-42.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 42-50.

¹⁰² Ver *infra* C. III, §2.

en beneficio de los menos aventajados), mediante la cual puede alcanzarse una redistribución adecuada sin negar las demandas originadas en una expectativa legítima de debida reciprocidad ante una cooperación social continua.¹⁰³

Tomando la estructura básica como nuestro objeto principal de estudio, resulta evidente que, a diferencia de la concepción de la historia ideal de Locke,¹⁰⁴ el cumplimiento de ciertas reglas sobre las transmisiones de propiedad no necesariamente garantiza la continuación de un estado de cosas justo, por más justa que fuera la distribución original. Más bien, un enfoque en las reglas de fondo (la estructura básica) es lo que facilita una distribución justa, sea cual sea su forma particular.

Un segundo punto digno de considerar al momento de pretender cualquier implementación de este marco teórico radica en lo que Rawls denomina *variaciones contingentes*, a saber: factores como la posición social, las habilidades innatas y la buena o mala fortuna, cuyo efecto en los prospectos de vida de un individuo en general son más que considerables.¹⁰⁵ En este sentido, el reconocimiento de la posición de los demás como libre e igual puede garantizar la posibilidad, dentro de la estructura básica, de un avance social de una generación a otra.

Ante estas desigualdades inherentes e innegables, es necesario establecer una definición operativa de los sectores que denominamos “menos aventajados,” para lo cual Rawls propone la identificación de una serie de bienes primarios que permitan valorar, en una escala cuantitativa, los prospectos de vida de cada uno de los integrantes. Entre estos elementos destacamos, naturalmente, el de la riqueza material, como el más fácilmente cuantificable y el único susceptible, dentro de una sociedad bien ordenada, a generar discrepancias significativas. Por ende, los menos aventajados tenderán a

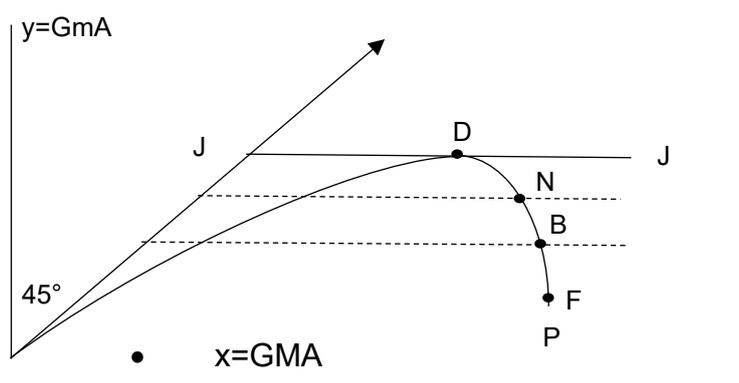
¹⁰³ RAWLS, *op. cit.*, pp. 50-52.

¹⁰⁴ Cfr. COHEN, Joshua, “Structurae, Choice, and Legitimacy: Locke’s Theory of the State,” *Philosophy and Public Affairs* 15 (Otoño 1986), pp. 301-324.

¹⁰⁵ RAWLS, *op. cit.*, pp. 55-57.

identificarse con esta descripción, y es sólo en sus mejores intereses que puede operar el principio de diferenciación dentro de la estructura básica.¹⁰⁶

Puesto que la riqueza material es el criterio estandarizado preferido para ilustrar el concepto de los menos aventajados, la distribución del ingreso producto de la cooperación social, puede ilustrarse en la siguiente representación gráfica, a partir de la cual es posible alcanzar ciertas conclusiones:



En esta figura, las distancias a lo largo de los dos ejes se miden de acuerdo con un índice de bienes primarios, con el eje x correspondiente al grupo más aventajado (GMA), y el eje y el menos aventajado (GmA). La línea JJ paralela al eje x es el punto más alto de justicia igual que alcanza la curva OP en su máximo en D. Nótese que D es el punto eficiente más cercano a la igualdad, representado por la línea de 45 grados. N es el punto Nash, donde el producto de las utilidades se ve maximizado (si suponemos que las utilidades son lineales en los índices de bienes primarios), y B es el punto Bentham, donde la suma de las utilidades individuales se maximiza (de nuevo con las mismas presunciones). El conjunto de puntos eficientes va de D al punto feudal F, en donde la curva OP se vuelve vertical.

Imaginamos que la totalidad del espacio al sudeste de la línea de 45 grados está llena de líneas paralelas de justicia igual. La línea JJ es simplemente la más alta que puede alcanzarse cuando nos vemos constreñidos a movernos dentro de la curva OP. La sociedad busca,

¹⁰⁶RAWLS, *op. cit.*, pp. 57-61.

cuando todo lo demás es igual, alcanzar la línea de justicia igual más alta medida por la distancia desde O a lo largo de la línea de 45 grados. Para hacerlo avanza lo más al noreste posible a lo largo de la curva OP y se detiene cuando esta curva gira hacia el sudeste.

Obsérvese que las líneas paralelas son líneas de justicia igual y no líneas de indiferencia del tipo que usualmente representa las valoraciones de bienestar social o individual. Las líneas de justicia igual representan cómo el derecho a los bienes producidos cooperativamente debe compartirse entre quienes los producen, y reflejan una idea de reciprocidad. Son líneas de justicia igual en el sentido de que cualquier punto en la línea es igualmente aceptable siempre que se toque a una curva OP de un esquema de cooperación que satisfaga los principios de justicia anteriores al principio de diferenciación. El hecho de que sean paralelas quiere decir que un índice de bienes primarios mayor (entendido aquí como los prospectos de ingresos y riqueza de una persona a lo largo de una vida entera) para un grupo (el GMA) se justifica en tanto aumente el índice del otro grupo (el GmA). Cuando esto deja de ser verdad, incluso aunque el índice incremente para el grupo más aventajado, como ocurre más allá de D, entonces la reciprocidad implícita en el principio de diferencia deja de existir. Esto queda demostrado por el hecho de que N y B están en líneas de justicia ideal más bajas que D. Una línea de justicia igual utilitaria a lo largo de B sería una curva suave convexa al origen que va de noroeste a sureste, demostrando que el GMA puede ganar más aunque el GmA reciba menos.

Finalmente, nótese que [...] el GMA y el GmA se especifican con referencia a su parte correspondiente de la producción y no como individuos particulares identificables independientemente del esquema de cooperación. Cuando representamos el índice del GMA en el eje x, la curva OP se encuentra siempre al sureste de la línea de 45 grados.¹⁰⁷

Un punto interesante en el planteamiento de Rawls es su respuesta a los señalamientos de que otras consideraciones, como el género o el origen étnico,

¹⁰⁷ Esta representación gráfica, así como la explicación de la misma, pueden encontrarse, en su idioma original, en RAWLS, *op. cit.*, pp. 62-63

tienen un efecto real en la distribución de la prerrogativa, y el autor señala que cualquier estructura básica que pudiera dar cabida a esta clase de circunstancias iría en todo caso en contra del concepto de los ciudadanos libres e iguales y sería por ende incompatible con la posición inicial, por lo que no sería susceptible de alcanzar un consenso traslapado.¹⁰⁸

Sobre este último punto, consideramos pertinente señalar que, si bien estas circunstancias operan, desde luego, en contra de los puntos nucleares del basamento teórico de la teoría rawlsiana, cualquier intento por implementar, así sea parcialmente, tal estructura básica debe necesariamente tomar en consideración la presencia más que esporádica de esta clase de fenómenos, ya que constituyen una de las características más ubicuas en la mayoría de las sociedades en el planeta.¹⁰⁹

Volviendo al diagrama ilustrado anteriormente, es posible analizar dos contraejemplos para poner a prueba el principio de diferenciación, a saber:

- a. Un crecimiento lento hacia el punto D, refutado por el hecho de que, en una sociedad bien ordenada, los incentivos para perfeccionar las habilidades innatas y la libre competencia garantizan un crecimiento sostenido hacia el punto de equilibrio.
- b. Una caída lenta después del punto D, lo cual puede solucionarse mediante la implementación de políticas fiscales para desincentivar el crecimiento más allá del punto de equilibrio.

Mientras que el concepto de mérito moral (tal como se concibe dentro de una doctrina comprensiva) no es practicable dentro de una sociedad con un pluralismo razonable, las expectativas legítimas y la consecuente teoría de los derechos públicos subjetivos pueden ser funcionales dentro de las reglas de una sociedad determinada. Las expectativas traslapadas y los límites en los bienes disponibles pueden producir ciertas discrepancias dentro del mérito y el éxito

¹⁰⁸ RAWLS, *op. cit.*, pp. 64-66.

¹⁰⁹ Un análisis interesante sobre este fenómeno puede encontrarse en ROSS, Andrew (1998). "Components of Cultural Justice." SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. *Law in the Domains of Culture*. The University of Michigan Press, pp. 203-228.

generales, pero, en tanto que las discrepancias sean menores y esporádicas, la equidad general del sistema puede sostenerse.¹¹⁰

En este orden de ideas, es importante destacar que la visión que considera las habilidades innatas como un bien común no implica una propiedad colectiva sobre tal suma de habilidades, sino una estructura que, aunque reconoce la neutralidad moral de esta distribución, la acepta y genera incentivos para que los mejor dotados perfeccionen sus habilidades y se beneficien de ellas, al tiempo que genera un beneficio neto a la sociedad en general.¹¹¹ Esta última distinción resulta de total importancia, y su postulación clara es fundamental si se pretende preservar las nociones de igualdad y debida reciprocidad que resultan indispensables para la optimización del sistema de incentivos para la explotación más eficiente de estas habilidades.

2. RAWLS EN ACCIÓN

Como señalamos anteriormente, los “representantes” en la posición inicial no son personas reales, sino meramente recursos teóricos, cuya racionalidad y razonabilidad son desde un principio parte de las condiciones de entrada. Como tales, su función, en lugar del proceso meramente deductivo que utiliza el consumidor en la teoría económica, es la de realizar una selección inductiva de una lista (no exhaustiva) de principios. Así, aunque la posición original pueda no brindar la mejor alternativa teórica, debe ser capaz de todos modos de producir una concepción satisfactoria.¹¹²

En este orden de ideas, la tesis rawlsiana percibe a las partes en la posición original como fiduciarios de los miembros de la sociedad; aunque carecen de un interés directo en los intereses particulares de la sociedad representada, su objetivo es más bien el de alcanzar un consenso sobre los principios básicos de justicia política que pueda dar cabida a las diversas

¹¹⁰ RAWLS, *op. cit.*, pp. 72-74.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 74-77.

¹¹² *Ibid.*, pp. 80-83.

doctrinas comprensivas que coexisten en toda democracia razonablemente pluralista.¹¹³

A raíz de este consenso, las partes en la posición original están limitadas por restricciones formales – en otras palabras, no son susceptibles de actuar por envidia, rencor, deseo de dominar o incertitud sobre el cambio – y por el velo de ignorancia, que les impide conocer la postura de sus “representados” concretos. Por lo tanto, como representantes de personas libres e iguales, deben elegir principios susceptibles de producir una distribución justa de los bienes primarios aceptable por los representados.¹¹⁴

Además, dentro de una sociedad democrática que reconozca a un cuerpo razonable de principios políticos básicos, la razón pública debe ejercerse de tal forma que sea fácilmente comprensible y aceptable por el público, lo cual le confiere legitimidad.¹¹⁵

Esta última observación, en donde se enfatiza la aceptabilidad, y por ende la comprensibilidad de los principios políticos básicos, es evidencia de una de las características más claras de la visión rawlsiana sobre el papel del ciudadano ante el derecho, debido a que, al igual que para los entrevistados ingleses en el estudio de Kurkchyan,¹¹⁶ la aceptabilidad de la norma, muchas veces reducida a su capacidad de “pasar un test” de sentido común, es lo que la confiere justamente de legitimidad. Esto discrepa considerablemente de, por ejemplo, la percepción búlgara¹¹⁷, cuya percepción mistificada e idealizada de la ley (o al menos de lo que ésta debe ser) la vuelve en cierto modo impermeable al escrutinio público.

Como señalamos en la sección anterior, el carácter ineludible que define la pertenencia a una sociedad política (a diferencia de la pertenencia a cualquier

¹¹³ RAWLS, *op. cit.*, pp. 84-85.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 85-89.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 89-92.

¹¹⁶ Ver *supra*, n. 23.

¹¹⁷ Ver *supra*, n. 24.

otra clase de agrupación humana voluntaria) es probablemente la principal razón por la cual la implementación de una determinada doctrina comprensiva resulta inaceptable como base para la razón pública. Mientras que una organización religiosa o asociación política puede (y a menudo necesita) adoptar una doctrina comprensiva como guía última de su razón de ser, la inflexibilidad de la misma puede justificarse por la posibilidad de los integrantes de abandonar dicha colectividad. En una institución “inescapable” como es la sociedad política, un estándar mínimo de tolerancia implica, necesariamente, la existencia de mecanismos que garanticen una flexibilidad suficiente como para generar un consenso traslapado.

Dentro del contexto del Principio de Diferenciación, Rawls hace uso del concepto de *maximin*, derivado a su vez de la regla de decisión conocida como *minimax*, que en teoría de juegos, estadística, y otros campos de matemáticas aplicadas, opera como un medio para minimizar las posibles pérdidas en el peor escenario posible (de *máxima pérdida*). En cambio, el concepto de *maximin* implica un intento por maximizar las posibles utilidades en el peor escenario posible (de *mínima utilidad*). En este contexto, la regla de maximin establece que las desigualdades sociales y económicas deben distribirse de tal forma que resulten en el mayor beneficio posible para los miembros menos aventajados de la sociedad.

Aunque ha sido objeto de ciertas críticas, Rawls defiende la aplicabilidad de esta regla apelando a tres condiciones, a saber: a) la ausencia de una base confiable para predecir con precisión la tasa de incidencia de las peores condiciones, b) la existencia de un nivel satisfactorio posible de garantizar sobre el cual no existe incentivo para las partes, y c) la posibilidad de que cualquier resultado por debajo del nivel garantizado pudiera resultar simplemente intolerable para los representados.¹¹⁸

Esta última condición, por su parte, se ve enfatizada por el argumento de que no existe un modelo universal infalible para calcular todas las posibilidades

¹¹⁸ RAWLS, *op. cit.*, pp. 97-100.

(primera condición), así como la naturaleza irrevocable del acuerdo a partir de la posición original. Por lo tanto, un consenso donde los representantes arriesgaran su mínimo garantizado en busca de una ganancia futura incierta sería considerado inaceptable y tachado de irresponsable por la ciudadanía representada, en caso de actualizarse dicho riesgo.¹¹⁹

Desde luego, la tesis rawlsiana no ha estado completamente al margen de críticas que pretenden calificarla como utilitaria. Si bien, ciertas consideraciones (como, por ejemplo, el uso de la regla de *maximin* como criterio de optimización) indudablemente revisten ciertas consideraciones de utilidad, la no negociabilidad de ciertos elementos de la teoría claramente refuta esta consideración. Un ejemplo palpable es el papel que juegan las libertades básicas, cuyo carácter esencial dentro de la teoría – y su consecuente no negociabilidad – resulta claramente incompatible con una visión netamente utilitaria, en donde toda libertad o privilegio sería considerada intercambiable.¹²⁰

Por otra parte, se ha objetado que la aplicación de la regla de *maximin* es, por su propia naturaleza, irracionalmente adversa al riesgo. A este respecto, la teoría de Rawls enfatiza la importancia toral de los principios protegidos por el nivel mínimo garantizado y la utilidad marginal de cualquier incremento en ellos. Esto no quiere decir, desde luego, que la teoría sea netamente utilitaria, sino que, como señalamos anteriormente, depende de ciertas consideraciones de utilidad que, no obstante, se encuentran enmarcadas por las preconcepciones que determinan la función básica.¹²¹ En otras palabras, no es una aversión natural o irracional a cualquier elemento de riesgo lo que da lugar al laconismo de esta estipulación de principios básicos, sino el reconocimiento de la importancia incomparable que éstos revisten no sólo para las expectativas de vida de cada ciudadano individual, sino para la sustentabilidad del modelo en una escala trans-generacional.

¹¹⁹ RAWLS, *op. cit.*, pp. 101-04.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 104-106.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 106-110.

Ahora bien, para poder determinar cuáles son las libertades fundamentales protegidas por el primer principio, es necesario evaluar su utilidad para garantizar el ejercicio de los dos poderes morales; por lo tanto, la igualdad de libertades políticas y la libertad de pensamiento garantizan la capacidad para una concepción de justicia y su aplicación libre (razón pública), mientras que la libertad de conciencia y de asociación permiten una concepción del bien y su persecución a lo largo de una vida. Finalmente, la protección de la libertad y la integridad bajo el imperio de la ley son necesarias para garantizar debidamente los dos conjuntos anteriores.¹²²

Por otro lado, el argumento sobre la naturaleza satisfactoria del nivel garantizado se enfoca en la cultura política de la sociedad. Al sustraer las libertades básicas del debate público, se evitan argumentos álgidos, asegurando así términos claros y comprensibles para la razón pública y una expectativa de reciprocidad, incentivando la cooperación social y acumulando el capital político de la sociedad.¹²³

La importancia de este último punto no puede descartarse a la ligera, ya que es quizás uno de los pocos intentos por establecer un mecanismo presumiblemente viable para transformar exitosamente la cultura política —y por ende la conciencia jurídico-política colectiva— de una sociedad.

Bajo esta premisa, la publicidad de los principios básicos es fundamental para esta comparación en la medida en que promueve el reconocimiento e internalización de estos valores políticos y por lo tanto implanta nociones, como la de reciprocidad, que resultan cruciales para comprender el debate y aceptar una alternativa racional y razonablemente.¹²⁴

Así, mientras que los más aventajados se verían incentivados a (y colocados en una posición óptima para) buscar la renegociación de ciertos segmentos conflictivos del orden jurídico-político, su cultura política implantada,

¹²² RAWLS, *op. cit.*, pp. 111-15.

¹²³ *Ibid.*, pp. 115-19.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 120-22.

su sentido inherente de responsabilidad y los beneficios de un acuerdo social mutuamente benéfico y sustentado por lazos de confianza, servirían como elementos disuasivos para la defección y renegociación, promoviendo la estabilidad y la continuación de la estructura aceptada.¹²⁵

Si hasta este punto la visión rawlsiana se destaca no sólo por su originalidad, sino por su dependencia consistente en estructuras racionales de incentivos y contra-incentivos, bien podría considerarse éste como su punto más brillante, toda vez que, al menos de primera impresión, parecería estar proponiendo una teoría realista y con base sólidas en la psicología social sobre la posibilidad de crear, *ex nihilo*, una auténtica “virtud republicana” al estilo de la Alta República.

Otra consideración importante para las partes en la posición original es la que se refiere a las cargas del compromiso: en el peor escenario, éstas resultan tan excesivas e intolerables (deshumanizantes) que pueden dar lugar a un contragolpe violento. Aunque una visión utilitaria podría dar una respuesta viable al asegurar una situación mínimamente aceptable, esto no necesariamente eliminaría la posibilidad de que los menos aventajados se sintieran alienados por una estructura que no brinde una medida razonable de reciprocidad.¹²⁶

El problema de la desigualdad, de acuerdo con Rawls, descansa tanto en la condición esencialmente injusta de aquéllos privados de los productos esenciales de la cooperación social, como en la explotación injusta de esta ventaja traducida en un foro político. Si las desigualdades tienen que encontrar una justificación en el mérito individual, la igualdad de oportunidades (incluyendo las estrictamente políticas) deben descansar en un mínimo que no sólo aborde las necesidades psicológicas o biológicas, sino que establezca a la sociedad como un sistema justo de cooperación a lo largo de varias generaciones.¹²⁷

¹²⁵ RAWLS, *op. cit.*, pp. 124-26.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 126-30.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 130-32.

Finalmente, aunque los dos principios de justicia no pueden considerarse puramente autoevidentes, ni el razonamiento a partir ni a través de la posición inicial como una representación de la toma de decisiones en la vida real, su premisa básica (especialmente con relación al principio de diferenciación) de que cualquier orden político debe operar en beneficio de cada miembro de la sociedad parece ser válido, al menos intuitivamente.¹²⁸

Al considerar la deseabilidad de un determinado sistema político (con su correspondiente elemento económico), es necesario evaluar tanto su equidad inherente como su viabilidad. De acuerdo con Rawls, los primeros tres sistemas que plantea (capitalismo *laissez-faire*, capitalismo con estado de bienestar y socialismo con una economía planificada) no llegan a reconocer el valor de los derechos políticos básicos, al tiempo que también niegan el principio de reciprocidad.¹²⁹

En este sentido, el primer problema a abordar es la propiedad de los medios de producción. Por un lado, el socialismo liberal propuesto por Rawls aborda esto directamente al colocarlos en las manos de la fuerza de trabajo, al tiempo que garantiza mercados competitivos y libertad de ocupación en formas que una economía planificada no podría hacerlo. Sin embargo, una democracia con propiedad privada ofrece una alternativa viable en la medida en que, al igual que el capitalismo con estado de bienestar, permite la propiedad privada del capital real al tiempo que enfatiza una distribución aceptable del capital humano (habilidades educadas o entrenadas, entre otras) de modo que permite que cualquier ciudadano aspire razonablemente a mejorar su condición en términos de reciprocidad, evitando una clase baja perennemente deprimida, característica endémica del capitalismo con estado de bienestar.¹³⁰

Vale la pena hacer una pausa en este punto para explorar, así sea brevemente, la relación entre la titularidad de los medios de producción con la

¹²⁸ RAWLS, *op. cit.*, pp. 132-34.

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 135-38.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 138-40.

idea de justicia. Si, como hemos venido señalando hasta el momento, la posibilidad de la justicia puede reducirse más o menos a la aceptación libre y consensuada del *status quo* sociopolítico, ideas como la posibilidad de mejorar las propias expectativas de vida, la libertad para elegir el camino para ello y la garantía de que los logros obtenidos a través de dicho éxito serán respetados son un elemento esencial del núcleo estructural del consenso traslapado; son, en otras palabras, el centro de lo que podríamos denominar las *expectativas razonables* de los integrantes de la sociedad.

Volviendo al planteamiento de la justicia como equidad, el concepto de bien dentro de ésta resulta claramente distinguible de la noción de derecho subjetivo. Mientras que la idea de bien (en su sentido más amplio) es netamente subjetivo y altamente individualista (enmarcando, por lo tanto, los límites a la actividad humana), el derecho subjetivo es social y establece límites para dicha actividad. También, aunque es compatible con la teoría liberal de Berlin y Constant respecto de las diferencias en la importancia esencial de ciertas libertades (rechazando por lo tanto el humanismo cívico¹³¹ por su carácter comprensivo), reconoce los postulados básicos del republicanismo clásico, y en especial la idea de que la única forma de garantizar un respeto continuo para las libertades básicas no políticas es a través de una participación activa en la vida pública.¹³²

Aunque el hecho de que una democracia constitucional sea preferible a una procedimental¹³³ podría parecer evidente a simple vista, se ha argumentado que la segunda es contingente de una determinada sociología política que, de estar presente en la primera, conduciría al mismo escenario, como parece desprenderse de las presunciones de Mill sobre la psicología humana. No obstante, Rawls argumenta, con base en la condición de publicidad, que la mera noción de las libertades básicas como un marco estructural para la razón pública,

¹³¹ Para una definición del concepto de “humanismo cívico” ver TAYLOR, Charles. *Philosophy and the Human Sciences*. Cambridge University Press, Cambridge, 1985, p. 334.

¹³² RAWLS, *op.cit.*, pp. 140-45.

¹³³ La distinción entre democracias constitucionales y procedimentales puede encontrarse en RAWLS, *op.cit.*, p. 145.

cuando se observa en los debates públicos, cumple un rol educativo que puede implantar dichos principios dentro de una sociología política determinada.¹³⁴

Al abordar el argumento común de que la igualdad de libertades políticas puede ser una mera formalidad dado su valor desigual derivado de desigualdades socioeconómicas de fondo, la justicia como equidad ofrece, como una solución viable, el establecimiento de un valor justo de estas libertades, garantizando un mínimo que permita un acceso libre a la vida política, sin importar la posición económica concreta del individuo.¹³⁵ Por otra parte, la asignación de un valor justo similar a otras libertades básicas no políticas resultaría irracional (como una distribución igual de ingresos), superflua (como un nivel mínimo de ingresos) o profundamente divisiva (como una distribución diferenciada con base en las distintas demandas de distintos proyectos de vida). El mismo argumento lo esgrime Rawls contra los denominados “valores perfeccionistas,¹³⁶ los cuales, no obstante, son ciertamente susceptibles de ser reconocidos como legítimos mediante una acción democrática coordinada, pero no como esenciales constitucionalmente.¹³⁷

Una vez más consideramos importante destacar el hecho de que el valor trascendental de las libertades políticas adoptado por Rawls, en coincidencia con el liberalismo clásico, no puede reducirse ciertamente a su valor utilitario. En efecto, existirán sectores de la población —en particular, aunque no exclusivamente, aquéllos más desfavorecidos— que argumenten con fundamento la importancia superior que para ellos revisten otros bienes más tangibles. Esto es, como hemos señalado antes, un relejo más de las peculiaridades de la cultura política de cada sociedad, y depende en buena medida del éxito que tenga la función educativa de un determinado orden jurídico-político.

¹³⁴ RAWLS, *op. cit.*, pp. 145-48.

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 148-50.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 150-52.

¹³⁷ *Ibid.*, pp. 150-52.

Otro argumento comúnmente esgrimido en contra de la justicia como equidad es su supuesto sesgo en favor de la autonomía y el individualismo, favoreciendo por ende doctrinas comprensivas que comparten estos valores, al tiempo que rechaza o demerita otras cosmovisiones más colectivistas¹³⁸. Ante esto, Rawls, si bien reconoce que ciertas doctrinas comprensivas pueden ser insostenibles en una sociedad de ciudadanos libres e iguales, la justicia como equidad no exige una adherencia absoluta, sino meramente un respeto razonable de las expectativas de otros como personas libres e iguales, incluyendo a quienes se encuentran bajo nuestro cuidado o educación.¹³⁹

Aunque el principio de diferenciación pretende garantizar un nivel mínimo de reciprocidad dentro de una generación determinada, el principio de ahorro justo pretende determinar una tasa adecuada de redistribución entre generaciones. Al abordar el esquema deseable para las generaciones previas y futuras, Rawls sugiere un sistema fiscal progresivo, aplicado ya sea a la herencia o al consumo, bajo el entendimiento de que el objeto final no es la recaudación de fondos, sino la redistribución de la riqueza.¹⁴⁰

Otro punto importante a destacar es el papel que la familia juega en la tesis rawlsiana, ya que constituye el núcleo principal de educación para los futuros ciudadanos. Aunque no es posible (o siquiera deseable) que la familia (o cualquier otra estructura social, para el caso) se constituya exactamente de la misma forma que la estructura básica, sí es necesario que ningún componente de estas estructuras resulte contrario a la noción de que sus miembros son personas libres e iguales, ni que interfiera con sus expectativas legítimas como tales. En el caso de la familia, esto se traduce no sólo en limitaciones a la autoridad parental, sino también en medidas positivas que garanticen que los individuos más vulnerables (como pueden ser las mujeres y los niños) no se vean privados de oportunidades equitativas mediante decisiones unilaterales por parte

¹³⁸ RAWLS, *op. cit.*, pp. 153-57.

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 153-57.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 158-62.

del miembro más aventajado de la familia.¹⁴¹ Este punto en particular será objeto de un estudio más detallado en capítulos posteriores.

Por otra parte, Rawls refuta elocuentemente los argumentos esgrimidos por Sen¹⁴² respecto del índice primario de bienes, al cual categoriza como vacío o inflexible, debido a la diferencia entre las necesidades y la compleja red de correlaciones entre estos bienes. Rawls contraargumenta que la justicia como equidad opera no sólo para las personas libres e iguales, sino para aquéllos capaces de una cooperación social justa. Toda vez que la justicia procedimental de fondo es capaz de abordar satisfactoriamente la situación de aquéllos que se encuentran por encima del mínimo de capacidades, de acuerdo con el principio de diferencia, la cuestión restante es la de aquéllos privados temporalmente de estas capacidades (y, por ende, del ejercicio pleno de sus poderes morales). En tal caso, una expectativa legítima de salud pública debe incorporarse en el índice de bienes básicos, con la finalidad primaria de restaurar la capacidad plena de cooperación.¹⁴³

Un último argumento, proveniente de un punto de vista marxista, es la crítica a la justicia como equidad en virtud de la naturaleza “egoísta” de las libertades que defiende, las cuales, al ser meramente formales, sólo protegen libertades negativas y no abordan las características denigrantes de la división del trabajo.¹⁴⁴ En respuesta, Rawls defiende el valor intrínseco de las “libertades de los modernos”¹⁴⁵ (negadas por Marx) y sostiene que las desigualdades inherentes en una democracia con propiedad privada se ven atenuadas a un nivel aceptable y mutuamente benéfico a través del principio de diferencia.

Ahora bien, toda vez que se presume que la posición inicial opera fuera de psicologías especiales (como el rencor o la envidia), el resultado debe ser

¹⁴¹ RAWLS, *op. cit.*, pp. 162-68.

¹⁴² Ver, en general, SEN, Amartya. “Equality of What?” en *Tanner Lectures on Human Values*, vol. 1. University of Utah Press, Salt Lake City, 1979.

¹⁴³ RAWLS, *op. cit.*, pp. 168-76.

¹⁴⁴ MARX, Karl, “On the Jewish Question” en *Deutsch-Französische Jahrbücher* (Otoño 1843).

¹⁴⁵ BERLIN, Isaiah, “Two Concepts of Liberty” en *Four Essays on Liberty*. Clarendon Press, Oxford, 1969.

susceptible de generar un capital político intergeneracional suficiente como para disuadir el incumplimiento con base en estas psicologías especiales. Para ello, debe ser susceptible de un consenso traslapado con las diversas doctrinas comprensivas dentro de la sociedad. Como los valores y virtudes políticos son sustancialmente distintos de otra clase de consideraciones no políticas, es necesario un apoyo consensual de las doctrinas comprensivas, sin que esto implique permitirles determinar sus puntos esenciales, los cuales, en vista de un pluralismo razonable, deben ser decididos sobre bases exclusivamente políticas.¹⁴⁶

Por lo que respecta a la estabilidad de la concepción política, no basta que ésta sea estable en el sentido estrictamente práctico (esto es, mediante una implementación a través de disuasión coactiva), sino que pueda ser aceptada e internalizada racionalmente por sus receptores dentro de su propio marco estructural, a través del consenso traslapado de las diversas doctrinas comprensivas.¹⁴⁷

En este sentido, categorizar la teoría como política, en el sentido equivocado, equivaldría en opinión de Rawls a presentar el consenso traslapado como meramente un punto focal de compromiso incómodo entre intereses divergentes (incluso cuando los abstraemos como doctrinas comprensivas).¹⁴⁸ En otras palabras, para ser verdaderamente funcional, el consenso traslapado debe operar no como un dique que contenga la discordia creciente entre múltiples perspectivas, sino como un punto de confluencia que permita a diversas corrientes, con orígenes y motivaciones distintos, adoptar un curso común mutuamente benéfico e intrínsecamente aceptable.

Al considerar el por qué la razonabilidad intrínseca de un sistema político no es suficiente para imponerlo por la fuerza sobre sus destinatarios, debe notarse que su razonabilidad está condicionada por su susceptibilidad de ser

¹⁴⁶ RAWLS, *op. cit.*, pp. 180-84.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 184-88.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 188-89.

aceptada por ciudadanos razonables y racionales que aceptan las cargas de decisión como un límite necesario a sus propias doctrinas comprensivas (o parciales) y por lo tanto, razonablemente, pueden alcanzar un consenso traslapado.¹⁴⁹

En este sentido, aunque la aceptación de una concepción política como un mero *modus vivendi* no garantiza estabilidad en la medida en que está sujeta a distribuciones históricas de poder, las cuales pueden variar por su parte, el consenso traslapado descansa en la aceptación de la concepción,¹⁵⁰ ya sea a) por su valor moral inherente, b) como consecuencia de su cumplimiento o como una derivación directa de una doctrina (parcialmente) comprensiva, o c) a pesar de las incompatibilidades con una doctrina comprensiva, modificando esta última como el “camino de menor resistencia.”¹⁵¹

Cuando los ciudadanos dotados de los dos poderes morales se ven confrontados por un sistema que es esencialmente justo (desde la posición inicial), el intercambio recíproco ocurre de forma razonable, fortaleciendo los lazos de confianza mutua entre los individuos en una sociedad. Dado que todas las doctrinas son (cuando menos) parcialmente comprensivas, y el liberalismo político no lo es, el ajuste resulta eventualmente, reformando las condiciones y transitando del *modus vivendi* al consenso traslapado.¹⁵²

La justicia como equidad no debe ser vista desde un punto de vista estrictamente procedimental, sino como (moralmente) buena. Esto se logra tanto individualmente, al asegurar el ejercicio de los dos poderes morales y el correspondiente autorrespeto, y socialmente, al conformar la identidad colectiva de una sociedad cuyo carácter democrático viene a formar parte de su identificación histórica.¹⁵³

¹⁴⁹ RAWLS, *op. cit.*, pp. 189-92.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp., 192-95.

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 192-95.

¹⁵² *Ibid.*, pp. 195-98.

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 98-202.

3. LA EXPANSIÓN DEL NÚCLEO CONSTITUCIONAL

En secciones anteriores dentro de este capítulo señalamos, de manera más bien somera, el ámbito de aplicación que Rawls propone dentro de su esquema para la distribución de las disposiciones relativas a los dos principios de la justicia como equidad, en donde el acceso pleno al esquema de libertades básicas constituye el núcleo duro del orden constitucional, mientras que la igualdad de acceso a las oportunidades opera como un principio orientador para la legislación secundaria, a través del principio de diferenciación.

Lo anterior, a primera vista, podría parecer una fuente importante de controversia. Después de todo, parece conferir un carácter de superioridad jerárquica a ciertos derechos fundamentales, agrupados comúnmente bajo el descriptivo de “derechos humanos de primera generación”¹⁵⁴ por encima de otros, denominados “de segunda generación”. Esta sobre-simplificación del concepto corre naturalmente el riesgo de confirmar algunas de las críticas esgrimidas contra la tesis rawlsiana, principalmente aquéllas dirigidas a su carácter aparentemente individualista, en perjuicio de la tutela de intereses colectivos.

Aunque consideramos que la defensa de Rawls resulta más que suficiente para contraatacar estas acusaciones, lo cierto es que este escenario ofrece una oportunidad única no sólo para reforzar el concepto de justicia como equidad, sino para ilustrar de forma convincente la utilidad del análisis pragmático como herramienta valorativa para un determinado orden jurídico.

La finalidad de esta sección no es otra que la de avanzar la idea de que la aparente relegación de ciertas garantías fundamentales a un orden distinto del constitucional no obedece a una concepción de éstas como inferiores o menos importantes, sino a ciertas consideraciones prácticas derivadas de su naturaleza compleja y contingente, misma que, en consecuencia, exige ajustes periódicos

¹⁵⁴ VASAK, Karel. "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier* 30:11, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, París, Noviembre de 1977, pp. 7-8.

a fin de conservar su relevancia. Estos ajustes, por su parte, requieren de cierto nivel de flexibilidad que una estructura como la destinada a proteger otras libertades básicas, con su rigidez y aspiración a perpetuidad características, simplemente no puede ofrecer.

Este argumento descansa en buena medida en la información obtenida a raíz del estudio elaborado por George Tsebelis y Dominic J. Nardi, cuyos resultados aparecen publicados en *A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries (Una constitución larga es una constitución (ciertamente) mala: Evidencia de países de la OCDE)*¹⁵⁵, en donde los autores, partiendo de observaciones empíricas alcanzadas a partir de un análisis comparativo de los Estados miembros de la OCDE, son capaces de llegar a la conclusión de que la longitud constitucional, aun considerada como una variable independiente (esto es, habiendo controlado todos los demás factores que pueden coexistir con ella), resulta netamente perjudicial para el crecimiento económico de la sociedad.

En este sentido, los resultados obtenidos muestran que, aunque las constituciones más largas suelen ser más rígidas (esto es, difícil de reformar), en la práctica son objeto de reformas más frecuentes. Partiendo de este punto inicial, es posible concluir que la frecuencia de dichas reformas, a pesar de su dificultad, implica que las disposiciones reformadas, mediante el establecimiento de restricciones sustantivas, imponen costos u obstáculos en contra de la mayoría. Este efecto nocivo de la longitud constitucional se ve reflejado, por su parte, en un decremento del PIB per cápita, así como en un crecimiento del índice de corrupción.

Aunque la longitud ideal de las constituciones ha sido debatida desde, cuando menos, la Convención Constitucional de los Estados Unidos en 1787,¹⁵⁶ el análisis comparativo de la longitud de diversas constituciones y las

¹⁵⁵ TSEBELIS, George; NARDI, Dominic J. "A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries." en *British Journal of Political Science*, Vol. 46, 2., 2014.

¹⁵⁶ STORING, Herbert J., *What the Anti-Federalists Were For: The Political Thought of the Opponents of the Constitution*. University of Chicago Press, Chicago, 1981.

implicaciones de la misma es un fenómeno relativamente reciente, en gran parte facilitado por desarrollo de herramientas informáticas más robustas, así como de bases de datos como el *Comparative Constitutions Project (Proyecto Comparativo de Constituciones)*, dirigido por Zachary Elkins y Tom Ginsburg, y que constituye una base de datos comprehensiva que contiene los textos constitucionales de la mayoría de las constituciones del mundo, así como datos estadísticos de las mismas. Así, uno de los primeros elementos identificados con relación a esta variable es la tradición jurídica de la cual provienen,¹⁵⁷ siendo las constituciones de antiguas colonias británicas generalmente más extensas que sus contrapartes continentales, con la clara excepción de la Constitución de los Estados Unidos.¹⁵⁸

Otra variable que resalta en la literatura es la relación directamente proporcional entre la longitud de una constitución y su longevidad, a pesar de que las predicciones iniciales pudieran sugerir lo opuesto —debido, en buena medida, a que la mayoría de las constituciones de las antiguas colonias británicas (con la excepción evidente de los Estados Unidos) tienen su origen en leyes aprobadas por el parlamento británico al momento de reconocer su independencia—. ¹⁵⁹ Esto puede atribuirse presumiblemente a la ampliación del rango de intereses encontrados cuyos beneficiarios tienen un incentivo para preservar una constitución que los protege.

Por otra parte, el nivel de desconfianza de la sociedad hacia sus instituciones políticas se encuentra también directamente correlacionado con la longitud de sus constituciones, como lo demuestra el estudio llevado a cabo por Montenegro,¹⁶⁰ aunque esto, como veremos más adelante, no necesariamente

¹⁵⁷ BERKOWITZ, Daniel; CLAY, Karen. "American Civil Law Origins: Implications for State Constitutions." *American Law and Economics Review* 7 (1), 2005, pp. 61–84.

¹⁵⁸ A mayor abundamiento, ver COOTER, Robert D.; GINSBURG, Tom. *Leximetrics: Or Why the Same Laws Are Longer in Some Countries than Others*. Working Paper No. LE03-012. University of Illinois, Chicago, IL, 2003.

¹⁵⁹ HAMMONS, Christopher W. "Was James Madison Wrong? Rethinking the American Preference for Short, Framework-Oriented Constitutions." *American Political Science Review* 93 (4), 1999, pp. 837–49.

¹⁶⁰ MONTENEGRO, Alvaro A.. "Constitutional Design and Economic Performance." *Constitutional Political Economy* 6, 1995, pp. 161–9.

implica que la creciente longitud de estos documentos tenga el efecto presumiblemente deseado al momento de elaborarlas.

Volviendo al estudio de Tsebelis y Nardi, es importante realizar ciertas precisiones respecto de su metodología, en concreto, sobre la elección de limitarlo exclusivamente a Estados pertenecientes a la OCDE. Como los autores detallan en su artículo,¹⁶¹ esta elección obedece a la intención de eliminar del estudio a sociedades donde el texto constitucional ocupa un lugar meramente nominal, al tiempo que otros factores reales de poder determinan el devenir político de la sociedad, con escaso o nulo apego a una base orgánica legislada. En este sentido, los parámetros utilizados por la OCDE para determinar la aceptación de nuevos miembros (compromiso con la democracia, imperio de la ley, derechos humanos, libre mercado y desarrollo sustentable),¹⁶² brindan una base sólida para enmarcar el estudio.

El primer paso emprendido por Tsebelis y Nardi es, consecuentemente, el determinar las expectativas de los creadores de una constitución al momento de determinar el umbral necesario para realizar reformas ulteriores a la misma (en otras palabras, su *rigidez*). En este sentido, es perfectamente razonable suponer que la imposición de barreras elevadas para la reforma obedece a un deseo por parte de los redactores originales de evitar que el documento pueda ser fácilmente modificado por generaciones posteriores.¹⁶³

El siguiente paso consiste en determinar si tales expectativas se cumplen: si en una muestra comparativa existe una relación inversamente proporcional entre la rigidez del texto constitucional y la frecuencia con que éste es reformado. La respuesta —a pesar de ciertos casos excepcionales, como el de Estados Unidos— es totalmente contraintuitiva. Una mayor rigidez no sólo no parece contribuir a reducir al frecuencia de reformas, sino que se encuentra inversamente correlacionada con ésta; en otras palabras: las constituciones más

¹⁶¹ TSEBELIS & NARDI, *op. cit.*, pp. 459-60.

¹⁶² La lista completa de los miembros actuales de la OCDE puede encontrarse en <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>.

¹⁶³ TSEBELIS & NARDI, *op. cit.*, p. 461.

rígidas son (paradójicamente) aquéllas que son más frecuentemente reformadas¹⁶⁴. Toda vez que los datos recabados rinden resultados abiertamente incompatibles con la expectativa original, el siguiente paso consiste en determinar si existe alguna variable interviniente que explique esta discrepancia. Como veremos a continuación, esta variable probablemente sea la longitud del texto.

La idea detrás de este razonamiento parte de la noción de que una constitución más larga y detallada constriñe la discreción de futuras generaciones, generando así un riesgo de incluir disposiciones contrarias a sus intereses. Esta predicción se ve en efecto confirmada por los resultados finales del estudio,¹⁶⁵ donde queda demostrado que las constituciones más largas son simultáneamente más rígidas y más frecuentemente reformadas. Este fenómeno queda ilustrado por la comparación entre la constitución islandesa, que con una longitud de 4,090 palabras al momento de realizarse el estudio es de las más cortas de la OCDE y había sido reformada tan sólo siete veces desde 1944, y la constitución mexicana, que con sus 50,700 palabras es la más larga de la OCDE y, entre 1917 y 2006, fue reformada más de sesenta y cinco veces (incluyendo más de 500 reformas individuales). Lo anterior cobra especial importancia porque, a diferencia de la constitución islandesa, cuyo proceso de reforma difiere muy poco del proceso legislativo ordinario, la constitución mexicana impone algunos de los candados más estrictos para su modificación (dos terceras partes de cada Cámara del Congreso, así como una mayoría de las legislaturas estatales).

Partiendo de la presunción de que las reformas constitucionales por lo general implican procedimientos extraordinarios, es necesario proceder a identificar el “núcleo constitucional” de un sistema político, definido por Tsebelis y Nardi como “el conjunto de puntos que no pueden ser modificados por las reglas existentes [,] [...] [i]ncluye[ndo] el texto constitucional, en la medida en que

¹⁶⁴ TSEBELIS & NARDI, *op. cit.*, p. 463.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 464.

no puede ser reemplazado bajo las reglas vigentes para una reforma.”¹⁶⁶ Toda vez que una mayor rigidez del texto constitucional (ya sea a través de mayorías calificadas, referéndums con participación mínima u otro tipo de mecanismos extraordinarios) tiende a expandir el núcleo constitucional en la medida en que incrementa el número de actores capaces de vetar la reforma, es fácil arribar a la conclusión de que, en esquemas constitucionales particularmente rígidos, una reforma constitucional de gran envergadura requiere de un realineamiento considerable del *establishment* político con relación al núcleo constitucional.¹⁶⁷

El hecho de que, a pesar de todas estas barreras procedimentales, estas reformas masivas ocurren puede ilustrarse con la reforma constitucional en Grecia a finales del siglo pasado, donde, a pesar de las considerables barreras para la reforma establecidas para la reforma (la constitución griega, para ser reformada, requiere de dos votos parlamentarios separados por una elección general, además de una mayoría de tres quintos del total de escaños en al menos uno de los votos),¹⁶⁸ los dos partidos mayoritarios, quienes ocupaban el 90 por ciento del parlamento, modificaron 48 de los 119 artículos del texto constitucional, además de añadir otros cuatro.¹⁶⁹

De acuerdo con Tsebelis y Nardi, las constituciones

“pueden incluir tres tipos distintos de disposiciones. Primero, algunas disposiciones constitucionales pueden regular cuestiones técnicas o inocuas que no influyen en el comportamiento político (como la descripción de la bandera nacional). En segundo lugar, las constituciones pueden contener metas aspiracionales, como el derecho al trabajo (incluido en muchas constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial), que no imponen obligaciones específicas al gobierno y, en consecuencia, no son judicialmente ejecutables (así, es poco sorprendente que ninguno de estos países haya logrado abolir el

¹⁶⁶ TSEBELIS & NARDI, *op. cit.*, p. 464.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 464-65.

¹⁶⁸ ALIVIZATOS, Nicos; ELEFThERiADIS, Pavlos. “The Greek Constitutional Amendments of 2001.” *South European Society and Politics* 7 (1), 63, 2002.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 70.

desempleo completamente). Tercero, las constituciones contienen declaraciones restrictivas o prescriptivas, como es el caso de secciones que detallan la estructura del gobierno y los derechos de los ciudadanos. Por ejemplo, el presidente de los Estados Unidos no puede eludir el requisito constitucional de obtener el ‘consejo y aprobación’ del Senado para ciertos nombramientos.¹⁷⁰ Aunque estas tres categorías pueden ser bastante claras a nivel teórico, empíricamente no hay una forma enteramente confiable para distinguir entre las constituciones que contienen muchas restricciones sustantivas y aquéllas que son simplemente gárrulas.¹⁷¹”

Visto lo anterior, resulta evidente que, particularmente cuando éste implica un esfuerzo político considerable para superar las barreras a de enmienda, los procesos de reforma constitucional irán por lo general dirigidos a la modificación del tercer tipo de disposiciones, pues son éstas las que imponen restricciones reales a los actores políticos, cuya eliminación o modificación ofrece suficientes beneficios como para compensar el costo político de modificación. En consecuencia, argumentan Tsebelis y Nardi, “las reformas frecuentes indican que una constitución no es simplemente gárrula, sino que impone importantes costos negativos en una sociedad.”¹⁷²

Ahora bien, habiendo establecido que tanto la longitud del texto como el nivel de rigidez del mismo operan para ampliar el “núcleo constitucional” —de ahí la correspondencia entre las dos variable—, así como el hecho de que el contra-incentivo para la reforma que representaría la mayor rigidez no alcanza a compensar el incentivo para reformar que generan una mayor longitud del texto —presumiblemente, como hemos señalado, porque las disposiciones que se busca reformar o eliminar generan restricciones inaceptables para la mayoría—

¹⁷⁰ Constitution of the United States of America, Art. II, §2.

¹⁷¹ TSEBELIS & NARDI, *op. cit.*, pp. 466-67.

¹⁷² *Ibid.*, p. 467.

, la conclusión necesaria es que las constituciones más largas son “malas” precisamente *porque* son restrictivas.¹⁷³

La siguiente pregunta, desde luego, es ¿cuáles son exactamente esos efectos negativos que los ciudadanos y sus representantes buscan eliminar a través de frecuentes reformas?

De acuerdo con Tsebelis y Nardi, estos efectos pueden categorizarse como *directos*, cuando las disposiciones constitucionales imponen obstáculos a acciones políticas necesarias para el bien común, imponiendo por lo tanto costos directos al desarrollo, o *indirectos*, cuando las disposiciones constitucionales entran en conflicto con las obligaciones internacionales del Estado, generando costos impuestos por otros actores internacionales.¹⁷⁴

Toda vez que muchos de estos efectos son el resultado de una confluencia de múltiples factores difíciles de cuantificar, Tsebelis y Nardi han optado por utilizar en su estudio el Producto Interno Bruto (PIB) per cápita ajustado a valores de paridad de poder adquisitivo (PPA). Una vez controladas ciertas variables económicas claves (recursos naturales, apertura al comercio, nivel educativo de la fuerza laboral, entre otras) los resultados parecen confirmar la hipótesis: la longitud de la constitución es inversamente proporcional al PIB per cápita ajustado al PPA. Así, Luxemburgo, con la cuarta constitución más breve de la OCDE, cuenta con el PIB per cápita más alto, mientras que México, con la constitución más extensa, ocupa el último lugar en PIB.¹⁷⁵

El estudio, desde luego, no se limita a un análisis cuantitativo, ya que nos ofrece a manera de ilustración el ejemplo de Grecia, cuya constitución en su Artículo 16 prohíbe la existencia de universidades privadas, lo cual, en particular a la luz de la severa crisis que esta nación atraviesa con respecto a su sistema de educación pública, excluye la posibilidad de mejorar su sistema de educación superior a través de la libre competencia, lo que genera una economía griega

¹⁷³ *Ibid.*, p. 469.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 469.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 469-70.

menos competitiva y, en consecuencia, reduce el potencial de ingresos para el sector laboral griego.¹⁷⁶

Al indagar en la razón por la cual las constituciones más largas son simultáneamente más rígidas, una explicación plausible consiste en suponer que sus redactores pretendían incluir más disposiciones difíciles de modificar por parte de mayorías futuras, lo cual parecería indicar una falta de confianza en el proceso democrático. Partiendo de la idea de que la implementación de candados constitucionales puede distribuir beneficios hacia futuras mayorías o privarlas de éstos, la variable crucial descansa entonces en el índice de corrupción y su consecuente percepción por parte de los creadores del texto constitucional.¹⁷⁷

En el primer escenario, los redactores, desconfiando de que las élites políticas respeten las disposiciones diseñadas para beneficiar a la mayoría y conscientes del peligro de que estas élites corrompan el sistema político, crean constituciones más largas y rígidas para proteger a esta mayoría. En el segundo escenario, sin embargo, la situación es exactamente la inversa: los redactores de la constitución buscan proteger los intereses de grupos corruptos de intereses especiales en contra de la mayoría. Mediante la captura de estos intereses, un gobierno corrupto es capaz de crear redes clientelares que sirvan de apoyo al régimen.¹⁷⁸

Dada la multiplicidad de factores culturales que pueden confluir dentro de estos escenarios, resulta sumamente difícil determinar, a partir de un análisis estadístico de la longitud constitucional, cuál de los dos es el que impera en un caso determinado. No obstante lo anterior, hay una conclusión que resulta evidente: la corrupción es un factor que contribuye directamente a incrementar la longitud de un texto constitucional, sin importar si los redactores del mismo buscan combatirla o beneficiarse de ella.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 471.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 471-72.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 473.

Como ejemplo de lo anterior, Tsebelis y Nardi ofrecen el caso del Artículo 33 de la constitución indonesia, en donde se determina la titularidad del Estado sobre la “tierra, aguas y recursos naturales,” con el mandato de hacer uso de ellos en beneficio del pueblo.¹⁷⁹ De entrada, la consagración de este interés tiene como resultado neto una constitución más larga.

Ahora bien, una posible explicación, congruente con el primer escenario descrito, sería que el medio ambiente indonesio se encontrara en peligro, y que estas disposiciones tuvieran como finalidad protegerlo en beneficio del pueblo. No obstante, una segunda explicación igualmente plausible sería que dichas disposiciones tienen como finalidad generar un monopolio gubernamental sobre los recursos naturales que permita a las élites políticas distribuir sus rentas a sus beneficiarios preferidos; así, en lugar de proteger el medio ambiente, dicha disposición meramente protege del derecho del gobierno a explotarlo, lo que necesariamente redundaría en una estructura burocrática más densa, creando más oportunidades para la creación de redes clientelares.¹⁸⁰

Lo importante, entonces, no es determinar cuál fue la motivación real de los creadores de esta disposición – de hecho, como señalan Tsebelis y Nardi, la posibilidad de que la redacción final del texto sea producto de un compromiso entre intereses en conflicto implica que ambas causas no son mutuamente excluyentes.¹⁸¹ Lo importante, a final de cuentas, es que existe una doble correlación entre el índice de corrupción y la longitud de una constitución: una sociedad corrupta genera incentivos para disposiciones constitucionales más detalladas y restrictivas. A su vez, al imponer más restricciones, las constituciones más largas crean mayores oportunidades para la creación de redes clientelares, ante los incentivos para los ciudadanos y actores políticos para eludir la regulación vigente.

¹⁷⁹ BUTT, Simon; LINDSAY, Tim. “Economic Reform When the Constitution Matters: Indonesia’s Constitutional Court and Article 33 of the Constitution.” Sydney Law School: Legal Studies Research Paper 09/29, 2009.

¹⁸⁰ TSEBELIS & NARDI, *op. cit.*, p. 472.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 473.

Finalmente, Tsebelis y Nardi concluyen con una prueba empírica sobre el efecto de la corrupción en el PIB per cápita (ajustado a la PPA) para determinar si el efecto negativo atribuido a las constituciones más largas no es más bien un reflejo del índice de corrupción. De acuerdo con los resultados del estudio, aunque, en efecto, el índice de corrupción tiene un efecto negativo sobre el nivel de ingresos, no elimina completamente el efecto de la longitud constitucional. En otras palabras, aún eliminando la corrupción como variable, las constituciones más largas repercuten negativamente en el crecimiento económico de una sociedad.¹⁸²

Son varias las conclusiones que podemos derivar del presente estudio, y ninguna, desde luego, puede considerarse irrefutable. No obstante, la evidencia ofrecida en la presente sección resulta, sin duda, suficiente para justificar no sólo la división realizada por Rawls entre los principios más susceptibles de constituir un verdadero núcleo constitucional y aquellas más propicias para orientar regulaciones secundarias.

Espero, por lo demás, que el lector disculpe este breve excursus analítico en un capítulo que, por lo demás, se enfoca primordialmente en consideraciones teóricas, pero consideramos que su utilidad ilustrativa, al permitirnos visualizar con mayor precisión las ventajas y limitaciones de la tesis rawlsiana, justifica su inclusión dentro de este capítulo.

¹⁸²TSEBELIS & NARDI, *op. cit.*, p. 474.

CAPÍTULO IV. EL INTERIOR DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Hasta el momento, nos hemos dedicado casi exclusivamente a exponer el contraste entre la percepción generalizada en la población sobre lo que es y *debe ser* el orden jurídico-político para posteriormente enmarcarlo dentro de las discusiones, de corte más bien académico, sobre la justicia, con diversos excursus pragmáticos sobre los efectos reales de determinadas políticas públicas y su correspondencia (o falta de ésta) con las expectativas generadas con anterioridad a su implementación.

Si nuestra exposición concluyera únicamente con estas dos piezas del rompecabezas, nos encontraríamos ya ante un panorama considerablemente complejo, y sin duda las diversas interacciones entre ambas son susceptibles de dar lugar a una plétora de interesantísimos debates que por sí solos bastarían para abarcar no sólo esta obra, sino muchas más.

Es por lo anterior que la decisión de incluir este capítulo no ha sido fácil ni resulta necesariamente evidente por sí misma; después de todo, al concluir habremos añadido una pieza más al esquema, añadiendo nuevas aristas y complicándolo aún más. No obstante, existe una razón importante detrás de esta decisión.

En primer lugar, si concluyéramos la exposición con el capítulo anterior, correríamos el riesgo de reducir la problemática a una relación sobre-simplificada. El argumento sería el siguiente: tanto las expectativas de la población sobre lo que *debe ser* el derecho como los fundamentos teóricos que presumiblemente lo orientan presentan más coincidencias que contrastes, por lo que, en consecuencia, un resultado final que difiera considerablemente de estos dos parámetros es necesariamente deficiente. De ahí, se seguiría que esta deficiencia es atribuible a la impericia o perversidad de los actores políticos.

Lo anterior sería una sobre-simplificación grave, ya que implicaría suponer que las expectativas de la población son homogéneas (lo cual dista mucho de ser verdad) y que los principios y teorías políticas que orientan el sistema son perfectamente compatibles con las posibilidades reales en una

sociedad determinada (lo cual, evidentemente, tampoco es verdad). Resulta, pues, evidente, que debe existir, en algún punto, un conjunto de variables más robusto que explique estas discrepancias.

Ahora bien, una teoría a gran escala que sirviera para explicar de manera integral cualquier toma de decisiones política resultaría imposiblemente ambiciosa, considerando la diversidad de factores que operan para cada uno de los tipos posibles de decisiones. En esta inteligencia, y partiendo de la noción de que, para efectos de la presente obra, nuestro interés se ha enfocado primordialmente en las fuentes de derecho positivo y su interacción con la ciudadanía, he optado por limitar este análisis a los factores que influyen en la toma de decisiones que representa el paradigma del derecho, a saber, la toma de decisiones en el contexto judicial.

Aunque existen centenares de posturas respecto a la naturaleza de la labor de los jueces – entre las que se encuentran, naturalmente, los conflictos entre lo que *debe ser* la función judicial y lo que realmente es, he elegido como eje rector de este capítulo la visión presentada por Richard Posner, no sólo debido a que la naturaleza pragmática de su pensamiento resulta perfectamente compatible con la tesis que pretendo promover, sino también por la solidez con la que el autor analiza y evalúa otras posturas contendientes.

1. ¿QUIÉNES SON LOS JUECES?

De acuerdo con Posner,¹⁸³ uno de los principales factores que contribuye a las concepciones erróneas entre la población respecto de la función jurisdiccional (y, por extensión, de la operación del sistema jurídico en su totalidad), radica en el estatus privilegiado del que gozan los jueces a raíz de la opacidad y misticismo que caracterizan a las resoluciones judiciales. Esta aura de inescrutabilidad no sólo sirve para preservar la imagen privilegiada del juez, sino que ésta se amplía a la totalidad del gremio jurídico.

¹⁸³ POSNER, Richard. *How Judges Think*. Harvard University Press, Cambridge, MA, 2010, pp. 1-3.

Desde luego, como hemos mencionado anteriormente, la tradición jurídica a la que pertenezca un determinado sistema influye considerablemente en la percepción que éste proyecta hacia sus destinatarios. De este modo, el formalismo considerable que caracteriza el proceso de resolución en la tradición continental se ve mitigado en buena medida en virtud de los amplios márgenes de discreción judicial que han caracterizado durante siglos a la tradición del *common law*.

Lo anterior, desde luego, no quiere decir que no existan fuertes corrientes formalistas o legalistas dentro de los sistemas derivados de la tradición inglesa en general, o del sistema americano en particular; simplemente, como señala nuevamente Posner, el legalismo absoluto jamás ha sido considerado como un ideal deseable o siquiera practicable dentro de la tradición americana, a diferencia de lo que ocurriera en la tradición continental durante el siglo XIX, cuyo exponente paradigmático es la famosa *école de l'exegese* francesa.

Adicionalmente —y quizás sea en este punto donde la postura de Posner ofrece sus aportaciones más valiosas—, es indispensable tomar en cuenta las dimensiones personales y políticas que operan en la psique de un juez durante el proceso de toma de decisiones, ya que éstas a menudo ejercen una influencia mucho mayor en el resultado de la que comúnmente están dispuestos a admitir.¹⁸⁴

Existen varias escuelas de pensamiento respecto de la injerencia de estos factores (y varios otros) sobre el proceso de decisión judicial. Así, como primer ejemplo, la teoría actitudinal sugiere que la principal influencia en los jueces se traduce en consideraciones políticas, en particular aquéllas que comparten con los actores políticos responsables de su nombramiento.¹⁸⁵ Esto es particularmente notorio en el sistema americano, donde el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema es una de las decisiones políticas más importantes que lleva a cabo el presidente. Aunque en pocos casos resulta esto

¹⁸⁴ POSNER, *op. cit.*, pp. 8-11,

¹⁸⁵ Ver SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. 2002.

tan notorio como en los Estados Unidos, vale la pena mencionar otros ejemplos como México o Argentina, entre otros, donde los integrantes del tribunal supremo son también nombrados por el titular del Ejecutivo con la aprobación del Senado.

Por otra parte, la teoría estratégica sostiene que los jueces toman en consideración las ramificaciones más amplias de una determinada resolución (un enfoque utilitario), especialmente por lo que respecta a las posibles reacciones de sus colegas, cortes superiores o la opinión pública.¹⁸⁶ Aunque perfectamente razonable, esta tesis parte de la presunción de una especie de conciencia incipiente dentro en la mentalidad de los jueces respecto de la dimensión política de su labor, la cual, aunque ciertamente parece ser la regla en los niveles más altos de la judicatura, no necesariamente es aplicable a escalafones inferiores.

Por otra parte, la teoría sociológica se apoya primordialmente en dinámicas de grupos pequeños, en particular por lo que hace a los vínculos emocionales entre los miembros de un órgano judicial colegiado. De acuerdo con esta postura, el proceso de decisión de un juez que no comparte la opinión de sus colegas implica un conflicto entre su propia aversión al disenso (esto es, el incentivo a conservar una relación de colegialidad con los otros miembros) y su postura ideológica.¹⁸⁷

Posner analiza conjuntamente las teorías psicológica y económica, partiendo de la idea de que ambas partes de funciones de utilidad que constituyen las motivaciones centrales para determinadas acciones por parte de los actores judiciales. No obstante, señala, las particularidades de la función judicial —generadas en buena medida como consecuencia del principio de autonomía judicial— tienen como efecto eliminar o modificar sustancialmente muchos de los incentivos laborales usuales que enfrentan otra clase de

¹⁸⁶ Ver HAMMOND, Thomas H.; BONNEAU, Chris W.; SHEENAN, Reginald S. *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*. 2005.

¹⁸⁷ FISCHMAN, Joshua B. "Decision-Making under a Norm of Consensus: A Structural Analysis of Three-Judge Panels." Tufts University, Department of Economics, 2 de mayo, 2007.

profesionistas, diferencias a su vez exacerbadas por la ausencia de estándares consistentes y comprobables de evaluación.¹⁸⁸

Por lo que respecta a la teoría estructural, ésta resulta aplicable aun a pesar del considerable margen de independencia de los agentes judiciales, especialmente en sistemas donde una doctrina obligatoria de precedentes permite a las cortes superiores operar como el equivalente a un superior jerárquico.¹⁸⁹

Finalmente, la teoría fenomenológica opera como un puente entre las teorías legalista y pragmática, además de servir para explicar por qué los pragmatistas muestran particular interés en justificar sus decisiones, mientras que los legalistas, debido a su internalización de la “línea oficial,” lo consideran menos necesario.¹⁹⁰

Con algunas notables excepciones, el “legalismo” (o formalismo) parece ser la línea oficial de la judicatura, en la medida en que los jueces se adhieren estrictamente al derecho vigente (o a la letra de la ley, en su caso), no sólo respecto de las disposiciones sustantivas, sino también a las reglas de interpretación. No obstante, como señala Posner, sistemas como el americano cuentan con importantes válvulas de salida, particularmente mediante figuras como el *distinguishment* —un mecanismo utilizado dentro del *common law* para señalar una diferencia esencial entre el precedente citado y los hechos del caso en consideración, diferencia que hace inaplicable la regla utilizada en el precedente en cuestión— o la revocación de precedentes por parte de tribunales superiores. Esto brinda a las cortes un margen considerable de libertad para tomar en cuenta ciertas consideraciones de políticas públicas al momento de resolver un asunto en concreto.¹⁹¹

¹⁸⁸ POSNER, *op. cit.*, pp.34-39.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 39-40.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 40-41.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 41-47.

Ahora bien, es importante, como hemos mencionado con anterioridad, señalar algunas características importantes sobre la función judicial que la distinguen considerablemente de otra clase de ocupaciones. Los jueces, al menos los que operan dentro de un sistema democrático con un principio de división de poderes y una consecuente autonomía para el poder judicial, carecen de muchos de los incentivos particulares que operan sobre otras clases de empleados o funcionarios; no pueden ser despedidos a voluntad de su superior jerárquico, ni tampoco esperar beneficios económicos o de otra especie en caso de que su desempeño sea particularmente satisfactorio.

Lo anterior podría llevarnos a suponer que, a pesar de todas las ventajas que ofrece la idea de una judicatura independiente, la misma también es susceptible de dar lugar a una especie de pasividad por inercia en sus integrantes, al quedar eliminados los incentivos y contra-incentivos habituales. Esto, no obstante, implicaría ignorar algunos de los incentivos especiales que ofrece la función judicial.

En efecto, Posner señala como algunos de los incentivos especiales que pueden servir como motivación para un funcionario judicial, en primer lugar, el salario, que, aunque ciertamente no es extraordinario, ofrece en cambio los beneficios de la estabilidad y continuidad que pocas ocupaciones pueden igualar. Por otro lado, el poder real implícito en la función judicial es perfectamente capaz de operar como un incentivo por sí mismo, así como el reconocimiento público y, finalmente, la posibilidad de dedicar cierto tiempo libre a otra clase de actividades (por ejemplo, las académicas).¹⁹² En este sentido, Posner equipara en cierta medida la labor judicial con la del artista (en particular la del escritor creativo), destacando las recompensas intrínsecas de la labor, la necesidad de entrenamiento y creatividad y la ausencia de parámetros objetivos estrictos de evaluación.¹⁹³

¹⁹² POSNER, *op. cit.*, pp. 59-62.

¹⁹³ *Ibid.*, pp. 62-65.

Asimismo, la exigencia de objetividad, así como la relativa discrecionalidad que (en algunos sistemas) se confiere a los jueces, podrían explicarse a partir de la teoría de decisiones bayesiana,¹⁹⁴ dentro de la cual ciertas nociones previas juegan un papel preponderante al momento de determinar los resultados de la toma de decisiones. Estas nociones previas, de acuerdo con Posner, no necesariamente son estrictamente políticas, y pueden deberse a cuestiones tan diversas como la confesión religiosa a la que pertenezca el juez o su particular disposición anímica. En este sentido, los jueces no operan en el vacío, y en todos los casos (salvo aquéllos estrictamente “rutinarios”) es posible vislumbrarlas, así sea parcialmente.¹⁹⁵

John Roberts, actual presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, comparó el papel del juez con el de un árbitro deportivo (concretamente, con el *umpire* en un partido de beisbol), argumentando, en defensa de la postura formalista que actualmente caracteriza a lo que podríamos denominar como el ala conservadora de la judicatura americana, que el papel del juez está limitado, esencialmente, a garantizar que las reglas previamente establecidas sean aplicadas correctamente.¹⁹⁶

Desde luego, esta postura resulta, en el mejor de los casos, un tanto ingenua. En primer lugar, los árbitros, a diferencia de los jueces, no “crean” las reglas. Mientras que, en un encuentro deportivo, las acciones que pueden realizar los jugadores se encuentran limitadas a un universo particularmente reducido, las posibles cuestiones con las que debe lidiar un juez son potencialmente infinitas; no obstante, el caso debe ser resuelto de una u otra forma, sin importar el hecho de que las reglas no hayan podido posiblemente contemplar la situación concreta. Además, como señala Posner, inclusive los

¹⁹⁴ La regla de Bayes, altamente utilizada en el área de la estadística, opera como un método riguroso para interpretar evidencia en el contexto de experiencia o conocimiento previos, expresada formalmente como $p(\theta|x) = \frac{p(x|\theta)p(\theta)}{p(x)}$. Para una introducción somera, ver STONE, James V. *Bayes' Rule: A Tutorial Introduction to Bayesian Analysis*. Lexington, KY, 2013.

¹⁹⁵ POSNER, *op. cit.*, pp. 71-77.

¹⁹⁶ Audiencia sobre la Nominación de John Roberts como Juez Presidente de la Corte Suprema ante el Comité Judicial del Senado, 109º Congreso, 1ª Sesión. 56 (12 de septiembre, 2005).

árbitros, dentro de su limitado campo de acción, pueden ser legalistas, pragmatistas o eclécticos.¹⁹⁷

Además, aunque el “poder legislativo” de los jueces se encuentra ciertamente constreñido tanto en su alcance como su implementación, resulta, para el caso concreto, mucho más efectivo y libre de ataduras que el poder que formalmente ostenta la legislatura. Esto es particularmente aplicable a los sistemas del *common law*, y en especial al derecho constitucional americano, debido en buena medida a la eficiencia excepcional de los “candados” con que cuenta su constitución. Curiosamente, como señala Posner, esta libertad creadora de los jueces ha redundado no obstante en un sistema más estable que la mayoría de los sistemas continentales, en gran medida debido a la naturaleza consensual de la labor jurisdiccional del *common law*, así como a la amenaza siempre presente de una corrección legislativa como respuesta a lo que pudiera percibirse como una extralimitación de la judicatura.¹⁹⁸

Toda vez que el tránsito de la interpretación estrictamente legalista a una labor activamente normativa es a menudo fluido, y dado que pocos casos se encuentran en los extremos del espectro rutinario/excepcional, la mayoría de los jueces, de acuerdo con Posner, cuentan con una llamada “zona de razonabilidad,” cuya amplitud varía tanto en función de la capacidad intelectual del juez como del campo del derecho del que se trate.¹⁹⁹

Dado que los factores extrínsecos, como hemos señalado anteriormente, son por lo general poco relevantes, las satisfacciones intrínsecas de la labor judicial son la motivación definitiva; así, “seguir las reglas,” en el sentido del “imperio de la ley” o de la “justicia correctiva” implica la adherencia a un protocolo que cobra enorme importancia en los procesos de nominación de candidatos judiciales.

¹⁹⁷ Posner, *op. cit.*, pp. 77-81.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 82-85.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 85-87.

Jeremy Waldron propugna por la necesidad de reducir las consideraciones “políticas” dentro de la toma de decisiones judiciales²⁰⁰. No obstante, la deficiencia de esta postura radica en la categorización de dichas consideraciones dentro de posturas partidistas “de cajón,” que conforman una ideología estructurada. Esta clase de posicionamiento político, influido, *inter alia*, por las experiencias personales de los participantes, no puede ser normalizado dentro de una Corte de la misma forma que lo sería dentro de una institución parlamentaria. En otras palabras, las consideraciones políticas en una corte, contrario a lo que sostiene Waldron, son muy distintas de las de carácter partidista dentro de un congreso, aun cuando ambas puedan tener orígenes y manifestaciones ocasionalmente similares.

Otro factor importante son las variables psicológicas, ilustradas, por ejemplo, por las causas y efectos de una personalidad autoritaria, analizada a fondo por Theodor Adorno.²⁰¹ Estos rasgos particulares de personalidad por lo general tienden a orientar a los jueces hacia una ideología tradicionalmente conservadora, que confiere un valor especial al orden y a la eficiencia jerárquica.

De acuerdo con Posner, la preferencia por las reglas por encima de los estándares, característica de la parte del sector de la judicatura adscrito al *originalismo*, es un paradigma de la adjudicación autoritaria, la cual, junto con su reverencia por los textos fundamentales, puede generar resultados que sean incompatibles incluso con la inclinación política del adherente.

Esta postura, en la que aparentemente el juez privilegia “el contenido de la ley” por encima de su preferencia política particular, depende a su vez de una decisión fundacional de implementar este estándar particular (originalismo, o cualquiera de los estándares comúnmente asociados con esta postura) no deriva de una regla preestablecida, por lo que se trata en realidad, según Posner, de un

²⁰⁰ WALDRON, Jeremy. “Temperamental Justice.” *New York Review of Books* (10 de mayo, 2007), 15, p. 17.

²⁰¹ Ver, en general, ADORNO, Theodor W. et al. *The Authoritarian Personality*. Science Editions, New York, 1950.

caso de “mala fe sartreana.”²⁰² Un ejemplo claro es la postura del Juez Antonin Scalia en *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), en donde se adhirió a la opinión mayoritaria que consideró que el quemar una bandera americana durante el curso de una protesta política califica como un acto de expresión protegido por la Primera Enmienda, esto a pesar de haber expresado posteriormente que “si de mi dependiera, encarcelaría a todos esos bichos raros barbudos y con sandalias que andan por ahí quemando banderas.”

Ahora bien, una preferencia por consideraciones pragmáticas, con la plétora de elementos propios del análisis económico que la caracterizan, no necesariamente exige en todas las instancias el uso de un razonamiento consciente y analítico, el cual puede resultar excesivamente arduo o prácticamente imposible, a la luz de algunas incertidumbres inherentes. En consecuencia, el razonamiento intuitivo, basado principalmente en experiencia traducida en conocimiento subconsciente, es a menudo una alternativa óptima y razonable. Esta peculiaridad del *common law* queda perfectamente plasmada en la frase de Oliver Wendel Holmes, Jr., quien señaló que “la vida del derecho no ha sido la lógica, sino la experiencia.”²⁰³

Aunque muchas resoluciones pretendan ilustrar el razonamiento jurídico como un proceso analítico y metódico, la mayoría de las veces esto no es más que una racionalización de una decisión tomada con anterioridad. No obstante, esta justificación *ex post* opera como un seguro necesario para limitar los saltos inferenciales, así como para generar lineamientos jurisprudenciales valiosos.²⁰⁴

Ciertamente existen límites al uso de inferencias intuitivas, uno de cuales se manifiesta en materia de apelación a través de los denominados “estándares de revisión.”²⁰⁵ No obstante, al menos dentro del sistema americano, la mayoría de los estándares (con excepción de la distinción entre deferencial y no

²⁰² Posner, *op. cit.*, pp. 103-107.

²⁰³ HOLMES, Oliver W., *The Common Law*, 1881.

²⁰⁴ POSNER, *op. cit.*, pp. 110-13.

²⁰⁵ KUNSCH, Kelly. “Standards of Review (State & Federal): A Primer”, 18 Seattle U. L. Rev. 11, 1994.

deferencial)²⁰⁶, son altamente fluidos, y las divergencias interpretativas a menudo deben ser resueltas a través de la estructura jerárquica de la judicatura.

Dada la imposibilidad de contar con certeza absoluta en las resoluciones judiciales, cualidades como el sentido común, la habilidad retórica y el buen juicio son altamente valoradas en los jueces. Aunque, como señala Posner²⁰⁷, técnicas como el psicoanálisis o entrenamientos para remover sesgos son altamente cuestionables, una cierta dosis de introspección y autoconciencia es altamente recomendable.

2. LA JUDICATURA COMO PROFESIÓN

Hasta el momento, hemos partido de la idea de la independencia judicial como un presupuesto inicial en todas las evaluaciones sobre la labor jurisdiccional. Esto, desde luego, no implica ignorar el hecho de que, en buena parte del mundo, y durante un período considerable de la historia de la civilización, esto no ha sido así. El problema es que ampliar nuestro análisis a este tipo de escenarios implicaría necesariamente una tergiversación del modelo que hasta el momento hemos estado siguiendo. Después de todo, en un régimen donde los jueces no son más que portavoces de un régimen autoritario centralizado, las deficiencias en su operación necesariamente terminarían en quienes ostentan el poder verdadero en el régimen. En este caso, la observación realizada al principio de este capítulo carecería de importancia, ya que las discrepancias entre el discurso oficial y las expectativas de la población, por un lado, y la realidad de las cosas por el otro, podrían fácilmente atribuirse a la incompetencia o mala fe de los titulares del poder fáctico. Como hemos señalado, esas respuestas no resultan satisfactorias en un sistema democrático, y, en consecuencia, es éste el escenario del que partimos.

Por otra parte, el reconocimiento de la autonomía del poder judicial no implica desde luego una ausencia absoluta de mecanismos de rendición de cuentas. En efecto, a pesar de las salvaguardas existentes para garantizar su

²⁰⁶ KUNSCH, *op. cit.*

²⁰⁷ Posner, *op. cit.*, pp. 117-21.

independencia, los jueces se encuentran subsumidos en un modelo jerárquico, así sea uno considerablemente menos restrictivo. Bajo esa premisa, es necesario analizar los llamados “costos de agencia” —que puede definirse como la erogación que realiza el “principal” (ya sea una organización, persona o grupo de personas) para contratar a un “agente” que actúe en su nombre²⁰⁸— que operan dentro del contexto de una judicatura independiente.

En primer lugar, existe una evidente incertidumbre acerca de la identidad del “principal”²⁰⁹ en esta relación. La ausencia de una entidad claramente identificable, encarnada alrededor de un individuo, así como la debilitación de los métodos de filtración, menoscaba considerablemente el nivel de control que puede ejercer dicho principal sobre sus agentes.²¹⁰

Las peculiaridades de esta relación saltan a la vista cuando se le compara con la función de los árbitros profesionales, quienes, dirigidos por incentivos clásicos para un profesionalista independiente, como la maximización de su atractividad para clientes potenciales. Como las ventajas de la precisión (entendida como un apego estricto a los hechos y a la normatividad aplicable) es menor que la de la apariencia de equilibrio,²¹¹ existe un enfoque diferenciado que se vuelve necesario para que tales profesionistas puedan presentarse como una alternativa atractiva para ambas partes en una disputa.

En contraste, las judicaturas de carrera (como la que, en cierta medida, existe en México), enfatizan un sistema jerárquico de promoción, que a su vez promueve la especialización —en ciertos casos una hiper-especialización—, la codificación tosca y un impulso vertical hacia el conformismo, lo cual por su parte

²⁰⁸ Ver BEBCHUK, Lucian; FRIED, Jesse. *Pay Without Performance*. Harvard University Press. 2004.

²⁰⁹ En este contexto, utilizamos el término “principal” para referirnos a la entidad que realiza la erogación necesaria para contratar los servicios de un agente que opera en favor de sus intereses.

²¹⁰ POSNER, *op. cit.*, pp. 125-27.

²¹¹ “Las cortes y los jurados son percibidos como más susceptibles de adherirse al derecho y menos a ‘dividir la diferencia’ entre ambas partes, por lo tanto reduciendo el monto neto de daños pagados a los actores.” *Armendariz v. Found. Health Psychare Services, Inc.*, 6 P3d 669, 693 (Cal. 2000).

desincentiva la creatividad, además de ser incompatible con la función legislativa “abierta” del juez, propia del *common law*.²¹²

Una distinción importante respecto de los incentivos de la judicatura radica en el método de nombramiento de los mismos. Mientras que, por un lado, los jueces que son seleccionados (normalmente por los otros dos poderes, como es el caso en los Estados Unidos), y en particular cuando su nombramiento es vitalicio, carecen del impulso severo que ejerce el *status quo* propio de las judicaturas más burocratizadas.

Por otra parte, las judicaturas elegidas mediante voto popular, aunque ofrecen un mayor nivel de rendición de cuentas que aquéllas que son nombradas desde arriba, enfrentan los efectos de distorsión tradicionales que caracterizan a las campañas políticas, además de reducir la importancia de las habilidades judiciales en favor de aptitudes políticas tradicionales.²¹³

Otra distinción importante es aquélla entre los jueces de primera instancia y aquéllos con una función revisora, que Posner encuadra más generalmente alrededor de las figuras de los jueces de distrito y de circuito.²¹⁴ Mientras que los primeros carecen de los incentivos “fuertes” tradicionales, otros incentivos “débiles,” como la reputación (a través de la aversión a la revocación y la necesidad de lidiar con la carga de trabajo) adquieren un carácter prevalente. Además, a pesar de una tasa relativamente baja de promoción (el número de posibles vacantes en el nivel inmediato superior es considerablemente menor que la cantidad de aspirantes potenciales), ciertos factores descalificativos reducen el número de aspirantes realistas y fortalecen las perspectivas de los candidatos viables.

Por otro lado, los jueces de instancias posteriores difieren considerablemente de sus colegas de primera instancia en cuanto a sus incentivos. En primer lugar, las restricciones tradicionales (carga de trabajo y

²¹² POSNER, *op. cit.*, pp. 129-34..

²¹³ Ver SHUGERMAN, Jed H. *The People's Courts*. Harvard University Press. 2012.

²¹⁴ POSNER, *op. cit.*, pp. 139-47.

posibilidad de revocación) por lo general se ven sustancialmente atenuados. En segundo, el carácter colegiado de estos órganos da lugar a mecánicas psicológicas y políticas particulares ausentes en estructuras unitarias. En tercer lugar, el valor de los precedentes (y, en algunos casos, la posibilidad de una nominación al máximo tribunal) pueden galvanizar o disminuir las consideraciones políticas, dependiendo de la naturaleza del caso. Finalmente, la crítica pública (académica o, especialmente, la mediática) toma un papel importante en sus consideraciones.

Otra peculiaridad interesante de la labor judicial radica en el desarrollo de estándares de desempeño para los jueces. Aunque a lo largo de los años se ha establecido múltiples sistemas estandarizados para evaluar el desempeño, ni siquiera los más acertados alcanzan a englobar ciertos factores como la relevancia política de los casos (la medida en que injieren en la implementación de ciertas políticas públicas), la innovación de las resoluciones, o ciertas labores que operan “debajo del radar” y que no obstante constituyen un elemento fundamental de la labor judicial.

Por su parte, una de las propuestas más frecuentes (y que de hecho ha sido implementada en muchas partes del mundo) es el establecimiento de términos fijos para la función judicial. Los defensores de esta idea parten de factores como la pérdida de facultades por edad avanzada, la creciente importancia del proceso de nominación y los incentivos para un buen desempeño (cuando estos términos son renovables).²¹⁵

Aunque no resultan completamente absurdos, todos estos argumentos son derrotables de varias formas. En primer lugar, existe una correlación considerablemente débil entre la edad y la capacidad intelectual —en otras palabras, no existe un parámetro confiable para determinar la edad óptima para el retiro—. ²¹⁶ Por otro lado, los denominados “problemas del último período” (en concreto, el hecho de que un juez que sabe que su tiempo en el puesto está

²¹⁵ POSNER, *op. cit.*, pp. 158-61.

²¹⁶ BECKER, Gary S. “Reforming Congress: Why Limiting Terms Won’t Work.” *Business Week* (6 de Agosto, 1990), p. 18.

pronto a terminar y, en consecuencia, puede ver sus incentivos tergiversados por esta cuestión) ofrece un contraargumento más que suficiente en contra del establecimiento de términos fijos.

Otro problema considerable, mencionado por el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos²¹⁷ es la creciente brecha entre los salarios de los jueces en comparación con sus colegas en la iniciativa privada.²¹⁸ Esto, argumenta Roberts, genera un riesgo importante de que los practicantes más talentosos busquen opciones más lucrativas.

No obstante, Posner rebate contundentemente dicho argumento señalando que la tasa de renuncia es considerablemente baja, la demanda por los puestos judiciales se encuentra en uno de sus puntos más altos y, aunque el salario pueda encontrarse por debajo de los ingresos en otros sectores, buena parte de esta diferencia se ve compensada por las pensiones, seguros médicos y beneficios de jubilación.²¹⁹

Aunque las restricciones internas pueden ser inherentemente débiles, Posner las analiza a través de los dos extremos del espectro: aquéllas derivadas del legalismo (entendido, en un sentido amplio, como un campo filosófico que va desde Scalia²²⁰ hasta Dworkin)²²¹ y el pragmatismo.²²²

En primer lugar, el legalismo muestra una preferencia clara hacia las *reglas* (en oposición a los estándares), dada su supuesta utilidad para limitar la discreción judicial.²²³ No obstante, las limitaciones inherentes a la inserción de nuevos hechos a menudo requieren de la creación de excepciones y criterios de distinción, lo cual termina por erosionar la predictibilidad de las resoluciones, uno

²¹⁷ ROBERTS, John G. "2006 Year-End Report on the Federal Judiciary." 2006, consultable en www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2006year-endreport.pdf.

²¹⁸ POSNER, *op. cit.*, p. 163.

²¹⁹ *Ibid.*, pp. 161-66.

²²⁰ SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, 1998.

²²¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge, MA, 1977.

²²² Posner, *op. cit.*, pp. 174-75.

²²³ *Ibid.*, pp. 175-79.

de los pilares más importantes en los que se apoyan los promotores del legalismo.

Una de estas excepciones, conocida por gran parte de la comunidad jurídica internacional como el *razonamiento analógico*, ha sido calificado por Weinreb²²⁴ como enteramente independiente de la aplicación deductiva de reglas y prácticamente sin relación alguna con cuestiones de políticas públicas. Esto, de acuerdo con Weinreb, queda perfectamente ejemplificado por el caso *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*²²⁵. No obstante, siguiendo la contraargumentación de Posner, es fácil concluir que dicho caso, en realidad, descansa enteramente en la selección de una regla previamente establecida, ampliando su alcance a raíz de consideraciones de política pública.²²⁶ Este énfasis indebido en la analogía es perfectamente visible en casos como *Katz v. United States*.²²⁷

Así, a pesar de reconocer la importante influencia de las políticas públicas en la configuración final del derecho, Weinreb persiste en argumentar en contra de un razonamiento judicial basado en esta clase de consideraciones; los jueces, en su opinión, meramente deben “descubrir” el derecho.²²⁸ No obstante, los contraejemplos ofrecidos por Posner respecto de los derechos de autor, que a menudo exigen una debida consideración de sus implicaciones en las políticas públicas, derrotan dicho argumento.²²⁹

²²⁴ WEINREB, Lloyd. *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*. Cambridge University Press, 2016, pp. 111-12.

²²⁵ 45 N.E. 369 (N.Y. 1896).

²²⁶ Posner, *op. cit.*, 174-85.

²²⁷ 389 U.S. 347 (1967). En esta resolución histórica, la corte, anulando el precedente sentado en *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438 (1928)), estableció un nuevo estándar para evaluar las “expectativas razonables de privacidad” inherentes en la Cuarta Enmienda, determinando que incluso las intrusiones no materiales en propiedad intangible (como las llamadas telefónicas) constituyen una potencial violación de esta expectativa.

²²⁸ Esta frase, común desde tiempos inmemoriales en el *common law*, pretende desligar al juez del proceso de elaboración de las leyes. No obstante, como hemos visto, dicha tarea no resulta tan sencilla.

²²⁹ Para avanzar este punto, Posner utiliza como ejemplo dos casos de propiedad intelectual, *Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co.*, 283 U.S. 191, 199-201 (1931), y *Fornightly Corp. v. United Artists*

Igualmente, la doctrina de la “interpretación estricta,” al igual que el originalismo, comparte una desconfianza natural respecto de la interpretación teleológica, basándose en su lugar en una adherencia estricta a cánones semánticos de interpretación, derivando reglas predefinidas para la subsunción de casos individuales.²³⁰

Por otro lado, la “interpretación amplia” pretende expandir el sentido y alcance de las disposiciones legislativas y seguir la intención de los legisladores más allá del texto del ordenamiento. En este sentido, es importante señalar una importante crítica que se opone consistentemente a esta clase de interpretaciones de corte más bien teleológico, la cual se puede resumir, más o menos, en la idea de que no existe tal cosa como *un legislador* y, consistentemente, tampoco *una intención legislativa*.

En efecto, en las democracias modernas, prácticamente cualquier nueva pieza legislativa es el producto de un complejo proceso de negociación entre grupos de intereses opuestos, y resultaría ingenuo suponer que la redacción final de un ordenamiento corresponde perfectamente con las intenciones originales de la persona o grupo de personas responsables de la iniciativa inicial —en este segundo supuesto, además, habría también que presumir una idéntica intención por parte de todos los autores de la iniciativa primigenia. En este sentido, no resulta descabellado arribar a la conclusión, como es el caso usualmente, de que una interpretación teleológica es, esencialmente, un acto de usurpación por parte de la judicatura.

Aunque no del todo desprovista de validez, esta argumentación puede ser rebatida desde varios puntos de vista. En primer lugar, como señala Posner, suponer la imposibilidad absoluta de ubicar una orientación teleológica en cualquier ordenamiento legislativo implica una especie de pragmatismo extremadamente miope.²³¹ Después de todo, aun si el ordenamiento en cuestión

Television, Inc., 392 U.S. 390 (1968), donde un uso automatizado e irreflexivo de la interpretación analógica conduce a resultados absurdos.

²³⁰ Posner, *op. cit.*, pp. 191-93.

²³¹ Posner *op. cit.*, pp. 193-97.

está inspirado por un conjunto misceláneo y más o menos heterogéneo de intereses divergentes, un análisis del contexto sociopolítico en donde se origina puede, en cierta medida, brindarnos indicios importantes sobre las problemáticas que pretende abordar. Esta modalidad de interpretación, correspondiente a la *mischief rule* característica del derecho anglosajón,²³² es sólo una de las muchas alternativas que nos permitirían dotar de contenido efectivo a una disposición determinada.

Como puede apreciarse, la elección entre la interpretación estricta y la amplia difícilmente es binaria, ya que requiere de una ponderación concienzuda de consideraciones que van desde el desarrollo económico hasta los sistemas políticos, lo que la convierte en una decisión que, ultimadamente, conlleva un alto grado de discreción judicial casuística.

Otro punto que indudablemente merece ser mencionado es la aparente discrepancia entre la judicatura y la academia, debida, en gran medida, a las diferencias dramáticas que existen entre las publicaciones profesionales y las resoluciones publicadas en términos del volumen producido, la elección del tema o la originalidad de las mismas, entre otras.²³³

Posner marca la década de los 60s como el punto de quiebre entre la academia y la judicatura. Anteriormente, señala, la academia jurídica se dedicaba primordialmente a resumir y comentar las resoluciones judiciales, con

²³² De acuerdo con Lord Diplock:

la llamada 'mischief rule' encuentra su origen en Heydon's Case, 3 Co.Rep 7a, resuelto durante la monarquía Tudor en 1584. La regla fue propuesta por los jueces en una era donde los ordenamientos eran redactados de manera muy distinta a la que tienen hoy en día. Quienes integraban los Parlamentos de aquellos días se mostraban reacios a crear excepciones al common law; y, cuando lo hacían, consideraban necesario incorporar en el ordenamiento las razones que justificaran los cambios en el common law que creaba el ordenamiento. Los ordenamientos en el siglo XVI y por un largo tiempo después, además del texto de implementación contenían extensos preámbulos que recitaban los males o defectos particulares en el common law que el texto legal buscaba remediar. Así, cuando se utilizaba, la 'mischief rule' no requería que la corte fuera más allá del propio texto del ordenamiento para identificar 'el mal y defecto que el common law no resolvía,' pues esto habría quedado establecido en el preámbulo. Era una regla de interpretación de las palabras que de hecho aparecían en el ordenamiento y nada más. (Lord Diplock en Black-Clawson Ltd. v. Papierwerke A.G. [1975] AC 591, 637-638).

²³³ Posner, *op. cit.*, pp. 104-07.

lo que cumplía una labor sumamente importante en la consolidación de una producción judicial altamente fragmentada.²³⁴ No obstante, la emergencia de nuevos enfoques interdisciplinarios (e.g. los estudios críticos del derecho) han generado una brecha aparentemente insalvable entre la judicatura y la academia.

Existen ejemplos abundantes de la alienación de las élites academias respecto de la judicatura, como lo ilustran los inexistentes dilemas de Duncan Kennedy,²³⁵ el absurdo “Juez Hércules” de Dworkin²³⁶ o la desconfianza infundada de Vermeule respecto de la excepción de absurdidad.²³⁷

La crítica académica de las resoluciones, aunque altamente escrupulosa en sus fundamentos formales, contribuye a fomentar el mito de una aplicación legalista del derecho, ignorando la faceta humana de los jueces.²³⁸ Inclusive las biografías judiciales carecen de este aspecto, optando en su lugar por enfocarse en anécdotas irrelevantes sobre la vida de los mismos.

Considerando la ubicuidad del razonamiento pragmático en la función judicial, resultaría beneficioso para sus promotores argumentar a partir de una postura de razonabilidad, utilizando el apoyo jurisprudencial como una suerte de ilustraciones clasificatorias, en lugar de una visión legalista que, frecuentemente,

²³⁴ En este sentido los *Commentaries on the Laws of England*, publicados por Sir William Blackstone a finales del siglo XVIII, fueron durante mucho tiempo el ejemplo paradigmático de un intento por recopilar y sistematizar el *common law* a partir de los precedentes judiciales publicados hasta el momento.

²³⁵ Ver KENNEDY, Duncan. “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology,” 36 *Journal of Legal Education*, 1986, p. 518, donde el autor se imagina a sí mismo como un juez dividido entre su deber de aplicar la ley en un caso de obreros en huelga y su sentido de justicia social, que le impele a buscar una manera de no aplicarla. No obstante, como señala Posner, este dilema es enteramente ficticio cuando consideramos que la función del juez es aplicar la ley. Un juez a quien no le guste cumplir esta función probablemente no durará mucho en el cargo.

²³⁶ DWORKIN, *op. cit.*

²³⁷ VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, 2006, pp. 57-59.

²³⁸ POSNER, *op. cit.*, pp. 216-19.

parece ser promovida por las opiniones “mistificadoras” producidas por los proyectistas.²³⁹

El pragmatismo, como tradición filosófica y jurídica, puede trazar sus orígenes al siglo XIX, concretamente a las obras de Sanders, James y Dewey.²⁴⁰ Su variante jurídica, ejemplificada por Oliver Wendell Holmes, Jr.,²⁴¹ pretende concebir el derecho y la “legislación” judicial como una actividad orientada principalmente por políticas públicas, enfocándose primariamente en las probables consecuencias futuras de una resolución en lugar de hacia el pasado, compuesto por principios y precedentes grabados en la piedra.

Ahora bien, aunque el surgimiento del *realismo jurídico* como doctrina preponderante comenzó, aparentemente, a converger con otras ciencias sociales, la falta de comunicación entre ellas, así como las acusaciones de un sesgo político sistemático, dio lugar a teorías alternativas, como la teoría del proceso legal²⁴² u otras doctrinas más o menos comprehensivas.²⁴³ Simultáneamente, la preponderancia del realismo jurídico sirvió como el semillero de un renacimiento del legalismo como la oposición paradigmática.

Un pragmatismo sensato requiere algo más que consideraciones miopes sobre la equidad de un caso particular; es necesario tomar en cuenta la finalidad de la regla o estándar bajo interpretación y sus probables consecuencias. Un

²³⁹ *Ibid.*, pp. 219-21.

²⁴⁰ Ver PEIRCE, Charles S. *Philosophical Writings of Peirce*. Dover Publications, 2011; JAMES, William. *William James: Writings 1902-1910*. Library of America, 1988; DEWEY, John. *Experience and Education*. Free Press, 1997.

²⁴¹ HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law*. New York: Barnes and Noble, 2004.

²⁴² La *escuela del proceso legal* (también conocida como “teoría del proceso legal”) fue un movimiento dentro del pensamiento jurídico americano que buscaba una tercera opción distinta del formalismo jurídico y el realismo jurídico que hasta el momento habían dominado la academia. (Ver DRIPPS, Donald A.. “Justice Harlan on Criminal Procedure: Two Cheers for the Legal Process School.” 3 *Ohio St. J. Crim. L.* 125, 2005.)

²⁴³ Los *estudios jurídicos críticos* son una escuela de teoría crítica que surgió originalmente como un movimiento académico en los Estados Unidos durante la década de los setentas. Sus adherentes sostienen que el derecho es utilizado para mantener el *status quo* de las estructuras de poder de la sociedad; también sostiene que el derecho es una forma codificada de los prejuicios de la sociedad en contra de grupos marginados (Ver HUNT, Alan. “The Theory of Critical Legal Studies,” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, 1-45, 1986.)

ejemplo idóneo es el caso de *Yi v. Sterling*.²⁴⁴ La adherencia estricta a cánones semánticos puede producir no sólo resultados absurdos, sino consecuencias que poco o nada tienen que ver con el sentido original de la regla.

Aunque el pragmatismo depende en buena medida de un análisis económico del derecho, también hace uso de los límites (altamente formales) del proceso jurídico, lo que por su parte garantiza un espacio adecuado para la experimentación.²⁴⁵ Esto, no obstante, no implica que el pragmatismo pretenda ser la forma “verdadera” o incluso la “más verdadera” de las posibles nociones de justicia, lo cual, por su parte, ha dado lugar a críticas considerables sobre la ausencia de un “núcleo moral” en esta doctrina. No obstante, las restricciones particulares sobre la adjudicación pragmática, así como la advertencia aristotélica contra el rigor excesivo, sirven para contrarrestar algunas de las críticas más severas.²⁴⁶

Aunque el pragmatismo podría, según Posner, parecer inescapable en el contexto de la cultura jurídica americana, debido tanto al carácter particular del pensamiento jurídico americano como a su sistema judicial, así como a la diversidad de su ideología político-jurídica²⁴⁷, el argumento central de esta obra es que esta escuela de pensamiento es perfectamente aplicable (e incluso deseable) dentro de cualquier sistema jurídico.

Mientras que, en el contexto americano, Posner ilustra una gran variedad de jueces ampliamente reconocidos (incluyendo a algunos legalistas declarados) que admiten no sólo su papel en la creación del derecho, sino las consideraciones pragmáticas que a menudo los orientan,²⁴⁸ las judicaturas europeas, por su parte, pueden permitirse un enfoque más legalista principalmente porque son unicamerales (en su mayoría), porque tienen códigos estrictos y porque establecen cortes especializadas, al tiempo que pierden el

²⁴⁴ 480 F.3d 505 (7th Cir. 2007).

²⁴⁵ Posner, *op. cit.*, pp. 245-48.

²⁴⁶ *Ibid.*, pp. 248-53.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 253-56.

²⁴⁸ Ver O'BRIEN, David M. (Ed.). *Judges on Judging: Views from the Bench*, 2004, pp. 305-323.

beneficio de la experiencia más universal que caracteriza a las judicaturas americanas.²⁴⁹

3. UNA JUDICATURA POLÍTICA

Uno de los puntos que con más insistencia ha sido enfatizado en muchos de los movimientos más recientes de reforma constitucional (particularmente en el tercer mundo) es la necesidad de “despolitizar” a la judicatura. En esta sección, en consecuencia, nos abocaremos a la tarea de exponer dicha tendencia, en el mejor de los casos loable —y en el peor de los casos profundamente siniestra— como lo que es: una mera fantasía.

En los Estados Unidos (y, nos permitimos agregar, en cualquier sociedad al menos parcialmente democrática) los casos resueltos por la Corte Suprema son considerados altamente políticos por dos razones principales:

- a. El incremento bruto en el volumen de casos resueltos por las cortes inferiores quiere decir que un porcentaje menor es resuelto por la Corte, y por lo tanto sus efectos son más pronunciados.
- b. La mayoría de los casos no son estrictamente constitucionales —y por ende más conflictivos y duraderos.

Toda vez que la Corte cuenta con una discreción considerable en los casos constitucionales, el precedente se vuelve un eje delicado no tanto para efectos del proceso legal, sino para efectos de sensibilidad política, y la evolución interpretativa puede adoptar una ruta de acoplamiento gradual a las nuevas realidades políticas.²⁵⁰

²⁴⁹ Posner, *op. cit.*, pp. 263-65.

²⁵⁰ *Ibid*, pp. 272-77.

Como lo demuestran casos ya clásicos en la jurisprudencia americana, como *Brown v. Board of Education of Topeka*²⁵¹ o *Lochner v. New York*,²⁵² la Corte a menudo tomará en consideración cuestiones basadas esencialmente en políticas públicas y no estrictamente legalistas, especialmente cuando su presunta viabilidad se encuentra firmemente basada en evidencia empírica.²⁵³

Por otro lado, el abandono aparente por parte de los jueces de su preferencia personal o política cuando “votan en contra de sus deseos” es cuando menos dudosa, ya que existen otras consideraciones —entre las que destaca el llamado “principio de neutralidad”— que pueden ocupar un lugar más importante en la convicción del juez.²⁵⁴

Asimismo, la dependencia cada vez mayor del personal auxiliar para la elaboración del texto de las sentencias permite a los jueces por su parte una mayor libertad para votar con base en sus preferencias políticas. No obstante, esta tendencia activista se ve ciertamente limitada por la doctrina del autocontrol, expresada, por ejemplo, en el “entendimiento razonable” de Thayer²⁵⁵ o el “test del vómito” de Holmes.²⁵⁶ En este sentido, la toma de decisiones con fundamentos políticos se ve racionalizada, en lugar de motivada por estos principios comprensivos.

²⁵¹ 347 U.S. 483 (1954). Sin duda uno de los casos más emblemáticos de la jurisprudencia americana en el siglo XX, la opinión unánime de la Corte en *Brown* fue que la doctrina de “separados pero iguales” que hasta el momento había imperado a raíz de *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537 (1896)), constituía una clara violación de la Cláusula de Protección Igual contenida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. Este caso marcó el inicio del proceso de des-segregación en los Estados Unidos.

²⁵² 198 U.S. 45 (1905). Este caso fue uno de los primeros en que se hizo referencia explícitamente al concepto de “debido proceso sustantivo,” cuando la Corte argumentó que una nueva ley en Nueva York que limitaba las jornadas laborales de los empleados de las panaderías constituía una violación a la Cláusula de Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, en la cual iba implícita la “libertad contractual.”

²⁵³ Posner, *op. cit.*, pp. 277-82.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 282-85.

²⁵⁵ THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law,” 7 *Harvard Law Review* 129, 1893, pp. 138-52.

²⁵⁶ HOWE, Mark D. (Ed.). *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski*, vol. 2, 1953, p. 1124.

Sorprendentemente, otra crítica sobre la labor de los jueces que ilustra una clara falta de comprensión sobre su verdadera labor es la enarbolada por Henry Hart, quien erróneamente atribuye la volubilidad de la Corte a la falta de conocimiento e investigación especializadas, lo que a su vez es consecuencia de una sobrecarga de trabajo y una agenda apretada.²⁵⁷

Ante lo anterior, Posner contraargumenta exhibiendo las estadísticas que indican claramente una reducción considerable en la carga de trabajo y la cantidad de resoluciones emitidas, sin que exista una correlación con una homogeneización de criterios.²⁵⁸ Este argumento se ve robustecido por la interesante elaboración de Rehnquist sobre la futilidad de la conferencia como un proceso verdaderamente deliberativo.²⁵⁹

Otra concepción que reconoce el carácter eminentemente político de la corte es la noción de una especie de “vanguardia moral”, que percibe a la Corte como una suerte de “mentor ilustrado” cuya labor es educar tanto a la población como a los poderes “políticos,” con base en una serie de principios presumiblemente universales.

Una visión más cercana a la realidad es la que exhibe Posner en su análisis de *Kelo v. City of New London*,²⁶⁰ a pesar de que, como señala, quizá hubiera hecho falta una consideración más profunda sobre las repercusiones fiscales de un estrechamiento excesivo de la doctrina de *dominio eminente*.²⁶¹

Otra instancia de adjudicación pragmática puede verse en el caso de *van Orden v. Perry*,²⁶² en donde el Juez Breyer, a pesar de negar la postura extrema

²⁵⁷ HART, Henry M., Jr. “The Supreme Court, 1958 Term: Foreword: The Time Chart of the Justices,” 73 *Harvard Law Review* 84, 1959.

²⁵⁸ POSNER, *op. cit.*, pp. 299-305.

²⁵⁹ REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Random House, 2002, pp. 254-55

²⁶⁰ 545 U.S. 469 (2005). En una decisión dividida, la Corte resolvió que los beneficios generales que una comunidad disfrutaría del crecimiento económico calificaba los planes privados de desarrollo como un “uso público” permisible bajo la Cláusula de Expropiación de la Quinta Enmienda.

²⁶¹ POSNER, *op. cit.*, pp. 313-20.

²⁶² 545 U.S. 677 (2005). En este caso la Corte optó por prescindir del *Lemon Test* habitualmente utilizado para determinar si un determinado acto de autoridad violaba el principio de separación entre Iglesia y Estado, argumentando en su lugar que el monumento en cuestión (una tabla de los Diez

de Rehnquist de reconocer “el papel de Dios en la historia americana,” alcanza un punto medio aceptable entre las implicaciones seculares de los Diez Mandamientos y la Cláusula de Establecimiento.²⁶³

4. ¿ES POSIBLE UNA TEORÍA SOBRE LA FUNCIÓN JUDICIAL?

En el capítulo anterior, abundamos sobre las características de las denominadas teorías morales “comprehensivas” y sus limitaciones inherentes dentro de una sociedad con un pluralismo razonable. Lo mismo es aplicable a las teorías constitucionales comprehensivas con respecto a la visión que ofrecen sobre la naturaleza de la función judicial.

Como primer ejemplo, Stephen Breyer, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su obra *Active Liberty*²⁶⁴ busca articular una visión constitucional coherente con base en su interpretación de la distinción de Constant²⁶⁵ entre las “libertades de los antiguos” y las “libertades de los modernos,” en donde parece compartir la visión de Ely²⁶⁶ sobre la “Corte Warren”²⁶⁷ como una fuerza democratizante.

No obstante, como resulta evidente de los registros de la época, la concepción de los Fundadores como demócratas clásicos es, en el mejor de los casos, inexacta, como resulta evidente a partir de los mecanismos republicanos implementados con la finalidad de limitar la democracia directa.²⁶⁸ Las

Mandamientos) era un “monumento pasivo” que hacía referencia no sólo a un concepto exclusivamente religioso, sino a un factor importante en la historia de los Estados Unidos.

²⁶³ La Cláusula de Establecimiento (Establishment Clause) en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, señala que “el Congreso no hará ley alguna con respecto al establecimiento de una religión, ni prohibirá su libre ejercicio [...]”

²⁶⁴ BREYER, Stephen. *Active Liberty*. Vintage, 2006.

²⁶⁵ CONSTANT, Benjamin. “The Liberty of the Ancients Compared with That of the Moderns,” *Political Writings*, 1998, p. 306.

²⁶⁶ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 1980.

²⁶⁷ La “Corte Warren,” llamada así en virtud de su entonces presidente Earl Warren, duró entre 1953 y 1969, y se caracterizó por un importante cúmulo de precedentes de orientación liberal, expandiendo los derechos y libertades civiles y el poder judicial y federal de forma dramática.

²⁶⁸ En efecto, la limitación de la democracia directa, con todos sus efectos perniciosos, fue uno de los principales criterios orientadores de los Padres Fundadores, como puede apreciarse en *El Federalista*.

limitaciones del modelo, además, se vuelven evidentes en casos como el del financiamiento de campañas,²⁶⁹ donde los beneficios específicos de la libertad activa se vuelven imponderables ante las restricciones de la libertad negativa.

La insistencia de Breyer en la fundamentación democrática de su teoría, como señala Posner, se enfrenta a constantes contradicciones internas, como es el caso de su apelación a la supremacía federal (marcadamente menos democrática), la privacidad de las comunicaciones o la acción afirmativa.²⁷⁰

Aunque el enfoque de Breyer, basado en la idea del “legislador razonable” (que no debe ser confundida con la noción del “buen legislador”) es, desde un punto de vista pragmático, perfectamente sensata, ciertamente no es del todo democrática, pues soslaya los compromisos políticos que a menudo orientan un determinado ordenamiento. Además, su propio disenso en *Zelman v. Simmons-Harris*²⁷¹ no sólo podría interpretarse como antidemocrático, sino claramente anti-pragmático.²⁷²

Al final, no podemos sino coincidir con Posner en que Breyer claramente cae en la categoría del *bricoleur*, adoptando intermitentemente un enfoque pragmático al tiempo que sostiene un compromiso ideológico con el liberalismo convencional.²⁷³

En contraparte, el originalísimo parece ofrecer un caso aún más débil, ya que su supuesta pureza académica se ve severamente menoscabada por su necesidad de obedecer a los precedentes —a menudo por razones políticas—, como resulta evidente en los torpes intentos por reconciliar *Brown v. Board of*

²⁶⁹ En *Citizens United v. Federal Election Commission* (558 U.S. 310 (2010)), la Corte Suprema declaró inconstitucionales las regulaciones que prohibían o limitaban las contribuciones financieras a campañas políticas por parte de entidades corporativas, bajo el argumento de que resultaban violatorias a la libertad de expresión.

²⁷⁰ Posner, *op. cit.*, pp. 332-36.

²⁷¹ 536 U.S. 639 (2002). En este caso, la Corte resolvió, por una mayoría de 5-4, que la regulación que permitía el uso de “vales” financiados con dinero público para el pago de escuelas privadas no contravenía la Cláusula de Establecimiento, aún en el caso de que éstos fueran utilizados para el pago de colegiaturas en escuelas religiosas.

²⁷² Posner, *op. cit.*, pp. 336-40.

²⁷³ *Ibid.*, pp. 340-42.

Education (un imperativo político) por medios tales como su historia posterior a la aprobación de la Decimocuarta Enmienda.²⁷⁴

Otro fenómeno que (favorecido en buena medida a raíz de los avances recientes en las tecnologías de la información) ha venido a conformar un elemento común en las resoluciones judiciales es la tendencia a citar precedentes provenientes de sistemas distintos al nacional, no sólo en el caso de tribunales supranacionales —cuyas resoluciones son, en muchos casos, vinculantes o al menos persuasivas—, sino también de los tribunales más altos de otros Estados.

Esta creciente tendencia, especialmente en casos con una connotación política importante, aunque ofrece una justificación *ex post* particularmente tentadora, sirve más bien de poco, en la medida en que tiende principalmente a consistir de un bricolaje más o menos caprichosamente elaborado, lo que conlleva, en palabras de Posner, a una suerte de “carrera armamentística” detrimental.²⁷⁵

Sin duda, la crítica más importante a esta tendencia, que llamaremos “cosmopolitismo judicial,” es su carácter marcadamente antidemocrático, puesto que la autoridad de los jueces extranjeros carece absolutamente de cualquier vínculo con el proceso democrático de la población en que se aplica.²⁷⁶

Uno de los principales defensores del cosmopolitismo es David Beatty, quien, a pesar de enarbolar una crítica sensata sobre la viabilidad de las doctrinas comprensivas, parece ir demasiado lejos al establecer la proporcionalidad como el único criterio para la adjudicación global, formulando su caso selectivamente para revertir la carga de la prueba en contra de sus oponentes.²⁷⁷ El fracaso monumental de este enfoque ilustra las limitaciones

²⁷⁴ POSNER, *op. cit.*, pp. 342-46.

²⁷⁵ *Ibid.*, pp. 347-51.

²⁷⁶ *Ibid.*, pp. 351-54.

²⁷⁷ BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford University Publications, Oxford. Reino Unido, 2004.

inherentes de un pragmatismo excesivo cuando no se ve limitado por reglas o estándares.²⁷⁸

Posner ofrece un ejemplo sumamente interesante de las limitaciones inherentes de la importación judicial en el caso de Israel, una nación democrática orientada por valores democráticos, la cual, no obstante, al carecer de una constitución escrita, ha sido víctima más de una vez de la jurisprudencia evidentemente usurpadora del entonces Presidente de la Corte Aharon Barak, cuyo abuso de abstracciones tales como “democracia,” “interpretación” o “justicia” le ha permitido a la Corte inyectarse en el proceso legislativo, no como un igual al Parlamento, sino como su superior.²⁷⁹

²⁷⁸ POSNER, *op. cit.*, pp. 354-62.

²⁷⁹ *Ibid.*, pp. 362-68.

CAPÍTULO V. DESVIACIONES DEL SISTEMA

Es este un buen momento para recapitular sobre el camino recorrido hasta este momento. Como señalamos al inicio del capítulo anterior, la exposición inicial nos ofrece un panorama donde las expectativas y proyecciones de varios sectores chocan no sólo entre sí, sino también contra la realidad de lo posible y lo deseable. En estas últimas páginas, además, la relación se vio considerablemente complicada por la imposición de una superestructura judicial con una lógica e inercia propias, las cuales, si bien no enteramente independientes, sí son claramente distintas de las que persigue la estructura inicial, y en ocasiones pueden no ser del todo compatibles.

No obstante lo anterior, hemos podido ver que la mayoría de estas discrepancias son salvables, al menos en suficiente medida como para permitir un cierto nivel de estabilidad y continuidad en el sistema, a pesar de sus tensiones interiores. Esto se debe en buena medida a que, a pesar de la aseveración constantemente repetida de que el orden jurídico permea prácticamente cualquier acto que tenga lugar dentro de una determinada estructura social, su presencia es a menudo invisible o incluso superflua, en particular cuando la normatividad vigente coincide perfecta (o casi perfectamente) con la serie de expectativas y proyecciones correspondientes a un sistema normativo más informal (inclusive no necesariamente consciente). Por otra parte, es justamente cuando existe una ruptura suficientemente relevante entre estos dos esquemas, o entre ellos y el comportamiento de algunos de los miembros de la sociedad, que el derecho se vuelve presente como factor externo.

En otras palabras, el derecho se manifiesta primordialmente en la *aberración*: cuando la conducta social que pretende prescribir se ve desafiada por los actos o posturas de sus destinatarios. Esta aberración puede ser individual, cuando uno o varios individuos o grupos emprenden una conducta proscrita que, de acuerdo con el sistema, da lugar a una consecuencia (presumiblemente coactiva), o sistemática, cuando una o varias de las prescripciones sociales entran en conflicto con las expectativas (y potencialmente la conducta) de sus destinatarios. Es en este momento cuando

el elemento coactivo, como característica paradigmática de la normatividad jurídica, se manifiesta verdaderamente.

Ahora bien, para ejemplificar lo anterior, hemos optado por un estudio de caso que, espero, sirva para ilustrar en cierta medida ambos supuestos de lo que he denominado “aberración” del derecho. Esto ha implicado renunciar a la idea tentadora (aunque poco práctica) de simplemente enumerar una plétora de instancias en donde estas discrepancias son apreciables.

Este estudio de caso se compone de dos partes. En la primera, volviendo al modelo utilizado en los primeros dos capítulos, nos remitimos a la cultura popular como un barómetro relativamente preciso, si bien no de la realidad de los hechos, sí de las percepciones generales de la población respecto de éstos, así como su evaluación conforme a un marco de referencia idealizado. En la segunda parte, procedo a contrastar la visión ofrecida en la primera con un caso real y de suficiente impacto mediático como para que una parte considerable de los lectores se encuentre, así sea superficialmente, familiarizado con el mismo.

1. LA CULTURA DE LA VENGANZA

Como punto de partida, nos remitimos al concepto de venganza dentro de la connotación ordinaria que éste tiene dentro de la cultura occidental. Aunque, desde un punto de vista teórico, la venganza parece ser aborrecida universalmente, percibida como una expresión antisocial de resentimiento o como una suerte de vulgaridad adolescente propia de los sectores menos civilizados de la sociedad,²⁸⁰ la noción ciertamente nos resulta más familiar de lo que estaríamos cómodamente dispuestos a admitir. El hecho de que la misma forme una parte tan significativa de lo que es ampliamente considerado como la primera gran obra literaria de la tradición occidental sin duda le otorga un lugar

²⁸⁰ MILLER, William I. “Clint Eastwood and Equity: Popular Culture’s Theory of Revenge.” SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. *Law in the Domains of Culture*. The University of Michigan Press, 1998, p. 162.

distinto al que ocuparían otro tipo de nociones inequívocamente rechazadas por nuestra sociedad.²⁸¹

Es importante acotar, de inicio, la distinción entre la venganza y la retribución. Esta última implica una necesidad de “equilibrar la balanza” o de devolver lo que se ha recibido (en este caso un mal o injuria). La venganza, en cambio, parece más inclinada a alcanzar una suerte de satisfacción emocional, de compensar, a través de la satisfacción inherente en atestiguar el sufrimiento del malhechor, la miseria o sufrimiento infligidos contra sus víctimas. Esta idea del *Schadenfreude*²⁸² como requisito *sine qua non* de la venganza la hace, simultáneamente, incompatible con la mayoría de las percepciones tradicionales de justicia, y a la vez perfectamente explicable desde un punto de vista puramente emocional.

No obstante, esta distinción resulta sin duda más difícil de determinar con precisión en lo que denominaríamos las “culturas del honor,”²⁸³ cuyo enfoque primordial, al momento de impartir los valores que definen su identidad cultural, es la de suprimir la inclinación tradicional a la negociación o sumisión, instigando a sus miembros, en ocasiones mediante mecanismos como la vergüenza pública, a hacer valer su derecho a la retribución. En este sentido, para las culturas del honor, la satisfacción personal del agravio es un elemento esencial e inescindible del concepto más abstracto de retribución.²⁸⁴

Mientras que las culturas del honor se enfocan en la reciprocidad (*devolver* el daño realizado), la retribución institucionalizada en cambio se

²⁸¹ En concreto, la *Ilíada* de Homero. Esta referencia es particularmente interesante en la medida en que, al igual que el ejemplo que expondremos más adelante, ofrece una visión altamente problemática de la venganza. Una visión (así sea moderadamente) crítica de la venganza de Aquiles nos muestra a un vengador visceral, caprichoso e irracional, frente a una víctima que difícilmente puede ser considerada como un villano en el sentido clásico. Para todos efectos, es Héctor y no Aquiles quien mejor representa las virtudes clásicas de la época, y su muerte y posterior profanamiento innecesariamente visceral por parte de Aquiles hace difícil sostener que dicho acto de venganza fue legítimo o proporcional, en particular cuando es la propia vanidad de Aquiles la que desencadena los eventos que culminan en la muerte de Patroclo.

²⁸² El concepto de *Schadenfreude*, importado del alemán, se refiere al hecho de experimentar placer, alegría o satisfacción a raíz de conocer o atestiguar el sufrimiento, fracaso o humillación de otro.

²⁸³ MILLER, *op. cit.*

²⁸⁴ *Ibid.*, pp. 164-66.

concentra en *pagar* el daño realizado a una entidad abstracta (e.g. la sociedad). Mientras que el primer ejemplo concibe a la víctima como deudor (de un daño) y al malhechor como acreedor, la última coloca al infractor en la posición de deudor frente a la sociedad. En esta última visión, el papel de la víctima en el proceso de retribución desaparece, o al menos es relegada a un (muy lejano) segundo plano.²⁸⁵

Si aceptamos la venganza como un acto emocional intensamente tentador (como la satisfacción de una injuria previamente sufrida), es fácil entender el atractivo de las historias de venganza, cuyo desenlace extático genera emociones considerablemente distintas de las propias de una tragedia clásica.²⁸⁶ Mientras que la tragedia busca generar una sensación de vacío e impotencia ante la inmutabilidad de las fuerzas del destino, cuyos designios son misteriosos, arbitrarios e implacables, la historia de venganza parece devolver al espectador (a través de su identificación con el protagonista) un sentido de control sobre la trama de la historia. Ya no es meramente el protagonista pasivo que sufre estoicamente la crueldad del destino, sino que activamente se encarga de hacer pagar a sus victimarios.

Ahora bien, un elemento interesante en la industria cinematográfica es su preferencia por clasificar sus productos, no en términos de sus elementos formales, sino de las emociones que pretenden generar; esto explica la categorización de las películas en géneros como “suspense” u “horror,” entre otros. En este sentido, las películas “de venganza,” aun si no existe dicho género formalmente, deben cumplir con ciertos requisitos emocionales, en concreto, la presencia de ciertas características que hagan a la vocación reivindicatoria de su protagonista parecer legítima y aceptable por parte del público. Para ello, el objeto de la venganza (el “malhechor”) generalmente debe exhibir una total ausencia de remordimiento por sus actos.²⁸⁷

²⁸⁵ MILLER, *op. cit.*, pp. 166-68.

²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 168-70.

²⁸⁷ *Ibid.*, pp. 170-73.

Otra característica particular de este género es el lugar problemático que ocupa el orden jurídico tradicional. Aun en aquellas historias que tienen lugar primordialmente en el contexto de un procedimiento judicial, el heroísmo particular del protagonista radica en su capacidad de ir más allá (ya sea dentro de o a pesar de las reglas legales pertinentes) de lo que normalmente abarca el sistema. La idea central es que el sistema jurídico es, por sí mismo, incapaz de lidiar con estos problemas y, en consecuencia, de impartir verdadera justicia. El héroe debe superar estos defectos inherentes para alcanzarla. Por su parte, el papel tradicional del *vengador* se vuelve complementario: su labor es superar los defectos o limitaciones del sistema de justicia, sin que esto implique negar su valor intrínseco.²⁸⁸

Otro elemento característico de las sociedades de honor es el concepto de responsabilidad grupal, lo cual incentiva la “socialización” de la toma de decisiones relativas a la venganza. En este sentido, la decisión de tomar venganza no recae exclusivamente en su ejecutor final, sino, más generalmente, en el grupo de personas que lo rodea, todos los cuales son (indirectamente) víctimas del acto de injuria original. Este aspecto colectivo en la toma de decisiones, por su parte, ha operado tradicionalmente como un factor importante de control para evitar los excesos predecibles de una mentalidad colectiva que favorece la retribución directa. Al tiempo que el agente directo de la retribución puede ejercerla no sólo sobre el responsable directo, sino sobre sus allegados, debe al mismo tiempo tener en consideración que cualquier represalia ulterior puede, igualmente, recaer sobre sus propios allegados.

En este sentido, las historias de venganza evitan esta complicación al retratar a su héroe por lo general como un “lobo solitario.” Sus conexiones personales sirven meramente como catalizadores para generar tensión dramática, pero nunca como una restricción seria.²⁸⁹ En otras palabras, cuando los “allegados” del héroe intervienen en la historia, usualmente es en el carácter de víctimas primigenias, y es a raíz de esta injuria injustificada que el héroe

²⁸⁸ MILLER, *op. cit.*, pp. 173-77.

²⁸⁹ *Ibid.*, pp. 176-79.

emprende su camino de venganza. Un escenario en el que el héroe se viera seriamente limitado en sus acciones ante la posibilidad de que sus allegados sufrieran por causa de sus acciones terminaría, por lo general, traslapándose con otro género de ficción.

Aunque por lo general el vengador arquetípico se apega a cierta noción de justicia sustantiva, no suele un particular apego al aspecto procedimental de la misma. Su visión sobre la proporcionalidad no sólo no es económicamente eficiente —de hecho, la mayoría de las veces es abiertamente contraria al concepto—, sino que se encuentra mucho más alineada con una especie de proporcionalidad de las emociones relativas, desde el punto de vista de la víctima.²⁹⁰ En este sentido, el vengador cubre un papel que la justicia institucionalizada aparentemente ignora: su función es extraer el mismo costo emocional sobre el victimario que el extraído sobre la víctima, aun si, desde un punto de vista de políticas públicas, dicho modelo resulta impracticable.

2. REDENCIÓN Y RETRIBUCIÓN

Para ejemplificar algunas de las problemáticas más peculiares de este género, en particular por lo que respecta a la percepción pública de sus implicaciones morales, me remitiré al análisis realizado por William Ian Miller²⁹¹ de *Unforgiven* (*Los Imperdonables* en Latinoamérica), un *Western* “revisionista” de 1992 producido, dirigido y protagonizado por Clint Eastwood. Como analizaremos a continuación, uno de los elementos cruciales de esta obra es la especie particular de deconstrucción que realiza respecto de las convenciones tradicionales del género, cuya omisión o subversión, paradójicamente, sirven para destacar con particular intensidad su importancia dentro de las expectativas del público.

La primera escena, que opera como catalizador del conflicto, ocurre en el interior de un burdel en Big Whiskey, Wyoming, un pequeño poblado ficticio en el entonces “salvaje oeste.” Uno de los clientes, furioso ante las burlas de una

²⁹⁰ MILLER, *op. cit.*, pp. 179-83.

²⁹¹ *Id.*

de las prostitutas respecto del tamaño de su miembro, procede a atacarla salvajemente con un cuchillo. Aunque el propietario del establecimiento logra intervenir antes de que la prostituta sea asesinada, las heridas producidas por el ataque la “arruinan” para futuros clientes. Tras una agitada negociación frente a Little Bill (Gene Hackman), alguacil del pueblo, los clientes aceptan compensar al propietario entregando varios de los ponys que crían en su rancho. Lo anterior, desde luego, no resulta aceptable para las prostitutas, cuya deshumanización resulta evidente ante la perspectiva de que puedan simplemente ser intercambiadas por caballos,²⁹² por lo que deciden buscar justicia por otros medios, ofreciendo una recompensa de mil dólares a quien asesine a los dos criadores de caballos.²⁹³

El primer elemento problemático de la trama tiene lugar cuando William Munny (Clint Eastwood), un ex-forajido y ex-alcohólico, arrastrado de vuelta al crimen por la necesidad de proveer un futuro para sus hijos, junto con su antiguo compañero Ned Logan (Morgan Freeman), asesina a David, uno de los dos criadores de caballos, cuyo único pecado fue el acompañar a Mike, el verdadero agresor. El carácter desproporcionado de la venganza se ve a su vez resaltado por la naturaleza lenta y dolorosa de su muerte, debida en buena medida a la mala puntería de Munny. En cierto sentido, esta primera subversión del género sirve como un parteaguas en la película: Munny no es el vengador tradicional, justo y preciso, y David no es el villano clásico, sin escrúpulos ni remordimientos.²⁹⁴

Paralelamente a estos eventos, la trama redobla sobre el tema de la mistificación injustificada de los arquetipos tradicionales del género a través de “English Bob” (Richard Harris), un pistolero británico que aparece en el pueblo con la intención de cobrar también la recompensa, sólo para ser rápidamente capturado y humillado por Little Bill, cuya perspectiva cínica y antirromántica

²⁹² La semejanza fonética entre las palabras *horse* (caballo) y *whores* (prostitutas) es un tema recurrente en la película.

²⁹³ *Unforgiven* (Malpaso Productions 1992).

²⁹⁴ MILLER, *op. cit.*, pp. 186-89.

rápida­mente destruye la leyenda que su prisionero se había esmerado décadas en construir, cooptando a su biógrafo W. W. Beauchamp (Saul Rubinek), cuya presencia cumple el papel importante de reverberar el mensaje esencial de la película sobre la reputación, el fraude y la exageración y nacimiento de leyendas en el Viejo Oeste.²⁹⁵

Mientras tanto Ned, tras negarse a disparar contra David, decide abandonar de una vez por todas su carrera criminal, sólo para ser capturado y salvajemente ejecutado por Little Bill.²⁹⁶ Este último evento termina por vencer la resolución de Mun­ny, quien, tras matar a Mike, abandona la sobriedad y, en el clímax de la película, asesina a sangre fría a Little Bill, junto con varios de sus subordinados. Cuando Bill señala que “no merece esto,” Mun­ny responde con una frase en la cual podría resumirse el mensaje final de la obra: “merecer no tiene nada que ver con esto.”²⁹⁷

Si, dentro de esta narrativa, identificamos a Little Bill, el alguacil, con la justicia institucionalizada, nos encontramos con un sistema que, si bien muestra una considerable falta de empatía hacia las víctimas, equiparándolas a mercancía que puede ser fácilmente repuesta, así como un celo excesivo para penalizar a un participante secundario en el delito (Ned Logan), ciertamente no alcanza los excesos de corrupción o incompetencia que habitualmente lo caracterizan en el género, convirtiéndolo en el villano o, en todo caso, en un obstáculo para el vengador legítimo.

Por otro lado, la naturaleza eminentemente mercenaria de la misión vengadora de Mun­ny, así como las repetidas referencias a su pasado – en varias ocasiones otros personajes mencionan la facilidad con la que Mun­ny asesinaba a mujeres y niños –, ciertamente lo distinguen claramente del arquetipo habitual. Lo que es más, el homicidio de David, la “parte menos culpable” de la falta inicial,

²⁹⁵ MILLER, *op. cit.*, pp. 195-98.

²⁹⁶ Como señala acertadamente Miller, el hecho de que un hombre negro sea ejecutado a latigazos tan sólo dieciséis años después de la Guerra Civil conlleva una serie particular de implicaciones. (Ver MILLER, *op. cit.*, p. 194).

²⁹⁷ *Ibid.*, pp. 189-95.

representa un paralelo claro con la ejecución de Ned, cuya responsabilidad es meramente accesoria. Esta desproporcionalidad al momento de castigar a los responsables secundarios (aunque, jurídicamente, sería ciertamente posible argumentar su carácter de cómplices) remite a una colectivización de la responsabilidad que, si bien no es inusual en las “sociedades de honor” mencionadas anteriormente, ciertamente se desvía considerablemente del paradigma idealizado de las historias de venganza, ofreciendo en cambio un panorama más ambivalente y, podría argumentarse, más realista respecto de la venganza.

Lo curioso resulta que, a pesar de los calificativos anteriores, la estructura básica de la narrativa sigue cumpliendo su función básica para el espectador: pese a todos sus defectos, su pasado turbio y su motivación mercenaria, Clint Eastwood sigue siendo el héroe, y la muerte de David – para todos efectos inocente del crimen original – deviene, si no del todo justificada, al menos aceptable como un mal necesario o colateral. Por otro lado, Gene Hackman, con todo y su apego —sesgado e imperfecto, pero finalmente firme— a su compromiso para mantener la paz, no puede escapar la categorización como villano, y la ejecución de Ned, a pesar de su evidente complicidad en la muerte de David, termina por verse como un acto de crueldad tiránica y no como uno de justicia. El espectador, confrontado con un sistema de justicia imperfecto y con una ética vengadora que comparte prácticamente todos sus defectos, termina por decantarse, así sea vacilantemente, por la segunda, no en virtud de una consideración serena sobre el concepto de justicia o siquiera un cálculo utilitario sobre el bien común, sino como consecuencia de una “economía de emociones” mucho más visceral.

Lo anterior queda perfectamente explicado con la conclusión de Miller: ante el fracaso de las manifestaciones formales y procedimentales de la justicia, la emergencia del vengador, con su justicia eminentemente retributiva, deviene una figura seductora. Conforme los índices de criminalidad —y, consecuentemente, la percepción de impunidad— incrementa sustancialmente, los requisitos procesales de la justicia comienzan a percibirse como un lujo

embarazoso, más bien apto para las sociedades previamente pacificadas por otros medios, que como un requisito *sine qua non* de la justicia sustantiva.²⁹⁸

3. VIOLENCIA PÚBLICA Y PRIVADA

Aunque el ejemplo anterior sigue siendo un caso puramente ficticio —y por lo tanto está delimitado por las convenciones propias del género narrativo—, no por ello deja de reflejar una realidad inquietante respecto de la naturaleza humana: una suerte de satisfacción inherente en presenciar el castigo de quienes atentan contra el *status quo* imperante, con todo el sufrimiento inherente que lo anterior comporta.

Para concluir este capítulo, hemos decidido remitirme a un ejemplo que, por su impacto mediático y su carácter relativamente reciente, sin duda resultará familiar a la mayoría de los lectores y que, en mi opinión, refleja claramente el dilema existente entre los ideales elevados de la justicia, las vicisitudes de su implementación práctica (así como las consecuentes consideraciones utilitarias de la misma) y una expectativa pública que muchas veces parece exigir algo menos racional y quizás más visceral. En este sentido, no resulta del todo descabellada la hipótesis de Foucault, para quien la fascinación que en muchas sociedades exhibe la población respecto de ciertos juicios altamente publicitados no es más que un desplazamiento de su fascinación con los castigos públicos, especialmente cuando éstos implicaban una fuerte dosis de tortura o mutilación.

El 9 de diciembre de 2005, a las 6:47 de la mañana, el noticiero *Primero Noticias* de Televisa fue interrumpido para mostrar lo que en ese momento se anunciaba como la transmisión en directo de un operativo por parte de la Agencia Federal de Investigaciones para capturar a una banda de secuestradores y liberar a sus víctimas. El reportaje, que se extendió hasta las 8:57, incluyó una serie de entrevistas tanto con las tres víctimas rescatadas como con los presuntos secuestradores, entre los que destacaba un personaje que en los

²⁹⁸ MILLER, *op. cit.*, pp. 199-202.

meses siguientes alcanzaría un nivel de celebridad usualmente reservado para los criminales más atroces: Florence Cassez.²⁹⁹

Florence Marie Louise Cassez Crepin nació en 1974, en Lille, Francia, y en 2003, a los 29 años, se trasladó a la Ciudad de México, para trabajar en la empresa de su hermano, dedicada a la venta y distribución de productos de belleza.³⁰⁰ Un año después, conoció a Israel Vallarta Cisneros, con quien comenzó una relación sentimental, misma que concluyó en 2005, aunque aparentemente siguió en contacto con Israel, quien, tras vencer el plazo del contrato de arrendamiento sobre el inmueble que estaba habitando, le permitió vivir en el *Rancho las Chinitas*, de su propiedad, hasta que encontrara un nuevo lugar para vivir. Fue en este rancho en donde ocurrieron los hechos narrados anteriormente, y las dos personas detenidas, identificadas como integrantes de una banda de secuestradores, eran Vallarta y Cassez.

De acuerdo con las declaraciones de la Agencia Federal de Investigaciones, fue a raíz de la denuncia de una víctima de secuestro que había sido liberada que fueron capaces de identificar el vehículo usado para el delito y rastrearlo hasta el *Rancho las Chinitas*, así como identificar a Israel Vallarta como un miembro potencial de la banda.³⁰¹ Ahora, con ambos presuntos responsables bajo custodia, habiéndolos detenido “con las manos en la masa,” sólo era cuestión de tiempo para que ambos fueran debidamente condenados, o al menos esto era lo que señalaron reiteradamente los noticieros.³⁰² La verdad, no obstante, era un tanto distinta.

El 5 de febrero de 2006, casi dos meses después de la detención, comenzaron a salir a la superficie cuestionamientos importantes acerca del operativo transmitido en televisión, señalando la existencia de varias discrepancias importantes entre la versión ofrecida por el gobierno sobre la

²⁹⁹ PRIMERA SALA, Amparo en Revisión 517/2011, pp. 1-27.

³⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *Discipline and Punishment: The Birth of the Prison* (trad. de Alan Sheridan). New York: Vintage, 1979, p. 69.

³⁰¹ Amparo en Revisión 517/2011, pp. 28-30

³⁰² *Ibid.*, p. 24.

detención y la evidencia en el caso, en particular con respecto a las declaraciones de las víctimas y los presuntos responsables. El Director de la Agencia Federal de Investigaciones, naturalmente, negó la existencia de estas contradicciones.³⁰³

No obstante, ante la acumulación de presión por parte de varios sectores, y particularmente de la prensa, la Agencia se vio obligada a retractarse de su posición, admitiendo en una conferencia de prensa el 10 de febrero de 2006 que el supuesto operativo transmitido por los noticieros había sido en realidad una escenificación, y que los presuntos responsables, de hecho, habían sido detenidos más de dos horas antes, fuera de las instalaciones del rancho. Para entonces, dos de las víctimas, quienes habían negado enfáticamente reconocer la participación de Cassez en cualquier fase del secuestro, ahora afirmaban recordar su voz como la de la persona que “les llevaba la comida”.³⁰⁴

Lo que siguió fue un auténtico circo mediático. Las graves irregularidades del proceso (entre las que se incluía una evidente violación al derecho a la asistencia consular consagrado en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares de 1961)³⁰⁵ dieron lugar a la intervención del gobierno francés en el proceso, catapultando un proceso que hasta el momento era una instancia más de combate al crimen organizado a un auténtico conflicto diplomático internacional.

Cassez fue declarada culpable y condenada en primera instancia,³⁰⁶ y sus intentos por impugnar la resolución, tanto por vía de apelación³⁰⁷ como de amparo indirecto³⁰⁸ fueron infructuosas, al menos hasta que el asunto fue atraído por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para entonces, la opinión pública se encontraba altamente polarizada; mientras que un sector enfatizaba la

³⁰³ Amparo en Revisión 517/2011, pp. 40-41.

³⁰⁴ *Ibid.*, pp. 44-45.

³⁰⁵ *Ibid.*, pp. 30-32.

³⁰⁶ *Ibid.*, pp. 56.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 57-67.

³⁰⁸ *Ibid.*, pp. 74-83.

importancia de las garantías procesales como un escudo para proteger a los ciudadanos del poder arbitrario del estado, el partido opuesto, más numeroso o al menos más vocal, contraargumentaba esgrimiendo un discurso basado en los derechos de las víctimas y en la frivolidad y obsolescencia de un modelo de justicia que, aparentemente, privilegiaba las formalidades del proceso y los derechos abstractos de los acusados en contra del interés de sus víctimas y, por extensión, de la sociedad entera.

Con lo que nos encontramos aquí, en otras palabras, es con la misma imagen clásica de las historias de venganza que describimos en secciones anteriores: un sistema jurídico político que, por corrupción o incompetencia, parece incapaz de cumplir con las demandas de justicia de la sociedad, demandas, no obstante, que no están del todo basadas en una noción teórica o idealizada de la justicia, como la planteada por Rawls, ni tampoco en la clase de consideraciones pragmáticas que, como señala Posner, pueden y suelen orientar las decisiones judiciales. Se trata, por el contrario, de un reclamo más primitivo e irracional: una noción de que, en cierta forma, el orden correcto de las cosas ha sido trastocado, y es necesario tomar acciones radicales para corregir el curso. Las garantías procesales y otra clase de formalidades técnicas se presentan nuevamente como un lujo impropio para tiempos donde lo esencial es garantizar paz y estabilidad.

Esta noción queda especialmente ilustrada en la naturaleza del debate que acompañó al caso Cassez durante los casi ocho años que tardó en alcanzar su resolución final, cuando la Suprema Corte de Justicia le concedió el amparo que habría de ponerla en libertad.³⁰⁹ La razón por la que el debate jamás fue susceptible de alcanzar un punto de acuerdo es porque ambas posturas partían de premisas completamente distintas e incompatibles: por un lado, los defensores de la resolución final argumentarían sobre la importancia de preservar instituciones fundamentales para la seguridad jurídica y el estado de derecho como la presunción de inocencia, la garantía de acceso consular y otros elementos esenciales del debido proceso. Su contraparte, en cambio, partía de

³⁰⁹ Amparo en Revisión 517/2011, pp. 517/2011.

un punto de vista meramente emocional: los hechos en disputa habían exhibido la vulnerabilidad de los ciudadanos ordinarios frente al crimen organizado, y semejante agresión a su sentimiento de seguridad exigía un castigo ejemplar. Bajo esta premisa, cuestiones tales como el debido proceso parecían insignificantes frente a la necesidad, dentro de esta “economía de emociones,” de que se pagara un precio.

Ejemplos como este abundan en la actualidad, y todo parece indicar que, conforme continúe el progreso en materia de derechos humanos — particularmente a través de organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo—, la reacción en su contra será cada vez más vehemente. No es una exageración señalar que, en buena medida, esta clase de instituciones son vistas por sus oponentes — que cada vez son más— como instrumentos mediante los cuales los malhechores triunfan en su intento de burlar la justicia.

Esto muestra no sólo una discrepancia entre el discurso oficial y la percepción real de la población con respecto de estas instituciones, sino un fenómeno sistemático en el cual la postura teórica (reflejada por la academia), la realidad práctica (reflejada en la labor cotidiana de los tribunales) y la percepción popular de ambas parecen distanciarse cada vez más. Este nivel de tensión, naturalmente, no es sustentable, y será cuestión de tiempo ver cuál de los tres polos termina por imponerse o, alternativamente, si es necesario que surja una nueva visión integradora.

COMENTARIO FINAL

Antes de concluir con esta obra, es necesario ofrecer una disculpa al lector por su estructura un tanto heterodoxa. Cuando por primera vez fue concebida, muchos de los puntos esenciales que fueron abordados en los capítulos anteriores no figuraban aún en el bosquejo de su estructura. Podría decirse, incluso, que la visión inicial de esta tesis se limitaba a lo que actualmente es el contenido de los primeros dos capítulos, que, en cierta forma, operan simultáneamente como planteamiento inicial, corroboración de la hipótesis y conclusión.

Ante esto, fue necesario alterar ligeramente el curso de la investigación, pues una vez establecido el punto central, se volvió evidente que la verdadera importancia se centraba no en el *quid* del mismo, sino en el por qué y el cómo. La noción fundamental, sobre la existencia de importantes discrepancias entre la esencia y el funcionamiento de un orden jurídico y la percepción del mismo por parte de sus destinatarios dio lugar a la elaboración —sin duda más interesante, pero, por lo mismo, considerablemente más compleja— de las causas de estas discrepancias, así como las formas en que se manifiestan.

En este sentido, los capítulos III y IV sirvieron, en cierta medida, para ilustrar el marco de referencia contra el cual habíamos de contrastar las percepciones, figuras y representaciones sobre las que se había elaborado en los primeros dos, mientras que el capítulo V opera como el contrapunto final, ilustrando esta serie de tensiones mediante una doble ilustración: la de la ficción popular y la de una de tantas instancias en que ésta se ve reflejada en la vida pública.

Debemos señalar que, sólo ahora, cuando el cuerpo de esta obra se encuentra esencialmente concluido, se vuelve evidente la tremenda envergadura y excesiva ambición de su objeto de estudio. Por lo mismo, es necesario admitir que, más de cien páginas después, nuestra exposición probablemente ha generado más preguntas nuevas de las que alcanzó a resolver. Es por ello, en buena medida, que hemos optado por abandonar lo que ya es prácticamente una convención en esta clase de trabajos: el ofrecer, a guisa de conclusión, una

propuesta de reforma o cualquier cosa semejante que pretenda, cual si fuera la panacea final para los problemas ilustrados. Suponer que, de un plumazo, sea posible dar solución a algunos de los problemas más importantes que enfrenta cualquier orden jurídico-político sería el colmo de la arrogancia.

Por otro lado, consideramos este ejercicio no ha sido del todo en vano. A lo largo de esta obra hemos intentado, en la medida de lo posible, enfatizar la naturaleza tripartita de la problemática abordada, ofreciendo tres visiones paralelas sobre la esencia, finalidad y *modus operandi* de la justicia institucionalizada. Cada una de ellas tiene, desde luego, argumentos propios para arrogarse un papel preponderante sobre las otras. Así, la visión rawlsiana de la justicia presenta un argumento éticamente sólido y metodológicamente racional para fundamentar su aspiración a la supremacía, por lo menos hasta que se encuentra con las limitaciones inherentes a cualquier sistema que opera con recursos limitados, como lo exhibe convincentemente la tesis posneriana, la cual, a su vez, se ve obligada a reconocer las limitaciones de la adjudicación pragmática cuando ésta resulta inaceptable para el público destinatario. En cierta medida, cualquier cálculo pragmático se ve forzado a integrar, necesariamente, ese elemento de irracionalidad que caracteriza a la opinión pública y que ineludiblemente opera en contra de la eficiencia del sistema. Finalmente, como ilustran los últimos dos ejemplos abordados, una concepción de justicia que privilegie a esta serie difusa de nociones irracionales deviene no sólo errática e intuitivamente injusta, sino sistemáticamente inoperable.

Decir que la respuesta, en todo caso, parece encontrarse en un punto medio implicaría meramente desplazar el problema. Si el criterio para desplazarse en cualquier espectro (así sea, como en este caso, uno tridimensional) es cuestión de determinar un estándar operable, ¿es posible encontrar dicho estándar cuando los propios criterios de medición son el objeto central de la disputa? ¿Es posible alcanzar una suerte de estándar mixto, o es necesario imponer, así sea de manera coactiva, un estándar sobre los otros? En este punto, confieso no estar más cerca de la respuesta que al inicio.

CONCLUSIONES

- PRIMERA. Un sistema jurídico no puede valorarse en el vacío, sujeto únicamente a los estándares y paradigmas de la ciencia jurídica, sino que debe ser concebido como un producto cultural y, en consecuencia, debe ser valorado desde el punto de vista de la *función* que cumple para satisfacer una necesidad real y definible de la sociedad de la que forma parte.
- SEGUNDA. La relación del derecho con la sociedad sobre la que opera tiene una dimensión dialéctica a través de la cual el sistema se alimenta y dota de contenido en virtud de las demandas sociales, mientras que su eficacia es susceptible de ser valorada en la medida en que es capaz no sólo de incidir activamente en el comportamiento de la sociedad, sino en la medida en que sus integrantes internalicen su contenido.
- TERCERA. Un elemento fundamental para determinar el nivel de internalización del sistema jurídico (la cultura de la legalidad) se encuentra en la percepción pública del derecho en la población. Esta percepción se ve matizada a su vez por una cantidad considerable de factores, entre los que destacan las representaciones imperantes en la población no sólo del derecho como orden normativo, sino de las personas encargadas de su operación e implementación.
- CUARTA. Las divergencias e incompatibilidades existentes entre la finalidad última del derecho como sistema y la percepción popular del mismo no se limitan a una mala concepción por parte de los gobernados, sino que tienen su origen en muchas ocasiones en la propia opacidad y las contradicciones internas entre los valores y finalidades que proclama el sistema y la realidad de su operación diaria.

QUINTA. En casos extremos (aunque no por ello inusuales), la percepción general puede llegar al punto de rechazar absolutamente las soluciones disponibles bajo el derecho aplicable, optando en muchas ocasiones por alternativas fuera del sistema. Estos casos resultan de especial importancia al momento de considerar los ajustes necesarios para acoplar el sistema a las expectativas de sus destinatarios.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS (EN CONSULTA)

- ADORNO, Theodor W. et al. *The Authoritarian Personality*. Science Editions, New York, 1950.
- ALIVIZATOS, Nicos; ELEFTHERIADIS, Pavlos. "The Greek Constitutional Amendments of 2001." *South European Society and Politics* 7 (1), 2002.
- BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford University Publications, Oxford, 2004.
- BEBCHUK, Lucian; FRIED, Jesse. *Pay Without Performance*. Harvard University Press, Cambridge, MA, 2004.
- BERLIN, Isaiah. "Two Concepts of Liberty." *Four Essays on Liberty*. Clarendon Press, Oxford. 1969.
- BODIN, Jean. *On Sovereignty: Six Books of the Commonwealth*. CreateSpace Independent Publis, 2009
- BREYER, Stephen. *Active Liberty*. Vintage. 2006
- COOMBE, Rosemary (1998). "Contingent Articulations: A Critical Cultural Studies of Law." SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. *Law in the Domains of Culture*. The University of Michigan Press.
- COTTERRELL, Roger B.M. "Durkheim on Legal Development and Social Solidarity", 4 *BRIT. J.L. & SOC'Y*, 1977.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980.
- FRIEDMAN, Lawrence. "The Place of Legal Culture and Its Position in the Sociology of Law." FREEMAN, Michael (Ed.). *Law and Sociology*. Oxford University Press, Oxford, 2006.
- HAMMOND, Thomas H.; BONNEAU, Chris W.; SHEENAN, Reginald S. *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*, 2005.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Digireads.com Publishing, 2017.
- HOUSELY, Norman. "European Warfare:, c. 1200-1320." KEEN, Maurice. *Medieval Warfare: A History*. Oxford University Press, Oxford, 1999.

- HYDE, Lewis. *Trickster Makes This World: Mischief, Myth, and Art*. Farrar, Straus and Giroux, New York, 1998.
- MARX, Karl. "On the Jewish Question." *Deutsch-Französische Jahrbücher* (Otoño 1843).
- MORE, Thomas. *Utopia* (trad. de G. Burnet). 1516
- PEIRCE, Charles S. *Philosophical Writings of Peirce*. Dover Publications, 2011.
- JAMES, William. *William James: Writings 1902-1910*. Library of America, 1988.
- DEWEY, John. *Experience and Education*. Free Press, 1997.
- VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation*, 2006.
- WEBER, Max. *Politics as a Vocation*. Isha Books. 2013

LIBROS (EN CITA)

- BLANKENBURG, Ehrhard. "Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Culture." NELKEN, David (Ed.). *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot, 1997, pp. 41–68.
- BOHANNON, Paul. "Conscience Collective and Culture." DURKHEIM, Emile et al. *Essays on Sociology and Philosophy*. New York: Harper & Row, Harper Torchbooks. 1964
- BRACKENRIDGE H. *Modern Chivalry*. 1815
- CHURCHILL, Winston. *A Far Country*. 1914
- CONSTANT, Benjamin. "The Liberty of the Ancients Compared with That of the Moderns," *Political Writings*. 1998
- DERRIDA, Jacques. "Force of law: the metaphysical foundation of authority." CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michael; CARLSON, David (Eds.). *Deconstruction and the Possibility of Justice*. Routledge, 1992.
- ELIOT G. *The Mill on The Floss*, 1860.
- FOUCAULT, Michel. *Discipline and Punishment: The Birth of the Prison* (trad. de Alan Sheridan). Vintage, New York, 1979.
- GOFFMAN, Erving. *The Presentation of the Self in Everyday Life*. Random House, 1959.

- HOLMES, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law*. Barnes and Noble, New York, 2004
- HOWE, Mark D. (Ed.). *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski*, vol. 2, 1953.
- JUNG, Carl. *The Archetypes and the Collective Unconscious*. Princeton University Press, 1969.
- MILLER, William I. "Clint Eastwood and Equity: Popular Culture's Theory of Revenge." SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. *Law in the Domains of Culture*. The University of Michigan Press, 1998.
- NELKEN, David. "Legal Culture." SMITS, Jan M. *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Edward Elgar Publishing Limited, 2006.
- O'BRIEN, David M. (Ed.). *Judges on Judging: Views from the Bench*, 2004.
- PERRAULT, Charles. *The Complete Fairy Tales (Oxford World's Classics)*. Oxford University Press, Oxford, 2010.
- PHILLIPS, D.G. *The Fashionable Adventures of Joshua Craig*, 1909.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Little, Brown, & Co, 1992.
- POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010.
- POST, Robert C.. "On the Popular Image of the Lawyer: Reflections in a Dark Glass." *Faculty Scholarship Series. Paper*, 1987.
- RAWLS, John. *Justice as Fairness: A Restatement*. Belknap Press, Cambridge, MA, 2001.
- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. Random House. New York, 2002.
- SAMUEL, Geoffrey. *A Short Introduction to the Common Law*. Edward Elgar Publishing Limited, 2013.
- SARTRE Jean-Paul. *Being and Nothingness (trad. de H. Barnes)*. 1956.
- SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, 1998.
- SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. 2002.

- SEN, Amartya. "Equality of What?" Tanner Lectures on Human Values, vol. 1. University of Utah Press, Salt Lake City, 1979.
- SHAKESPEARE William. Henry VI, pt. II.
- SHUGERMAN, Jed H.. The People's Courts. Harvard University Press, 2012.
- STONE, Alan. "The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype." LAW & SOC'Y REV, 1985.
- STONE, James V. Bayes' Rule: A Tutorial Introduction to Bayesian Analysis. Lexington, KY, 2013.
- STORING, Herbert J. What the Anti-Federalists Were For: The Political Thought of the Opponents of the Constitution. University of Chicago Press, Chicago, 1981.
- TAYLOR, Charles. Philosophy and the Human Sciences.: Cambridge University Press, Cambridge, 1985.
- WEINREB, Lloyd. Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument. Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

HEMEROGRAFÍA (EN CONSULTA)

- BERKOWITZ, Daniel; CLAY, Karen. "American Civil Law Origins: Implications for State Constitutions." American Law and Economics Review 7 (1), Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 61–84.
- BUTT, Simon; LINDSAY, Tim. "Economic Reform When the Constitution Matters: Indonesia's Constitutional Court and Article 33 of the Constitution." Sydney Law School: Legal Studies Research Paper 09/29, 2009.
- COHEN, Joshua, "Structurae, Choice, and Legitimacy: Locke's Theory of the State," Philosophy and Public Affairs 15 (Otoño 1986), 301-324.
- COOTER, Robert D.; GINSBURG, Tom (2003). Leximetrics: Or Why the Same Laws Are Longer in Some Countries than Others. Working Paper No. LE03-012. Chicago, IL: University of Illinois.
- DRIPPS, Donald A. "Justice Harlan on Criminal Procedure: Two Cheers for the Legal Process School." 3 Ohio St. J. Crim. L., 2005.

- FISCHMAN, Joshua B. "Decision-Making under a Norm of Consensus: A Structural Analysis of Three-Judge Panels." Tufts University, Department of Economics (2 de mayo, 2007).
- HART, Henry M., Jr. "The Supreme Court, 1958 Term: Foreword: The Time Chart of the Justices," 73 Harvard Law Review, 1959.
- KUNSCH, Kelly. Standard of Review (State & Federal): A Primer, 18 Seattle U. L. Rev., 1994.
- MONTENEGRO, Alvaro A.. "Constitutional Design and Economic Performance." Constitutional Political Economy 6, 1995.
- PERELMAN, Chaïm. "The Rational and The Reasonable." En The New Rhetoric and the Humanities. Synthese Library (Studies in Epistemology, Logic, Methodology, and Philosophy of Science), vol 140.: Dordrecht, Springer, 1979.
- TRUBEK, David M. "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism." 1972 WIS. L. REV., 1972, pp. 720–53.
- WEBBER, Jeremy. "Culture, Legal Culture, and Legal Reasoning: A Comment on Nelken." Australian Journal of Legal Philosophy, 2004, pp. 25–36.

HEMEROGRAFÍA (EN CITA)

- BECKER, Gary S. "Reforming Congress: Why Limiting Terms Won't Work." Business Week (6 de Agosto, 1990).
- HAMMONS, Christopher W. "Was James Madison Wrong? Rethinking the American Preference for Short, Framework-Oriented Constitutions." American Political Science Review 93 (4), 1999, pp. 837–49.
- HUNT, Alan. "The Theory of Critical Legal Studies," Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6, No. 1, 1986, pp. 1-45.
- KENNEDY, Duncan. "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology," 36 Journal of Legal Education, 1986.
- KURKCHIYAN, Marina. "Perceptions of Law and Social Order: A Cross-National Comparison of Collective Legal Consciousness." Wisconsin International Law Journal, 2012.

- MINDES, Marvin W.; ACOCK, Alan C.. "Trickster, Hero, Helper: A Report on the Lawyer Image." American Bar Foundation Research Journal, Vol. 7, No. 1 (Invierno, 1982), 1982 pp. 177-233.
- THAYER, James B. "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law," 7 Harvard Law Review 129, 1893, pp. 138-52.
- TSEBELIS, George; NARDI, Dominic J. "A Long Constitution is a (Positively) Bad Constitution: Evidence from OECD Countries." British Journal of Political Science, Vol. 46, 2, 2014.
- VASAK, Karel. "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", UNESCO Courier 30:11, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, París (Noviembre de 1977).
- WALDRON, Jeremy. "Temperamental Justice." New York Review of Books (10 de mayo, 2007).

PÁGINAS WEB

- ROBERTS, John G. "2006 Year-End Report on the Federal Judiciary." 2006, consultable en www.supremecourtus.gov/publicinfo/year-end/2006year-endreport.pdf.