



Ética y legitimidad judicial



Martín F. Böhmer
Carlos De la Rosa Xochitiotzi
Coordinadores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

ÉTICA Y LEGITIMIDAD JUDICIAL

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)
y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

ÉTICA Y LEGITIMIDAD JUDICIAL

Martín F. Böhmer y Carlos De la Rosa Xochitiotzi
Coordinadores



tirant lo blanch
Ciudad de México, 2024

Copyright © 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© Martín F. Böhmer
Carlos De la Rosa Xochitiotzi

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc
06100 Ciudad de México
Telf.: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1071-528-8
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Presidenta

Primera Sala

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo

Presidente

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat

Ministra Loretta Ortiz Ahlf

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

Segunda Sala

Ministro Alberto Pérez Dayán

Presidente

Ministra Lenia Batres Guadarrama

Ministra Yasmín Esquivel Mossa

Ministro Javier Laynez Potisek

Ministro Luis María Aguilar Morales

**Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Alejandra Martínez Verástegui

Directora General

Índice

Presentación	XI
Martín F. Böhmer	
Carlos De la Rosa Xochitiotzi	

Prólogo. La legitimidad de las Cortes.....	XVII
Roberto Saba	

PRIMERA PARTE

La construcción de legitimidad del Poder Judicial y la ética de las profesiones del derecho	3
Martín F. Böhmer	

¿Qué significa ser un abogado “ético”? Una conversación pendiente en la profesión jurídica	29
Sergio Iván Anzola Rodríguez	

La relevancia de la ética del carácter para la argumentación judicial....	55
Amalia Amaya Navarro	

SEGUNDA PARTE

La fragmentación social de la justicia o de por qué la justicia estatal no atiende por igual a todos los grupos sociales	101
Diego López Medina	
Lenguaje claro, ética y legitimidad	149
Silvia Iacopetti	
De la disuasión a la construcción de legitimidad: algunas reflexiones sobre la cultura de la legalidad desde una perspectiva interdisciplinaria	171
José Nesis	
Legitimidad, percepción de justicia y justicia penal oral: una primera aproximación empírica en México	201
Carlos De la Rosa Xochitiotzi	
Magistratura sobre la arena. Presupuestos institucionales de la independencia judicial	241
Alberto Nanzer	

Presentación

Martín F. Böhmer

Carlos De la Rosa Xochitiotzi

En 2023, el Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación inauguró una agenda de investigación en materia de ética y legitimidad judicial; lo hizo en el entendido de que uno de los mayores desafíos de las democracias liberales y constitucionales contemporáneas es la consolidación de la legitimidad de los poderes judiciales. En especial, la legitimidad de los poderes judiciales en Latinoamérica ha sido duramente cuestionada en fechas recientes.

Lo anterior es relevante, entre otras cosas, porque el éxito del sistema de justicia está supeditado a que las personas estén dispuestas a entregar a las autoridades la gestión de sus conflictos, y ello depende, en gran medida, de la confianza que éstas merezcan. La mayor parte del sistema de justicia trabaja a pedido de parte, y si la gente no concurre a los estrados judiciales a solucionar sus conflictos, éstos no se resuelven de acuerdo con las decisiones de la democracia o con el derecho, sino por otros medios. Al respecto, Latinoamérica se ha caracterizado por tener un déficit histórico en los niveles de percepción de legitimidad de las autoridades judiciales, lo que impacta negativamente en la calidad de la justicia y la pacificación social.

En este contexto, es urgente preguntarnos cómo construir legitimidad judicial y, en específico, cómo pueden los profesionales del derecho contribuir a este propósito. Desde el ámbito institucional, los poderes judiciales se

encuentran frente al reto de diseñar e implementar políticas que promuevan su credibilidad. No obstante, también en el ámbito individual, los operadores jurídicos tienen la responsabilidad de responder a las expectativas sociales y abonar a la legitimidad de su función por medio de una actuación ética, eficaz y sensible.

La investigación ha establecido que la legitimidad de las autoridades es un fenómeno multifactorial. En ese sentido, esta obra tiene el propósito de ofrecer una serie de textos que estudian el estrecho vínculo que existe entre la conducta de los operadores y la legitimidad de los poderes judiciales en los que trabajan. La publicación contiene diversos trabajos de tipo teórico, interdisciplinario y empírico con el fin de presentar al lector una visión integral de las distintas dimensiones de la ética y la legitimidad judicial. El libro se conforma de dos partes, una primera sección que contiene textos principalmente abocados al análisis filosófico y teórico de la ética profesional y judicial, y una segunda sección dedicada a la mejor comprensión de la legitimidad de los poderes judiciales desde una perspectiva interdisciplinaria y empírica.

El libro comienza con un prólogo realizado por Roberto Saba que presenta una introducción panorámica sobre los grandes debates teóricos en torno a la legitimidad de las cortes. Este planteamiento inicial, que abona a contextualizar toda la obra, continúa con un análisis minucioso del papel de los profesionales del derecho en la construcción de la legitimidad del Poder Judicial, realizado por Martín Böhmer. El siguiente texto, de Sergio Iván Anzola Rodríguez, presenta las reflexiones ausentes en la formación ética de los profesionales del derecho y sus costos en la legitimidad del sistema de justicia. La primera parte del libro cierra con un texto de Amalia Amaya, quien explica con detalle la concepción filosófica de la ética de la virtud y su vinculación con la función judicial.

La segunda sección del libro inicia con un análisis sociológico de Diego López Medina sobre el papel de los poderes judiciales en la gestión de los conflictos sociales. Enseguida, el texto de Silvia Iacopetti desarrolla la relevancia de

la claridad en el lenguaje para la legitimidad judicial. Después, José Nesis presenta en un solo texto el amplio panorama de los estudios multidisciplinarios que han indagado en el fenómeno del cumplimiento del derecho. Luego, el texto de Carlos De la Rosa presenta los principales hallazgos de un estudio empírico sobre la percepción de justicia y legitimidad de personas imputadas en el contexto de los procesos penales orales en Ciudad de México. Finalmente, Alberto Nanzer ofrece una reflexión exhaustiva sobre los desafíos actuales de la independencia judicial.

Cabe destacar que la mayoría de los autores forman parte de la Red de Ética y Legitimidad Judicial, una agrupación de personas académicas integrada en el marco del CEC, cuyas investigaciones están enfocadas en la comprensión de la ética de las profesiones legales y la legitimidad de las instituciones públicas. La diversidad de los autores provenientes de México, Argentina, Colombia y España también abona a la fortaleza de la obra y confirma la preocupación compartida en la región sobre los desafíos de los poderes judiciales.

Los coordinadores de esta obra pretendemos que sea un punto de partida para una conversación urgente en la región. Esperamos que las valiosas colaboraciones contenidas en este volumen puedan ser conocidas y estudiadas por otras personas académicas, profesionales y estudiantes de derecho, así como otras personas interesadas en la justicia en México y en Latinoamérica. Lo hacemos con el fin de aportar ideas para desarrollar políticas y prácticas que puedan abonar a la credibilidad de nuestras instituciones de justicia y contribuir al fortalecimiento de los Estados constitucionales contemporáneos.

Prólogo.

La legitimidad de las Cortes

Roberto Saba*

* Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; máster en Derecho (LLM) y doctor en Leyes (JSD) por la Universidad de Yale. Colabora como investigador aliado del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Algunos de los críticos de la democracia constitucional sostienen que ésta es un sistema político que encierra una paradoja, una contradicción interna insalvable. Las dos palabras que definen este régimen darían cuenta de esa tensión. Por un lado, la democracia como expresión de autogobierno. Por el otro, la constitución como un conjunto de “cuestiones” que están excluidas del menú de decisiones que el pueblo autogobernado puede tomar, al menos por medio de los procedimientos democráticos en momentos corrientes, para usar el concepto acuñado por Bruce Ackerman.¹ Este ámbito, sobre el que la mayoría no puede decidir, es el que tan gráficamente definió Ernesto Garzón Valdez como “coto vedado”.² Generalmente, esas cuestiones excluidas del ámbito de decisión política mayoritaria y que operan como límite al autogobierno incluyen la organización del poder, las reglas del proceso de toma de decisiones y los derechos reconocidos a las personas.

Diferentes teorías constitucionales ofrecen razones diversas para justificar ese límite y llenarlo de contenido. Por ejemplo, mientras que para unos el límite está dado por los principios de justicia y los derechos humanos entendidos

¹ Ackerman, Bruce, *We the People*, Belknap Press, 1991.

² Garzón Valdez, Ernesto, “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, *Doxa*, 1989, p. 209.

como ideales universales y prepolíticos,³ para otros es el producto de un acuerdo que podríamos denominar constitucional o supralegal.⁴ Incluso aquellas posturas que defienden una visión de la democracia radical,⁵ como es el caso de la teoría de la democracia deliberativa,⁶ por ejemplo, y que, en principio, rechazan la idea de un límite “externo” a la política (como el que se desprende de un ideal de justicia o el que surge de un acuerdo constitucional que por definición siempre será anterior a la decisión de autogobierno y generalmente un convenio entre personas que ya no viven), aceptan una noción de límite asociado a las precondiciones del autogobierno. Esos presupuestos surgen del mismo ideal de autodeterminación popular, como la igualdad en la participación política de la que será expresión, por ejemplo, la regla de “una persona, un voto”.

Los detractores de la democracia constitucional que señalan su carácter paradójico impugnan las tres tesis, pero sobre todo las dos primeras, y rechazan la noción de límite por ser incompatible con el ideal de autogobierno. De este modo, afirmarán que a) si el pueblo está limitado por principios de justicia entonces no decide libremente y, por lo tanto, no se autogobierna en un sentido pleno, o b) si el pueblo está sometido a acuerdos pasados, generalmente contraídos por sus ancestros, entonces la comunidad —de aquellos que están hoy vivos— está sometida a la voluntad de sus antepasados y no practica el autogobierno en toda su extensión.⁷

En el caso particular de la tercera tesis, la que concibe al límite al autogobierno como aquel que incluye las precondiciones sin las cuales éste no podría

³ Owen Fiss, “Human Rights as Social Ideals”, en Hesse, Carla y Post, Robert (eds.), *Human Rights in Political Transitions: Gettysburg to Bosnia*, New York, Zone Books, 1999.

⁴ Estas decisiones son tomadas en lo que Bruce Ackerman llama “momentos constitucionales”. Véase Ackerman, Bruce, *op. cit.*

⁵ Ely, John H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

⁶ Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.

⁷ Véase Holmes, Stephen, “Precommitment and the Paradox of Democracy”, en Elster, Jon y Slagstaad, Rune (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 2012, capítulo 7.

tener lugar, se argumenta que aquellas constituyen o son una condición necesaria del autogobierno. Por ejemplo, sería inadmisibles que las decisiones mayoritarias se tomaran luego de proscribir a un grupo, pues en ese caso el pueblo no sería el que estaría decidiendo, sino sólo una porción de él. Para esta perspectiva, el límite a la decisión mayoritaria es parte constitutiva del autogobierno. Sin embargo, ese límite procedimental no se corresponde con aquellas cuestiones que generalmente incluyen las constituciones, que comprenden muchas otras limitaciones a la libertad de decidir del pueblo. Incluso en materia de derechos, la visión del límite como precondiciones de la democracia sólo admitiría un número muy reducido de ellos —por ejemplo, igualdad ante la ley, igualdad política y derecho al voto, libertad de expresión— y excluiría a aquellos que generalmente identifican quienes los ven como ideales o valores prepolíticos o quienes los identifican por medio de acuerdos constitucionales, por ejemplo, los derechos sociales.⁸

Esta aparente paradoja ha motivado un amplio y rico debate en la teoría constitucional que se remonta a los intercambios políticos previos a la sanción de la Constitución de los Estados Unidos o de otros países del mundo con normas similares y que continúa en el presente.⁹ Grandes constitucionalistas y políticos de los siglos XIX al XXI identificados con una visión radical de la democracia han intentado demostrar la existencia de la paradoja para impedir el establecimiento —o negar la validez— del límite constitucional o, al menos, reducirlo a la mínima expresión posible. Otros, en cambio, han tratado de demostrar que la paradoja no existe y que es posible justificar la coexistencia del autogobierno con su límite. Este debate gira en torno a una supuesta tensión interna en el diseño de la democracia constitucional. Sin

⁸ Es posible proponer una visión de los derechos sociales como precondición del autogobierno, como, por ejemplo, el derecho a la educación o a la salud como prerrequisito para la participación política, pero incluso esta noción de derechos sociales debería estar muy circunscripta a un tipo de ejercicio de esos derechos directamente asociado al ejercicio de la ciudadanía para el autogobierno, como sugiere la Corte Suprema de los Estados Unidos en algunos casos de acceso a la educación como sucede en *Plyler vs. Doe*, 457 U.S. 202, 1982.

⁹ Sobre la tensión entre las posiciones de Jefferson y Paine, por un lado, y la de Madison, por el otro, véase Holmes, Stephen, *op. cit.*, capítulo 7.

embargo, el autogobierno democrático y el límite constitucional conforman lo que Carlos Nino ha llamado “un matrimonio difícil”, pero no imposible.¹⁰ Las tres tesis paradigmáticas acerca de la justificación y contenido del límite constitucional al autogobierno que presenté son intentos de demostrar que esa relación puede no constituir una paradoja. Cada una de ellas, no obstante, supone una cierta concepción de democracia y, por supuesto, una particular y consistente noción de constitución.

La tensión teórica que parece existir entre el ideal de autogobierno y la concepción de constitución como límite a la autodeterminación del pueblo que decide por medio de la regla de mayoría se traslada a las instituciones que encarnan ambos componentes de este régimen político. Por un lado, la democracia se ve institucionalmente expresada, generalmente, en los poderes Legislativo y Ejecutivo, mientras que el límite constitucional será decidido por un órgano diferente y específico —como, por ejemplo, una Asamblea Constituyente o por el mismo Parlamento, a veces en combinación con otros órganos— a través de procedimientos complejos y exigentes en materia de construcción de acuerdos, siempre diferentes a los exigidos para sancionar leyes.

Por otra parte, en la mayoría de las democracias constitucionales se les reconoce a las personas juzgadoras —a todas ellas o a un tribunal específico— la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una decisión tomada por los órganos democráticos de gobierno cuando ésta contradice el mandato constitucional. La tensión teórica entre el autogobierno y su límite constitucional que conduciría, según vimos, a la aparente existencia de una paradoja se traslada y emerge como una tensión entre las instituciones de la democracia constitucional como, por ejemplo, entre el Parlamento y la Asamblea Constituyente, cuando ambos cuerpos dicen expresar la voluntad del pueblo habiendo tomado decisiones contradictorias. Algo similar, aunque no idéntico, sucede entre los poderes políticos, por un lado, y los tribunales que ejercen el

¹⁰ Nino, Carlos S., *op. cit.*, pp. 1-2.

control de constitucionalidad, por otro, en el caso de que la constitución sea concebida como la expresión de un acuerdo. Así, los primeros alegarán que son ellos los que expresan la voluntad popular, mientras que los segundos sostendrán que son ellos los que velan por la preservación de la voluntad (constitucional) del pueblo que opera como límite al poder de decisión de los órganos democráticos de gobierno o las mayorías coyunturales, incluso de mayorías muy extendidas.

En este sentido, la tensión entre los poderes políticos y los tribunales presentaría un cierto paralelismo con la tensión institucional que se da entre las legislaturas y las asambleas constituyentes. Si bien las personas juzgadoras no representan al pueblo en un sentido estricto, por no ser elegidas por éste, su papel de guardianes del límite constitucional, y en caso de que ese límite sea concebido como expresión de voluntad (constitucional) popular, éstos podrían argumentar que, a pesar de no haber sido elegidos por medio del voto, tienen la responsabilidad de velar por el respeto de esa voluntad pasada y suprema a la que llamamos voluntad constitucional.¹¹ Sin embargo, si la constitución es concebida como expresión de ideales valorativos universales y prepolíticos, como el ideal de justicia o los ideales que subyacen a los derechos humanos, entonces la tensión institucional no girará en torno a quién expresa la verdadera voluntad del pueblo, sino a la justificación de la imposición moral de esos ideales a las mayorías democráticas que deben someterse a ellos.¹² Finalmente, si la Constitución es concebida como un conjunto de precondiciones del autogobierno, entonces la tensión parecería disiparse en la medida en que los jueces y juezas se limiten a velar por el respeto de esas precondiciones, pero únicamente eso, comportándose como árbitros de un juego en el que sólo apliquen sus reglas sin involucrarse en él,¹³ pero el problema surgiría con aquellos contenidos constitucionales que exceden las reglas del proceso democrático de toma de decisiones.

¹¹ Ackerman, Bruce, *op. cit.*

¹² Fiss, Owen, *op. cit.*

¹³ Ely, John H., *op. cit.*

En cualquier caso, aquella aparente paradoja entre autogobierno y límite constitucional se convierte en términos institucionales en una tensión política entre los representantes del pueblo y los jueces y juezas constitucionales a la que Alexander Bickel se refiere como “dificultad contramayoritaria”.¹⁴ La superación de esta última tensión se ha convertido desde hace ya casi siete décadas en el centro del debate de la teoría constitucional y de la discusión política. Por ello, si el proyecto es disipar o reducir esa tensión, será necesario responder dos preguntas en orden lexicográfico. En primer lugar, por qué estaría justificado facultar a las personas juzgadoras para ejercer el control de constitucionalidad y, de este modo, operar como última muralla de defensa del límite constitucional (entendido como imperativo moral, o como decisión popular, o como precondition del autogobierno). Luego, si creemos que podemos dar una respuesta plausible a esta primera pregunta, debemos plantearnos cuál debería ser el alcance de ese control, que estará determinado por la concepción que se defiende de constitución (como imperativo moral, o como decisión popular constitucional, o como precondition del autogobierno). Por otro lado, estas dos preguntas, que por motivos de exposición propongo responder lexicográficamente, no pueden contestarse necesariamente en orden consecutivo, pues la respuesta a la segunda pregunta determinará qué postura se asume respecto de la primera acerca de por qué las personas juzgadoras serían las encargadas de controlar la constitucionalidad de las leyes. El por qué y el cómo se entrelazan e influyen mutuamente.

A la complejidad derivada de las tensiones teóricas e institucionales mencionadas, se suma una más: la derivada del hecho de que la constitución no es sólo un texto. El texto de la constitución es el punto de partida de una práctica social que construye y desarrolla el contenido de ese límite constitucional. Esa práctica involucra tanto a la sociedad civil, que brega por el respeto de sus derechos, a los poderes políticos, que toman decisiones sobre la base del respeto de esos derechos, y a las personas juzgadoras, que adjudican casos a partir de lo establecido en el texto constitucional. Todos ellos, para hacer sus

¹⁴ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.

contribuciones a la práctica, deben interpretar ese texto y, para ello, deben partir de alguna teoría interpretativa que guíe sus decisiones acerca de qué significado asignarle a ese texto. En el caso específico de los jueces y juezas, cuando poseen la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, la cual no puede ejercerse sin recurrir a la interpretación del texto constitucional, ésta está gobernada por aquellas teorías interpretativas.

Estas teorías están a su vez determinadas por concepciones de la democracia y concepciones del derecho. Por ejemplo, los demócratas radicales probablemente argumenten que la teoría interpretativa que mejor se ajusta a su concepción política es la que obliga a las personas juzgadoras a incorporar a su trabajo de asignar un significado al texto constitucional las visiones que son defendidas por los movimientos sociales o la voluntad mayoritaria. Desde esta perspectiva, algunos incluso propondrán la elección popular de los jueces y juezas constitucionales. Quienes conciban al derecho como integridad propondrán una interpretación constitucional constructiva guiada, por ejemplo, por una práctica inspirada en la metáfora dworkiniana de la novela encadenada.¹⁵ Quienes creen que el acto de interpretar es un mero ejercicio de poder, probablemente reconocerán un amplio margen de discreción a los jueces y juezas, siendo el momento y modo de su designación una instancia crucial de ejercicio de poder que moldeará el significado de la constitución y por ello reclaman mayor participación popular en esas instancias.

Volvamos sobre la primera de las dos preguntas propuestas: ¿por qué las personas juzgadoras deberían ser las encargadas de velar por el límite constitucional al autogobierno? Esta interrogante tiene directa relación con el tema de este libro, que es el de la legitimidad del Poder Judicial, sobre todo cuando los tribunales tienen el poder de ordenar la no aplicación de las decisiones tomadas por las mayorías en el marco de una democracia constitucional. La respuesta a ese interrogante, por su parte, se enlaza con el modo en que la teoría constitucional resuelva la aparente paradoja entre el autogobierno y su

¹⁵ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

límite a la que me referí más arriba, así como la forma en que se desanude la cuestión interpretativa. Además, estas respuestas sobre la legitimidad de los jueces y juezas constitucionales sientan las bases de una ética judicial, que es el otro gran tema de este volumen.

Podemos ensayar tres posibles respuestas a la pregunta acerca de por qué las cortes deberían ejercer el poder de velar por la constitucionalidad de las leyes. En primer lugar, podría argumentarse que la justificación para asignarles esa responsabilidad radica en la idoneidad técnica de sus integrantes; sin embargo, esta tesis resulta insuficiente en muchos sentidos. En la mayoría de las democracias constitucionales, los jueces y juezas constitucionales son abogados, pero no siempre. Por ejemplo, en algunos tribunales constitucionales esa formación no es un requisito para convertirse en miembro (como sucede en Alemania, Austria, la República Checa o Suecia). Es correcto afirmar que resolver cuestiones jurídicas requiere de un cierto tipo de conocimiento específico y habilidades determinadas, pero ellas no se relacionan exclusivamente con la formación como abogado. Por otra parte, también es cierto que poseer ese conocimiento técnico no asegura como resultado el correcto ejercicio de la función. El conocimiento técnico podría ser una condición necesaria pero no suficiente que debe estar acompañada por otras razones para justificar la asignación de la responsabilidad de adjudicación constitucional a los jueces y juezas.

Finalmente, también es preciso definir qué es lo que se entiende por “conocimiento técnico”, pues no alcanza con conocer las leyes para poder desempeñar esa función, sobre todo si partimos de la base de que la constitución no es sólo el texto en el que se expresa, sino una práctica social compleja que requiere de otros conocimientos y habilidades para participar de ella. Podría afirmarse, por ejemplo, que también es parte del conocimiento técnico de la persona juzgadora el saber cómo llevar a cabo la “práctica de juzgar”, que va más allá de hacer ejercicios de deducción silogística y que es parte de una profesión que tiene reglas a las que el juez se somete y que en consecuencia lo limitan. Esa práctica tiene ciertas características de las que se desprende también una ética, como veremos seguidamente.

Un segundo argumento dirigido a justificar por qué los jueces y juezas deberían desarrollar la función de velar por la constitucionalidad de las leyes se relaciona con la noción de independencia del poder político, que en un sistema democrático es generalmente el poder de las mayorías. Si la democracia constitucional es ese régimen político de autogobierno ciudadano en el que el pueblo decide por regla de mayoría, pero en el que también se encuentra limitado por lo establecido en la constitución (sea ella entendida como expresión de ideales de justicia, decisión popular o precondition del autogobierno democrático), entonces aquellos que apliquen y velen por ese límite deben ser independientes de esas mayorías a las que controlarán constitucionalmente. Este argumento es el que generalmente se esgrime para impugnar el proyecto de elegir popularmente a los jueces y juezas que ejercen el control de constitucionalidad, pues si estos funcionarios dependen de la voluntad popular para llegar o permanecer en sus puestos, tendrán un enorme incentivo en reflejar en sus decisiones la voluntad de las mayorías en lugar de limitar esa voluntad cuando contradice la constitución.

También es cierto, sin embargo, que los jueces y juezas constitucionales no pueden decidir como si no hubiera un contexto en el que su práctica se inscribe, pues la interpretación constitucional como práctica colectiva también incluye la perspectiva que la propia sociedad tiene de sus acuerdos o contenidos constitucionales. Los movimientos sociales, por ejemplo, han contribuido a “informar” el proceso de toma de decisiones judicial como ha sucedido con el movimiento de los derechos civiles en Estados Unidos en las décadas de 1950 y 1960 en torno a la aplicación de la Enmienda XIV sobre igualdad ante la ley o el movimiento de igualdad de género o el LGBTIQ+ sobre ese mismo principio en muchos países, sobre todo desde la década de 1960. También es preciso señalar que esa noción de independencia que parece subyacer a la justificación del papel de las personas juzgadoras para ejercer su función como guardianes de la constitución incluye la independencia de los factores de poder e incluso la independencia de sus propios criterios o preferencias personales e individuales, lo que se relaciona con la noción de imparcialidad que veremos en los siguientes párrafos.

Finalmente, y en tercer lugar, la otra posible justificación de la asignación a los jueces y juezas de la facultad de juzgar constitucionalmente las decisiones democráticas se refiere al hecho de que éstas se toman en el marco de un proceso judicial que responde a una cierta “gramática” que tiene sus reglas. En una democracia, los representantes del pueblo que integran los poderes Legislativo y Ejecutivo reciben su legitimidad a través del voto popular. Sus mandatos tienen un tiempo limitado y relativamente corto, lo que los obliga a renovar esa legitimidad periódicamente en cada elección en la que se expresa la voluntad de la ciudadanía. En las democracias constitucionales, las decisiones de esos órganos políticos de gobierno deben someterse a los mandatos de la constitución. En los regímenes que cuentan con un sistema de control judicial de constitucionalidad, son los jueces y juezas, y en última instancia las Supremas Cortes o las Cortes Constitucionales, las que deben velar por el respeto de aquellos mandatos.

Como sostuve más arriba, entiendo entonces que resulta lógico, aunque hay opiniones en contrario, que al recaer en estos funcionarios la facultad de controlar la voluntad de las mayorías, no sean ellos mismos elegidos por medio del voto popular, de lo contrario sería muy improbable que desempeñen su labor independientemente de la voluntad de las mayorías a las que deben controlar. Las personas juzgadoras, a diferencia de los integrantes de los poderes políticos, cuentan con una legitimidad de origen derivada del hecho de que han sido elegidas por órganos que han sido electos por el pueblo (por ejemplo, son nominados por el presidente y aprobados sus pliegos por una de las Cámaras del Congreso), pero su autoridad no proviene de ser el reflejo de la voluntad popular. Esta situación es aún más crítica cuando, como sucede en muchos países, los mandatos de los magistrados son temporalmente prolongados o incluso vitalicios. Surge así una cuestión central en el debate sobre la justificación del control judicial de constitucionalidad, la que se refiere a la fuente de legitimidad de los jueces y juezas constitucionales y en, particular, el origen de la autoridad que poseen para impugnar las decisiones que democráticamente toma la mayoría del pueblo por medio de sus representantes. Si no cuentan con la legitimidad derivada de haber sido elegidos por la voluntad popular, ¿de dónde surge y cómo se construye su

propia legitimidad? Podemos encontrar algunas pistas para responder esta pregunta en una audiencia pública que tuvo lugar en los estrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 2022.

En 1973, ese tribunal decidió el famoso caso *Roe vs. Wade*,¹⁶ en el que estableció el reconocimiento del derecho constitucional de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo. También indicó la imposibilidad de que los Estados de la Unión prohíban ese procedimiento antes del momento en que el feto fuera viable, lo que en la actualidad se entiende que sucede a las 23 semanas. Casi 50 años más tarde, esa Corte Suprema aceptó considerar un caso en el que se debatía la constitucionalidad de una ley del estado de Mississippi que prohibía la realización de abortos después de la semana 15 de embarazo. La declaración de inconstitucionalidad de esa ley por el tribunal, que tendría lugar en julio de 2023, revirtió el precedente de *Roe* luego de medio siglo de vigencia.

Previamente a esa decisión, el 1 de diciembre de 2022 tuvo lugar la audiencia pública en la que las partes de ese pleito se sometieron, como es práctica en ese sistema, al interrogatorio de los miembros de la Corte. A través del intercambio entre los jueces y juezas con los representantes del estado y de la demanda, fue posible implicar por dónde pasarían unos meses más tarde los principales argumentos que los magistrados volcarían en la sentencia. La Corte Suprema de los Estados Unidos está conformada por nueve personas, seis de las cuales son identificadas por los analistas con un pensamiento conservador, mientras que las tres restantes se alinean con ideas liberales. De acuerdo con lo que sucedió en la audiencia, los primeros parecían compartir la visión de que la ley de Mississippi debía ser declarada constitucional, como finalmente sucedió, haciendo que la doctrina establecida en *Roe* resultara seriamente limitada o parcialmente revertida.

Si bien este caso fue de suma importancia por la materia de fondo—el derecho de la mujer a decidir la realización de un aborto—, fue también interesante

¹⁶ 410 U.S. 113 (1973).

porque la decisión a la que llegaría la Corte podría contribuir a cimentar su legitimidad o a provocarle un severo daño, quizá irreversible. El debate acerca del impacto de esta decisión sobre la futura legitimidad del tribunal y la confianza que la ciudadanía tenga en él fue uno de los temas centrales de la audiencia y constituyó una fuente generosa de argumentos para pensar sobre la legitimidad de los tribunales constitucionales en el derecho constitucional comparado. Por lo anterior, propongo que analicemos este caso a la luz de la pregunta que planteé antes: ¿cuál es la fuente de legitimidad de la autoridad de los jueces y juezas constitucionales?

Una posible respuesta a esta pregunta, en el sentido del tercer argumento que estoy presentando aquí, es que los tribunales constitucionales construyen su legitimidad a partir del hecho de que sus decisiones estén basadas en razones públicas, en el sentido de que estén fundadas en razones universalizables y que no estén motivadas en las preferencias personales —políticas, religiosas o filosóficas— de los miembros del tribunal. Además, esas decisiones deben ser percibidas como tales por la ciudadanía. Respecto de esta percepción, los datos de contexto histórico cuentan —y mucho—. Durante el gobierno de Donald Trump, tres jueces ultraconservadores fueron designados en la Corte Suprema: Neil Gorsuch (2017), Brett Kavanaugh (2018) y Amy Coney Barrett (2020). Algunos analistas entienden que esas nominaciones tuvieron por objeto justamente lograr la eventual reversión de la jurisprudencia de *Roe*. A partir de este dato histórico y ante una eventual decisión a favor de la constitucionalidad de la ley de Mississippi, la jueza Sonia Sotomayor se preguntó en la audiencia del 1 de diciembre si cambiar radicalmente lo sostenido en el precedente de 1973 inmediatamente después de producidas esas designaciones no dañaría la legitimidad de la Corte. La jueza, designada por Barak Obama en 2009, expresó su preocupación acerca de la posibilidad de que la institución de la que forma parte no sobreviva al hecho de que una decisión de ese tipo en ese momento generaría la percepción pública de que la constitución y su interpretación “no son más que actos políticos”. Es interesante la relación que la jueza traza entre la legitimidad de la Corte y la apariencia de imparcialidad que sus integrantes deben mantener en cada decisión que toman. Si la legitimidad del tribunal se apoya casi exclusiva-

mente en la confianza de la ciudadanía de que sus decisiones serán siempre algo diferente a un mero acto político, cualquier movimiento en la dirección contraria socavaría su autoridad, quizá de un modo irreversible.

En 1992, la Corte Suprema había decidido el caso *Casey*,¹⁷ cuyos hechos eran similares a los de *Roe*. En aquel entonces, el tribunal se encontraba también dominado por una mayoría conservadora que pudo haber revertido la jurisprudencia de *Roe* si se hubiera guiado por su preferencias morales, religiosas o políticas, pero no lo hicieron justamente porque eran conscientes de los riesgos que implicaba para la legitimidad del tribunal contradecir una doctrina tan “reciente”, luego de pasados sólo 19 años. La mayoría en *Casey* entendió, y lo hizo explícito en la sentencia, que rechazar lo sostenido en *Roe* sin que existiera una razón más convincente que permitiera volver a examinar una decisión tan decisiva “subvertiría la legitimidad de la Corte”. El juez Breyer, designado por Bill Clinton en 1994, cuando intervino en la audiencia del 1 de diciembre, recurrió a esta misma cita del fallo *Casey* para demostrar que lo que estaba en juego en el caso de la ley de Mississippi era la propia autoridad de la Corte Suprema, cuya legitimidad resultaría socavada por la sospecha de que la decisión de modificar lo afirmado en *Roe*, en este particular contexto histórico luego de las tres designaciones recientes en la Corte por un mismo Presidente, sería percibido como una decisión política y no como una decisión basada en principios. Breyer afirmó con claridad que “es particularmente importante mostrar que cuando revertimos un precedente lo hacemos sobre la base de principios y no como consecuencia de la presión social o la presión política”.

Lo expresado en la audiencia del caso de la ley de Mississippi, al igual que en su momento en la sentencia del caso *Casey*, nos ofrece un claro ejemplo del modo en que un tribunal constitucional puede construir su propia legitimidad o socavarla. Los jueces y juezas constitucionales, cada vez que deciden un caso, además de dirimir una controversia entre las partes, realizan un

¹⁷ 505 U.S. 833 (1992).

aporte particular al fortalecimiento de su propia autoridad como tribunal, una autoridad que se apoya sobre el delicado equilibrio creado por la calidad de sus argumentos y razones. La legitimidad de los jueces y juezas constitucionales se basa fundamentalmente en dos cuestiones que deben tener en cuenta si no quieren imponerle a la institución de la que forman parte, en palabras de Sotomayor, un “dilema existencial”. Por un lado, y más allá de que claramente siempre habrá discrepancias en torno a cómo debería ser leída la constitución, las razones en las que se funde una cierta interpretación de la norma fundamental deben ser razones públicas basadas en principios y no meras preferencias personales, políticas, religiosas o de otro tipo, de las propias personas juzgadoras. Por otro lado, debe ser una preocupación central de los magistrados que sus decisiones no sean *percibidas* por la ciudadanía como la expresión de preferencias personales, de la presión de la opinión pública, de actores de la política o de factores de poder.

Es fundamental para la construcción y la preservación de la legitimidad del tribunal que sus decisiones, equivocadas o no, jamás sean percibidas como parciales, sesgadas o interesadas. Una institución de la democracia, como los tribunales constitucionales, que no basan su autoridad y legitimidad en la elección popular de sus miembros, sólo cuenta con el delicado material compuesto por sus argumentos y sus razones para defender su autoridad frente a las críticas de quienes no creen que existan fundamentos para el ejercicio del control que ejercen sobre las decisiones mayoritarias. Si un tribunal pierde la autoridad que le dan las razones que esgrime, pierde todo aquello que le da sustento y no tendrá futuro, como tampoco tendrán futuro las garantías y derechos constitucionales de los cuales es su último garante.

La práctica de juzgar en el sentido hasta aquí desarrollado supone una cierta noción de imparcialidad o neutralidad, en el sentido que Dworkin o Rawls las definen.¹⁸ Pero esa imparcialidad, fundamental para construir la legitimidad de las Cortes, debe ser tanto real como aparente. La Corte Interamericana de

¹⁸ Dworkin, Ronald, *op. cit.*; Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

Derechos Humanos, por ejemplo, ha sostenido que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos y que, por lo tanto, no sólo debe hacerse justicia, sino que también debe parecer que se hace.¹⁹ De este modo, el tribunal estadounidense ha adoptado una postura equivalente a la de otras cortes nacionales e internacionales que han desarrollado la denominada doctrina de la *apariencia de imparcialidad*.

El derecho al debido proceso que reconocen las democracias liberales consiste en asegurarle a toda persona que será tratada por el Estado, y en particular por las personas juzgadoras, de modo tal que no pese sobre ella ningún trato que pueda considerarse desigual o arbitrario en el proceso de aplicación de la ley. Los derechos de debido proceso y de igualdad de trato, siendo este segundo principio precondition del primero, comprenden no sólo el respeto cierto del principio de independencia y neutralidad del magistrado, sino que también imponen la *expectativa* de que la decisión que se tome sea respetuosa de la igualdad ante la ley. El derecho al debido proceso supone que el justiciable reconozca en el juez una autoridad a la que le asigna legitimidad subjetiva, en el sentido de que no sólo sea objetivamente la autoridad competente, sino que las partes le reconozcan legitimidad.²⁰

En un sentido similar se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 60 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En los casos *Piersack vs. Bélgica*²¹ y *Cubber vs. Bélgica*,²² sostuvo que existe una serie de garantías que está obligado a brindar al justiciable con base en la función judicial que desempeña, aludiendo a una noción de imparcialidad que luego retoma en el caso *Kyprianou vs. Chipre*²³ y que se vincula a la doctrina de la *apariencia de imparcialidad* que deben asegurar los tribunales y que surge también en la decisión *Delcourt vs. Bélgica*.²⁴ El

¹⁹ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 170.

²⁰ Saba, Roberto, *Laicidad y símbolos religiosos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013.

²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Christian Piersack vs. Bélgica*. 1 de octubre de 1982.

²² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Albert de Cubber vs. Bélgica*. 26 de octubre de 1984.

²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Michalakis Kyprianou vs. Chipre*. 27 de enero de 2004.

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Emile Delcourt vs. Bélgica*. 17 de enero de 1970.

Tribunal Europeo afirma que esa apariencia de imparcialidad es relevante para asegurar al justiciable su confianza en los tribunales sobre la base de la convicción de que éstos no deben sólo hacer justicia, sino que también deben buscar que las partes que llevan sus casos ante los estrados de los tribunales deben *considerar* que se ha hecho justicia. El Tribunal expresa en *Piersack* que la necesaria confianza que los ciudadanos deben tener en sus jueces y juezas es parte de la garantía de imparcialidad de los decisores judiciales.

Esta relación entre confianza en los tribunales por parte de los justiciables y la noción de imparcialidad de las primeras surge también en el caso *Cubber*. Más tarde, en el caso *Hauschildt vs. Dinamarca*,²⁵ el Tribunal Europeo sostuvo que el juicio sobre la imparcialidad del juzgador no debe realizarse en abstracto, sino que es necesario que la expectativa de imparcialidad pueda extraerse a partir de indicadores objetivos. El Tribunal retoma la doctrina de la apariencia de imparcialidad en los casos *Sainte-Marie vs. Francia*,²⁶ *Fey vs. Austria*,²⁷ *Padovani vs. Italia*,²⁸ *Bulut vs. Austria*²⁹ y *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*.³⁰ De acuerdo con esta línea argumentativa, la independencia y la neutralidad de las personas juzgadas son factores fundamentales para el aseguramiento de los derechos de acceso a la justicia, de igualdad y de debido proceso, pero es también determinante la apariencia de neutralidad e independencia para lograr la *creencia* de la persona que se somete a la decisión de los tribunales de que éstos velarán por sus derechos.³¹ Así el Tribunal Europeo desarrolló esta doctrina de la *apariencia de imparcialidad* —que también podría denominarse, por su opuesto, la *appearance of bias*— fundada en el principio de debido proceso y, en consecuencia, en su presupuesto, la igualdad.

²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mogens Hauschildt vs. Dinamarca*. 24 de mayo de 1989.

²⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sainte-Marie vs. Francia*. 16 de diciembre de 1992.

²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hans Jürgen Fey vs. Austria*. 24 de febrero de 1993.

²⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Alessandro Padovani vs. Italia*, 26 de febrero de 1993.

²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bulut vs. Austria*. 22 de febrero de 1996.

³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Claudia Saraiva de Carvalho vs. Portugal*. 22 de abril de 1994.

³¹ Richardson Oakes, Anne y Davies, Haydn, “Process, Outcomes and the Invention of Tradition: The Growing Importance of the Appearance of Judicial Neutrality”, *Santa Clara Law Review*, volumen 51, núm. 2, 2011, pp. 573-624. Disponible en «<http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol51/iss2/5>».

La conexión entre la noción de imparcialidad y la necesaria confianza que el justiciable debe tener en el juez no es una novedad en el derecho procesal y en la doctrina referida a la necesidad de evitar los conflictos de intereses del juzgador, como lo ilustra la regla que en muchos derechos procesales de diversos sistemas legales nacionales permiten a las partes de un pleito recusar a un juez con o sin causa.³² Estas normas se justifican en la posibilidad de que un juez sea apartado de una causa cuando una de las partes entienda que existe la *posibilidad* de que el magistrado no sea imparcial a partir de manifestaciones realizadas en el pasado *antes* de emitir su decisión. Así, es la desconfianza del justiciable la que se convierte en la justificación del pedido de apartamiento de un magistrado particular de una causa.

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos desplegó una doctrina equivalente a la del tribunal europeo al interpretar el alcance del derecho al debido proceso en un conjunto de sentencias en las que se debatía la constitucionalidad de la elección popular de las personas juzgadoras y el financiamiento de sus campañas electorales por afectar este último la neutralidad de los magistrados. En *Caperton vs. A. T. Massey Coal Co.*,³³ la Corte no estableció una relación directa entre la sospecha de parcialidad del juez y el hecho de haber recibido donaciones para su campaña electoral para acceder al cargo, sino que afirmó que había un *riesgo* de que pudiera existir parcialidad en las decisiones de las personas juzgadoras como consecuencia del financiamiento recibido en sus campañas electorales. La opinión suscripta por la mayoría del tribunal sostuvo que la Enmienda XIV establece que la imparcialidad de la persona juzgadora no está sólo determinada por la existencia de una parcialidad real, sino también por la *debida apariencia de imparcialidad* que debe proyectar el magistrado.

En este sentido, la Corte ha sostenido que, en el caso de marras, existiendo “una expectativa realista de que pueden existir tendencias psicológicas y debilidades humanas”, existe “el riesgo de parcialidad real o de prejuzga-

³² Saba, Roberto, *op. cit.*

³³ *Caperton vs. A.T. Massey Coal Co.*, 129 S. Ct. 2252, 2009.

miento por lo que la práctica debe ser prohibida para que se implemente adecuadamente la garantía del debido proceso”. En el caso *Republican Party of Minnesota vs. White*,³⁴ la Corte Suprema indicó que incluso si los jueces y juezas se inhibieran de favorecer a los donantes a sus campañas electorales, era inadmisibile que existiera “la mera posibilidad de que sus decisiones pudieran estar motivadas en el deseo de recompensar a los que apoyaron con contribuciones a sus campañas socavaría la confianza pública en el Poder Judicial”.

Para completar el panorama de derecho comparado, es importante señalar que los jueces y juezas del Reino Unido de Gran Bretaña han decidido casos en el mismo sentido, por ejemplo, *R. vs. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, en el que Lord Hewart C. J. afirmó que “es de fundamental importancia no sólo que se haga justicia, sino que se ponga de manifiesto que no existan dudas de que se ha percibido que se ha hecho”.³⁵ El derecho al debido proceso legal, que rige tanto para las decisiones de los poderes políticos del Estado como para el Poder Judicial, supone el principio de igualdad de trato de los particulares por parte del Estado y este ideal de igualdad requiere no sólo de la ausencia de tratos arbitrarios, como sucede en el caso de los tribunales y la exhibición en éstos de imágenes religiosas, sino que además demanda la apariencia de imparcialidad que motiva la creencia del justiciable de que será tratado de acuerdo con el principio de igualdad.

Finalmente, como señalé más arriba, la práctica de juzgar también se relaciona con una cierta concepción acerca de lo que el derecho es y cómo funciona, de lo cual se desprenden nuevamente deberes éticos cuyo sostenimiento hace posible la construcción de la legitimidad de los tribunales. Si la práctica de juzgar supone una concepción del derecho como integridad, ésta impone a las personas juzgadas ciertos límites al momento de ejercer su facultad interpretativa o de adjudicación. Algo así como lo que sostuvieron Breyer y Sotomayor en el debate de la audiencia del 1 de diciembre de 2022 ante la

³⁴ *Republican Party of Minn. vs. White*, 536 U.S., 2002, pp. 765 y 788-790.

³⁵ *R. vs. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, 1 K.B., 1924, pp. 256 y 259.

Corte en el marco del caso de la ley de Mississippi sobre aborto o las razones esgrimidas por algunos miembros del tribunal en *Casey* para no contradecir lo decidido en *Roe*. La adhesión o no a las reglas de esa práctica le podría brindar o restar autoridad al propio derecho y legitimidad a los jueces y juezas constitucionales. Analicemos este punto con un ejemplo que excede al derecho y que refiere a la creación artística y cuyas metáforas resultan útiles para entender el problema.

Los miembros del movimiento surrealista europeo de principios del siglo XX se rebelaron contra la cultura de la razón.³⁶ Esa insurgencia se puso de manifiesto en su proceso creativo y por ello algunos recurrían a menudo a un juego al que llamaron *el cadáver exquisito* para dar nacimiento a sus obras.³⁷ Participaban de estas experiencias lúdicas tanto artistas plásticos como poetas. En el caso de estos últimos, el juego comenzaba con uno de los jugadores escribiendo el primer verso de un poema que sería una empresa colectiva. El verso se escribía en la parte superior de una hoja en blanco y luego era ocultado, plegando el papel de modo que el segundo jugador no pudiera leerlo. Éste recibía lo que, en apariencia, era una hoja en blanco, sabiendo únicamente que allí estaba, oculto en el pliegue, el primer verso del poema que ayudaría a completar. De esta manera, el segundo jugador-poeta escribía el segundo verso en total libertad, sin saber lo que había sido expresado en el primero, y así sucesivamente con los restantes jugadores-poetas. Luego

³⁶ Breton, André, *The Exquisite Corpse, Its Exaltation* (1948), en Breton, André, *Surrealism and Painting*, Londres, 1965, pp. 288-290.

³⁷ Creado a partir de un viejo juego de mesa y popularizado por los miembros de la corriente surrealista a principios del siglo XX. Robert Desnos, Paul Eluard, André Breton y Tristán Tzara, quienes solían jugarlo, creían que la creación, en particular la creación poética, debía ser anónima, realizada en grupos y lo más intuitiva, espontánea, lúdica y automática como fuera posible. En el *cadáver exquisito*, aspectos completamente accidentales desempeñan un papel crucial. En las creaciones artísticas desarrolladas de este modo los nombres de los autores son suprimidos, concibiéndose a la obra como una creación grupal en la que domina la combinación contingente de sus partes componentes. Una variante del *cadáver exquisito* es la que corresponde a la costumbre de ciertos autores de terminar los poemas comenzados por sus colegas. En Argentina, bajo el seudónimo común de H. Bustos Domecq, Jorge Luis Borges y Adolfo Bioy Casares escribieron un famoso cadáver exquisito: *Seis problemas para Don Isidro Parodi*.

de varias rondas, la hoja contenía una cantidad de versos escondidos entre sus pliegues. Al finalizar la etapa de escritura, el papel se desplegaba con forma de acordeón descubriendo una secuencia de versos que, en conjunto, constituían un poema que había sido escrito de forma colectiva.

Lógicamente, el método de escritura producía siempre un texto que carecía en su totalidad de sentido. El objetivo de estos artistas rebeldes se había logrado: el lenguaje había sido derrotado, las palabras estaban allí, pero no significaban nada, pulverizando en el acto todo lo que se asociara con la razón y la cultura construida a partir de ésta. De acuerdo con el *Diccionario abreviado del surrealismo* de André Breton, el nombre del juego tiene su origen en las primeras palabras del primer poema escrito utilizando este experimento creativo: “El Cadáver Exquisito beberá el joven vino”.³⁸ Un procedimiento similar era practicado por artistas plásticos.³⁹ Cada uno realizaba su contribución, la escondía doblando la hoja de papel por la parte en la que estaba dibujada y la pasaba al siguiente artista, quien añadía su aporte usando sólo los puntos visibles correspondientes a las terminaciones de las líneas dibujadas por el artista anterior. El resultado era una serie de figuras monstruosas y carentes de sentido figurativo alguno. André Breton describió estos experimentos creativos con una teoría a la que llamó “construcción común”.⁴⁰

Ronald Dworkin, en *Law's Empire*, apela a la descripción de otro juego para ilustrar su teoría del derecho y de la interpretación jurídica, signada por la noción de integridad.⁴¹ Se trata del juego de la novela encadenada y se

³⁸ Otros ejemplos son “El dormitorio de niñas friables pone correctamente a la odiosa caja” y “La ostra Senegal comerá el pan tricolor”. Se consideraba que estos fragmentos poéticos revelaban lo que Nicolas Calas caracterizó como la “realidad inconsciente en la personalidad del grupo” resultante de un proceso de, como lo llamó Ernst, “contagio mental”. Véase Rubin, William S., *Dada & Surrealist Art*, New York, Harry N. Abrams, Inc., 1968.

³⁹ El juego fue adaptado a las posibilidades del dibujo, e incluso del *collage*, mediante la asignación a cada jugador de una sección de un cuerpo. Interesantes *cadavres exquis* fueron reproducidos en una edición especial de *Variétés* titulada “Le Suréalisme en 1929”. Véase Rubin, William S., *op. cit.*

⁴⁰ André Breton, “El surrealismo en sus obras vivas”, en André Breton, *Manifiestos del Surrealismo* (1953), Barcelona, Editorial Labor, 1992, pp. 327-338.

⁴¹ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 228-233.

asienta en la idea de la bondad de la razón y la integridad del lenguaje o, más precisamente, de la obra literaria y, en particular, de la novela como género. Esta segunda experiencia lúdica involucra a un grupo de jugadores que se proponen, como los poetas surrealistas, escribir o construir un texto en forma colectiva, aunque en este caso esas contribuciones de diferentes individuos tiene por objeto producir una novela. Contrariamente a aquellos artistas malditos del surrealismo, los narradores dworkinianos son plenamente conscientes de lo que ha sido escrito previamente. Es más, este conocimiento es clave para el proceso de escritura en cadena. La contribución de cada autor de la novela restringe pero no anula la libertad de los sucesivos escritores.

En este sentido, con el objetivo de preservar la integridad del texto, una cualidad deliberadamente ausente en los poemas del *cadáver exquisito*, cada narrador no sólo conoce lo que ha sido escrito previamente, sino que también está limitado por ello en cuanto a las opciones disponibles para desplegar su propio aporte o capítulo de la novela. El resultado final, alejado de los textos carentes de sentido de los surrealistas, es una novela cuyo sentido reside en que los capítulos escritos sucesivamente por los diferentes autores componen un texto con integridad, muy diferente de los textos *desintegrados* del *cadáver exquisito*. Para Dworkin, la novela encadenada es, al igual que el *cadáver exquisito* para Breton, una construcción colectiva pero, a diferencia del producto surrealista, no se trata de la construcción colectiva de un sin-sentido, sino de un texto que intenta ser coherente.

Anclado en la metáfora de la novela encadenada, Dworkin argumenta que el derecho es una construcción colectiva significativa, basada en principios adoptados por la comunidad política y justificados en razones morales. Los intérpretes jurídicos, entre ellos las personas juzgadoras, deben hacer su contribución en esta construcción siendo conscientes del hecho de que son parte de una empresa colectiva. El *stare decisis* o regla del precedente podría justificarse en el presupuesto de que cada decisión de un juez en la que interpreta el texto constitucional es una nueva contribución a la redacción de la novela encadenada y que por ello está sujeta a las restricciones de esa tarea conjunta. Sin embargo, las decisiones judiciales no son el único material

relevante que se debe tener en cuenta para mantener la integridad el derecho, pues tanto las decisiones de los legisladores como las de los funcionarios de la administración o las de los constituyentes son parte de esa construcción común y deben ser consideradas como relevantes por cada decisor, que es a la vez un intérprete constitucional.

La regla del *stare decisis* es propia del *common law*, aunque, si Dworkin acierta en su tesis adjudicativa, no debería ser ajena a la tradición continental. Sin embargo, los sistemas jurídicos de la tradición continental no cuentan con el mandato de la regla de precedente o de *stare decisis*, lo que podría desprenderse de la convicción de que el derecho, lejos de ser una práctica social colectiva, es tan sólo un texto que expresa la voluntad del pueblo soberano manifestada por el Congreso al sancionar la ley o el código. La consecuencia de esa convicción es que las personas juzgadoras no estarían obligadas, ni siquiera invitadas, a considerarse a sí mismas como parte de esa empresa colectiva que tiene por objeto construir el significado del derecho. Así, uno podría preguntarse si las personas juzgadoras de los sistemas jurídicos de la tradición continental —o los jueces y juezas formalistas en general que niegan la necesidad de interpretar y, por lo tanto, de valorar— no están jugando, sin darse cuenta, al *cadáver exquisito* en lugar de a la novela encadenada. Me permito sugerir que lo hacen “inconscientemente”, pues en realidad justifican su actitud en la creencia de que actúan sobre el supuesto de que siendo la aplicación del código una tarea automática, sin necesidad de recurrir a la interpretación, no están produciendo un texto desintegrado, sino que están trasladando la porción pertinente del texto claro y de significado evidente del código al caso concreto que deben adjudicar.⁴² Si esto es así, la labor de estas personas pretende parecerse más a la actividad de los actores de una obra de teatro que siguen un guion preestablecido por el dramaturgo (el código) o la de los músicos de una orquesta que siguen una partitura (asumiendo que ni los actores ni los músicos “interpretan” ese guion o esa partitura, y que, por supuesto, no

⁴² Saba, Roberto P., *A Community of Interpreters*, tesis doctoral, Yale Law School, 2010.

improvisan inspirados en ellas), pero que por soslayar la inevitable tarea interpretativa no observan límites y generan algo más parecido al producido de los surrealistas al jugar al *cadáver exquisito*.

Si por ética de la función judicial entendemos los mandatos de orden moral que deben guiar la labor de los jueces y juezas, es posible derivar una ética de los tres argumentos a los que me referí más arriba respecto de cómo justificar el otorgamiento de las facultades de las personas juzgadoras. En primer lugar, la independencia requiere que las personas juzgadoras actúen de acuerdo con este principio, que, por otra parte, justifica su poder. Si dejaran de ser independientes perderían una de las razones fundamentales por las que se les reconoce autoridad. En segundo lugar, en relación con las otras dos razones expuestas que justificarían otorgarles sus facultades, los jueces y juezas están sometidos a las reglas de la profesión, que son, además, las reglas del proceso. Deben fundar sus decisiones en un determinado tipo de razones a las que llamamos razones públicas. Además, deben comportarse como parte de una comunidad de intérpretes conformada, al menos, por sus colegas del Poder Judicial, aunque también —y esto es más controvertido— por los representantes del pueblo y la sociedad civil.

En suma, la ética del Poder Judicial depende de las razones que les otorga legitimidad a los jueces y juezas, y esas razones dependen, a su vez, de una teoría de la democracia, de una teoría de la constitución y de una teoría de la interpretación del texto constitucional. Los autores de los textos contenidos en esta obra ensayan diferentes argumentos sobre la ética y la legitimidad de las personas juzgadoras. La importancia de este esfuerzo colectivo e institucional promovido por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México radica en hacer una contribución significativa al buen funcionamiento de una democracia constitucional por medio de una reflexión colectiva sobre la práctica de juzgar y sus implicaciones éticas. Si no logramos ofrecer buenas razones para justificar la labor de los jueces y juezas, sobre todo de aquellos que ejercen el control de constitucionalidad, las bases del sistema político corren el riesgo de desmoronarse frente a los embates de los escépticos o los fundamentalistas de toda clase.

PRIMERA PARTE

La construcción de legitimidad del Poder Judicial y la ética de las profesiones del derecho

Martín F. Böhmer*

* Abogado de la Universidad de Buenos Aires; máster (LLM) y doctor (JSD) en Derecho de la Universidad de Yale. Colabora como investigador aliado del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUMARIO: A. Legitimidad y cumplimiento del derecho. B. Legitimidad subjetiva y legitimidad objetiva. Ser y parecer. C. Conversar para convencer para consentir. D. Los roles de las profesiones del derecho. E. La ética profesional como fundamento del sistema. F. Bibliografía.

A. Legitimidad y cumplimiento del derecho

La pérdida de confianza de la ciudadanía en sus instituciones judiciales constituye una tragedia política. En efecto, la falta de legitimidad de quienes están encargados de administrar los conflictos conforme al derecho atenta contra la eficacia de todo sistema político en su pretensión de coordinar acciones humanas. La democracia constitucional no es una excepción. En ella, el hecho de que la gente no crea en los procesos de la justicia produce una huida hacia formas alternativas de administración de conflictos. Esa huida socava el esfuerzo colectivo por legitimar un texto constitucional que intenta distribuir razonablemente el poder y garantizar derechos y canales democráticos deliberativos, robustos e inclusivos, de tal forma que se puedan generar textos y prácticas legales autoritativos.

Cuando el Poder Judicial no logra generar confianza, aquellas formas alternativas que busca la gente para coordinar sus acciones son, en el mejor de los supuestos, pacíficas y, en el peor, violentas, pero en todo caso diferentes de las que la gente aceptó, a través de laboriosos procesos democráticos, para administrar sus controversias. Esa huida surgida de la desconfianza aumenta las dudas sobre el valor del esfuerzo por aceptar las exigencias que demanda ser parte de una comunidad democrática.

Si los conflictos no se resuelven de acuerdo con las decisiones democráticas conforme al derecho, ¿para qué la libertad de expresión, la libertad de prensa, el derecho a la educación, el esfuerzo por investigar y hacer públicos los hallazgos científicos?, ¿para qué las formas del financiamiento de la política, el sistema electoral, la regulación de los partidos políticos, los esfuerzos por mejorar los diseños constitucionales? ¿Para qué, si no es para que al final de esos procesos deliberativos la gente produzca normas que regulen la convivencia social que sean aplicadas cuando surjan controversias, que en el caso de que haya dudas sobre su aplicación la justicia las aclare y en el caso de que se desobedezcan la justicia imponga las sanciones debidas?

B. Legitimidad subjetiva y legitimidad objetiva.

Ser y parecer

En una democracia constitucional, los acuerdos sociales expresados en leyes y reglamentaciones muestran los caminos que las personas deben transitar para coordinar sus acciones cuando necesitan colaborar entre sí y resolver desavenencias; sin embargo, la cuestión puede no terminar allí. Ante el conflicto insuperable, deben recurrir a los procesos judiciales para orientar sus decisiones y, una vez dictada la sentencia, deben aceptar la decisión como digna de ser obedecida sin importar que resulte contraria a sus intereses. La capacidad para generar la confianza suficiente en la ciudadanía para que lleve sus conflictos a la justicia y para que obedezca sus decisiones es lo que se llama legitimidad subjetiva, para diferenciarla de la objetiva, que consiste en la forma en la que las autoridades judiciales adquieren el carácter de tales a través de procesos regulados en la constitución política. Una autoridad es legítima objetivamente cuando fue nombrada de acuerdo con procedimientos adecuados definidos por la ley.

El punto es que una autoridad puede ser legítima objetivamente pero carecer, en algún grado, de legitimidad subjetiva, que es la que interesa aquí. A ella, que es la contracara de la confianza que la autoridad genera en la ciudadanía, es a la que llamaré legitimidad. En caso de necesitar mencionar a la otra aclararé que me estoy refiriendo a la objetiva. Para ganar la confianza de la

gente para construir legitimidad, las profesiones del derecho (la judicatura y la abogacía) deben ejercer sus funciones de una forma particular. Para lograrlo, no es suficiente que se haya cumplido con las formas constitucionales o legales para su nombramiento, aunque obviamente es una condición necesaria. Tampoco es suficiente que se limiten a aplicar el derecho, desentendiéndose de las repercusiones que generan.

De la misma forma que la legitimidad objetiva en una democracia constitucional es presupuesto de la subjetiva, el cumplimiento de las obligaciones legales de las profesiones del derecho es presupuesto de su legitimidad. Pero, insisto, no es suficiente. Aplicar el derecho a los casos que se les presentan es su obligación principal, pero que la gente acerque sus conflictos a la justicia y que las decisiones que los resuelvan se cumplan depende de su legitimidad, de que la gente *crea* que sus conflictos se resuelven conforme a la ley, no sólo de que efectivamente se resuelvan conforme a la ley.

En la medida en que la legitimidad es una cualidad que depende de la subjetividad de otras personas, los abogados y las abogadas, los jueces y las juezas deben tener la capacidad de producir en aquéllas las convicciones, sentimientos y emociones que acompañan a esa particular actitud cívica en que consiste la confianza en las instituciones de la democracia constitucional. En el ámbito judicial, esa confianza surge de la convicción de la ciudadanía de que su conflicto ha sido resuelto conforme al derecho, es decir, que la decisión no fue caprichosa, ni parcial, ni tomada en función de interés alguno. En la abogacía, por su parte, la confianza se basa en la creencia de que la defensa de los intereses de los ciudadanos se realizará con celo y diligencias dentro de la ley. En este sentido, no basta con aplicar correctamente el derecho o con diseñar la mejor de las defensas. Como dicen las reglas de la ética profesional, no basta con *ser*, también hay que *parecer*.

C. Conversar para convencer para consentir

El *ethos* de las profesiones jurídicas forma parte de un sistema más amplio de resolución de conflictos. Este sistema abarca una serie de instituciones

del derecho, de la política y de la moral articulados de tal forma que generen una práctica social muy compleja. En lo que sigue trataré de mostrar la forma en la que esa práctica intenta lograr su objetivo y el lugar que en ella tiene asigando la ética de las profesiones del derecho. Vengo hablando sobre el hecho de la existencia inevitable de conflictos sociales, discusiones, controversias como mi punto de partida.

Y es que justamente en ese hecho y su contracara, la necesidad de coordinar acciones, es donde comienzan muchas de las teorías que intentan explicar las sociedades humanas y las instituciones políticas. A veces la explicación toma la forma del estado de naturaleza hobbesiano,¹ o del predicamento de lo humano, en palabras de Warnock,² o en la idea de las circunstancias de la justicia de Hume³ o de Rawls,⁴ o en el dilema de los prisioneros de la teoría de juegos.⁵ Estos relatos, hipótesis, narrativas o teorías apuntan en una dirección similar: a la tendencia tan humana a querer más de lo que hay disponible para satisfacer el interés personal y el consiguiente deseo de tomar lo que está en poder otro y de lo que uno carece. Y dado el hecho de la escasez, he allí el origen del conflicto interpersonal, de la guerra civil, de la anarquía.⁶

Sin embargo, a pesar de esta característica humana, hemos sido capaces de sobreponernos a ella y evitar que nuestra especie desaparezca de la faz de la tierra. Lo hemos logrado, por ahora, a través del desarrollo de dos herramientas fundamentales: el lenguaje y la imaginación. El lenguaje humano es más sofisticado que el del resto de las especies. Con él podemos hacer cosas fundamentales para nuestra subsistencia: informar, advertir, aconsejar,

¹ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Buenos Aires, Editorial Losada, 2003, capítulo XIV.

² Warnock, G. J., *The Object of Morality*, London, Methuen & Co. Ltd., 1973, capítulo 2.

³ Hume, David, *Investigación sobre el entendimiento humano*, Buenos Aires, Editorial Losada, 2010, Libro III, Sección II, Parte 2.

⁴ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 152 y ss.

⁵ Kuhn, Steven, "Prisoner's Dilemma", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, invierno de 2019. Disponible en: «<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/prisoner-dilemma/>».

⁶ Sigo, en general, la propuesta metaética de Carlos Nino. La idea de constructivismo moral se encuentra en Nino, Carlos, *Ética y Derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, capítulo III.

relatar, amenazar, pedir, exigir, perdonar, insultar, seducir, persuadir, divertir, alegrar, entristecer, explicar, mentir.

Pero hay un uso del lenguaje que es particularmente relevante para la reducción de los conflictos y que nos permite modificar el carácter deóntico de nuestras acciones, que es el uso operativo, realizativo o performativo del lenguaje.⁷ Cuando, por ejemplo, decimos “prometo” hacemos una promesa (decimos lo que hacemos y hacemos lo que decimos) y la acción futura prometida pasa en ese momento de ser facultativa (la podíamos realizar o no sin consecuencias normativas) a ser una acción obligatoria, debida. La institución de la promesa, que nace con la enunciación de un acto de habla, no termina allí. Quien la realiza debe hacerlo de forma adecuada y quienes la reciben deben estar advertidos de cómo funciona, deben estar dispuestos a tomarla seriamente, a adaptar su propia conducta a esa promesa, a asumir una actitud crítica en caso de incumplimiento, etcétera.

Una conducta prometida es una conducta debida, obligatoria. El hecho de la promesa se ha convertido así en una razón para actuar, independientemente de los deseos que tenga la persona respecto de realizarla o no.⁸ Si alguien le pregunta por qué se conduce de esa manera, la respuesta ya no puede ser “porque quiero” sino “porque estoy obligado a hacerlo porque lo prometí”. La capacidad de crear obligaciones con el lenguaje, de dar razones independientes de los deseos, es una habilidad humana fundamental. Arendt decía que hay dos cuestiones clave que los seres humanos no podemos modificar: lo irreversible de las conductas pasadas y lo impredecible de las conductas futuras. Pero para ambas tenemos prácticas que tratan de lidiar con ellas: el perdón y la promesa.⁹ El perdón para poder seguir viviendo juntos aun después de habernos herido y la promesa para planear una vida en común,

⁷ Austin, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Ariel, 1998; Searle, John, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, 2010; Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1994.

⁸ Ver Searle, *op. cit.*, capítulo 5.

⁹ Arendt, Hannah, *The Human Condition*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989, pp. 236-247.

aun admitiendo la posibilidad de la traición. La creación de reglas permite a cada uno de nosotros buscar en otros la colaboración para aumentar la posibilidad de realizar nuestros planes de vida, es el punto fundamental de la fraternidad, de concebirnos como personas dignas, capaces de autoobligarse.

Dije antes que además del lenguaje los seres humanos contamos con la herramienta de la imaginación. Podemos pensar las cosas de otra manera de la que son, planear futuros alternativos, poner significado en los silencios, adivinar caminos aún no transitados. Podemos crear historias con ella, suspender el juicio y gozar o temer con el relato de mundos ficticios.¹⁰ En particular, nuestra imaginación es capaz de ponernos en el lugar de otras personas, en los zapatos de quienes nunca seríamos y, sin embargo, gracias a nuestra relativa igualdad, podemos anticipar deseos e intereses ajenos con algún nivel de certeza, dependiendo del desarrollo de nuestra imaginación moral, de nuestra capacidad para la empatía.

Con estas dos herramientas puedo entablar una conversación cuando surge un conflicto. Puedo saber lo que la otra persona desea y que ella sepa lo que yo quiero, puedo intuir el grado de su interés y qué le puedo ofrecer a cambio para que haga lo que yo quiero que haga. Puedo negociar, persuadir, acordar, pactar, puedo generar promesas mutuas, obligaciones mutuas, contratos. Pero esta capacidad no termina en una relación entre dos. Se expande, a través de conversaciones sociales, a miles, millones de individuos. La capacidad para brindar autoritatividad a las reglas, para reconocerles la virtualidad de ser obligatorias, de generar razones para actuar independientemente de los deseos de los agentes y para ser eficaces, es tal vez la capacidad social básica de todo ser humano, la capacidad sobre la que depende nuestra subsistencia como especie.

Esta capacidad se extiende hasta permitirnos realizar acciones colectivas, que a su vez dependen de múltiples acciones individuales obligatorias y de la

¹⁰ Harari, Yuval, *De animales a dioses*, Buenos Aires, Debate, 2016, parte 1.

confianza en el cumplimiento de esas obligaciones.¹¹ Las formas que creamos para lograrlo se encarnan en relatos, en mitos, en leyendas. Estas historias que nos contamos para lograr que todos cooperen en el cumplimiento de las reglas así creadas han sido variadas y van desde dioses benévolos a dioses vengativos, de cielos deslumbrantes a infiernos tan temidos, y han sido en general muy eficaces. Y es que sin reglas, sin una estructura discursiva que genere razones para la cooperación y justificaciones para la crítica, no podemos crear sociedad, quedamos a merced de los elementos y condenados a desaparecer, tal como lo afirman muchas de nuestras leyendas fundantes, desde el mito de Protágoras¹² a los mandamientos judíos y cristianos.¹³

Pero para acercarme más a nuestros temas: el particular *ethos* que deben desplegar las profesiones jurídicas en nuestras democracias consitucionales depende de un tipo particular de estructura discursiva, el de la moral moderna.¹⁴ En ella nos concebimos como personas libres e iguales, ya no como soberanos y súbditos. La práctica en la que participamos en ese carácter para lograr algo de otra persona sin hacer surgir el espectro del conflicto consiste en conversar para lograr convencerla o ser convencidos por ella y así lograr el consentimiento de quien en principio no deseaba hacer lo que en definitiva resultó acordado. Conversar para convencer, para consentir. Esta es la deliberación que en la modernidad funciona para disminuir conflictos y aumentar la coordinación de acciones.

Con un ejemplo, supongamos que dos vecinos discuten porque es de noche y uno quiere dormir mientras el otro quiere escuchar música. La conversa-

¹¹ Sobre el concepto de intencionalidad colectiva, véase Searle, *op. cit.*, capítulo 3, nota 6.

¹² Platón, "Protágoras 320d-322b", en *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1986, pp. 167-169.

¹³ En los tres relatos, en el del Protágoras y en las dos versiones de los mandamientos, figura prominentemente el llamado a salirse de uno, a evitar el narcisismo, a aceptar que hay otros a quienes debemos consideración y respeto. En Protágoras el concepto es el de *aidos*, a veces traducido como reverencia, a veces (quizás más ilustrativo para mis fines aquí) como pudor, en inglés *awe*. Y en la tradición judeocristiana los mandamientos "amarás a Dios por sobre todas las cosas" y "amarás a tu prójimo como a ti mismo" apuntan en la misma dirección antisolipsista.

¹⁴ Véase Nino, Carlos, *op. cit.*, nota 6.

ción puede terminar cuando una persona persuade a la otra (la primera: “el volumen de la música no me deja dormir y mañana debo trabajar temprano” y la segunda: “es el cumpleaños de mi hijo”), que consiente en realizar lo que en principio le resultaba inaceptable (“entiendo, muchas gracias”). Esta conversación supone ciertas reglas, como el respeto por la autonomía de los participantes (la idea de que es valioso que cada uno decida por sí mismo sin imposiciones ni engaños), el valor de cada uno como un fin en sí mismo (y no un mero medio para aumentar la autonomía de los demás) y la aceptación de que cada uno es libre de obligarse y de hacerse responsable por sus decisiones.

Para decirlo de otra manera: si uno habla con otra persona, acepta que la otra persona es una persona distinta de uno, que uno no le puede imponer lo que quiera decir sino que tiene que persuadirla o ser persuadido por ella y que, por lo tanto, uno presupone que la otra persona es distinta de uno, que es una persona autónoma. Además, a una persona con la que yo diálogo no la uso, no la exploto. Yo uso mi computadora, uso mi escoba, pero no uso a la persona con la que dialogo, la tomo como un fin en sí misma, no como algo de que servirme para alcanzar mis fines.

Por último, si yo converso con una persona, me tomo seriamente lo que esa persona dice y decide, no la trato como a como un niño muy niño o como a una persona con problemas mentales, no la trato como una cosa, como algo que está sujeto a la determinación causal. La trato como se trata a una persona que puede tomar decisiones libres por sí misma y, por lo tanto, responsabilizarse por lo que dice. Estos tres principios en la tradición moderna los conocemos como libertad, igualdad y fraternidad o, en palabras de Carlos Nino, autonomía, inviolabilidad y dignidad.¹⁵ O en el lenguaje de los derechos humanos, derechos económicos sociales y culturales, derechos civiles y derechos políticos.

¹⁵ Nino, Carlos, *op. cit.*, nota 6, capítulos V, VI y VII.

Estas reglas proveen además el material para los argumentos que se brindan en la conversación (siguiendo con el ejemplo de la música en la noche, puedo dar un argumento basado en la autonomía: “Es mi casa y hago lo que quiero”, en la obligación de no dañar, de no utilizar a otro como un mero medio: “Pero no me deja dormir”, o en la capacidad para obligarse: “Pero habíamos quedado hasta la una de la mañana”). Sin embargo, cuando hay que tomar decisiones para una gran cantidad de gente (¿cuánto debo aportar a mi comunidad para crear bienes públicos?, ¿cuál debe ser la alícuota de un impuesto?), idealmente quisiéramos que estén presentes en la conversación todas las personas afectadas, que conozcan toda la información relevante, que sean iguales en su capacidad de persuasión y que decidan por unanimidad.

Estos rasgos del ideal están dirigidos a generar imparcialidad forzando a que los argumentos sean universalizables, no contradictorios, en general, que tengan la capacidad de persuadir a personas diferentes de uno mismo. La idea, una vez más, es que, dada la presencia de todas las personas interesadas, la deliberación va a beneficiarse de todos los puntos de vista, de toda la información y de los mejores argumentos que no son otros sino los capaces de persuadir a todos los participantes.¹⁶ Es importante notar que esta concepción de la decisión ideal es una idea particularmente procedimental. No importa *lo que* decido, importa *cómo* se llegó a la decisión.

La modernidad traduce este ideal a instituciones políticas debilitando sus rasgos. Ya no todos los afectados sino sus representantes, ya no decisiones unánimes sino mayoritarias, ya no toda la información sino la mayor cantidad de ella que la comunidad pueda crear y a la que pueda acceder, y ya no igualdad retórica absoluta (a este último rasgo voy a volver más adelante). En definitiva, la traducción institucional de la que hablo es la democracia representativa mayoritaria.¹⁷

¹⁶ Carlos Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, capítulo 5.

¹⁷ *Idem*.

No es éste el lugar donde analizar lo que hacemos todos los días para intentar que la decisión democrática se acerque lo más posible al ideal, pero sabemos que tratamos de educar a la gente para que pueda argumentar, nos esforzamos para generar investigación y conocimiento para tener toda la información relevante, tratamos de mejorar el sistema electoral y el sistema de partidos políticos para acercarlos lo más posible a los intereses y argumentos de las personas representadas por ellos, e intentamos mejorar y hacer plurales y confiables los medios de comunicación, las redes sociales, así como ampliar el acceso a la información. Y todo eso lo hacemos porque queremos que nuestra comunidad tome la mejor decisión habiendo escuchado todos los argumentos, con la mayor cantidad de información disponible, habiendo sopesado la mayor cantidad de puntos de vista, aun el que algunos de nosotros ni imaginábamos que existía. Y todo ese esfuerzo está orientado a que nuestra comunidad no se equivoque o a que se equivoque lo menos posible.¹⁸

Sin embargo, esa particular deliberación, la de la democracia mayoritaria, como bien sabemos por las muchas tragedias del siglo XX, y trágicamente volvemos a encontrar en el siglo XXI, puede tomar decisiones que pongan en peligro todo el proceso deliberativo en el que basa su legitimidad. Una mayoría puede decidir restringir el acceso a la deliberación a una minoría, puede discriminar personas o grupos, puede aumentar la autonomía de algunos restringiendo indebidamente la de otros, en definitiva, puede decidir poniendo en peligro sus propios fundamentos: la deliberación y los principios sobre los que en ella se basa, en particular, la autonomía de los participantes.

Es por eso que al concepto de democracia mayoritaria se le agrega el adjetivo “constitucional” o “liberal” para subrayar que la regla de la representación mayoritaria se ciñe a un sistema en el cual la forma de tomar decisiones y los principios que justifican esa forma de decidir son inviolables aun por la voluntad mayoritaria y se encuentran en una constitución que regula el proceso deliberativo (la parte orgánica) y define los derechos (la parte dogmática).

¹⁸ *Idem.* Véase, por ejemplo, Chua, Amy, *Day of Empire: How Hyperpowers Rise to Global Dominance — and Why They Fall*, New York, Doubleday, 2007.

De esta esquemática descripción del sistema jurídico de la democracia constitucional surge el material que obligatoriamente deben aplicar los jueces y juezas a los casos que se les presentan. En efecto, la constitución es fuente de derecho, fuente de obligaciones jurídicas, porque en ella se encuentra la reglamentación de la deliberación y de los principios sobre los que se basa todo el sistema, los derechos. Y toda ley en término lato es el resultado de la mejor reflexión que nuestra comunidad pudo lograr después de deliberar en los medios de comunicación, en las redes sociales, en las plazas, en el Poder Legislativo, en la administración pública, para finalmente producir esa decisión.

Y somos deferentes a la decisión de la democracia constitucional porque somos escépticos respecto de la posibilidad de que nosotros podamos llegar, en soledad, con nuestra pobre imaginación y empatía y nuestros limitados conocimientos a una decisión mejor que aquella a la que llegó nuestra comunidad deliberando entre todos sus miembros. Volviendo a nuestros vecinos: “Tiene que bajar la música porque el volumen sobrepasó los decibles que marca la reglamentación municipal”. “Tiene razón, disculpas”.

Hay una fuente de derecho que no tiene un nombre determinado, pero es la función que en la tradición continental cumple la doctrina y en la anglosajona la jurisprudencia: la de asegurar que los acuerdos interpretativos sobre lo que mandan las normas se mantengan consistentes a lo largo del tiempo, que lo que manda el derecho no se modifique cada cinco minutos ni dependiendo de quien decide. Si una ciudadana pregunta cuáles son sus derechos y obligaciones y su abogada le contesta con toda razón que la respuesta depende del juzgado que le toque en suerte, no hay derecho. Las normas en ese caso no cumplen la función de coordinar acciones y decidir conflictos.

Las metáforas que los filósofos del derecho han propuesto para ilustrar esta función subrayan una característica fundamental del derecho, su aspecto de práctica social colectiva que se despliega a lo largo del tiempo.¹⁹ En ese senti-

¹⁹ El tótem en Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998 y la joven anfitriona en Hart, H. L. A., “Discretion”, *Harv. L. Rev.*, vol. 127, 2013, la novela encadenada en Dworkin,

do, el derecho no es sólo un conjunto de textos, sino la práctica colectiva de leerlos juntos, aceptando las interpretaciones que nuestra comunidad viene acordando y proponiendo mejoras cuando sean posibles sin poner en peligro la consistencia de la práctica que se ha venido construyendo.

La metáfora de la novela encadenada de Dworkin propone un conjunto de escritores que deben escribir una novela y a cada uno se le asigna un capítulo. El que escribe el primero tiene bastante libertad pero no mucha, porque es una novela y no un cuento o un poema lo que debe escribir. El que escribe el segundo capítulo tiene menos libertad porque tiene que haber leído el primero pues si no, se rompe la estructura de la novela, y el tercero debe leer al primero y al segundo, y así sucesivamente. Esta obligación de consistencia es lo que Dworkin llama el principio de integridad del derecho. No se debe sorprender a la gente con una interpretación novedosa sin dar buenas razones de por qué este caso no se resuelve igual que los anteriores.²⁰

D. Los roles de las profesiones del derecho

He llegado finalmente entonces a la primera obligación del Poder Judicial, la que manda aplicar el derecho al caso. No digo nada nuevo, mi propósito no es el asombro o el descubrimiento de un secreto ancestral, es simplemente poner en su lugar la centralidad de esta obligación básica de jueces y juezas y dar cuenta de las dificultades para honrarla. Efectivamente en esta tarea se juega la legitimidad (objetiva, porque esta es la función que le asigna la Constitución, y subjetiva, como veremos) del Poder Judicial. Pero aplicar el derecho al caso se dice fácil y sin embargo resulta particularmente difícil en las circunstancias actuales, en el contexto de constituciones muy exigentes en términos de derechos, de una gran participación de la gente en la política,

Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2012, p. 167 y la catedral en Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 51 y 52. Véase Böhrer, Martín, “Tres autores y cuatro metáforas”, en Alegre, Marcelo (compilador) y Nascimbene, Juan (coordinador), *El imperio de Ronald Dworkin: ensayos de filosofía moral, política y jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 2019.

²⁰ Dworkin, *Idem*. Kahn, Paul, *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2017.

de demandas que se judicializan a través de generosos mecanismos de acceso al Poder Judicial y de una falta de conciencia alarmante en las profesiones del derecho respecto de la necesidad de crear la comunidad epistémica que se necesita para brindar seguridad jurídica a la ciudadanía.

Entonces, la primera obligación de jueces y juezas consiste en aplicar el derecho, y eso quiere decir que en la resolución del caso se debe aplicar la constitución, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, en definitiva, los principios sobre los que se basa el sistema, las decisiones que resultan de la mejor deliberación posible en nuestra comunidad y los acuerdos interpretativos intertemporales que fuimos construyendo. De la misma forma en que las controversias se administran en el aspecto moral a través de un conjunto de reglas, como vimos, y lo mismo sucede en el ámbito de la política a través de los mecanismos de la democracia constitucional, en el ámbito judicial la administración de conflictos adquiere una dinámica particular.

En este nivel ya hemos intentado persuadir moralmente y ordenar políticamente pero por diversos motivos (falta de claridad en las normas, casos no contemplados, quejas sobre la forma en la que las normas fueron creadas o aplicadas por la autoridad administrativa, o directamente por violaciones de normas que deben ser aplicadas y eventualmente respaldadas con el uso de la fuerza) la controversia subsiste. Y en la medida en que la educación moral y la educación cívica han fallado y el monopolio de la fuerza legítima está en manos del Estado, las personas que se enfrentan en un conflicto hasta aquí irresoluble deben aceptar que no cuentan con otra alternativa sino la de recurrir al Poder Judicial.

De hecho, salvo la justicia penal que actúa de oficio, los jueces sólo actúan a pedido de parte. La justicia no se acerca a las controversias, los conflictos vienen a la justicia y si no vienen, las profesiones del derecho se quedan sin trabajo. Si las partes no piden, no hay caso. El peligro es que no vengán y recurran a la violencia o a otras formas de resolución de los conflictos que deberían ser resueltos conforme al derecho de la democracia constitucional y en esa situación anida el peligro de la pérdida de legitimidad de la justicia.

Esta posibilidad no es hipotética: Argentina, por ejemplo, firma contratos de deuda o tratados de protección de inversiones extranjeras y la jurisdicción que acuerda con sus contrapartes no es Buenos Aires sino Nueva York o el CIADI, en el Banco Mundial, o Londres. De esa manera, Argentina pierde soberanía. Decisiones muy relevantes que afectan a los argentinos no se toman de acuerdo con las decisiones del Poder Judicial ni de las leyes de la democracia argentina, las toma un juez en Nueva York y la República Argentina tiene que contratar abogados de Nueva York para defenderse. En otro nivel vemos multiplicarse en la región poderes alternativos al estado democrático que resuelven controversias basados en su capacidad para ejercer violencia o cooptar políticamente o extorsionar económicamente a poblaciones desprotegidas. Y cuando eso sucede la deliberación democrática pierde todo valor.

Es entonces cuando se puede ver claramente que además de la obligación de aplicar el derecho a los casos, las profesiones del derecho deben además cumplir con otra obligación fundamental: la de atraer el conflicto, sacarlo de la calle y convertirlo en una discusión sobre qué es debido de acuerdo con la ley. En la misma línea, de las personas que vienen a la justicia, la mitad saldrá insatisfecha, la que perdió. Es por eso que además de atraer el conflicto las profesiones del derecho deben hacer una magia ulterior: lograr que la decisión se cumpla, aun por quienes creen que la decisión es incorrecta y afecta sus intereses, que quienes reciben una sentencia desfavorable agachen la cabeza frente a la dignidad del derecho de la democracia constitucional y acaten la decisión.

Hasta aquí tenemos dos obligaciones en cabeza de los jueces y juezas: aplicar el derecho al caso, por un lado, y atraer el conflicto y hacer cumplir sus decisiones, por el otro. De la primera se ocupan las constituciones, leyes y reglamentos que definen el actuar jurisdiccional; de la segunda se ocupa la ética profesional. Empecemos por la primera y recordemos cómo funciona el mecanismo de aplicación del derecho a los casos.

Los casos no aparecen solos, ni en abstracto, ni todas las controversias son “casos” judicializables. Por su parte, las normas no se aplican solas, si así fuera

no necesitaríamos ni de jueces ni de abogados, no necesitaríamos del proceso judicial. Lo que creamos, entonces, es un procedimiento que comienza con una curiosidad: una vez que las personas, luego de sortear los obstáculos que supone acceder a la justicia en nuestras sociedades, finalmente llegan al sistema judicial, les impedimos hablar. Así es, les imponemos la necesidad de recurrir a un abogado que es el único que va a poder hablar ante el juez. En los procesos escritos no entra un solo papel al expediente sin la firma de un abogado. La abogacía toma esta función monopólicamente, sólo sus miembros pueden ejercerla. ¿Cuál es el sentido de esta expropiación de la palabra?²¹

Volvamos a la obligación principal del sistema judicial: aplicar el derecho a los casos. Como vimos, la tarea no es sencilla, requiere conocimientos, destrezas y actitudes relativamente sofisticadas que sirvan para encontrar el mejor argumento en derecho. Y la restricción a actuar sólo a partir de controversias planteadas por la ciudadanía obliga a escuchar los intereses en juego y los argumentos jurídicos que respalden esos intereses. Los jueces y las juezas no tienen ni el tiempo ni la capacidad de ponerse en el lugar de las partes del conflicto, estudiar sus planteos, desbrozar lo que es judicializable y lo que no, lo que es defendible y lo que no. Cuando las partes llegan ante la jueza del caso ya es tarde para intentar encauzar la controversia dentro de la ley. Las jurisdicciones que aceptan que la gente aparezca en juicio sin representación letrada lo saben, las complicaciones para la aplicación imparcial del derecho, los esfuerzos que deben realizar las demás partes de la controversia son ingentes y siempre se está cerca de la violación del debido proceso y el derecho a la defensa en juicio.

Por lo anterior, las abogadas y los abogados actúan como igualadores retóricos de las partes, su inclusión obligatoria en el juicio tiende a subsanar una

²¹ Sólo muy excepcionalmente en algunos sistemas como en el norteamericano se permite la defensa *pro se*. Las dificultades que ese permiso produce en el proceso judicial son numerosas. Véase, por ejemplo, Swank, Drew A., "The Pro Se Phenomenon," *BYU J. Pub. L.*, vol. 19, 2005. Disponible en: «<https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol19/iss2/4>».

posible desigualdad de recursos entre ellas porque la idea no es que gane el que más sabe, o el que tiene más tiempo para estudiar, o el que tiene más dinero para gastar en encontrar mejores argumentos, la idea es que gane el que tiene razón. Aquí manda la obligación de los jueces y juezas de decidir conforme al mejor argumento en derecho y es en ese sentido que se dice que los abogados son auxiliares de la justicia, porque les proveen de los mejores argumentos desde la perspectiva de la parte que defienden.

No se puede dejar de subrayar la importancia de una profesión que se destaque por brindar sus servicios con igualdad cualitativa (la igualdad en la calidad profesional de sus miembros). Sin ella habría profesionales mejores o peores y eso constituiría un escándalo institucional: no ganaría el que tiene razón, ganaría el que tiene el mejor abogado. Las instituciones que, como las facultades de derecho, tienen el cargo de formar estos profesionales deben asegurar igual calidad en el servicio y es por eso que deben ser estrictamente supervisadas. (Obviamente se debe garantizar también la igualdad cuantitativa: toda persona que requiera de un abogado debe poder acceder a sus servicios sin importar clase, género, raza, lugar de residencia, etc. Las instituciones que, como los colegios de abogados, las defensorías públicas y el Estado en general, tienen la carga de asegurar el igual acceso a la profesión deben ser estrictamente monitoreadas para que cumplan, a través de políticas públicas consistentes, esta función vital).

La abogacía es la profesión, entonces, que ayuda a los jueces y a las juezas a hacer el trabajo de aplicar correctamente el derecho brindando los mejores argumentos de las partes. Pero además lo deben hacer en casos particulares, y la definición de qué es un caso o controversia digno de ingresar al Poder Judicial no es evidente. Hay intereses que las personas llevan a un estudio jurídico que no pueden ser traducidos al lenguaje del derecho. Si una persona quiere cometer un delito, defraudar a otra, mentir para sacar una ventaja, esos no son intereses que una abogada pueda defender en derecho. La respuesta profesional frente a semejantes demandas es simplemente “no, soy una abogada, no su cómplice”. De allí la obligación ética fundamental de mantener la independencia en el ejercicio profesional a pesar, y sobre todo, de los clientes, justamente para poder decir que no.

Los abogados son, en este sentido, los guardianes del ingreso a la justicia en la medida en que son traductores de sus clientes pero, como en toda traducción, hay cuestiones intraducibles. La abogada debe decidir cuál es el interés que va a defender y la estrategia que va a seguir (y el cliente debe poder entender estas decisiones y brindar su consentimiento informado). Para eso va a necesitar ponerse no sólo en el lugar del cliente y en el de la parte contraria (cuyo abogado aún no conoce) para anticipar argumentos y generar contrargumentos, sino además, y sobre todo, debe ponerse en el lugar del juez (a quien aún no conoce) para identificar los argumentos que lo persuadirían en su esfuerzo por aplicar el derecho al caso, por decidir conforme a lo que todos, incluidas las partes de la controversia, acordaron a través del proceso deliberativo de la democracia constitucional, constitución, legislación y consistencia hermenéutica incluidas.²²

De esta forma se van constituyendo las obligaciones que surgen de la ética profesional de la abogacía: independencia (para defender intereses defendibles en derecho), lealtad (para defender con celo y diligencia al cliente), probidad (para no aconsejar acciones frudulentas), buena fe (para no mentir, o *chicanear*, o interpretar el derecho o a la otra parte tergiversando su contenido o sus dichos). Pero hay dos que tradicionalmente se citan como centrales, con razón: la obligación de confidencialidad y de evitar el conflicto de intereses. Las dos, con lo complejo que resulta su cumplimiento en muchas ocasiones, están dirigidas a crear confianza en la ciudadanía para que vengan a la justicia, para que brinden a su abogado toda la información necesaria para una defensa idónea sin temor a la publicidad indebida de ciertas confidencias y para que se acerquen sin temor a que intereses ajenos a los suyos propios interfieran en la defensa de su causa.

Entonces, la obligación de la abogacía de auxiliar a la justicia se corresponde con la obligación de la justicia de aplicar el derecho al caso y la otra, la obligación de defender con celo y diligencia los intereses de las personas,

²² Kronman, Anthony, *Vivir en el derecho*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010, capítulos 2 y 3.

se corresponde con la obligación judicial de atraer el conflicto al sistema judicial a través de brindar confianza a la ciudadanía. Pero entre ellas, entre ser auxiliar de la justicia y celosos defensores de los clientes, surge muchas veces una tensión en la que los profesionales deben aprender a vivir, y para ello viene en su ayuda la regulación de la ética profesional. La obligación de decir que no cuando se debe decir que no es un mandato de las reglas de la ética profesional, y asegurar que ese mandato sea cumplido por todos los miembros de la profesión sin excepciones es el papel de las instituciones que deben velar por la aplicación consistente de esas reglas.

Pero hay algunas obligaciones más en los códigos de ética que son muchas veces pasadas por alto, o desdeñadas como vestigios de viejas costumbres que deberían ser desterradas por una profesión moderna e igualitaria, como la obligación de defender la dignidad de la profesión y de actuar con decoro no sólo en el ámbito profesional, sino también personal. Lejos de desdeñarlas deberían ser recuperadas como centrales, sobre todo en el momento que estamos viviendo, en cuanto a la pérdida de legitimidad de nuestra profesión. Si nuestro comportamiento fuera tal que nadie en su sano juicio recurriría a nosotros para defender intereses fundamentales de su vida (la tenencia de sus hijos, la libertad, el patrimonio, el destino de su empresa o de su trabajo) estaríamos traicionando las razones básicas por las que los ciudadanos de la democracia constitucional nos han confiado el acceso a la justicia en monopolio. En ese ámbito, como veremos también en el de los jueces y juezas, los abogados y abogadas no sólo deben de ser confiables, sino que, además y crucialmente, deben parecer que lo son.

Así lo afirma la exposición de motivos del Código Iberoamericano de Ética Judicial.²³ El texto, fruto de la pluma de los profesores Vigo y Atienza, dice “el juez no sólo debe preocuparse por ‘ser’, según la dignidad propia del poder conferido, sino también por ‘parecer’, de manera de no suscitar legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que se cumple el servicio

²³ Disponible en: «https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf».

judicial”.²⁴ Resulta evidente que los jueces y juezas deben ser independientes, imparciales, capacitados, íntegros, diligentes, respetuosos, etc. Pero el problema que ataca la ética judicial es cuando lo son pero no parece que lo sean. Un juez puede ser todo lo independiente que uno aspire a que lo sea, pero si no parece independiente, si la gente cree que el juez no decide por sí mismo sino que hay alguien más que decide por él, o que es imparcial pero la gente lo ve en situaciones que parece mostrar su predilección por un interés, por un abogado o por una parte en especial se socava la legitimidad de la justicia, se desincentiva a la gente a recurrir a ella y a cumplir con sus mandatos. Este es el rol de la ética judicial, es un plus obligatorio a la tarea de la judicatura: no sólo aplicar el derecho, también que parezca que se aplica el derecho.

Por lo anterior, como en la ética de la abogacía, las reglas de la ética judicial no se quedan en el ámbito público, sino que se meten en la vida privada de jueces y juezas. Así el artículo 3 del Código que está entre los que regulan la independencia judicial dice que “el juez con sus actitudes y comportamientos debe poner de manifiesto que no recibe influencias —directas o indirectas...”.²⁵ “Con sus actitudes y comportamientos”, es decir no sólo con la aplicación del derecho al caso conforme su leal saber y entender (el suyo, y no el de otro que se lo impone). Esto significa que el decidir independientemente se completa con un actuar que parezca independiente y eso es algo que se muestra, es una forma de ser en el mundo, una práctica profesional pero también existencial, personal, social. Lo mismo sucede con la imparcialidad, en la medida en que el Código prohíbe los regalos, los encuentros injustificados con alguna de las partes, el compartir espacios de sociabilidad o académicos, etc. La vara con la que el Código mide el cumplimiento de estas reglas es el estándar del “observador razonable”.²⁶

²⁴ *Ibidem*, “Introducción”, IV.

²⁵ *Ibidem*, artículo 3.

²⁶ *Ibidem*, artículo 11.

¿Cómo se construye ese estándar, qué pide el Código? Una vez más el derecho nos demanda la construcción de una práctica, la aplicación del estándar a casos a lo largo del tiempo. Algunos en los que haya un acuerdo fácil van a ser claros para nuestra comunidad, otros requerirán mayor investigación respecto del impacto que la conducta haya tenido en la generación o en la pérdida de confianza en el sistema, aun otros serán desechados por ridículos. La construcción de este entendimiento colectivo, el desarrollo de esta destreza profesional de actuar éticamente entonces podrá ser controlada en la práctica actual y entregada a las generaciones futuras como un legado que se preserva y perfecciona en nuestros espacios de formación.

De la misma forma que en el caso de la abogacía sus dos obligaciones pueden estar en tensión (auxiliar a la justicia y defender celosamente al cliente), en la judicatura también las dos obligaciones pueden entrar en colisión. Va a suceder que la aplicación correcta del derecho sea particularmente dolorosa para la ciudadanía. Ver, por ejemplo, salir en libertad a una persona que comenó un delito particularmente aberrante porque no hubo prueba suficiente, o porque los argumentos no terminaron de convencer fuera de toda duda razonable, es particularmente difícil para la gente y, en particular, para las víctimas. Es sin embargo, en esa instancia que precisamos de la ética judicial, de la capacidad del sistema en general y de la jueza en particular de convencer a la gente de que esa decisión se conforma al derecho de la democracia constitucional a la que ellos, con orgullo, pertenecen; que deben aceptarla esta vez y que la próxima que tenga un conflicto vuelvan a la justicia a reclamar sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

El Código Iberoamericano contiene un capítulo curioso que no se encuentra, por ejemplo, en las reglas de Bangalore, las reglas de las Naciones Unidas sobre la ética judicial. Es el capítulo sobre la obligación de motivar sentencias y dice que “la obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez...”,²⁷ justamente y que “motivación supone expresar, de

²⁷ *Ibidem*, artículo 18.

manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión”.²⁸ Las razones obviamente deben ser “jurídicamente válidas”, la obligación de aplicar el derecho, pero deben ser expresadas “de manera ordenada y clara” para “asegurar la legitimidad del juez”.

La legitimidad objetiva ya estaba asegurada dado que el juez es juez de acuerdo con la Constitución, pero el reaseguro respecto de su legitimidad subjetiva depende de que la gente crea en él, que entienda que efectivamente las razones son jurídicamente válidas porque les han sido explicadas de “manera ordenada y clara” como para persuadirlo de que efectivamente lo son. Resulta interesante que el verbo sea “motivar”, que significa en este contexto, además de justificar jurídicamente, lograr que la parte, la que pierde, haga lo que manda el derecho, lograr que haga lo que debe hacer, producir de esa forma un performativo exitoso.

E. La ética profesional como fundamento del sistema

Las reglas de la ética profesional están presupuestas en los códigos de procedimientos. Si los abogados y abogadas *chicanean*, mienten, si las juezas y los jueces no deciden por ellos, se entregan a sus prejuicios y hablan en forma ininteligible, no hay código de procedimiento que aguante. No puede haber demanda ni contestación, no cuentan los plazos ni los argumentos, todo se convierte en una sarta de mentiras respondidas con mentiras contrarias en plazos que sólo convienen a quienes tienen el poder de administrar el proceso. Y si no hay códigos de procedimientos porque el *ethos* de las profesiones los quiebra, la ley de fondo se vuelve irrelevante porque justamente en el momento en que se la necesita para resolver conflictos carece de medios para hacerse cumplir. Y si las leyes no se cumplen no se cumple con la Constitución que es el acuerdo original acerca de la forma en la que nos comprometimos a resolver nuestros conflictos, justamente con las decisiones que tomamos a través de los canales políticos y que convertimos en legislación.

²⁸ *Ibidem*, artículo 19.

Insistir en la construcción de esta comunidad epistémica y ética en la que consiste la comunidad de las profesiones del derecho es una tarea urgente si queremos honrar las promesas que nos hicimos cuando decidimos vivir en una democracia constitucional.

F. Bibliografía

- Arendt, Hannah, *The Human Condition*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989.
- Austin, John, *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Ed. Ariel, 1998.
- Böhmer, Martín, “Tres autores y cuatro metáforas”, en Alegre, Marcelo (compilador) y Nascimbene, Juan (coordinador), *El imperio de Ronald Dworkin: ensayos de filosofía moral, política y jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 2019.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1994.
- Chua, Amy, *Day of Empire: How Hyperpowers Rise to Global Dominance – and Why They Fall*, New York, Doubleday, 2007.
- Código Iberoamericano de Ética Judicial. Disponible en: «https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf».
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2012.
- Harari, Yuval, *De animales a dioses*, Debate, Buenos Aires, 2016, parte 1.
- Hart, H. L. A., “Discretion”, *Harv. L. Rev.*, vol. 127, 2013.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Buenos Aires, Editorial Losada, 2003.
- Hume, David, *Investigación sobre el entendimiento humano*, Editorial Losada, Buenos Aires, 2010.
- Kahn, Paul, *Construir el caso. El arte de la jurisprudencia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2017.
- Kronman, Anthony, *Vivir en el derecho*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010.
- Kuhn, Steven, “Prisoner’s Dilemma”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, invierno de 2019. Disponible en: «<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/prisoner-dilemma/>».

- Nino, Carlos, *Ética y Derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Nino, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Platón, “Protágoras 320d-322b”, en *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1986.
- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- Searle, John, *Making the Social World, The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, 2010.
- Swank, Drew A., “The Pro Se Phenomenon”, *BYU J. Pub. L.*, vol. 19, 2005.
Disponible en: «<https://digitalcommons.law.byu.edu/jpl/vol19/iss2/4>».
- Warnock, G. J., *The Object of Morality*, London, Methuen & Co. Ltd., 1973.

¿Qué significa ser un abogado “ético”? Una conversación pendiente en la profesión jurídica

Sergio Iván Anzola Rodríguez*

* Abogado por la Universidad de los Andes (Colombia), máster en Derecho por la Universidad de Helsinki (Finlandia) y doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Colombia); coordinador de Educación Jurídica en el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho (CEEAD).

SUMARIO: A. Legitimidad y ética profesional: el problema de los casos difíciles. B. ¿Existen los casos difíciles? C. ¿Por qué necesitamos tener esta conversación? D. Posibles vías o lugares para propiciar esa conversación. I. Los códigos de ética. 1. La representación de personas jurídicas o morales. 2. La división de toma de decisiones entre abogado y cliente. II. Los cursos de ética y responsabilidad profesional. E. Retos y dificultades para propiciar la crisis. I. La corrupción se lleva todo. II. La ética es hacer servicios *pro bono*. III. La función social de los abogados. F. Conclusión. G. Bibliografía.

A. Legitimidad y ética profesional: el problema de los casos difíciles

La legitimidad de un ordenamiento jurídico depende, en gran medida, de la percepción que la ciudadanía tenga de la ética y profesionalismo de las personas que lo operan. Si la ciudadanía considera que los abogados y abogadas actúan de manera correcta en su función profesional, es más probable que esté dispuesta a someter sus disputas al derecho y a obedecer las decisiones que de él emanen o los acuerdos a los que a través de él se lleguen (las sentencias, las decisiones administrativas, los contratos, etcétera). Ahora, la determinación sobre si un abogado actúa de manera ética o no debe hacerse en dos niveles. En un primer nivel estarían los casos fáciles; en un segundo, los casos difíciles.

Los casos fáciles serían aquellos en los cuales es sencillo determinar cuál es (o era) el curso de acción correcto. Un caso fácil sería, por ejemplo, determinar si está bien o no que una abogada soborne a un testigo para que rinda un testimonio falso que beneficie a su cliente. Otro caso fácil sería determinar

si está bien o no que el abogado de la parte demandante no le informe a su cliente que él tiene una relación sentimental con la parte demandada o la abogada que la representa. En éstos, es evidente que ambos abogados han faltado a su ética profesional (incluso pueden haber infringido el derecho penal). Si se comprueba la ocurrencia de ambos hechos, no hay mucho que debatir y es evidente que los abogados faltaron a sus deberes profesionales. Ese incumplimiento a su profesionalismo afecta la legitimidad del ordenamiento jurídico.

En ambos casos, el descubrimiento del soborno y del conflicto de interés no revelado hace más difícil que las partes involucradas consideren esas sentencias como dignas de ser obedecidas. A pesar de que se hayan descubierto y sancionado ambas situaciones, queda una mancha sobre ambos procesos que es difícil de borrar y que afecta su credibilidad. Esa marca no se limita a esos dos casos y a los abogados involucrados en ellos, sino que también afecta a otros procesos y a otros profesionales del derecho. Pone en duda la integridad del sistema. Entre más hechos como éstos ocurran, es más difícil confiar en el ordenamiento jurídico; hay menos razones para que las personas acudan a él y pongan sus derechos e intereses en manos de los profesionales del derecho.

Desafortunadamente estos casos fáciles abundan en nuestra región. Con frecuencia escuchamos historias de abogados y abogadas que incurren en estas prácticas. Éstas no necesariamente suceden, en mayor medida, en sectores marginales de la profesión jurídica,¹ donde “la lucha por el centavo” lleva a que los abogados y abogadas acudan al “todo vale” para ganar su caso y cobrar sus honorarios,² sino que también ocurren en las élites de la profesión jurídica que, aparentemente, estarían menos tentadas a incurrir en estas prácticas. En Colombia, por ejemplo, es lamentable y vergonzosamente famoso el caso del

¹ Sobre la estratificación de la profesión jurídica, véase Heinz, J. P. y Laumann, E. O., *Chicago Lawyers: the Social Structure of the Bar*, Russell Sage Foundation, 1982.

² Sobre las tensiones estructurales que explican muchas de las fallas éticas de los abogados, véase Abel, R. L., *Lawyers in the Dock: Learning from Attorney Disciplinary Proceedings*, Oxford University Press, 2008.

Cartel de la Toga, revelado por los medios de comunicación en 2017. Éste involucró al entonces fiscal anticorrupción, Luis Gustavo Moreno, y a varios jueces de la Corte Suprema de Justicia (incluido su entonces presidente, Francisco Ricaurte), quienes fueron declarados responsables penalmente por aprovechar su posición y poder para recibir sobornos e incidir sobre decisiones judiciales a favor de algunas figuras políticas.

A pesar de ser casos fáciles en el sentido expuesto, siguen siendo sumamente difíciles de erradicar. El hecho de que sigan estando tan presentes y hagan tanto daño a la legitimidad del sistema judicial hace muy difícil avanzar en agendas como las que trataré de promover en este texto. Así mismo, nos ponen a los profesores, investigadores y personas dedicadas a trabajar los temas de ética profesional en una situación muy incómoda y paradójica. La persistencia de estos casos revela la urgencia de atender estas situaciones y hacer algo, no sólo desde una perspectiva sancionatoria y punitiva, sino también desde una perspectiva educativa y de prevención. No obstante, lo aberrante de los casos y la evidente falla moral de los abogados y las abogadas ponen una pregunta incómoda sobre la mesa: ¿es posible prevenirlos? ¿Es posible enseñar ética, no en el sentido de enseñar los contenidos de los códigos de ética, sino en el de desarrollar actitudes y compromisos éticos reales? ¿Qué logra y qué no logra la formación en ética? ¿Será cierto el lugar común que dice que “la ética se aprende en casa” y entonces queda poco por hacer en las escuelas de derecho?³

En otro nivel podríamos ubicar los casos difíciles.⁴ Un ejemplo sería aquél en el que un abogado cuestiona la veracidad de un testimonio presentado por la contraparte, aun a pesar de tener plena convicción y seguridad de que ese testimonio es cierto. Supongamos la siguiente situación: la abogada que

³ Véase Wendel, W. Bradley, “Teaching Ethics in an Atmosphere of Skepticism and Relativism”, *Cornell Law Faculty Publications*, 494, 2002. Disponible en «<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/494>».

⁴ Uno de los artículos canónicos y que impulsó la discusión sobre los casos difíciles en la ética y responsabilidad fue el de Freedman. Véase Freedman, Monroe H., “Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions”, *Mich. L. Rev.*, vol. 64, 1966, pp. 1469-1484.

representa a un hombre demandado civilmente por inasistencia alimentaria a sus hijos hace todo lo posible por cuestionar la veracidad de un testimonio presentado por la contraparte, el cual afirma que el hombre demandado tiene ingresos suficientes para pagar la cuota alimentaria a la que está obligado, pero, a pesar de ello, no lo ha hecho. La abogada del hombre demandado tiene plena seguridad y convicción suficiente para saber que el testigo de su contraparte dice la verdad. Aun así, cuestiona la veracidad de ese testimonio de todas las formas legalmente posibles (trata de mostrar contradicciones en el testimonio y de probar que el testigo ha tenido problemas de memoria en otras situaciones, que el testigo ha mentido en otras situaciones, etcétera).

¿Actúa en contra de sus deberes profesionales esa abogada al cuestionar la credibilidad de dicho testimonio? ¿Podría esa abogada afirmar, ante la persona juzgadora que estudia el caso, que su cliente no cuenta con recursos económicos para pagar la cuota, a pesar de saber que eso no es cierto (es decir, mentir a sabiendas)? O, por lo contrario, ¿actúa de acuerdo con la ética profesional al defender celosamente los intereses de su cliente dentro de los límites del derecho? (Al fin y al cabo, esta abogada no ha sobornado al testigo, ni lo ha amenazado o intimidado para que rinda una versión de los hechos distinta a la que le consta... simplemente ha cuestionado su testimonio).

A mi parecer, en este ejemplo, el hombre demandado tiene derecho a una defensa técnica, es decir, a la asesoría de una abogada que vele por sus intereses dentro de los límites del derecho. Suponiendo que el secreto profesional ha cumplido su función, el cliente ha confiado en su abogada y le ha dicho que, en realidad, él sí tiene recursos suficientes para cubrir los alimentos de su hijo. Desde mi perspectiva, el deber de lealtad al cliente y el deber de confidencialidad le exigen a esa abogada abstenerse de revelar esa información.⁵ No me es claro, en todo caso, que la noción de profesionalismo

⁵ Para una crítica a las justificaciones usuales que se dan a un deber estricto de confidencialidad en la relación abogado-cliente, véase Simon, William H., "Attorney-Client Confidentiality: A Critical Analysis", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, *Forthcoming Columbia Public Law Research Paper*, núm. 14-539, febrero de 2017.

o de la ética profesional le exija poner en tela de juicio el contenido de un testimonio que la abogada sabe que es cierto. A la par del deber de lealtad y confidencialidad, los códigos de ética (por lo general) también imponen a los profesionales del derecho un deber de veracidad u honradez. Por ejemplo, el artículo 3 del Código de Ética de la Barra Mexicana de Abogados indica: “Art. 3º Honradez El abogado debe obrar con probidad y buena fe. No ha de aconsejar actos dolosos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas, mutiladas o maliciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la buena y expedita administración de justicia”.

Pienso que lo que exige este artículo a los abogados y las abogadas puede ser suficiente para, al menos, tener un debate sobre si cuestionar la veracidad de un testigo que, se sabe, dice la verdad es una falta a la honradez que el código les exige. No creo que sea evidentemente cierto que actuar de acuerdo con la ética profesional implique cuestionar ese testimonio; es viable otra interpretación de este deber de honradez que sugiera justamente actuar de la manera diametralmente opuesta; es decir, abstenerse de cuestionar la veracidad de ese testimonio.⁶

La relación entre la legitimidad del ordenamiento jurídico y la ética de los y las abogadas se complejiza cuando pensamos en la ética de los profesionales del derecho frente a casos difíciles como éstos. La idea de que la legitimidad del ordenamiento jurídico aumenta cuando los abogados y abogadas actúan éticamente se torna más difícil de verificar cuando nos topamos con los casos difíciles: ¿Cuál es el curso de acción ético en un caso difícil? En el ejemplo mencionado, entran en tensión dos valores: la lealtad que la abogada debe a su cliente (de la cual se desprende el deber de confidencialidad) y el deber

⁶ Si bien en el contexto latinoamericano no hemos tenido una discusión seria, profunda y más allá de los lugares comunes sobre qué significa y qué implica el concepto de profesionalismo, es probable que haya muchas visiones y disensos contrapuestos sobre su definición. Para un análisis histórico que muestra cómo la profesión jurídica estadounidense ha debatido intensamente sobre qué implica el actuar profesional de los abogados, véase Schneyer, Theodore, “Professionalism as Politics: The Making of a Modern Legal Ethics Code”, en Nelson *et al.*, *Lawyers’ Ideals/Lawyers’ Practices: Transformations in the American Legal Profession*, Cornell University, 1992.

de colaboración que la abogada tiene con la administración de justicia, la cual le exige honradez en su actuar (tal y como señala el código de la Barra Mexicana de Abogados). Ambos son valores importantes para la profesión jurídica. ¿Cuál debe ser el valor sacrificado y por qué? ¿Será más legítimo un ordenamiento jurídico que privilegia la lealtad al cliente o uno que privilegia la colaboración de la abogada con la administración de justicia?

En la práctica del derecho, abundan casos difíciles como el anterior. Sumo acá dos ejemplos; uno hipotético y otro real. Pensemos en una abogada *in house* encargada de todos los asuntos jurídicos de una empresa. Una empleada de la compañía sospecha que puede haber una discriminación basada en género que se manifiesta en remuneraciones desiguales para personas con mismas responsabilidades y mismas credenciales, experiencias y logros profesionales. La empleada sospecha que ella recibe menos remuneración respecto a un colega hombre que tiene exactamente las mismas credenciales profesionales y académicas que ella. Esta empleada envía un correo a la abogada *in house* preguntándole si en efecto ese colega hombre recibe un sueldo más alto que ella. La abogada *in house* investiga la situación y, en efecto, descubre que, desde hace dos años, ese hombre recibe un salario más alto.

La abogada se percató de que, en efecto, existe discriminación y la remuneración de esa empleada es significativamente menor a la de su colega hombre. A pesar de esto, tras consultar con el representante legal, contesta a la empleada diciendo que no hay discriminación alguna y que la empresa está plenamente comprometida con la igualdad de género en el trabajo. Meses después (por cualquier circunstancia) esta empleada se entera de que la abogada le mintió y que, en efecto, sí había una discriminación evidente. ¿Debería sancionarse a esa abogada *in house* por faltar a la verdad? o ¿debería ser sancionada, más bien, por revelar información confidencial de su cliente?⁷

⁷ Sin duda, esto se cruza con muchísimos temas como la pregunta de quién es el cliente, a quien se debe confidencialidad, si esta información entra o no en la confidencialidad, si hay regulación de transparencia salarial, etcétera.

Un segundo caso puede ser *Spaulding vs. Zimmerman*.⁸ *Spaulding* fue víctima de un accidente de tránsito en un choque automovilístico que involucró a *Zimmerman*. Por ello, *Spaulding* demandó a *Zimmerman* por los daños sufridos. Con el fin de asegurarse de que las pretensiones de la demanda de *Spaulding* se ajustaran a los daños realmente sufridos, el abogado de *Zimmerman* pidió a un médico perito que examinara a *Spaulding*. El médico se percató de que *Spaulding* tenía una aneurisma que podía poner su vida en riesgo. No obstante, no era posible discernir si ese aneurisma había sido causado por el accidente o no. *Zimmerman* y su abogado decidieron no revelar a *Spaulding* que tenía un aneurisma, aun y cuando esto implicaba un grave riesgo para su vida. ¿Debía el abogado de *Zimmerman* haber compartido la información con *Spaulding* para proteger su vida? ¿Era dicha información confidencial? ¿Requería el abogado de *Zimmerman* la autorización de su representado para revelar esa información?⁹

B. ¿Existen los casos difíciles?

He ofrecido hasta el momento tres ejemplos de casos (hipotéticos y reales) que, a mi juicio, son difíciles. No obstante, pienso que para la mayoría de las abogadas y abogados éstos no son casos que las y los mantengan despiertas o despiertos por las noches. Pienso que la gran mayoría de abogadas y abogados litigantes coincidirían en afirmar que la persona abogada ética es aquélla que defiende celosamente los intereses de su cliente dentro de

⁸ Corte Suprema de Minnessota, Estados Unidos, *Spaulding vs. Zimmerman*, 263 Minn. 346, 116 N.W. 2d 704 (1962).

⁹ Años más tarde, cuando *Spaulding* se presentó al servicio militar obligatorio (cuando sufrió el accidente y presentó la demanda era menor de edad) y le hicieron el examen, de entrada se percataron de que tenía ese aneurisma y lo sometieron a cirugía inmediatamente. *Spaulding* demandó el acuerdo de conciliación al que había llegado, pues argumentaba que, de haber sabido que tenía esa condición, seguramente no habría aceptado el acuerdo que le ofrecieron. Los jueces determinaron que, en efecto, había que declarar nulo ese acuerdo de conciliación porque al momento de iniciar el pacto las partes debían haber revelado información relevante a todas las demás, pero en el litigio no era obligación de una parte revelar esta información a la otra, aun cuando su vida pudiera estar en riesgo.

los límites del derecho¹⁰ (a pesar de que los códigos de ética reconocen que el abogado tiene no sólo deberes frente a su cliente sino también frente a la administración de justicia, la contraparte y la sociedad en general).

En el primer ejemplo, esto implica cuestionar la veracidad del testimonio presentado y, además, hacer todo lo legalmente posible para que los intereses del cliente se vean satisfechos (no recibir una sentencia que lo declare civilmente responsable por no pagar alimentos a su descendiente). En el segundo ejemplo, abstenerse de revelar la información a la empleada de la empresa. En el tercer caso, actuar tal y como actuaron los abogados de Zimmerman. Si mi suposición es correcta, posiblemente la mayoría de las abogadas y abogados considerará que la crisis de legitimidad de la profesión jurídica obedece única o principalmente a los profesionales del derecho que resuelven de manera equivocada los casos fáciles. Los casos difíciles en realidad no existen (o son sólo difíciles en apariencia) y, al no existir, no amenazan la legitimidad de la profesión jurídica ni tienen relación con ella.

Si bien la opinión mayoritaria del gremio puede ser importante para determinar si existen casos difíciles o no, y si éstos afectan la legitimidad del derecho a la luz de las personas usuarias del sistema jurídico, no podemos ignorar la opinión de las personas no abogadas sobre dichos casos difíciles. Acá es muy difícil aventurar una suposición. No conozco un estudio empírico que indague sobre el interés o preocupación que las personas no abogadas tienen frente a, por ejemplo, el deber de confidencialidad, sus límites, excepciones, críticas y posibles justificaciones.¹¹

A lo sumo, puedo decir que la abundante producción y consumo de series televisivas y películas de abogados son un síntoma de que la ética del

¹⁰ Para una descripción de la visión estándar de la ética profesional del abogado, véase Pepper, Stephen L., "The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities", *American Bar Foundation Research Journal*, 1986, pp. 613-635.

¹¹ Para una aproximación a la ética de los abogados en la cultura popular, véase Menkel-Meadow, Carrie, "Can They Do That? Legal Ethics in Popular Culture: of Characters and Acts", *Public Law and Legal Theory Working Papers*, No. 288803, 2001.

profesional del derecho es un tema que interpela e intriga al grueso de la población. No obstante, sería irresponsable decir que confían más o menos en el ordenamiento jurídico por la manera en la que las abogadas y abogados resuelven los casos difíciles. Quizá su opinión dependa del lado en que se encuentran en cada uno. Esto implicaría que, en el primer caso que describí, el hombre demandado confíe más en el sistema judicial y lo perciba como legítimo si su abogada le es leal y cuestiona el testimonio de la contraparte a pesar de saber que es cierto. Para la contraparte, el resultado sería el opuesto; percibiría como menos legítimo un sistema en el cual los abogados cuestionan la veracidad de testimonios que saben que son ciertos. Al final, posiblemente sea una situación de suma cero. Unos ganan y unos pierden. Unos ven legítimo el sistema y otros no.¹²

C. ¿Por qué necesitamos tener esta conversación?

Mi propósito, al escribir sobre ética profesional de los abogados y abogadas y su relación con la legitimidad del sistema de justicia, es propiciar una conversación sobre la legitimidad de la profesión jurídica. Esta conversación, sin duda, tiene que darse dentro de aquéllas que surjan por la crisis ya existente, causada por la prevalencia de los casos fáciles o burdos (el soborno, el daño al patrimonio de los clientes, la práctica no diligente, etcétera). No obstante, no se trata de provocar una conversación que desate una crisis que pretenda menoscabar la legitimidad que hoy ostenta la profesión, sino de generar una conversación que nos permita reconocer que sí enfrentamos casos difíciles de forma recurrente y que tenemos que articular respuestas consistentes y justificadas a dichos casos.

Pienso que la necesidad de esta conversación se encuentra en dos razones. La primera está vinculada al reto moral que imponemos a los y las aboga-

¹² En todo caso, en el conteo e identificación de quienes ganan y quienes pierden y quienes ven legítimo el sistema y quienes no, no podemos taparnos los ojos. Véase Gargarella, Roberto, “¿A quién sirve el Derecho? Ética profesional, derecho y poder”. Disponible en «<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35778-quien-sirve-derecho-etica-profesional-derecho-y-poder>». [Consultado el 17 de noviembre de 2023].

das. Al confrontar un caso difícil, los abogados deliberan moralmente para determinar sacrificar un valor y proteger otro. Realizar dicha deliberación, tomar una decisión y ejecutarla conlleva un costo moral y psicológico para los profesionales del derecho. Cuando el abogado de Zimmerman decidió no informar a Spaulding sobre el aneurisma que podía poner en riesgo su vida, ese abogado infringió un estándar moral que, en principio, todas las personas compartimos. Si hubiera decidido revelar esa información, también habría asumido un costo moral, el de traicionar la confianza y lealtad a su cliente.¹³

Los abogados y abogadas trabajan en un terreno moral ambiguo, lleno de minas y obstáculos, con la única guía de los códigos de ética profesional que, por lo general, tienen indicaciones muy vagas y escuetas. Por lo general, esos códigos no están acompañados de desarrollos jurisprudenciales que especifiquen qué conducta se espera de ellos y ellas. Por ejemplo, a pesar de que muchos códigos de ética dicen que los abogados y abogadas no pueden mentir, no hay especificaciones normativas que determinen exactamente qué implica ese deber.

A la poca guía provista por los códigos, se suman dos problemas adicionales: i) una educación jurídica en ética y responsabilidad profesional por lo general deficiente y poco valorada por las escuelas de derecho y ii) un ejercicio del derecho en un entorno social dominado por una lógica capitalista donde la deliberación ética sobre qué es lo correcto queda relegada al último lugar. No es accidental que consideremos como aceptables y necesarias herramientas que “incentiven” la deliberación ética; es decir, nos parece inconcebible pensar en el actuar ético como un valor en sí mismo y lo asumimos como algo que requiere ser incentivado pues las personas no ven beneficios asociados con el actuar ético.

Lo anterior implica, en una visión quizá ingenua de mi parte, que los abogados y las abogadas sufren, pues los y las obligamos a incurrir en costos morales y

¹³ Sobre el costo y sufrimiento moral de los abogados a causa de operar bajo una ética profesional que entra en tensión con su ética común, véase Anzola Rodríguez, Sergio Iván, *El malestar en la profesión jurídica: Tensiones entre la ética personal y la ética profesional de los abogados*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2017.

psicológicos al momento de enfrentar estos casos difíciles sin guía alguna.¹⁴ Esto justifica la necesidad de propiciar una conversación que nos lleve a reconocer este costo moral y hacernos responsables de él, justificando los beneficios que en todo caso arroja. O, por lo contrario, encontrar una manera de enfrentar dichos dilemas éticos que minimice, en el mayor nivel posible, sus costos.

Una mirada suspicaz podría señalar que los abogados y abogadas no tienen interés alguno en propiciar esa conversación pues en realidad no sufren o no les importa sufrir esos costos psicológicos o morales dado que obtienen un lucro (en ocasiones muy grande) gracias a que habitan ese campo minado de dilemas éticos. Detonar una conversación al respecto podría mitigar los costos morales o psicológicos, pero, posiblemente, implicaría renunciar al lucro económico que hoy tienen y, por ello, posiblemente no les interese.

La segunda razón para propiciar esta conversación está vinculada al daño causado por los abogados y abogadas a la sociedad derivado de la solución de dichos casos difíciles sin razones suficientes que interpelen y persuadan al grueso de la sociedad. El caso del dispositivo intrauterino Dalkon Shield en la década de 1960 del siglo pasado en los Estados Unidos permite ilustrar esto.¹⁵ La empresa Robins fabricó y comercializó varios dispositivos intrauterinos que funcionaban como métodos anticonceptivos. Su uso causó lesiones pélvicas a la gran mayoría de sus usuarias. En varios casos esas lesiones derivaron en abortos espontáneos, casos de infertilidad y, en las peores situaciones, en la muerte de las mujeres. Esto llevó a que varias usuarias demandaran a Robins por los daños y perjuicios sufridos.

La estrategia de defensa de los abogados de Robins consistió en cuestionar el nexo causal entre las lesiones y daños sufridos y el dispositivo intrauterino diseñado y comercializado por su cliente. Para lograr esto, los abogados realizaron interrogatorios con preguntas como las siguientes: “¿Cómo se

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Véase Anriquez, Álvaro, “Ética de la Abogacía: Lecciones a propósito del caso ‘Dalkon Shield’”. Disponible en: «<https://www.anvp.cl/columna-etica-de-la-abogacia-lecciones-a-proposito-del-caso-dalkon-shield/>». [Consultado el 17 de noviembre de 2023].

limpia luego de defecar? ¿Hacia adelante o hacia atrás? ¿Practica sexo anal y luego vaginal? ¿Si lo hace su compañero sexual se lava? ¿Utiliza condón? ¿Cuántos compañeros sexuales tiene y con qué frecuencia tiene relaciones?”. Algunos abogados podrían considerar que la estrategia empleada por estos abogados es consistente con las demandas y exigencias de la ética profesional y no implica violación alguna a los deberes éticos. Los abogados de Robins defendieron a sus clientes dentro de los límites del derecho y esto, trágicamente, implicaba formular una serie de preguntas íntimas e invasivas de la privacidad de las demandantes, pero necesarias para poder decidir el caso.

Por otro lado, algunas personas podrían considerar que esta estrategia no sólo apuntaba a desvirtuar el nexo causal sino también a intimidar y avergonzar a las demandantes para así lograr que desistieran de sus demandas. Estas personas podrían considerar que los abogados de Robins dieron un peso excesivo a los intereses de su cliente, por encima de los deberes que tenían frente a la sociedad en general y a su contraparte en particular. En este caso, es evidente el daño que sufrieron las personas que tuvieron que responder estos interrogatorios. La manera en la que los abogados decidieron afrontar esta situación tuvo un impacto directo sobre ellas. El solo hecho de que hayan sido afectadas por ese interrogatorio no es razón suficiente para sugerir que los abogados actuaron de manera incorrecta; lo que quiero sugerir es que infligir ese daño sí exige, en todo caso, una deliberación y una razón suficientemente robustas y articuladas que justifiquen, en términos éticos, el por qué realizar este tipo de interrogatorios, aun apesar de los costos para las demandantes, es la estrategia correcta para este caso.

Como manifesté anteriormente, pienso que esta conversación puede ser productiva. Por ejemplo, la profesión jurídica estadounidense enfrentó una profunda crisis en la década de 1970, cuando se descubrió la participación de varios abogados en el escándalo de Watergate, a la cual se sumó un caso menos mediatizado, pero en todo caso sumamente relevante, el de “los cuerpos enterrados”.¹⁶ Esta crisis permitió que el campo de la ética y

¹⁶ Véase Anzola Rodríguez, Sergio Iván, *op. cit.*, capítulo 5.

responsabilidad profesional tomara más relevancia dentro de la educación y la profesión jurídica haciendo que, por ejemplo, los cursos en ética y responsabilidad profesional se convirtieran en obligatorios en las escuelas de derecho y creciera dramáticamente la producción bibliográfica en este campo específico del derecho.

Aseverar que la crisis de la década de 1970 cambió dramáticamente el ejercicio del derecho en Estados Unidos y logró que sus profesionales se comportaran de manera más ética sería exagerado, pero sí es posible afirmar que dicha crisis generó más interés por el campo y permitió emprender discusiones más profundas sobre la ética de los abogados y abogadas. La sociedad y la academia jurídica estadounidenses han indagado y criticado el papel que los profesionales del derecho han desempeñado en varios momentos claves de su historia reciente. Por ejemplo, las torturas en Abu Grahیب que fueron justificadas legalmente por abogados que trabajaban en el departamento de Estado,¹⁷ la crisis financiera de 2008, en la cual los abogados de Enron abusaron del deber de confidencialidad¹⁸ y, más recientemente, el intento de Trump y sus abogados por boicotear las elecciones de 2020 interponiendo acciones judiciales carentes de pruebas en las que alegaban que el partido demócrata había robado las elecciones.¹⁹

D. Posibles vías o lugares para propiciar esa conversación

Creo que hay dos vías o lugares posibles para abrir esta conversación. Éstos son los códigos de ética y los cursos de ética y responsabilidad profesional en las escuelas de derecho.

¹⁷ Véase Luban, David, “Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo”, *Stanford Law Review*, 2008, Vol. 60, pp. 1981-2026.

¹⁸ Véase Cramton, Roger, “Enron and the Corporate Lawyer: A Primer on Legal and Ethical Issues”, *Cornell Law Faculty Publications*, 1049, 2002.

¹⁹ Véase Joy, Peter A. y McMunigal, Kevin C., “The Ethics of Trump’s Shadow Lawyers?”, *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 69, 2022, p. 127.

I. Los códigos de ética

Los códigos de ética y responsabilidad profesional de la mayoría de los países latinoamericanos se caracterizan por su vaguedad y generalidad. En ellos se recogen los valores de la profesión, los deberes y sus consecuentes faltas y sanciones. No obstante, la mayoría de ellos no contempla situaciones problemáticas, como los casos que he descrito anteriormente. Hasta cierto punto es entendible que no lo hagan. Es imposible que un código contenga suficiente regulación para todas las situaciones que se pueden presentar a un abogado. Sin embargo, es posible afirmar que nuestros códigos no están suficientemente desarrollados y tienen múltiples áreas de oportunidad. Identificar esos vacíos y explicar por qué son problemáticos puede ser una de las formas de propiciar una crisis de legitimidad que obligue a su reforma para que den cuenta, al menos en mayor medida, de los dilemas éticos que enfrentan los y las abogadas. A continuación, propongo dos ejemplos de situaciones por lo general no abarcadas o reguladas por nuestros códigos.

1. La representación de personas jurídicas o morales

Muy pocos códigos de ética y responsabilidad profesional latinoamericanos reconocen que las abogadas y los abogados representan y asesoran a personas morales. Esto a pesar de que, probablemente, la mayor demanda de servicios jurídicos en el mercado deviene de personas morales. La representación de una persona moral supone varios retos para el profesional del derecho distintos o inexistentes en la representación de personas naturales.²⁰ ¿Qué persona natural u órgano habla por su cliente? ¿Qué pasa cuando las instrucciones de la persona natural u órgano autorizado para hablar en nombre de su cliente imparte instrucciones al abogado que violan alguna disposición estatutaria del cliente o una norma jurídica? ¿Qué pasa cuando, a juicio del abogado,

²⁰ Para comprender las complejidades éticas de la representación de una organización o persona moral, véase Simon, William, "Duties to Organizational Clients", *Geo. J. Legal Ethics*, vol. 29, 2016, pp. 489-526.

esas instrucciones no violan una disposición jurídica pero sí afectan los intereses del cliente?

¿Cómo opera el deber de confidencialidad y secreto profesional cuando el cliente es una persona moral? ¿Frente a qué persona natural de las que trabajan en la empresa tiene el abogado deber de confidencialidad? ¿Sólo frente al representante legal? ¿Frente a todos los empleados? ¿Qué pasa si un empleado le confiesa al abogado de la empresa que cometió algún delito que puede implicar la responsabilidad de la empresa? ¿Puede el abogado revelar esa información al representante legal de la empresa?²¹

2. La división de toma de decisiones entre abogado y cliente

Es común pensar que en la relación abogado-cliente, el cliente determina —de manera autónoma— cuáles son los fines u objetivos que se van a perseguir y, por otro lado, el abogado determina, también de manera autónoma, cuáles medios se van a emplear para alcanzar esos fines. Dado que el abogado es el técnico del derecho, tiene sentido dejar que él decida la estrategia jurídica más adecuada para perseguir los fines elegidos autónomamente por el cliente. Esta división parece ser tan evidentemente correcta que nuestros códigos no la reconocen ni la regulan. No obstante, pueden presentarse casos difíciles en los cuales vale la pena dudar de su conveniencia. Rivera presenta un caso hipotético que ilustra adecuadamente una situación donde podría considerarse apropiado que el abogado invada la esfera de su cliente para tomar una decisión por ella.

Alejandra es una joven que ha sido recientemente procesada y encarcelada por contrabando de pequeñas cantidades de droga a través de la frontera. A diferencia de la mayoría de sus compañeras de la cárcel, Alejandra no es pobre. Pertenece a una familia de clase media. Sin

²¹ El mismo reto se presenta con la representación o asesoría legal que los abogados prestan al Estado o agencias del Estado. Véase “¿Quién es mi cliente cuando trabajo para el Estado? Los abogados del Estado”. Disponible en «<https://open.spotify.com/episode/6I5pa3rSDye80MYVeUU8C1?si=-aFsYJB-YSG2Vga7s6Xy7BA>». [Consultado el 17 de noviembre de 2023].

embargo, durante los meses en los que lleva detenida ha entablado una relación amorosa con una compañera. Usted es su abogado defensor. Como tal, pretende lograr su excarcelación. Alejandra, sin embargo, se niega. Prefiere permanecer en la cárcel, porque siente que, de otro modo, abandonaría o traicionaría a su pareja. Usted sabe (o al menos cree) que, a largo plazo, su experiencia en una cárcel como esa solo puede perjudicarla. Una buena defensa, además, incluye el pedido de excarcelación.²²

Éste es un caso difícil que refleja la tensión existente entre la autonomía de la cliente y el paternalismo que podría llegar a ejercer el abogado a fin de proteger, no sus intereses inmediatos, sino a largo plazo. Puede haber buenas razones en ambas posiciones, pero lo cierto es que nuestros códigos, por lo general, guardan silencio en estos casos y dejan que cada abogado enfrente esa situación como crea conveniente. El siguiente ejemplo también muestra una situación que problematiza la idea de que los abogados y abogadas determinen de manera completamente autónoma la estrategia jurídica para alcanzar los fines indicados por el cliente.

Camila representa a Andrea en un proceso de divorcio. Andrea quiere la custodia y cuidado de sus dos hijos. Le dice a su abogada que no use pruebas relativas a la infidelidad de su exmarido pues no quiere que esto se conozca. Su abogada le informa que esa prueba y esos argumentos son vitales para ganar la custodia de sus hijos que es, en últimas, el objetivo a largo plazo de Andrea. A pesar de esto Andrea insiste en que no incluya esas pruebas. ¿Debería la abogada tomar esa decisión, autónomamente y sin consultar a su clienta, bajo el entendido que esta es una decisión sobre los medios y no sobre los fines?²³

Una estrategia útil para propiciar esta conversación puede consistir, entonces, en estudiar detenida y minuciosamente nuestros códigos de ética, identificar

²² Rivera, Eduardo, "Paternalismo y autonomía en la relación abogado-cliente", en Anzola Rodríguez *et al.*, *Ética profesional del abogado: debates y tensiones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2021.

²³ *Ibidem*.

sus vacíos y falencias para posteriormente detonar una conversación que ponga sobre la mesa lo riesgoso que resulta que estos problemas sean enfrentados sin guía alguna para los abogados y abogadas.

II. Los cursos de ética y responsabilidad profesional

Para nadie es un secreto que, tanto para profesores como estudiantes, los cursos de ética y responsabilidad profesional impartidos en las escuelas de derecho son generalmente percibidos como cursos de “relleno”. Los escándalos en los que continuamente se ven involucrados los profesionales del derecho y los reclamos que pugnan por el ejercicio ético del derecho no han sido suficientes para pensar en la importancia de estos contenidos en la educación jurídica, no sólo a nivel de licenciatura, sino como un componente integral de la educación continua en derecho.

Posiblemente la razón detrás del escepticismo y hastío de los cursos de ética y responsabilidad profesional obedezca a que estos cursos, por lo general, han sido impartidos como cursos de ética, como una rama general de la filosofía.²⁴ Es decir, los cursos, por lo general, no abordan los dilemas éticos específicos del ejercicio del derecho y no dan cuenta del papel, muy particular, que desempeñan los abogados y abogadas al tener la obligación de defender los intereses de su cliente, colaborar con la administración de justicia y el Estado de Derecho, mientras tratan de preservar sus propios valores y convicciones morales.

Al no dar cuenta de este papel particular, los cursos de ética de las escuelas de derecho terminan, por lo general, en discusiones muy teóricas sobre las escuelas de la ética normativa (utilitarismo, ética deóntica o ética de las virtudes), discusiones de dilemas éticos generales y no específicos de la práctica del derecho (el clásico dilema del *trolley*) y, a lo sumo, análisis formalistas y

²⁴ Véase Anzola Rodríguez, Sergio Iván *et al.*, “Enseñando un derecho que no existe: reflexiones desde y sobre el curso de ética y responsabilidad profesional”, en Caballero Ochoa *et al.*, *¿Deconstruir o reconstruir al derecho? Retos para la enseñanza jurídica en América Latina*, Tirant Lo Blanch, 2022.

áridos de los códigos de ética. Estos cursos fallan a la profesión jurídica y a sus usuarios, pues no desarrollan en el estudiantado las competencias profesionales necesarias para poder identificar dilemas éticos, evaluar el curso de acción correcto y actuar en consonancia con la deliberación ética realizada.

Los cursos de ética profesional deberían ser el epicentro de la conversación por la que abogo. En ellos se deberían presentar a las y los estudiantes casos difíciles que les presenten los retos morales y psicológicos que implica practicar el derecho y exponerles cómo esos retos se agudizan por la ausencia de códigos que den pautas de conducta más claras. A pesar de la amplísima disponibilidad de recursos didácticos, como pueden ser las series y películas de abogados y abogadas, los cursos de ética por lo general son percibidos como aburridos y moralizantes.

E. Retos y dificultades para propiciar la crisis

Propiciar esta conversación, en cualquiera de los dos escenarios propuestos, implica, en todo caso, enfrentar y sobrepasar varias dificultades. Aquí señalo tres de ellas.

I. La corrupción se lleva todo

Como indiqué al inicio de este capítulo, la ética del abogado puede abordarse en dos niveles: los casos fáciles y los casos difíciles. Los casos fáciles, a pesar de ser fáciles de resolver, en el sentido de que es evidente cuál es el curso de acción correcto, abundan en la práctica cotidiana del derecho y afectan gravemente la legitimidad del ordenamiento jurídico. Todos los días podemos ver en las noticias un hecho de corrupción que involucra a un abogado o abogada. Estos casos necesitan ser disuadidos y sancionados. Son letales para la confianza que tiene la ciudadanía en el Estado de Derecho.

No obstante, el exceso de atención a estos casos resta recursos (atención, dedicación, estudio, indagación, etcétera) para atender los casos difíciles. Que el discurso contra la corrupción en la profesión jurídica sea tan abarca-

dor y poderoso puede tener el efecto no deseado de hacernos pensar que el abogado ético es aquel que no soborna o no estafa al cliente. Es decir, esta perspectiva nos arroja una visión muy pobre de lo que significa practicar el derecho éticamente. Insinuar que puede haber una actuación no ética en los casos difíciles que he descrito en este capítulo se vuelve una tarea muy compleja, cuando el estándar de conducta que le reclamo a los abogados y abogadas es, prácticamente, que respeten el código penal.

II. La ética es hacer servicios *pro bono*

Algo similar a lo que ocurre con la corrupción se repite con los servicios *pro bono*. El acceso a la justicia, sobre todo para las personas más pobres, es un problema que requiere atención urgente, no sólo en países latinoamericanos, sino también en países del denominado “primer mundo”.²⁵ Éste es un problema que también afecta la legitimidad de la profesión jurídica. Gozar del monopolio en el acceso a la justicia, desplazando a cualquier otro potencial prestador de servicios jurídicos, sin asegurar que todas las personas puedan gozar del bien público que se supone que es el derecho pone a la profesión jurídica en una situación muy incómoda.

En respuesta a esto han surgido y crecido los movimientos de servicios *pro bono*. Al igual que ocurre con el discurso y movimiento anticorrupción, el movimiento *pro bono* tiene el efecto no deseado de limitar la discusión de la ética de los profesionales del derecho al problema del acceso a un abogado o abogada sin tocar o inquirir en la manera en la que esos profesionales se comportan y prestan sus servicios; es decir, a partir de esta visión, el reto ético de la profesión no es indagar cómo deberían los abogados y abogadas equilibrar los intereses del cliente con los de la administración de justicia y los propios valores del abogado, el reto ético de la profesión es simplemente asegurarse de que todas las personas tengan acceso a servicios jurídicos.

²⁵ Véase Sandefur, R. L., “Legal Advice from Nonlawyers: Consumer Demand, Provider Quality, and Public Harms”, *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 2020, 16(2), pp. 283-314.

III. La función social de los abogados

Que los abogados y las abogadas cumplen una función social es útil en dos sentidos. En primera instancia, ha permitido que el Estado regule en mayor medida a la profesión jurídica en comparación con otras profesiones. En el caso colombiano, por ejemplo, este argumento ha sido utilizado para intervenir y regular el pacto y cobro de honorarios en la representación de víctimas del conflicto armado interno;²⁶ en segunda instancia, ha servido para defender la constitucionalidad de la ley que establece como obligatorio un examen para obtener la cédula profesional. En este sentido, sería posible afirmar que la idea de la función social de la abogacía ha permitido avanzar algunas iniciativas tendientes a regular a la profesión.

No obstante, es posible afirmar que la función social de la abogacía ha tenido un alcance muy limitado al momento de establecer límites en la representación de intereses de los clientes. Si nos tomamos en serio la idea según la cual los abogados y abogadas cumplen una función social, debemos necesariamente evaluar la manera en la que estos profesionales realizan su trabajo e interpretan el derecho. Si los abogados y abogadas cumplen una función social, ¿hasta dónde pueden interpretar el derecho para satisfacer los intereses de sus clientes? ¿Qué implica la función social para el abogado dedicado al derecho fiscal? ¿Cómo debe interpretar una norma en materia fiscal? ¿Qué implica la idea de función social de la abogacía para la abogada ambientalista que asesora a una empresa dedicada a la extracción de recursos naturales?

El concepto de función social de la abogacía pareciera tener el potencial de regular la profesión jurídica. No obstante, al mismo tiempo, parece ser en muchas discusiones un punto de llegada y no un punto de partida. Es posible que el gremio jurídico sienta que su tarea está hecha con el simple hecho de reconocer, en el papel, que tiene una función social, pero indagar qué significa ello en la práctica, sobre todo qué implica en defensa de los

²⁶ Véase Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-609 de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

intereses del cliente, parece ser un tema vedado o con poco interés de ser abordado.

F. Conclusión

La legitimidad de la profesión jurídica y el ordenamiento jurídico depende, sin lugar a duda, de la ética y profesionalismo con el que se desempeñen sus integrantes. En este texto he sugerido que esa premisa se torna difícil de verificar cuando evaluamos el comportamiento de los y las abogadas frente a los “casos difíciles”. En Latinoamérica, no hemos tenido una reflexión y discusión profunda sobre qué significa una práctica ética del derecho, sobre todo frente a los casos difíciles. He argumentado que es un acto de responsabilidad de la profesión propiciar esa conversación (con todos los costos que ello implica) para poder reconocer y enfrentar los compromisos que hoy asumen los abogados y abogadas y las personas usuarias de los servicios jurídicos.

He propuesto también unos posibles escenarios que pueden ser una tierra fértil para la conversación que estimo necesaria. Puede haber muchos más, pero pienso que éstos son los espacios donde hay más posibilidades de éxito. Asimismo, he advertido sobre los retos que enfrentaremos las personas que queremos aventurarnos a propiciar esta conversación en nuestros países. Pienso que cualquier esfuerzo por tomarnos en serio el campo de la ética y responsabilidad profesional, tanto en la educación como en la profesión jurídica, requiere generar esa crisis. Dudo que la ética jurídica, en la que sin duda nos jugamos gran parte de la legitimidad de la profesión, pueda afincarse en nuestras culturas jurídicas a base de esfuerzos, individuales o colectivos, desprovistos de la fuerza y urgencia que una crisis de legitimidad dotaría a una agenda de reforma.

G. Bibliografía

Abel R. L., *Lawyers in the Dock: Learning from Attorney Disciplinary Proceedings*, Oxford University Press, 2008.

- Anriquez, Álvaro, “Ética de la Abogacía: Lecciones a propósito del caso ‘Dalkon Shield’”. Disponible en: «<https://www.anvp.cl/columna-etica-de-la-abogacia-lecciones-a-proposito-del-caso-dalkon-shield/>». [Consultado el 17 de noviembre de 2023].
- Anzola Rodríguez, Sergio Iván, *El malestar en la profesión jurídica: Tensiones entre la ética personal y la ética profesional de los abogados*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2017.
- Anzola Rodríguez, Sergio, Montoya Vargas, Juny, Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, Morales de Setién Ravina, Carlos Francisco, *Ética profesional del abogado: debates y tensiones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2021.
- Anzola Rodríguez, Sergio Iván *et al.*, “Enseñando un derecho que no existe: reflexiones desde y sobre el curso de ética y responsabilidad profesional”, en Caballero Ochoa *et al.*, *¿Deconstruir o reconstruir al derecho? Retos para la enseñanza jurídica en América Latina*, Tirant Lo Blanch, 2022.
- Caballero Ochoa, José Luis, Ortega Soriano, Ricardo y García Jaramillo, Leonardo, *¿Deconstruir o reconstruir al derecho? Retos para la enseñanza jurídica en América Latina*, Tirant Lo Blanch, 2022.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-609 de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.
- Cramton, Roger, “Enron and the Corporate Lawyer: A Primer on Legal and Ethical Issues”, *Cornell Law Faculty Publications*, 2002, 1049.
- Estados Unidos, Corte Suprema de Minnessota, Spaulding v. Zimmerman, 263 Minn. 346, 116 N.W. 2d 704 (1962).
- Freedman, Monroe, H., “Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions”, *Mich. L. Rev.*, 64, 1966, pp. 1469-1484.
- Gargarella, Roberto, “¿A quién sirve el Derecho? Ética profesional, derecho y poder”. Disponible en: «<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/35778-quien-sirve-derecho-etica-profesional-derecho-y-poder>». [Consultado el 17 de noviembre de 2023].
- Heinz J. P. & Laumann E. O., *Chicago Lawyers: the Social Structure of the Bar*, Russell Sage Foundation, 1982.

- Joy, Peter A. & McMunigal, Kevin C., “The Ethics of Trump’s Shadow Lawyers?”, *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 69, 2022, pp. 127-145.
- Luban, David, “Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo”, *Stanford Law Review*, vol. 60, 2008, pp. 1981-2026.
- Menkel-Meadow, Carrie, “Can They Do That? Legal Ethics in Popular Culture: Of Characters and Acts”, *Public Law and Legal Theory Working Paper*, núm. 288803, 2001.
- Nelson, Robert L., Trubek, David M., Solomon, Rayman L., *Lawyers’ Ideals/Lawyers’ Practices: Transformations in the American Legal Profession*, Cornell University, 1992.
- Rivera, Eduardo, “Paternalismo y autonomía en la relación abogado-cliente”, en Anzola *et al.*, *Ética profesional del abogado: debates y tensiones*, Universidad de los Andes, 2021.
- Sandefur, R. L., “Legal Advice from Nonlawyers: Consumer Demand, Provider Quality, and Public Harms”, *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 2020, 16(2), pp. 283-314.
- Schneyer, Theodore, “Professionalism as Politics: The Making of a Modern Legal Ethics Code”, en Nelson *et al.*, *Lawyers’ Ideals/Lawyers’ Practices: Transformations in the American Legal Profession*, Cornell University, 1992.
- Simon, William, “Duties to Organizational Clients”, *Geo. J. Legal Ethics*, 9, 2016, p. 489-526.
- Simon, William H, “Attorney-Client Confidentiality: A Critical Analysis”, *Geo. J. Legal Ethics*, 30, 2017, p. 447.
- Wendel, W. Bradley, “Teaching Ethics in an Atmosphere of Skepticism and Relativism”, *Cornell Law Faculty Publications Papers*, 494, 2002.

La relevancia de la ética del carácter para la argumentación judicial*

Amalia Amaya Navarro**

* Este trabajo se basa en el texto “Reasoning in Character: Virtue, Legal Argumentation and Judicial Ethics”, publicado en *Ethical Theory and Moral Practice*, 2023.

Estoy muy agradecida a Michele Mangini, Claudio Michelin e Isabel Trujillo por sus valiosos comentarios a una versión anterior de este trabajo.

** Investigadora del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM y British Academy Global Professor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo. Amaya es doctora por el Instituto Universitario Europeo (2006) y por la Universidad de Harvard (2007). Colabora como investigadora aliada del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUMARIO: A. Introducción. B. Una teoría aretáica del razonamiento jurídico. I. Enfoque en los particulares. II. La relevancia de la percepción. III. Dimensiones emocionales. IV. Atención a la descripción. V. La especificación de fines. C. Una taxonomía de la virtud jurídica. I. Las virtudes profesionales en el derecho. II. Jueces virtuosos. D. Promoción de la virtud en el derecho. I. La educación jurídica. II. Diseño institucional. III. Cambio cultural. E. Conclusiones. F. Bibliografía.

A. Introducción

La jurisprudencia de la virtud, que sitúa la noción de virtud en el centro de teoría jurídica, ha ido adquiriendo relevancia en los últimos años en la literatura.¹ Distintos problemas en teoría del derecho han sido examinados a través de los lentes de la teoría de la virtud. Entre ellos, cabe destacar algunas cuestiones relativas a la teoría de la legislación como, por ejemplo, la conexión entre la virtud y los fines del derecho; la teoría de la justificación jurídica, con especial atención en la justificación de las decisiones judiciales así como la teoría de la justicia, como, por ejemplo, la relación entre justicia y obediencia al derecho.² La teoría de la virtud también se ha aplicado en áreas

¹ Para una aproximación a la jurisprudencia de la virtud, véase Cimino, C., "Virtue Jurisprudence", en Snow, N., *The Oxford Handbook of Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2018, Solum, L., "Law and Virtue", en Besser, L. y Slote, M. (eds.), *The Routledge Companion to Virtue Ethics*, Routledge, 2015, y Amaya, A., "Law and Virtue Theory", en Sellers, M. y Kirste, S. (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht, Springer, 2019. Entre las colecciones sobre jurisprudencia de la virtud, pueden encontrarse Solum, L. y Farrelly, C. (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2008; Amaya, A., y Hock Lai, H. (eds.), *Law, Virtue, and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012, Amaya, A. y Michelon, C., *The Faces of Virtue in Law*, Routledge, 2020, y Amaya, A. y Del Mar, M. (eds.), *Virtue, Emotion and Imagination in Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2020.

² Sobre la virtud y la legislación, véase George, R. P., *Making Men Moral*, Oxford, Clarendon Press, 1993; Koller, P., "Law, Morality, and Virtue", en Walker, R. y Ivanhoe, P. (eds.), *Working Virtue: Virtue*

sustantivas del derecho, entre las que destacan el derecho penal, el derecho constitucional, el derecho de propiedad y de responsabilidad civil, la propiedad intelectual, el derecho corporativo, la medicina legal y la ética jurídica.³

En este trabajo, quiero explorar el papel de la virtud en la teoría del razonamiento jurídico.⁴ En concreto, quiero mostrar que la perspectiva de las virtudes da lugar a una concepción del razonamiento jurídico distintiva, que es más amplia que las teorías tradicionales. De manera central, una perspectiva basada en virtudes ilumina importantes conexiones entre la teoría del razonamiento jurídico y la ética de las profesiones jurídicas. Esta conexión conlleva que el estudio de los rasgos de carácter virtuoso de los profesionales del derecho, así como el modo en que éstos son adquiridos y desarrollados, ocupen un lugar fundamental dentro de la teoría del razonamiento jurídico.

Este trabajo se compone de tres partes. En la primera, examino algunos elementos del razonamiento jurídico que salen a la luz cuando se aborda el razonamiento jurídico desde la teoría de la virtud. Sostendré que una aproximación aretaica permite aprehender la relevancia de la particularidad en la toma de decisiones jurídicas, la importancia de las dimensiones perceptuales y emocionales de los argumentos jurídicos y la centralidad que tienen la descripción y la especificación en el razonamiento jurídico. En este sentido,

Ethics and Contemporary Moral Problems, Oxford, Oxford University Press, 2007; Brownlee, K., "What's Virtuous about the Law?", *Legal Theory*, vol. 21, núm. 1, 2015; Solum, L., "An Aretaic Theory of Legislation", *Jurisprudence*, vol. 9, 2018. Sobre virtud y adjudicación, véase Solum, L., "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging", en Brady, M. y Pritchard, D. (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003; Amaya, A., "The Role of Virtue in Legal Justification", en Amaya, A. y Ho, H. L. (eds.), *Virtue, Law and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012; Slote, M., "Law, Empathy and Justice", en Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds.), *Virtue, Law and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012. Sobre la virtud y la teoría de la justicia, véase Solum, L., "Natural Justice", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 65, 2006; Sinha, A., "Virtuous Law Breaking", *Washington University Jurisprudence Review*, 2020 y Amaya, A., "Virtue and the Normativity of Law", *Dialogoi*, vol. 4, suppl., 2022.

³ Véase la nota 1 para referencias.

⁴ Sobre el papel específico de la sabiduría práctica en el razonamiento judicial, véase Michelin, C., "Practical Wisdom in Legal Decision-Making", en Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds.), *Law, Virtue, and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012 y Michelin, C., "Legal Reasoning (Virtues)", en Sellers, M. y Kirste, S. (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, op. cit.

mostraré que una perspectiva aretaica conduce a una concepción más amplia y compleja del razonamiento jurídico que las visiones tradicionales derivadas del deontologismo y del consecuencialismo. En la segunda parte, daré cuenta de los principales rasgos de carácter que los decisores jurídicos —en particular, los jueces— deben poseer y ejercitar para satisfacer las complejas exigencias del razonamiento jurídico virtuoso. La taxonomía propuesta incluye las virtudes morales tradicionales, pero también abarca virtudes epistémicas, argumentativas, comunicativas, institucionales y de deliberación colectiva. Desde la aproximación de la ética de la virtud, el estudio de estos rasgos de carácter es materia sustantiva de la teoría del razonamiento jurídico, lo cual evidencia su íntima conexión con la ética de las profesiones jurídicas. En la tercera parte examinaré distintas estrategias para cultivar la virtud en el ámbito del derecho. De manera más específica, sugeriré algunas vías mediante las cuales la educación jurídica, el diseño institucional y, en términos más generales, la cultura jurídica puede ser moldeada con el objetivo de cultivar las virtudes en las profesiones jurídicas.

B. Una teoría aretaica del razonamiento jurídico

En contraste con las teorías tradicionales del razonamiento jurídico sustentadas en reglas o en consecuencias, una teoría aretaica tiene como piedra angular el concepto de virtud. De manera central, esta aproximación propone un desplazamiento del foco de atención desde los argumentos y las decisiones que éstos apoyan hacia los decisores y sus correspondientes rasgos de carácter. En una versión fuerte de esta posición, la decisión correcta es aquella que tomaría un decisor virtuoso. En una versión débil, un decisor virtuoso estaría en una posición privilegiada para acceder a las razones relevantes y, por tanto, contaría con mejores criterios para establecer qué decisión es correcta “[...] —aunque tal “corrección” es una función de razones independientes de la virtud del agente en cuestión—.”⁵ En todo caso, en una aproximación

⁵ Véase Zagzebski, L., *Virtues of the Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 17 (que diferencia entre las teorías de la virtud débiles y puras).

al razonamiento jurídico basado en virtudes, las razones son dependientes del agente, bien constitutivamente bien epistémicamente. En este sentido, tanto en la versión constitutiva como en la epistémica, el agente que toma la decisión se ubica en el centro de la teoría del razonamiento jurídico.⁶

Así pues, una tesis fundamental de una teoría del razonamiento jurídico basada en virtudes es que, en contextos de toma de decisión, los argumentos y el carácter están íntimamente entrelazados. En la aproximación clásica de la virtud que asume esta teoría, el razonamiento práctico del agente es “esencial respecto de la manera en que la virtud se ejerce y se construye”.⁷ Desde esta perspectiva, la adquisición de la virtud supone, primero, el desarrollo de la propia capacidad de embarcarse en un razonamiento práctico que, posteriormente, se refina progresivamente conforme el carácter se va perfeccionando. Así, por un lado, el carácter virtuoso se construye mediante el razonamiento práctico y, por otro, la virtud (o la carencia de ésta) promueve (o erosiona) la calidad del razonamiento de la persona. En este orden de ideas, el razonamiento jurídico (que es un caso particular del razonamiento práctico) y el carácter son interdependientes: los decisores jurídicos deciden a partir de su carácter y las decisiones que toman moldean a su vez su propio carácter.

Como consecuencia de lo anterior, el tomador de decisiones jurídicas virtuoso razona de un modo específico, que se caracteriza por cinco rasgos: a) enfoque en los particulares; b) empleo de una capacidad refinada de percepción; c) vinculación afectiva; d) descripción esmerada de la situación de la decisión y e) consideración de los fines.⁸ Como mostraré enseguida, este escenario

⁶ La versión constitutiva se puede desarrollar en forma causal o contrafáctica. Para una discusión más detallada acerca de las diferentes versiones de la teoría de la virtud, véase Amaya, A., “The Role of Virtue in Legal Justification”, en Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds.), *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

⁷ Véase Annas, J., “Virtue Ethics and Social Psychology”, Ohio State University. Merston Center for International Security Studies, 2003, p. 25. Véase también Adler, J. y Vasilou, I., “Inferring Character from Reasoning: The Example of Euthyphro”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 45, 2008, p. 44.

⁸ Para una discusión preliminar de estos rasgos, véase Amaya, A., “Virtue and Reason in Law”, en Del Mar, M. (ed.), *New Waves in the Philosophy of Law*, Palgrave Macmillan, New York, 2011.

contrasta significativamente con el contexto normativo ideal que proponen las teorías estándar del razonamiento jurídico.

I. Enfoque en los particulares

Las reglas generales juegan un papel central en el razonamiento jurídico. Sin embargo, éste no puede ser entendido como una mera aplicación de reglas. Existen, como bien sabemos, casos difíciles en los que la interpretación de las reglas o hechos es problemática o en los que la aplicación de reglas claras a hechos determinados resulta absurda o injusta. Los rasgos específicos de un caso pueden ser tales que tratarlo como un “caso de la regla” resulte inadecuado y en los que, por lo tanto, se requiere ir más allá de un razonamiento basado en reglas. Así pues, el ajuste con los rasgos particulares del caso reviste una importancia central para un razonamiento jurídico correcto.⁹

En contraste con las aproximaciones estándar basadas en reglas, las aproximaciones al razonamiento jurídico fundamentadas en la virtud cuentan con recursos para atender adecuadamente las particularidades del caso concreto.¹⁰ Las virtudes capacitan a quienes las poseen para reconocer las razones relevantes en el caso específico, incluyendo aquéllas que pudieran hacer que fuera problemática la aplicación de una norma o incluso derrotarla.¹¹ Como han señalado persuasivamente distintos autores, este conocimiento de excepciones —que es, en último término, lo que distingue a la persona

⁹ El término es de Detmold. Véase Detmold, M. J., *The Unity of Law and Morality*, London, Routledge and Kegan Paul, 1984.

¹⁰ Una aproximación aretaica al razonamiento jurídico está, por ello, particularmente bien situada para dar cuenta de la práctica de la equidad. Véase Solum, L. B., “A Virtue Centered Account of Equity and the Rule of Law”, en Farrelly, C. y Solum, L. B. (eds.), *Virtue Jurisprudence*, New York, Palgrave Macmillan, 2008.

¹¹ Esto no significa que la teoría de la virtud sólo sea de utilidad para resolver casos difíciles. En los casos fáciles, el juez virtuoso estará alerta a la posibilidad de que, a pesar de las apariencias, haya razones que lleven a cuestionar que el caso sea, en realidad, fácil. La virtud, por lo tanto, funciona en los casos fáciles, por así decirlo, en el trasfondo: no sólo juega un papel importante en los casos difíciles, sino que también otorga al juez la capacidad de determinar que un caso es, a pesar de las apariencias, difícil.

virtuosa de la que no lo es— no puede ser codificado. En otras palabras, ser una persona más o menos virtuosa no depende de un mejor conocimiento de un cuerpo de principios,¹² sino que depende de tener “una apreciación situacional de mayor nivel”,¹³ lo cual es necesario para responder adecuadamente a los rasgos específicos del caso.¹⁴ En este sentido, el tomador de decisiones virtuoso está bien posicionado para determinar si el caso en cuestión puede resolverse mediante la aplicación de una regla o si, por el contrario, requiere de una apreciación más sustantiva.¹⁵ Es importante señalar que la perspectiva de la teoría de la virtud no se identifica con una posición particularista, pues las reglas continúan desempeñando funciones importantes, por ejemplo, las reglas con frecuencia dictan las decisiones jurídicas, dado que la lealtad al derecho es una virtud central en el contexto jurídico y también son herramientas fundamentales para la percepción.¹⁶ La teoría de la virtud, por lo tanto, proporciona una vía intermedia entre el principalismo y el particularismo.

II. La relevancia de la percepción

La apreciación de los rasgos particulares en los que se basa una buena decisión jurídica depende de la capacidad de percepción. En consecuencia, la percepción juega un papel importante en la argumentación jurídica, que queda

¹² Véase McDowell, J., “Virtue and Reason”, *The Monist*, vol. 62, 1979. Para una discusión muy útil de esta tesis, véase Clarke, B., “Virtue as Sensitivity”, en Snow, N. (ed.), *The Oxford Handbook of Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

¹³ Para una discusión preliminar de estos rasgos, véase Amaya, A., “Virtue and Reason in Law”, en Del Mar, M. (ed.), *New Waves in the Philosophy of Law*, New York, Palgrave Macmillan, 2011.

¹⁴ Véase Wiggins, D., “Deliberation and Practical Reason”, en Millgram, E. (ed.), *Varieties of Practical Inference*, Cambridge, MIT, 2001, p. 291.

¹⁵ Acerca de la distinción entre aproximaciones formales y substantivas (o no formales) al razonamiento jurídico, véase Schauer, F., *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 29-35.

¹⁶ Sobre de la lealtad, véase la sección C más abajo. Acerca de las reglas como instrumentos que ayudan a percibir mejor, véase Nussbaum, M., “Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle and Bad Behavior”, en Burton, S., (ed.), *The Path of Law and its Influence. The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 64. Véase también Nussbaum, M., *Love’s Knowledge*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 73.

desatendida por las teorías tradicionales que se centran en la reflexión y la deliberación. La teoría de la virtud está bien posicionada para dar cuenta de la dimensión perceptiva de los argumentos jurídicos, ya que el refinamiento perceptual es un elemento fundamental de la persona virtuosa. El decisor virtuoso percibe correctamente las razones particulares del caso, sin omitir ninguna razón relevante y sin perder de vista los motivos por los cuales algunas razones deben ser resaltadas, mientras que otras, por el contrario, deben ser silenciadas.¹⁷ Esta capacidad no es, sin embargo, una habilidad misteriosa para percibir lo correcto, sino el tipo de capacidad perceptual refinada, que es una marca característica de la experticia.¹⁸ La analogía entre la virtud y la experticia práctica nos permite ver que, aun cuando el juicio virtuoso involucra, en sentidos importantes, capacidades perceptuales, éste no prescinde de la deliberación consciente. Lo que distingue al novato del experto no es que para este último la deliberación resulte ociosa, sino que el experto tiene la capacidad de lidiar fácilmente con casos que resultarían complicados para el primero, así como la capacidad de resolver casos difíciles que resultarían irresolubles para el novato. La virtud no excluye la justificación discursiva, sino que, por el contrario, la posibilita, en tanto que permite que aquellos que la poseen puedan llevar a cabo las complejas tareas de razonamiento que demandan los casos difíciles (y trágicos).¹⁹ Así pues, la virtud —al igual que la experticia— es el resultado de una combinación balanceada entre habilidades perceptuales y reflexivas.

III. Dimensiones emocionales

El decisor jurídico virtuoso se involucra emocionalmente. La persona virtuosa no es sólo aquella que tiene una disposición a actuar de cierto modo, sino

¹⁷ Véase McDowell, J., *op. cit.*

¹⁸ Sobre la analogía entre virtud y conocimiento de expertos, véase Annas, J., *Intelligent Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

¹⁹ Acerca de la tesis según la cual la persona virtuosa tiene la capacidad de proporcionar justificaciones para sus decisiones, véase Annas, *Intelligent Virtue*, *op. cit.* y Wallace, J., *Normativity and the Will*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 253. Cf. Stichter, M., *The Skillfulness of Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 56-57.

quien, además, adopta una respuesta emocional adecuada.²⁰ La perspectiva emocional característica de la persona virtuosa juega un papel epistémico importante en cuanto que sentir ciertas emociones ayuda a detectar razones pertinentes en un caso determinado, registrando correctamente su importancia y resonancia. Por ejemplo, el sentimiento de indignación generado por una injusticia puede revelar aspectos del caso que podrían pasar desapercibidos a un decisor indiferente a los reclamos de las partes, y puede apuntar hacia vías alternativas mediante las cuales el derecho puede remediar la situación. Es importante destacar que la incorporación de las virtudes en el razonamiento jurídico no equivale en ningún caso a abrir la puerta a las emociones de modo descontrolado. Se ha demostrado que las emociones contribuyen a los procesos de toma de decisión —hallazgos que las teorías más reconocidas del razonamiento jurídico ignoran a su propio riesgo—. Desde luego, como es bien sabido, las emociones pueden desvirtuar las decisiones. Pero, en tanto que la persona virtuosa regula sus emociones, la perspectiva de la virtud está bien posicionada para beneficiarse de la aportación positiva de las emociones en el razonamiento jurídico evitando sus potenciales efectos distorsionadores.²¹

IV. Atención a la descripción

Las teorías estándar del razonamiento jurídico se centran en el momento de la decisión y en cómo ésta tiene lugar. Esto contrasta con el hecho de que la teoría de la virtud preste particular atención a la descripción de la situación de la elección.²² La teoría entra en una etapa anterior en el proceso decisorio,

²⁰ Véase Sherman, N., *Making Necessity a Virtue: Aristotle and Kant on Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, capítulo 2, y Hursthouse, R., *On Virtue Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1999, capítulo 5.

²¹ Sobre las emociones virtuosas, véase Kristjánsson, K., *Virtuous Emotions*, Oxford University Press, Oxford, 2018 y Screenivasan, G., *Emotion and Virtue*, Princeton, Princeton University Press, 2020.

²² De manera similar, las teorías del razonamiento jurídico se centran en la justificación, en lugar de en el descubrimiento, y en el razonamiento acerca de cuestiones de derecho, en lugar de cuestiones de hecho. Es interesante que los problemas de calificación, que pertenecen a la premisa fáctica del silogismo judicial, se redesciben con frecuencia como problemas de interpretación (de la premisa normativa), de modo que la justificación de la selección e interpretación de la norma jurídica relevante sigue siendo el principal foco de atención de la teoría.

centrándose especialmente en un momento anterior a la toma de decisión, en el que las distintas decisiones alternativas son consideradas y en el que los argumentos que apoyan las posibles soluciones son identificados y formulados.²³ De manera prioritaria, una decisión virtuosa requiere una descripción detallada de la situación de la elección, lo cual exige que el decisor preste especial atención a los distintos rasgos situacionales que puedan llegar a generar razones para distintas acciones relevantes en el caso específico.²⁴ Lo anterior no equivale a decir que la decisión jurídica pueda reducirse a un tipo de investigación empírica —es decir, que se trate sólo de una cuestión *de facto*—, pues una buena decisión requiere deliberar acerca de los valores que están en juego. Por ejemplo, puede ocurrir que un juez necesite llevar a cabo una reflexión profunda acerca de la igualdad de género y la asimetría de poder en el mundo laboral para poder hacer una descripción correcta de un caso de acoso laboral.²⁵ La aproximación al razonamiento jurídico desde la teoría de la virtud resalta la relevancia de los procesos de razonamiento —tanto acerca de hechos como acerca de valores— que conducen a una buena descripción del caso, que, en último término, provee la base sobre la que ha de tomarse la decisión.

V. La especificación de fines

El razonamiento jurídico es también un razonamiento acerca de fines, no sólo un razonamiento instrumental —es decir, el razonamiento que se ocupa de cómo realizar un fin previamente establecido—, a diferencia de lo que es comúnmente asumido por la teoría estándar de la argumentación jurídica.

²³ Sin embargo, la elección es un elemento fundamental de la descripción, ya que todo acto de descripción implica una elección de los hechos, aspectos de la situación, valores, rasgos, razones y perspectivas que son relevantes para la situación de elección. Véase Sen, A., "Description as Choice", *Economic Papers*, vol. 32, 1980.

²⁴ Nancy Sherman argumenta de manera persuasiva que la descripción y la clasificación es una parte fundamental del razonamiento del virtuoso. Véase Sherman, N., *The Fabric of Character*, Oxford, Clarendon, 1989, p. 29. Acerca de la relevancia de la descripción para el razonamiento práctico, véase Murdoch, I., "The Idea of Perfection", en Murdoch, Iris, *The Sovereignty of Good*, New York, Routledge, 2001.

²⁵ Véase Nussbaum, M., "Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behavior," *op. cit.*, p. 78.

De hecho, el compromiso con la conmensurabilidad de valores y la idea aparejada de que el razonamiento jurídico persigue la maximización de valores son rasgos centrales de la teoría estándar del razonamiento jurídico.²⁶ Por el contrario, según la teoría del razonamiento basado en virtudes, el derecho debe promover una pluralidad de valores que son heterogéneos, irreductibles e incommensurables. Como consecuencia de ello, la teoría de la virtud rechaza la posibilidad de que los conflictos de valores en el derecho puedan resolverse mediante un procedimiento de ponderación o mediante la reducción de los valores en conflicto dentro de una misma escala. Por el contrario, lo que esta perspectiva propone es una concepción acerca de cómo puede razonarse en casos en los que entra en conflicto una pluralidad de valores heterogéneos de manera que no se simplifique o eluda la complejidad valorativa. En concreto, desde la teoría de la virtud, una buena decisión es aquella en la que se razona acerca de valores en conflicto en busca de su mejor especificación.²⁷ Para ello, es necesario preguntarse acerca de cómo deben especificarse los valores en cuestión a la luz de una concepción general del derecho que, a su vez, puede ser también objeto de revisión y especificación.

En síntesis, desde la perspectiva de la virtud, el agente decisor y sus cualidades se ubican en el centro de la teoría del razonamiento jurídico. Un buen razonamiento jurídico requiere de agentes capaces de apreciar y responder adecuadamente a las cuestiones particulares; que tengan refinadas capacidades perceptuales y orientaciones afectivas virtuosas; que se involucren de manera

²⁶ Véase Alexy, R., "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison," *Ratio Juris*, vol. 16, 2003, quien sostiene explícitamente que la conmensurabilidad es un requisito para la elección racional, y defiende una aproximación al razonamiento jurídico que está orientada a la maximización del valor a través de la llamada "fórmula del peso".

²⁷ Acerca de la especificación, véase Wiggins, D., *op. cit.*, p. 287. La propuesta especificacionista de Wiggins ha sido desarrollada por Henry Richardson en Richardson, H., *Practical Reasoning about Final Ends*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994. Véase también McDowell, J., *Mind, Value, and Reality*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, ensayo 2. Sobre el especificacionismo en el contexto de conflicto de derechos constitucionales, véase, entre otros, Moreso, J. J., "Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality vs Specificationism", *Ratio Juris* 2, vol. 10, 2012. Para una discusión, véase Bongiovanni, G. y Valentini, C., "Balancing, Proportionality and Constitutional Rights", en Bongiovanni G. *et al.* (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Dordrecht, Springer, 2018, pp. 608-609.

responsable en la descripción de la situación de la elección y que tengan la capacidad de tratar conflictos de valores sin sucumbir a estrategias simplificadoras como las que asume el monismo acerca de los valores. En contraste con las teorías estándar, que se centran en la aplicación de reglas y principios, la deliberación, los procesos cognitivos fríos, el momento de elección y las inferencias sobre medios-fines, la teoría aretaica del razonamiento jurídico resalta la importancia del papel que juegan los particulares, las percepciones y las emociones en la argumentación jurídica, y coloca a la descripción y a la especificación en una posición central dentro del razonamiento jurídico.

C. Una taxonomía de la virtud jurídica

La concepción del razonamiento jurídico centrada en el agente que he esbozado en las páginas anteriores tiene una importante implicación: llama la atención sobre la estrecha relación que existe entre el razonamiento jurídico y la ética de las profesiones jurídicas. Como he sostenido, su tesis central es que las decisiones correctas son, bien epistémicamente bien constitutivamente, dependientes de agentes virtuosos. Una decisión correcta es la decisión que tomaría un decisor virtuoso. En este orden de ideas, como se recordará, la corrección de la decisión depende bien de razones independientes a la virtud que el agente virtuoso está en mejores condiciones para identificar, bien de razones derivadas de la virtud, en las que la persona virtuosa juega un papel constitutivo, no ya solamente de carácter epistémico. Dado que las razones en el ámbito jurídico dependen del agente, los rasgos de carácter de los profesionales del derecho no pueden considerarse sólo como una cuestión de la ética jurídica, sino que tienen que tratarse como una parte sustantiva de la teoría del razonamiento jurídico. En este sentido, la teoría de la virtud jurídica reivindica las importantes conexiones que hay entre la teoría del razonamiento jurídico y la ética de las profesiones jurídicas.

I. Las virtudes profesionales en el Derecho

¿Cuáles son, pues, los rasgos de carácter que conducen a la excelencia en el razonamiento jurídico? Como veremos, tales rasgos de carácter no son exclu-

sivos de los roles jurídicos sino, más bien, virtudes generales. En este sentido, se puede sostener que existe una continuidad entre la moralidad general y la moralidad de las profesiones jurídicas.²⁸ Por ello, resulta inaceptable defender que un rasgo que se considere un vicio en un contexto general —por ejemplo, la deshonestidad y la agresividad— pueda considerarse una virtud en el ámbito jurídico —por ejemplo, como rasgo de carácter deseable en la abogacía—. Los rasgos de carácter no cambian de valencia al pasar de un contexto general a un contexto profesional. Si un rasgo de carácter vicioso resulta aparentemente una virtud en un contexto profesional —en el sentido de que favorece la realización de los fines de esa profesión—, entonces lo que procede es cuestionar las asunciones convencionales respecto de la profesión que conducen a esa creencia. Si, por ejemplo, la deshonestidad y la agresividad parecen ser virtudes de los abogados, en vez de sostener acríticamente esta creencia, debemos preguntarnos acerca de nuestras ideas y creencias recibidas respecto de qué supone ser un buen abogado y cuáles son los objetivos de la actividad de representación. En casos extremos, el hecho de que rasgos de carácter viciosos sean considerados como virtudes en el contexto de una profesión específica, en vez de llevarnos a considerar dicho rasgo como una virtud, debe impulsarnos a cuestionar la justificación de la existencia de la profesión en cuestión —pensemos, por ejemplo, en la “crueldad” como rasgo de carácter en la figura del torturador—.

Ahora bien, a pesar de la continuidad, las virtudes profesionales no se diluyen en las virtudes generales. Hay una serie de razones que hacen necesaria una investigación específica acerca de las virtudes profesionales. Primero, las virtudes profesionales son un subconjunto de las virtudes generales: no todas las virtudes generales son igualmente relevantes en las distintas profesiones, por lo que es importante determinar qué rasgos de carácter son más significativos en distintas profesiones. Por ejemplo, mientras que el coraje es un rasgo de carácter deseable de manera generalizada, parece más necesario

²⁸ Cf. Oakley, J. y Cocking, D., *Virtue Ethics and Professional Roles*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

en principio para un soldado que para un juez. Una manera en la que puede especificarse la necesidad de una u otra virtud es a través de la consideración de los fines de la actividad profesional: las virtudes de las profesiones jurídicas serían, en consecuencia, aquellos rasgos de carácter que favorezcan la consecución del fin de la actividad en cuestión —i. e., la procuración de justicia—. ²⁹ En segundo lugar, los requerimientos de virtud se especifican de modo distinto en distintos contextos, entre los que se incluyen los de las prácticas profesionales. La honestidad que se requiere de un juez no es la misma que la que se requiere de un abogado. En este sentido, siguiendo a Swanton, podemos distinguir entre virtudes “prototipo” y virtudes de “rol”, donde estas últimas especifican los requerimientos de las primeras. ³⁰ Una aproximación a la ética profesional desde la virtud buscaría identificar el conjunto de rasgos de carácter requeridos para alcanzar los fines de las profesiones jurídicas (generando, consecuentemente, una práctica profesional socialmente valiosa), así como dar cuenta de cómo éstos habrían de concebirse.

Ahora bien, distintas profesiones jurídicas requieren distintas virtudes. En adelante me centraré exclusivamente en las virtudes judiciales—con ello, muy a mi pesar, seguiré la tendencia a centrarse en los jueces que es característica de las teorías contemporáneas del razonamiento jurídico—. Más allá de la incuestionable importancia del papel de los jueces en los sistemas jurídicos, se requiere una visión más amplia y completa de los fenómenos jurídicos. En este sentido, espero que esta aproximación a los rasgos de carácter requeridos en la profesión judicial sirva también para avanzar ideas acerca de qué se requiere para alcanzar la excelencia en otros roles jurídicos. ³¹

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Swanton, C., “Virtue Ethics, Role Ethics, and Business Ethics”, en Walker, R. L. y Ivanhoe, P. J. (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Moral Problems*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

³¹ Acerca de las virtudes de los abogados, véase Araujo, R., “The Virtuous Lawyer: Paradigm and Possibility”, *SMU Law Review*, vol. 50, 1997; Thunder, D., “Can a Good Person Be a Lawyer?”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 20, 2006; Woolley, A. y Bradley Wendel, W., “Legal Ethics and Moral Character”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 23, 2010; Milde, M., “Legal Ethics: Why Aristotle Might be Helpful”, *Journal of Social Philosophy*, vol. 33, 2002 y Saguil, P. J., “A Virtuous Profession: Re-Conceptualizing Legal Ethics from a Virtue-Based Moral Philosophy”, *Windsor Review of Legal and Social Issues*, vol. 22, 2006. Sobre las virtudes de los procuradores, véase Cassidy, R. M.,

II. Jueces virtuosos

¿Qué rasgos de carácter permiten desarrollar la perspectiva particular que denota a un juez virtuoso?³² Hay una serie de distintos tipos de virtud particularmente relevantes para una decisión judicial virtuosa.³³ Desde luego, los jueces deben poseer y ejercitar un conjunto de virtudes morales, como la imparcialidad, la templanza, el coraje, la magnanimidad y la humildad. La mayoría de las discusiones acerca de las virtudes judiciales se centra en el carácter moral. Este es, sin duda, un tema central en relación con las exigencias del rol judicial, sin embargo, no puede decirse que agote la cuestión de qué rasgos de carácter son necesarios en este contexto.

Así pues, no debe perderse de vista que los jueces deben poseer y ejercitar también en buena medida virtudes intelectuales o epistémicas, como apertura de mente respecto de distintos argumentos o puntos de vista en relación con el caso; perseverancia para continuar con una línea de razonamiento; autonomía intelectual para formar visiones independientes respecto de las soluciones alternativas más allá de las formuladas por los abogados de las partes; sobriedad intelectual que impida resoluciones precipitadas; humildad intelectual que permita reconocer la propia falibilidad; paciencia intelectual que haga que no se concluya un proceso demasiado pronto y vitalidad intelectual que impulse la infatigable consideración esmerada de la evidencia y de los argumentos relevantes.³⁴

“Character and Context: What Virtue Theory Can Teach us about a Prosecutor’s Ethical Theory of Seek Justice”, *University of Notre Dame Law Review*, vol. 82, 2006.

³² Para una discusión de este tema, véase Farrelly, C. y Solum, L. B., “An Introduction to Aretaic Theories of Law”, en Farrelly, C. y Solum, L. B. (eds.), *Virtue Jurisprudence*, New York, Palgrave MacMillan, 2008; Solum, L., “Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging”, en Brady, M. y Pritchard, D. (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Blackwell, Malden, 2003; Van Domselaar, I., “Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, vol. 44, núm. 1, 2015 y Mangini, M., “Ethics of Virtue and the Education of the Reasonable Judge”, *International Journal of Ethics Education*, vol. 2, 2017.

³³ Esta lista no pretende ser exhaustiva, sino ilustrativa de los principales tipos de virtudes que son relevantes en el razonamiento jurídico.

³⁴ Hay una amplia literatura sobre virtudes epistémicas. Véase, entre otros, Cooper, N., “The Intellectual Virtues”, *Philosophy*, vol. 69, 1994; Zagzebski, L., *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Moral Foundations of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; Roberts, Robert

En tercer lugar, dado que la práctica jurídica es una práctica eminentemente argumentativa, es necesario que los jueces posean y ejerciten también virtudes argumentativas, tales como la disposición a cuestionar lo que parece obvio, lo que lleva a problematizar la interpretación aparentemente clara de los hechos, así como su clasificación y la supuesta claridad en la identificación e interpretación del derecho aplicable; la disposición a escuchar a otros, especialmente a las partes, así como a otros participantes en los procesos (testigos, expertos, etcétera); la disposición a argumentar, tanto con uno mismo como con terceros, en vez de conformarse y dejar sin analizar puntos de vista y opiniones predeliberativas acerca de los hechos del caso, y también la disposición a modificar las posiciones propias a la luz de los argumentos de otros evitando, por un lado, la veleidad y superficialidad y, por otro, la rigidez y la testarudez.³⁵

En cuarto lugar, las virtudes comunicativas también juegan un papel importante en el contexto judicial, y son requeridas tanto para facilitar la comunicación entre los distintos actores como para comunicar a las partes, las víctimas y la sociedad en su conjunto los resultados del proceso.³⁶ La sinceridad y la franqueza al presentar los argumentos; la precisión y exactitud en el razona-

C. y Wood, W. J., *Intellectual Virtues: An Essay in Regulative Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Montmarquet, J. A., "Epistemic Virtue", *Mind*, vol. 96, 1997; Baehr, J., *The Inquiring Mind: On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2011 y Battaly, H. *The Routledge Handbook of Virtue Epistemology*, New York, Routledge, 2019.

³⁵ Acerca de las virtudes argumentativas, véase, Aberdein, A. "Virtue argumentation", en Van Eemeren, F. H. et al., (eds.), *Proceedings of the Sixth Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam, SicSat, 2007; Aberdein, A., "Virtue in Argument", *Argumentation*, vol. 24, 2010; Cohen, D., "Virtue Epistemology and Argumentation Theory", en Hansen, H. V. (ed.), *Dissensus and the Search for Common Ground*, Windsor, OSSA, 2007; Cohen, D. H., "Virtue, in Context", *Informal Logic*, vol. 33, núm. 4, 2013 y Cohen, D., "Keeping an Open Mind and Having a Sense of Proportion as Virtues in Argumentation", *Cogency*, vol. 1, 2009.

³⁶ Véase Miczo, N., "Reflective Conversation as a Foundation for Communicative Virtue", en Socha, T. y Pitts, M. J. (eds.), *The Positive Side of Interpersonal Communication*, New York, Peter Lang, 2012; Mirivel, J. C., "Communication Excellence: Embodying Virtues in Interpersonal Communication", *ibidem*; Harden Fritz, J. M., "Communication Ethics and Virtue", en Snow N. (ed.), *The Oxford Handbook of Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2018. Las virtudes retóricas también son centrales para comunicarse oralmente y por escrito en la corte. Acerca de la relevancia de las virtudes retóricas para el razonamiento práctico virtuoso, véase Rorty, A., "Aristotle on the Virtues of Rhetoric", *Review of Metaphysics*, vol. 64, 2011. Sobre

miento acerca de las cuestiones de hecho y de derecho relevantes, así como en la utilización de conceptos jurídicos; la receptividad y la atención en establecer un diálogo genuino con las partes; el tacto, el respeto y la compasión en los distintos momentos de comunicación con los actores de proceso y en la formulación del veredicto son componentes centrales de la virtud judicial.

En quinto lugar, las virtudes judiciales incluyen también, de manera muy importante, aquéllas de carácter institucional. Se trata de las que Hume llamaba “virtudes artificiales”, entre las que destacan la virtud de la justicia y la de la lealtad.³⁷ Desde luego, la virtud de la justicia es de singular importancia en el contexto de la toma de decisiones jurídicas. Sin embargo, esta virtud no es fácil de incardinar en la teoría de la virtud: a diferencia de otras virtudes, no puede explicarse claramente como el medio entre dos vicios, ni tampoco puede asociarse a un motivo característico.³⁸ A pesar de estas dificultades, resulta imposible describir al buen juez sin apelar al valor de la justicia: se trata, como diría Hart, de la más jurídica de las virtudes y de una virtud especialmente apropiada para el derecho.³⁹ Otra virtud especialmente significativa en el ámbito judicial y, en general, en el contexto jurídico es la virtud institucional de la lealtad, la cual requiere que el juez adopte “el punto de vista interno” y que, en consecuencia, profile su investigación y su deliberación de modo que le dé el peso adecuado a las razones autoritativas.⁴⁰ La

la importancia para el ideal del juez virtuoso, véase Mangini, M., “Ethics of Virtue and the Education of the Reasonable Judge”, *International Journal of Ethics*, vol. 2, 2017.

³⁷ Las virtudes artificiales dependen de motivos que sólo podemos tener en el contexto de convenciones voluntarias. Véase Sayre-McCord, G., “Hume on the Artificial Virtues”, en Russell, P. (ed.), *The Oxford Handbook of Hume*, Oxford, Oxford University Press, 2016. Sobre las virtudes cooperativas, véase Geuss, R., *Outside Ethics*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

³⁸ Véase Williams, B., *The Sense of the Past*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 205-217. Cf. el análisis de Garder de la justicia como un medio entre dos vicios, Garder, “The Virtue of Justice and the Character of the Law”, *Current Legal Problems*, vol. 53, 2000, p. 170.

³⁹ Véase Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 7.

⁴⁰ Le agradezco a Benjamin Zipursky su ayuda para entender la manera en la que la disposición a reconocer el peso de las razones de autoridad en la adjudicación es un caso particular (formalizado por el juramento judicial) de la virtud general de la lealtad, en vez de una virtud específica del rol del juez. Es importante destacar que la virtud de la lealtad no se opone sólo a la traición sino también a la confianza ciega. Apartarse de las normas jurídicas, o incluso cuestionar su aplicabilidad, puede ser una

lealtad al derecho queda formalizada en el juramento judicial, que tiene por lo tanto un lugar natural dentro de una teoría aretáica de la adjudicación.⁴¹

Por último, dado el carácter colegiado de los tribunales constitucionales y de apelación, los jueces también deben poseer y ejercitar las virtudes de la deliberación colectiva —i. e., los rasgos de carácter que conducen a buenos resultados en procesos de decisión colectivos—. ⁴² Las virtudes de la deliberación colectiva no son distintas de las que he mencionado anteriormente, pero algunas de estas virtudes juegan un papel particularmente relevante en el contexto de la operación de tribunales cuyos juicios involucran a más de un decisor. Así, por ejemplo, la humildad necesaria para tratar a los demás miembros del tribunal como iguales, la disposición a cooperar en la deliberación colectiva, la apertura de mente respecto de las aportaciones de otros miembros del tribunal; la amabilidad y cortesía entre iguales; la civilidad con los colegas; la valentía para defender posiciones minoritarias, etcétera, son virtudes críticas para posibilitar una deliberación colectiva genuina y productiva.⁴³

Por último, la virtud práctica o *phronesis* resalta como una virtud particularmente importante para una decisión judicial exitosa.⁴⁴ Esta metavirtud es

expresión de lealtad, de ahí la idea de “oposición leal”. Véase Amaya, A., “Virtue and the Normativity of Law”, *Ancient Philosophy Today: Dialogoi*, vol. 4 (suppl.), 2022.

⁴¹ Para una aproximación alternativa al papel que juega el juramento judicial en una teoría de la virtud judicial, véase Horowitz, P., “Judicial Character (and does it Matter)”, *Constitutional Commentary*, vol. 26, 2009, pp. 71-74.

⁴² Sobre las virtudes de la deliberación colectiva, véase Aikin, S. F. y Clanton, J. C., “Developing Group Deliberative Virtues”, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 27, 2010. Acerca de las virtudes de la deliberación colectiva en el contexto del razonamiento jurídico, véase Amaya, A., “Group-Deliberative Virtues and Legal Epistemology”, en Ferrer, J. y Vázquez, C. (eds.), *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, Cambridge University Press, 2022.

⁴³ La cuestión acerca de qué virtudes conducen al buen funcionamiento de las instituciones es diferente de la cuestión acerca de si las instituciones, a diferencia de los individuos, pueden poseer virtudes. Sobre esta última cuestión, véase, entre otros, Lahroodi, R., “Collective Epistemic Virtues”, *Social Epistemology*, vol. 21, 2007 y Fricker, M., “Can There Be Institutional Virtues?”, en Gendler, T. S. y Hawthorne, J. (eds.), *Oxford Studies in Epistemology*, vol. 3, Oxford, Oxford University Press, 2010.

⁴⁴ Sobre la virtud de la razón práctica en el contexto de la toma de decisiones jurídicas, véase Michelon, C., “Practical Wisdom in Legal Decision-Making”, en Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds.), *op. cit.*, pp. 29-51.

necesaria para arbitrar entre las exigencias impuestas por virtudes específicas en los casos en los que tales exigencias se solapan o entran en tensión. Su papel es el de determinar el justo medio en que consiste la virtud y orquestar los trabajos de las distintas virtudes en una sola línea de acción.⁴⁵

Así pues, el estándar de la virtud en el ámbito judicial es exigente y requiere la integración de distintos aspectos de la personalidad. De manera semejante a cómo la aproximación al razonamiento jurídico desde la virtud revela complejidades que son dejadas de lado por las posiciones tradicionales, así también esta aproximación revela la diversidad de rasgos de carácter que son necesarios para un buen razonamiento jurídico. En este sentido, esta aproximación contrasta claramente con posiciones que sostienen que es posible generar buenos resultados jurídicos con independencia de los elementos subjetivos o personales. También diverge de posiciones que apelan a ideas de sujeto “débiles”, y que identifican al buen juez como aquél que conoce bien el derecho y sus métodos específicos, o aquéllas que asumen una concepción empobrecida de la virtud en la que ésta se reduce a la obediencia al Derecho y a su aplicación con “pedante imparcialidad”.⁴⁶ En el contexto judicial, la virtud requiere poseer y ejercitar una rica variedad de disposiciones de carácter, y no podría ser de otro modo, dada la compleja naturaleza y la relevancia social de la tarea que se confía a los jueces.

D. Promoción de la virtud en el derecho

Un desiderátum (y una condición de adecuación) de cualquier teoría del razonamiento jurídico es que pueda ser aplicada para mejorar la práctica. Una de las principales ventajas de la teoría de la virtud es que, frente a las teorías fuertemente idealizadas de razonamiento jurídico, ésta presenta un

⁴⁵ Véase Zagzebski, Linda, *op. cit.*, pp. 211-231. Hay un debate muy rico en la literatura acerca de la naturaleza y las funciones de la phronesis. Para una panorámica al respecto, véase, De Caro, M. y Vacarezza, M. S. (eds.), *Practical Wisdom: Philosophical and Psychological Perspectives*, New York, Routledge, 2021.

⁴⁶ Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 624.

ideal normativo (i. e., los jueces virtuosos, encarnados por los jueces ejemplares) al que puede aproximarse cualquier tomador de decisiones. En vez de prescindir de las limitaciones humanas y los recursos disponibles (como es el caso del juez Hércules de Dworkin), el estándar normativo que propone la teoría de la virtud no asume capacidades que los jueces no pueden desarrollar ni condiciones que no se pueden satisfacer (por ejemplo, ninguna limitación de tiempo).⁴⁷ Incluso aunque pueda discutirse si todos los agentes jurídicos puedan llegar a ser ejemplares, no cabe duda de que pueden ser más virtuosos de lo que son.⁴⁸ Además, en cuanto que se basa en las emociones y las intuiciones, por un lado, y en la reflexión y la deliberación, por otro, la teoría aretaica del razonamiento jurídico parte de nuestras formas naturales de razonamiento (tal y como lo describe la teoría dominante de la cognición humana: la teoría del sistema dual).⁴⁹ Como resultado de lo anterior, la teoría de la virtud está bien posicionada para beneficiarse de todos los recursos cognitivos disponibles para guiar y mejorar la práctica, a diferencia de las teorías del razonamiento estándar, que se centran casi exclusivamente en capacidades reflexivas y deliberativas (en procesos del sistema 2, excluyen-

⁴⁷ Como en el caso de Hércules. Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986. Por lo tanto, Hércules no sería un juez virtuoso. Dos diferencias adicionales distinguen a Hércules del ideal normativo del juez virtuoso: el razonamiento del juez virtuoso no está basado en principios de la manera en la que sí lo está el razonamiento de Hércules y hay también una importante dimensión afectiva en el ideal del juez virtuoso que está ausente en el juez ejemplar de Hércules. Para una comparación entre el juez que posee sabiduría práctica y Hércules, véase Mangini, M., "Ethics of Virtue and the Education of the Reasonable Judge", *International Journal of Ethics Education*, vol. 2, 2017.

⁴⁸ Acerca de la imposibilidad de desarrollar la estructura psicológica constitutiva de la excelencia moral, véase Zagzebski, L., "Ideal Agents and Ideal Observers in Epistemology", en Hetherington, S. (ed.), *Epistemology Futures*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 136 y Blum, L., "Moral Exemplars: Reflections on Schindler, the Trocmes, and Others", *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 13, núm. 1, 1988, p. 216. Cf. Tan, S. H., "Imagining Confucius: Paradigmatic Characters and Virtue Ethics", *Journal of Chinese Philosophy*, vol. 32, núm. 3, 2005, p. 414 (que discute la tesis de Mencio según la cual "el sabio y los mortales ordinarios son de una clase similar"). Sobre la adquisición de la virtud como un proceso escalar, véase Russell, D., "Phronesis and the Virtues", en Russell, D. C., *Aristotle's Nichomachean Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁴⁹ Según la teoría dual de la cognición, la cognición humana resulta de la interacción entre procesos de pensamiento intuitivo (sistema 1) y deliberativos (sistema 2). Véase Evans, J., "Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition", *Annual Review of Psychology*, vol. 59, 2008; Kahneman, D., *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin, 2011 y De Neys, W. (ed.), *Dual Process Theory 2.0*, New York, Routledge, 2017.

do los procesos del sistema 1).⁵⁰ En breve, la plausibilidad psicológica de la teoría aretaica del razonamiento jurídico refuerza su relevancia normativa.

Ahora bien, para estar en condiciones de guiar y mejorar la práctica no basta con que los estándares normativos que se propongan sean psicológicamente plausibles, sino que también es necesario que haya algunas vías mediante las cuales sea posible aproximarse a éstos. En otras palabras, el ideal no sólo debe ser alcanzable en principio, sino que también debe ser trasladable a la práctica. Se podría aceptar que es factible aproximarse al ideal del jurista virtuoso, pero estar perdido respecto de cómo hacerlo. En ese caso, aunque factible, el ideal sería estéril respecto del propósito de mejorar la práctica. ¿Qué tan bien sale valorada la teoría de la virtud ante este problema? ¿Hay alguna vía clara para cultivar las virtudes en el contexto jurídico? Sugeriré algunos “paquetes de trabajo” que pueden ejecutarse para hacer que la práctica jurídica se aproxime al ideal del decisor jurídico virtuoso, a saber: la política educativa, el diseño institucional y el cambio cultural.

I. La educación jurídica

La vía principal para conformar una práctica jurídica virtuosa es la política educativa, es decir, el establecimiento del desarrollo de la virtud como un objetivo primordial de la educación jurídica. Ahora bien, la educación en virtudes es un proceso que no tiene término: el carácter siempre puede me-

⁵⁰ Es más, una aproximación aretaica al razonamiento jurídico no sólo incorpora los sistemas 1 y 2 sino que las virtudes pueden ser útiles también para corregir algunos sesgos que resultan de la operación del sistema 1 y algunos errores producidos por el sistema 2. Véase Brogaard, B., “Dual Process Theory and Intellectual Virtue: A Role for Self-Confidence”, en Battaly H. (ed.), *The Routledge Handbook of Virtue Epistemology*, Routledge, New York, 2019. Acerca de la virtud como un instrumento para mitigar los sesgos, véase también Anderson, E., “Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions”, *Social Epistemology*, vol. 26, 2012; Rees, C. F., “A Virtue Ethics Response to Implicit Bias”, en Brownstein, M. y Saul, J. (ed.), *Implicit Bias and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2016; Samuelson, P. L. y Church, I. M., “When Cognition Turns Vitious: Heuristics and Biases in Light of Virtue Epistemology”, *Philosophical Psychology*, vol. 28, 2015; Roberts, R. C. y West, R., “Natural Epistemic Defect and Corrective Virtues”, *Synthese*, vol. 192, 1995; Correia, V., “The Ethics of Argumentation”, *Informal Logic*, vol. 32, 2012; De Bruin, B., “Epistemic Virtues in Business”, *Journal of Business Ethics*, vol. 113, 2013 y Alsharif, H. y Symons, J., “Open-mindedness as a Corrective Virtue”, *Philosophy*, vol. 96, 2021.

jorarse y, desde luego, siempre puede deteriorarse. Por ello, es importante que el fomento de la virtud se lleve a cabo en todas las etapas de la educación jurídica, desde las facultades de derecho hasta la formación profesional a todos los niveles. Hay distintos modos en los que la educación jurídica puede incidir en el fortalecimiento de la virtud.

En primer lugar, como ya señalaba Aristóteles, una de las maneras más directas de adquirir virtud es la emulación de personas ejemplares.⁵¹ Sería necesario reivindicar en la educación jurídica la relevancia de juristas ejemplares que constituyen modelos de conducta dignos de admiración e imitación. Una herramienta pedagógica importante sería la compilación de libros de *exempla* que contengan biografías profesionales de jueces, abogados, legisladores, estudiosos del derecho, etcétera, que han sobresalido en el ejercicio de su profesión.⁵² Ahora bien, la imitación conlleva sus riesgos: aun cuando puede ser extremadamente útil para el desarrollo de virtudes, el proceso de imitación se puede distorsionar de varias maneras. Por ejemplo, la imitación puede degenerar en mera copia, como cuando se imitan los rasgos superficiales de un modelo y se reproducen de forma irreflexiva.⁵³ Por ello, es importante

⁵¹ La utilización de ejemplos para el desarrollo de la virtud es central en la ética romana. Véase Langlands, R., *Exemplary Ethics in Ancient Rome*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018. También en la teoría contemporánea, detonado por el trabajo de Zagzebski, ha habido un creciente interés en la vinculación entre ejemplaridad y desarrollo de la virtud. Véase Zagzebski, L., *Exemplarism in Moral Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁵² “Espejo de príncipes” o “Instrucción de príncipes” (*speculum principum*) es una muestra medieval y renacentista de este género de materiales educativos. Véase, Kaak P. y Weeks, D., “Virtuous Leadership: Ethical and Effective”, en Van Hooft, S. (ed.), *The Handbook of Legal Ethics*, New York, Routledge, 2013. También puede resultar educativo el uso de biografías contemporáneas de jueces virtuosos. Véase, entre otras, Andenas, M. y Fairgrieve, D., *Tom Bigham and the Transformation of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; Ball, H. y Cooper, P., *Of Power and Right: Hugo Black, William O. Douglas, and America’s Constitutional Revolution*, New York, Oxford University Press, 1992; Ball, H., *Hugo Black: Cold Steel Warrior*, Oxford, Oxford University Press, 1996; Gunther, G., *Learned Hand: The Man and the Judge*, Oxford, Oxford University Press, 2010; White, E., *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges: An Encyclopedia*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2003; Yarbrough, T., *Harry A. Blackmun: The Outsider Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2008. Véase también la serie “Jueces Ejemplares”, publicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en <http://www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/catalogo.aspx>.

⁵³ He examinado las formas en las que la imitación de ejemplares puede fallar en la promoción de la virtud: Amaya, A., “Admiration, Exemplarity and Judicial Virtue”, en Amaya, A. y Del Mar, M. (eds.),

que cuando este tipo de modelos se utilicen como materiales educativos se haga en combinación con discusiones y reflexiones críticas.⁵⁴ Además de incorporar modelos de excelencia como material pedagógico en las aulas, es importante propiciar la interacción con juristas excelentes, mediante prácticas, pláticas, tutorías, mentorías, etcétera, que posibiliten que los estudiantes y los profesionales jurídicos se familiaricen y aprendan de juristas excelentes. Por último, para que la imitación sea una vía útil para el desarrollo de las virtudes, es esencial también que los profesionales y los profesores el derecho sean más conscientes de sus funciones como modelos de conducta.

En segundo lugar, la instrucción explícita sobre las virtudes puede incorporarse en la *curricula* de las facultades de derecho y en los programas de formación profesional y educación continua, principal —aunque no exclusivamente— como unidades pedagógicas en los cursos sobre teoría del derecho, ética de las profesiones jurídicas y razonamiento jurídico. También, desde luego, es importante que se discutan perspectivas aretaicas en las distintas materias sustantivas de la *curricula* para aprehender plenamente la relevancia de las virtudes para el derecho y para las profesiones jurídicas. Aunque difícilmente podemos volvernos virtuosos sólo mediante el estudio de las virtudes, la enseñanza explícita es importante porque permite la deliberación colectiva acerca de qué rasgos de carácter son requeridos en las distintas profesiones jurídicas, impulsando también una reflexión acerca de qué exigencias específicas imponen tales virtudes a los agentes jurídicos en circunstancias concretas. También, por supuesto, estas discusiones pueden ser útiles para comunicar de manera más efectiva las dimensiones morales y la importancia social de las funciones que desempeñan (y desempeñarán) los agentes jurídicos y para articular una concepción más aspiracional de las profesiones jurídicas que les puede estimular a mejorar.

En tercer lugar, pueden diseñarse distintas intervenciones en el ámbito de la psicología positiva con el objeto de promover actitudes virtuosas entre los

Virtue, Emotion, and Imagination in Law and Legal Reasoning, Oxford, Hart Publishing, 2020.

⁵⁴ Véase Sanderese, W., "The Meaning of Role Modelling in Moral and Character Education", *Journal of Moral Education*, vol. 42, 2013.

estudiantes y los profesionales del derecho. Por ejemplo, en el contexto de las organizaciones empresariales, se han desarrollado intervenciones consistentes en cumplimentar un cuaderno de trabajo diseñado para promover la humildad y se han diseñado tareas escritas que incorporan la “firma semántica” de la humildad—esto es, el texto incluye elementos característicos de la humildad, como, por ejemplo, el uso de lenguaje incluyente o de lenguaje que refleja igualdad o que enfatiza la conectividad—. ⁵⁵ Además de las intervenciones mediante el diseño de actividades tradicionales como los cuadernos de trabajo, también se han desarrollado intervenciones multimodales como, por ejemplo, juegos, simulaciones, *coaching* basado en fortalezas y actividades de desarrollo en grupo. ⁵⁶ Sin duda, la incorporación de actividades de este tipo, diseñadas específicamente para fortalecer la *curricula* de las escuelas de derecho y de los centros de formación continua, es una vía alterna para impulsar el desarrollo de rasgos de carácter virtuoso entre los juristas.

En cuarto lugar, sería necesario repensar la educación jurídica a la luz del objetivo de promover en los estudiantes y en los profesionales del derecho la capacidad para razonar de una manera virtuosa. En este sentido, la educación jurídica debe diseñarse de modo que desarrolle la imaginación y las orientaciones afectivas y perceptuales características de la persona virtuosa. Como es bien sabido, la literatura y el cine son herramientas eficaces para el desarrollo de este tipo de capacidades, por lo que pueden convertirse en elementos importantes de la educación jurídica. Además, la literatura y el cine proporcionan un rico repertorio de modelos de virtud (y de vicio), más allá de aquellos a los que los estudiantes y profesionistas pueden acceder de primera mano o a través de narrativas históricas, y esta es otra razón por la cual habrían de ser

⁵⁵ Lavelock, C. *et al.*, “The Quiet Virtue Speaks: An Intervention to Promote Humility”, *Journal of Psychology and Theology*, vol. 42, 2014; Wright, J. *et al.*, “The Psychological Significance of Humility”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 114, 2018. Se han diseñado intervenciones similares con el propósito de desarrollar la paciencia, el perdón y la templanza. Véase Harper, Q. *et al.*, “Efficacy and a Workbook to Promote Forgiveness: A Randomized Control Trial with University Students”, *Journal of Clinical Psychology*, vol. 70, 2004 y Whorthington, E. L. y Van Zyl, L. E., “The Future of Evidence-Based Temperance Interventions”, *Frontiers in Psychology*, vol. 12, 2021.

⁵⁶ Véase Whorthington E. L. y Van Zyl, L. E., *op. cit.*

incluidas en los programas educativos que tienen como objetivo el desarrollo de las virtudes. Además de la literatura y del cine, la educación jurídica orientada hacia la virtud puede incluir el diseño de actividades de arte escénica, así como oportunidades de aprendizaje experiencial, que son vías alternativas importantes para la formación del carácter.

En quinto lugar, como he sostenido más arriba, hay importantes similitudes entre la adquisición de la virtud y el desarrollo de habilidades prácticas: ambas se aprenden haciendo. Ahora bien, se ha mostrado que la experticia no se adquiere mediante la mera acumulación de la experiencia: la mera repetición no conduce a la adquisición de habilidades, sino que se requiere una forma adecuada de experiencia. La “práctica deliberativa”, que permite retroalimentación y autocorrección reflexiva, se ha mostrado como central para el desarrollo de la experticia.⁵⁷ Parece claro que este tipo de práctica también es necesaria para el desarrollo de las virtudes: el monitoreo y la retroalimentación son requeridos para la adquisición de la virtud. Por ello, en ese sentido, parece claro que se requiere una educación jurídica que promueva prácticas deliberativas, mediante las cuales los estudiantes y los profesionales del Derecho participen en intercambios dialécticos, reciban y respondan críticas y retroalimentaciones, facilitando de este modo la revisión de los puntos de vista y la consideración de perspectivas alternativas.⁵⁸ Además, las prácticas deliberativas pueden facilitarse mediante la discusión estructurada de casos que proveen de una valiosa retroalimentación que va más allá de aquella formal a la que dan lugar los sistemas de apelación (volveré a este tema más adelante).⁵⁹

⁵⁷ Véase Boot, W. R. y Anders Ericson, K., “Expertise”, en Lee, J. D. y Kirlik, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Engineering*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁵⁸ Kidd ha sostenido que estas prácticas promueven el desarrollo, específicamente, de la humildad intelectual. Véase Kidd, I. J., “Educating for Intellectual Humility”, en Baehr, J. (ed.), *Intellectual Virtues and Education*, New York, Routledge, 2017. Sobre la relevancia del diálogo y la autorreflexión para el desarrollo de la virtud, véase Lamb, M., Brant, J. y Brooks, E., “Seven Strategies for Cultivating Virtue in the University”, en Lamb, M., Brant, J. y Brooks, E. (eds.), *Cultivating Virtue in the University*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

⁵⁹ Como, por ejemplo, en las deliberaciones clínicas en medicina. Véase Launer, J., “Clinical Case Discussion: Using a Reflecting Team”, *Postgraduate Medicine Journal*, vol. 92, 2016.

Por último, y en un sentido más amplio, la educación jurídica puede promover la virtud asumiendo un “estilo de enseñanza”, tanto en las facultades de derecho como en los programas de formación continua, que no se limite a dar cuenta de una forma simplificada (y formalista) del razonamiento jurídico como mera aplicación de reglas, sino que incorpore la naturaleza compleja del razonamiento y de los procesos de decisión jurídicos, reconociendo sus implicaciones morales y políticas, así como la urgencia de desarrollar una diversidad de capacidades y habilidades más allá de la adquisición de conocimiento técnico para ser capaz de pensar a cabalidad como un jurista.

II. Diseño institucional

También puede promoverse la virtud mediante el diseño institucional,⁶⁰ el cual puede operar como un “empujoncito” (*nudge*) que impulsa el comportamiento virtuoso.⁶¹ Para empezar, el diseño espacial puede facilitar (o inhibir) el comportamiento virtuoso en las profesiones jurídicas.⁶² Por ejemplo, el diseño de los edificios puede favorecer la generosidad epistémica mediante la creación de espacios de interacción e intercambio de conocimiento.⁶³ Del mismo modo, el diseño de las aulas de clase puede promover (o desincentivar) la virtud. Por ejemplo, la magnificencia en el estilo arquitectónico puede estimular la magnanimidad judicial, mientras que la planificación del espacio puede reforzar las jerarquías, ser desacorde con la manifestación de humildad judicial o generar antagonismo, propiciando actitudes argumentativas menos

⁶⁰ Sobre las vías estructurales para el desarrollo de la virtud, véase Anderson, E., “Epistemic Virtue as a Virtue of Social Institutions”, *Social Epistemology*, vol. 26, 2012, p. 168.

⁶¹ Véase Thaler, R. H. y Sunstein, C. R., *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Oxford, Penguin, 2008.

⁶² Así pues, la arquitectura no puede ser sólo expresión de virtud, sino también contribuir a su desarrollo —aun cuando no tengamos del todo claro el modo en que esto ocurre, ni se trate tampoco de un proceso ajeno al riesgo, como ha mostrado la historia de algunos experimentos—. Véase la revisión de Dickens, P. a Evans, R. “The Fabrication of Virtue: English Prison Literature, 1750-1850”, *Social Studies*, vol. 95 (3), 2004; y Shiqiao, S. L., *Power and Virtue: Architecture and Intellectual Change in England 1660-1730*, New York, Routledge, 2007.

⁶³ Sobre la promoción de la generosidad epistémica mediante la facilitación de espacios para interacción social en las empresas, véase De Bruin, *op. cit.*, p. 125.

conciliadoras por parte de los abogados de las partes.⁶⁴ El diseño interior también puede ser un factor relevante para propiciar prácticas jurídicas virtuosas. Por ejemplo, el diseño interior de una sala de jurados, mediante la utilización de mesas redondas (vs. mesas rectangulares) puede favorecer (o inhibir) una deliberación incluyente en la que todas las voces sean escuchadas y tenidas en cuenta en la formulación de un veredicto.

Los marcos normativos —esto es, el diseño de reglas y procedimientos— también puede impedir o fomentar las decisiones jurídicas virtuosas. Algunas reglas y procedimientos centrales en el derecho moderno promueven la virtud. Por ejemplo, el procedimiento adversarial, en la medida en que permite que los decisores tengan la oportunidad de escuchar la mejor versión posible del caso según cada una de las partes, es una forma importante de promover la imparcialidad. Sin embargo, resulta más difícil apreciar cómo otras reglas jurídicas podrían promover la virtud. Por ejemplo, las reglas intrínsecas de exclusión, que exigen que los miembros de un jurado excluyan cierto tipo de información, parecen operar en contra del compromiso con la minuciosidad y de otras virtudes epistémicas vinculadas a la autonomía intelectual.⁶⁵ Por lo tanto, el desarrollo de las virtudes provee una perspectiva importante desde la cual pueden evaluarse los arreglos institucionales. Ahora bien, es importante tener en mente que no siempre la mejor manera de promover las conductas virtuosas es apelando explícitamente a la virtud. En este sentido, por ejemplo, hay evidencia de que una instrucción clara a los miembros de un jurado de considerar seriamente las perspectivas alternativas es una medida más eficaz en términos de promover la imparcialidad que la instrucción explícita de ser imparciales.⁶⁶

⁶⁴ Sobre el poder de la arquitectura para reflejar y transformar las relaciones sociales, véase Lewis, P. et al. (eds.), *Architecture and Collective Life*, New York, Routledge, 2022.

⁶⁵ Sobre la inconsistencia entre las reglas exclusionarias y el *desideratum* epistemológico de la completitud, véase Haack, S., “Epistemology Legalized: Or Truth, Justice, and the American Way”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 49, 2004.

⁶⁶ Véase Simon, D., “A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision-Making”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 71, 2004.

También las estructuras organizacionales tienen impacto en términos de favorecer las decisiones jurídicas virtuosas.⁶⁷ Por ejemplo, la separación entre las funciones de adjudicación y de investigación favorece la imparcialidad, mientras que la existencia de los recursos de revisión genera una mayor consciencia de la propia falibilidad, favoreciendo el desarrollo de la virtud de la humildad. La forma en la que se accede a posiciones dentro de la organización es también un factor que tiene implicaciones en términos de la generación de un ambiente virtuoso —jugando los procesos de selección, en este sentido, un papel determinante—.⁶⁸ Como señalaba antes, los distintos roles jurídicos demandan distintas virtudes. De ahí la importancia de que las distintas funciones de las organizaciones jurídicas vayan emparejadas con las virtudes pertinentes.⁶⁹

Así pues, las estructuras espaciales, normativas y organizacionales de las instituciones jurídicas pueden diseñarse a la luz de la promoción de virtudes. Es importante recordar que estas soluciones estructurales no dependen de incentivos, ni de sanciones o coerción. Al contrario, una de las características de las estrategias de las intervenciones mediante “empujoncitos” es que contrastan con posiciones que buscan promover la virtud mediante auditorías morales, promociones o sistemas de gestión de desempeño.⁷⁰ Los “empujoncitos” son medidas indirectas que facilitan los comportamientos virtuosos sin asociar directamente la conducta virtuosa con resultados normativos o financieros específicos. Este tipo de mecanismos directos no sólo son ineficaces, sino que con frecuencia son perjudiciales en tanto que engendran motivaciones

⁶⁷ Para el análisis de algunas de las condiciones que facilitan la adquisición y el ejercicio de las virtudes epistémicas en las empresas, véase De Bruin, B., *Ethics and the Global Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

⁶⁸ Para la aproximación desde la teoría de la virtud a la selección de personal judicial, véase Solum, L., “Judicial Selection: Ideology v. Character”, *Cardozo Law Review*, vol. 26, 2005.

⁶⁹ Sobre el emparejamiento entre virtudes con las funciones en las empresas, véase De Bruin, *op. cit.*, pp. 116-122.

⁷⁰ Weaver, G. R. Treviño, L. K. y Agle, B., “Somebody I Look Up To: Ethical Role Models in Organizations”, *Organizational Dynamics*, vol. 34, 2005, pp. 327-8 y Brown, M. E. y Treviño, L. K. “Ethical Leadership: A Review and Future Directions”, *The Leadership Quarterly*, vol. 17, 2006, p. 610.

contrarias a las virtudes que pretenden promover, dando lugar a patrones de conducta espurios que resultan perjudiciales a largo plazo.

Desde luego, estos mecanismos indirectos inducen a los agentes jurídicos a comportarse de acuerdo con la virtud, pero no implantan en ellos la virtud *stricto sensu* —esto es, la disposición confiable a comportarse de la manera correcta por las razones correctas—. Sin embargo, al comportarse como una persona virtuosa se comportaría, los agentes jurídicos pueden llegar a adquirir motivaciones virtuosas y, eventualmente, alcanzar la virtud genuina.⁷¹ En otras palabras, mediante el comportamiento conforme a la virtud pueden llegar a comportarse motivados por la virtud. Por ejemplo, un juez que adquiriera el hábito de escuchar atentamente a las partes antes de tomar una decisión puede acabar comportándose como una persona genuinamente motivada por la virtud de la imparcialidad —esto es, puede llegar a comportarse como una persona que, de manera confiable, actúa imparcialmente como resultado de pensar, decidir y sentir de manera imparcial—.⁷² Así pues, las medidas estructurales diseñadas para facilitar la virtud abren una vía para el desarrollo de virtudes genuinas.

III. Cambio cultural

Una práctica jurídica virtuosa requiere, en última instancia, un cambio en la cultura jurídica. Hay varias estrategias que enfatizan la virtud y que pueden ser útiles para propiciar un cambio cultural que coadyuve a establecer y consolidar una práctica jurídica virtuosa. En primer lugar, las virtudes pueden impulsarse mediante el reconocimiento explícito de su importancia en los códigos de conducta profesional. Aunque tienen un alcance limitado a la hora de promover el desarrollo de la virtud, estas herramientas juegan un papel relevante en tanto que expresan los valores centrales de la profesión, establecen estándares de evaluación de la conducta profesional y posibilitan la crítica y la discusión de los ideales normativos que orientan la práctica

⁷¹ Agradezco a Santiago Echevarri haber llamado mi atención sobre este punto.

⁷² Annas, J., “Nietzsche and the Ethics of Virtue”, manuscrito sin publicar, p. 2.

profesional.⁷³ En segundo lugar, las virtudes pueden promoverse reconociendo explícitamente su importancia en las estrategias de las facultades de derecho, los despachos de abogados y las instituciones jurídicas públicas en general.⁷⁴ La inclusión del lenguaje de las virtudes en estos instrumentos es importante porque hace público el compromiso institucional con el desarrollo de virtudes y manifiesta la voluntad de promoverlas. Por último, las virtudes pueden promoverse mediante prácticas bien conocidas en las organizaciones empresariales, pero que también son comunes en la cultura pública: los reconocimientos honorarios, el nombramiento de instituciones, edificios e infraestructuras, la celebración de eventos conmemorativos, los premios y monumentos, entre otras formas de reconocimiento público, son herramientas que generan inspiración y aprendizaje colectivo. En este sentido, es importante que la cultura jurídica resalte las distintas expresiones de excelencia: de los colegas y compañeros, que son una fuente fundamental de aprendizaje social; de aquellos que ocupan posiciones de liderazgo en las organizaciones jurídicas, ya que su forma de relacionarse con otros y de ejercer la profesión permea a través de todos los niveles organizacionales, así como de los juristas excepcionales —del presente y el pasado— que han tenido una trayectoria profesional ejemplar. Por lo tanto, pueden utilizarse distintos medios para señalar la virtud e inculcar en los estudiantes y profesionales del derecho la motivación de cultivarla. En combinación con la política educativa y con el diseño institucional, resaltar las virtudes es un instrumento valioso para inducir un cambio gradual hacia una cultura jurídica virtuosa.

E. Conclusiones

La teoría de la virtud ha influido en distintas áreas del derecho y de la teoría jurídica. En este trabajo he analizado la relevancia de la teoría de la virtud

⁷³ Sobre la utilidad y los límites de los códigos, véase Johnson, V., “The Virtues and Vices of Legal Ethics”, *Notre Dame Journal of Legal Ethics and Public Policy*, vol. 14, 2000.

⁷⁴ Véase Vera, D. y Rodríguez-López, A., “Strategic Virtues: Humility as a Source of Competitive Advantage”, *Organizational Dynamics*, vol. 33, 2004 (para un argumento a favor de incluir la humildad en la estrategia y la cultura de las empresas).

para el razonamiento jurídico. Como hemos visto, una aproximación aretaica al razonamiento jurídico ilumina dimensiones de la argumentación jurídica que, en el mejor de los casos, ocupan una posición marginal en las aproximaciones basadas en principios, como la relevancia de los particulares, las percepciones y las emociones para un buen razonamiento jurídico, así como la importancia de la descripción y la especificación. Al destacar estos aspectos soslayados por la aproximación tradicional, la perspectiva aretaica amplía el ámbito tradicional de la teoría del razonamiento jurídico. La teoría de la argumentación jurídica basada en virtudes también reivindica el estudio de las cualidades subjetivas del carácter, que tradicionalmente se han ubicado en el ámbito de la ética jurídica, como un componente de la teoría. He sugerido una taxonomía de los rasgos de carácter virtuosos en el contexto de la función judicial, de manera más específica, las virtudes morales, epistémicas, comunicativas, institucionales, deliberativas y la metavirtud de la sabiduría práctica. Dadas las importantes conexiones que hay entre el carácter virtuoso y la buena argumentación, es esencial que estos rasgos de carácter se cultiven en el contexto de las profesiones jurídicas. He concluido sugiriendo una serie de medidas educativas, institucionales y culturales que pueden implementarse para promover las virtudes en la judicatura y, de manera más general, en el contexto de las profesiones jurídicas.

La teoría de la virtud enfrenta una serie de objeciones importantes, que pueden también esgrimirse en contra de una teoría aretaica del razonamiento jurídico. Entre ellas, por ejemplo, que la teoría de la virtud es elitista, que se refuta a sí misma y que no proporciona ninguna guía de conducta efectiva. También se han formulado críticas específicas a la aplicación de la teoría de la virtud al razonamiento jurídico, como, por ejemplo, que es incompatible con la publicidad y la imparcialidad requerida en las decisiones jurídicas, que no se compadece con los valores del estado de derecho y, de manera más general, que entra en tensión con algunos presupuestos de un sistema jurídico de corte liberal. Por supuesto, estas y otras objeciones deben ser atendidas y respondidas satisfactoriamente en una formulación plausible de una aproximación al razonamiento jurídico desde la teoría de la virtud. Sin embargo, quisiera concluir en un tono más positivo, sugiriendo algunos temas para

una agenda de investigación en torno a una teoría del razonamiento basada en virtudes. En primer lugar, sería necesario examinar la vertiente colectiva de la virtud jurídica. Sería conveniente examinar la posibilidad de atribuir virtudes a agentes jurídicos colectivos —como los tribunales colegiados o los jurados— y la manera en la cual la virtud colectiva se relaciona con la virtud individual, a la luz de los recientes estudios sobre epistemología social (y jurídica). En segundo lugar, la teoría del derecho debería incorporar las perspectivas desarrolladas en estudios sobre diseño para imaginar y formular nuevas formas para promover la virtud. Se requiere de mucha imaginación institucional, respaldada en investigaciones empíricas robustas, para visualizar cómo cambios —incluso mínimos— en espacios, en normas y en estructuras organizacionales pueden detonar comportamientos virtuosos. En tercer lugar, las aproximaciones experimentales a la teoría del derecho pueden proporcionar perspectivas interesantes acerca de cómo promover la virtud. La teoría de la virtud, por lo tanto, se entrecruza con algunas de las tendencias más interesantes de la teoría del derecho contemporánea.

Por último, una aproximación al razonamiento jurídico basada en virtudes acarrea importantes implicaciones políticas en cuanto que impulsa distintos ideales sociales y concepciones alternativas de las funciones del derecho. Al final del día, esta aproximación nos conduce a cuestionar nada menos que la factibilidad de la idea moderna del derecho y del Estado como una maquinaria institucional despersonalizada, capaz de gobernar la vida social sin necesidad de recurrir a cualidades que los sujetos, ciudadanos y autoridades puedan, o no, poseer. Se trata de una idea persistente que, por ejemplo, se reformula y se problematiza contemporáneamente en la relación entre el derecho y la inteligencia artificial. Sin embargo, la búsqueda de reglas, procesos y órdenes institucionales que hagan dispensable la subjetividad es una quimera. Más aún, la idea del derecho sin sujetos no es sólo imposible, sino un ideal plano. En última instancia, el giro hacia la virtud es un giro hacia la subjetivación del derecho mediante la vindicación del carácter de los ciudadanos y de las autoridades como requisito para el correcto funcionamiento de los sistemas jurídicos. Las buenas reglas y las buenas instituciones necesitan de la virtud personal, así como la virtud individual y colectiva requiere de buenas reglas

y de buenas instituciones. Como ya se reconocía en la antigüedad, la personalidad y la *polis*, el cultivo del espíritu individual y del *ethos* público, están íntimamente entrelazados.⁷⁵ Esta es la perspectiva que orienta la jurisprudencia de la virtud, generando un desplazamiento en el horizonte actual de la teoría jurídica (y política) cuya exploración apenas ha comenzado.

E. Bibliografía

- Aberdein, A. "Virtue argumentation", en Van Eemeren, F. H. *et al.*, (eds.), *Proceedings of the Sixth Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, Amsterdam, SicSat, 2007.
- Aberdein, A., "Virtue in Argument", *Argumentation*, vol. 24, 2010.
- Adler, J. y Vasilio, I., "Inferring Character from Reasoning: The Example of Euthyphro", *American Philosophical Quarterly*, vol. 45, 2008.
- Aikin, S. F. y Clanton, J. C., "Developing Group Deliberative Virtues", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 27, 2010.
- Alexy, R., "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, vol. 16, 2003.
- Alsharif, H. y Symons, J., "Open-mindedness as a Corrective Virtue", *Philosophy*, vol. 96, 2021.
- Amaya, A. y Del Mar, M. (eds.), *Virtue, Emotion and Imagination in Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2020.
- Amaya, A., "Admiration, Exemplarity and Judicial Virtue", en Amaya, A. y Del Mar, M. (eds.), *Virtue, Emotion, and Imagination in Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2020.
- Amaya, A., "Group-Deliberative Virtues and Legal Epistemology", en Ferrer, J. y Vázquez, C. (eds.), *Evidential Legal Reasoning: Crossing Civil Law and Common Law Traditions*, Cambridge University Press, 2022.
- Amaya, A., "Law and Virtue Theory", en Sellers, M. y Kirste, S. (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht, Springer, 2019.

⁷⁵ Véase Hankins, J., *Virtue Politics: Soulcraft and Statecraft in the Renaissance Italy*, Cambridge MA., Harvard University Press, 2019.

- Amaya, A., "The Role of Virtue in Legal Justification", en Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds.), *Virtue, Law and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Amaya, A., "Virtue and Reason in Law", en Del Mar, M. (ed.), *New Waves in the Philosophy of Law*, New York, Palgrave Macmillan, 2011.
- Amaya, A., "Virtue and the Normativity of Law", *Ancient Philosophy Today: Dialogoi*, vol. 4 (suppl.), 2022.
- Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds.), *Virtue, Law and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Amaya, A. y Michelin, C., *The Faces of Virtue in Law*, Routledge, 2020.
- Andenas, M. y Fairgrieve, D., *Tom Bigham and the Transformation of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Anderson, E., "Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions", *Social Epistemology*, vol. 26, 2012.
- Anderson, E., "Epistemic Virtue as a Virtue of Social Institutions", *Social Epistemology*, vol. 26, 2012, p. 168.
- Annas, J., "Nietzsche and the Ethics of Virtue", manuscrito sin publicar, p. 2.
- Annas, J., "Virtue Ethics and Social Psychology", Ohio State University, Marshon Center for International Security Studies, 2003.
- Annas, J., *Intelligent Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Araujo, R., "The Virtuous Lawyer: Paradigm and Possibility", *SMU Law Review*, vol. 50, 1997.
- Baehr, J. (ed.), *Intellectual Virtues and Education*, New York, Routledge, 2017.
- Baehr, J., *The Inquiring Mind: On Intellectual Virtues and Virtue Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Ball, H. y Cooper, P., *Of Power and Right: Hugo Black, William O. Douglas, and America's Constitutional Revolution*, New York, Oxford University Press, 1992.
- Ball, H., *Hugo Black: Cold Steel Warrior*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- Battaly, H. *The Routledge Handbook of Virtue Epistemology*, New York, Routledge, 2019.
- Besser, L. y Slote M. (eds.), *The Routledge Companion to Virtue Ethics*, Routledge, 2015.

- Blum, L., "Moral Exemplars: Reflections on Schindler, the Trocmes, and Others", *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 13, núm. 1, 1988.
- Bongiovanni, G. et al. (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Dordrecht, Springer, 2018.
- Bongiovanni, G. y Valentini, C., "Balancing, Proportionality and Constitutional Rights", en Bongiovanni G. et al. (eds.), *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*, Dordrecht, Springer, 2018, pp. 608-609.
- Boot W. R. y Anders Ericson, K., "Expertise", en Lee, J. D. y Kirlik, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Engineering*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Brady, M. y Pritchard, D. (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, Blackwell, 2003.
- Brogaard, B., "Dual Process Theory and Intellectual Virtue: A Role for Self-Confidence", en Battaly, H. (ed.), *The Routledge Handbook of Virtue Epistemology*, Routledge, New York, 2019.
- Brown M. E. y Treviño, L. K. "Ethical Leadership: A Review and Future Directions", *The Leadership Quarterly*, vol. 17, 2006, p. 610.
- Brownlee, K., "What's Virtuous about the Law?", *Legal Theory*, vol. 21, núm. 1, 2015.
- Brownstein, M. y Saul, J. (ed.), *Implicit Bias and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Burton, S. J., (ed.), *The Path of Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Cassidy, R. M., "Character and Context: What Virtue Theory Can Teach Us About a Prosecutor's Ethical Theory of Seek Justice", *University of Notre Dame Law Review*, vol. 82, 2006.
- Cimino, C., "Virtue Jurisprudence", en Snow N. (ed.), *The Oxford Handbook of Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Clarke, B., "Virtue as Sensitivity", en Snow, N. (ed.), *The Oxford Handbook of Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Cohen, D. H., "Virtue, in Context", *Informal Logic*, vol. 33, núm. 4, 2013.
- Cohen, D., "Keeping an Open Mind and Having a Sense of Proportion as Virtues in Argumentation", *Cogency*, vol. 1, 2009.

- Cohen, D., "Virtue Epistemology and Argumentation Theory", en Hansen, H. V. (ed.), *Dissensus and the Search for Common Ground*, Windsor, OSSA, 2007.
- Cooper, N., "The Intellectual Virtues", *Philosophy*, vol. 69, 1994.
- Correia, V., "The Ethics of Argumentation", *Informal Logic*, vol. 32, 2012.
- De Bruin, B., "Epistemic Virtues in Business", *Journal of Business Ethics*, vol. 113, 2013.
- De Bruin, B., *Ethics and the Global Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- De Caro, M. y Vacarezza, M. S. (eds.), *Practical Wisdom: Philosophical and Psychological Perspectives*, New York, Routledge, 2021.
- De Neys, W. (ed.), *Dual Process Theory 2.0*, New York, Routledge, 2017.
- Del Mar, M. (ed.), *New Waves in the Philosophy of Law*, New York, Palgrave Macmillan, 2011.
- Detmold, M. J., *The Unity of Law and Morality*, London, Routledge and Kegan Paul, 1984.
- Dickens, P. "The Fabrication of Virtue: English Prison Literature, 1750-1840 de R. Evans", *Social Studies*, vol. 95, núm. 3, 2004.
- Dworkin, R., *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986.
- Evans, J., "Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition", *Annual Review of Psychology*, vol. 59, 2008.
- Farrelly, C. y Solum, L. B., "An Introduction to Aretaic Theories of Law", en Farrelly, C. y Solum, L. B. (eds.), *Virtue Jurisprudence*, New York, Palgrave MacMillan, 2008.
- Fricker, M., "Can There Be Institutional Virtues?", en Gendler, T. S. y Hawthorne, J. (eds.), *Oxford Studies in Epistemology*, vol. 3, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Garder, J., "The Virtue of Justice and the Character of the Law", *Current Legal Problems*, vol. 53, 2000, p. 170.
- Gendler, T. S. y Hawthorne, J. (eds.), *Oxford Studies in Epistemology*, vol. 3, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- George, R. P., *Making Men Moral*, Oxford, Clarendon Press, 1993.
- Geuss, R., *Outside Ethics*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

- Gunther, G., *Learned Hand: The Man and the Judge*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Haack, S., “Epistemology Legalized: Or Truth, Justice, and the American Way”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 49, 2004.
- Hankins, J., *Virtue Politics: Soulcraft and Statecraft in the Renaissance Italy*, Cambridge MA., Harvard University Press, 2019.
- Harden Fritz, J. M., “Communication Ethics and Virtue”, en Snow N. (ed.), *The Oxford Handbook of Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Harper, Q. et al., “Efficacy and a Workbook to Promote Forgiveness: A Randomized Control Trial with University Students”, *Journal of Clinical Psychology*, vol. 70, 2004.
- Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958.
- Hetherington, S. (ed.), *Epistemology Futures*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Horowitz, P., “Judicial Character (and does it Matter)”, *Constitutional Commentary*, vol. 26, 2009.
- Hursthouse, R., *On Virtue Ethics*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Johnson, V., “The Virtues and Vices of Legal Ethics”, *Notre Dame Journal of Legal Ethics and Public Policy*, vol. 14, 2000.
- Kaak P. y Weeks, D., “Virtuous Leadership: Ethical and Effective”, en Van Hooft, S. (ed.), *The Handbook of Legal Ethics*, New York, Routledge, 2013.
- Kahneman, D., *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin, 2011.
- Kidd, I. J., “Educating for Intellectual Humility”, en Baehr, J. (ed.), *Intellectual Virtues and Education*, New York, Routledge, 2017.
- Koller, P., “Law, Morality, and Virtue”, en Walker, R. y Ivanhoe, P. (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Moral Problems*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Kristjánsson, K., *Virtuous Emotions*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Lahroodi, R., “Collective Epistemic Virtues”, *Social Epistemology*, vol. 21, 2007.

- Lamb, M., Brant, J. y Brooks, E. (eds.), *Cultivating Virtue in the University*, Oxford, Oxford University Press, 2022.
- Lamb, M., Brant, J. y Brooks, E., “Seven Strategies for Cultivating Virtue in the University”, en Lamb, M., Brant, J. y Brooks, E. (eds.), *Cultivating Virtue in the University*, Oxford, Oxford University Press, 2022.
- Langlands, R., *Exemplary Ethics in Ancient Rome*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- Launer, J., “Clinical Case Discussion: Using a Reflecting Team”, *Postgraduate Medicine Journal*, vol. 92, 2016.
- Lavelock, C. et al., “The Quiet Virtue Speaks: An Intervention to Promote Humility”, *Journal of Psychology and Theology*, vol. 42, 2014.
- Lee, J. D. y Kirlik, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Engineering*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Lewis, P. et al. (eds.), *Architecture and Collective Life*, New York, Routledge, 2022.
- Mangini, M., “Ethics of Virtue and the Education of the Reasonable Judge”, *International Journal of Ethics Education*, vol. 2, 2017.
- McDowell, J., “Virtue and Reason”, *The Monist*, vol. 62, 1979.
- McDowell, J., *Mind, Value, and Reality*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- Michelon, C., “Practical Wisdom in Legal Decision-Making”, en Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds.), *Virtue, Law and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Miczo, N., “Reflective Conversation as a Foundation for Communicative Virtue”, en Socha, T. y Pitts, M. J. (eds.), *The Positive Side of Interpersonal Communication*, New York, Peter Lang, 2012.
- Milde, M., “Legal Ethics: Why Aristotle Might be Helpful”, *Journal of Social Philosophy*, vol. 33, 2002.
- Millgram, E. (ed.), *Varieties of Practical Inference*, Cambridge, MIT, 2001.
- Mirivel, J. C., “Communication Excellence: Embodying Virtues in Interpersonal Communication”, en Socha, T. y Pitts, M. J. (eds.), *The Positive Side of Interpersonal Communication*, New York, Peter Lang, 2012.
- Montmarquet, J. A., “Epistemic Virtue”, *Mind*, vol. 96, 1997.

- Moreso, J. J., "Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality vs. Specificationism", *Ratio Iuris* 2, vol. 10, 2012.
- Murdoch, Iris, *The Sovereignty of Good*, New York, Routledge, 2001.
- Nussbaum, M., "Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle and Bad Behavior", en Burton, S. J., (ed.), *The Path of Law and its Influence. The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Nussbaum, M., *Love's Knowledge*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Oakley, J. y Cocking, D., *Virtue Ethics and Professional Roles*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Rees, C. F., "A Virtue Ethics Response to Implicit Bias", en Brownstein, M. y Saul, J. (ed.), *Implicit Bias and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Richardson, Henry, *Practical Reasoning about Final Ends*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.
- Roberts, R. C. y West, R., "Natural Epistemic Defect and Corrective Virtues", *Synthese*, vol. 192, 1995.
- Roberts, Robert C. y Wood, W. J., *Intellectual Virtues: An Essay in Regulative Epistemology*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Rorty, A., "Aristotle on the Virtues of Rhetoric", *Review of Metaphysics*, vol. 64, 2011.
- Russell, D. C., *Aristotle's Nichomachean Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- Russell, D., "Phronesis and the Virtues", en Russell, D. C., *Aristotle's Nichomachean Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- Saguil, P. J., "A Virtuous Profession: Re-Conceptualizing Legal Ethics from a Virtue-Based Moral Philosophy", *Windsor Review of Legal and Social Issues*, vol. 22, 2006.
- Samuelson, P. L. y Church, I. M., "When Cognition Turns Vitious: Heuristics and Biases in Light of Virtue Epistemology", *Philosophical Psychology*, vol. 28, 2015.
- Sanderese, W., "The Meaning of Role Modelling in Moral and Character Education", *Journal of Moral Education*, vol. 42, 2013.

- Sayre-McCord, G., "Hume on the Artificial Virtues", en Russell, P. (ed.), *The Oxford Handbook of Hume*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Schauer, F., *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- Screenivasan, G., *Emotion and Virtue*, Princeton, Princeton University Press, 2020.
- Sellers, M. y Kirste, S. (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Dordrecht, Springer, 2019.
- Sen, A., "Description as Choice", *Economic Papers*, vol. 32, 1980.
- Sherman, N., *Making Necessity a Virtue: Aristotle and Kant on Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- Sherman, N., *The Fabric of Character*, Oxford, Clarendon, 1989.
- Shiqiao, S. L., *Power and Virtue: Architecture and Intellectual Change in England 1660-1730*, New York, Routledge, 2007.
- Simon, D., "A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision-Making", *The University of Chicago Law Review*, vol. 71, 2004.
- Sinha A., "Virtuous Law Breaking", *Washington University Jurisprudence Review*, 2020.
- Slote, M., "Law, Empathy and Justice", en Amaya, A. y Hock Lai, H. (eds.), *Virtue, Law and Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- Snow, N. (ed.), *The Oxford Handbook of Virtue*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- Socha, T. y Pitts, M. J. (eds.), *The Positive Side of Interpersonal Communication*, New York, Peter Lang, 2012.
- Solum L., "Natural Justice", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 65, 2006.
- Solum, L. B., "A Virtue Centered Account of Equity and the Rule of Law", en Farrelly, C. y Solum, L. B. (eds.), *Virtue Jurisprudence*, New York, Palgrave Macmillan, 2008.
- Solum, L. y Farrelly, C. (eds.), *Virtue Jurisprudence*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2008.
- Solum, L., "An Aretaic Theory of Legislation", *Jurisprudence*, vol. 9, 2018.
- Solum, L., "Judicial Selection: Ideology v. Character", *Cardozo Law Review*, vol. 26, 2005.

- Solum, L., "Law and Virtue", en Besser L. y Slote M. (eds.), *The Routledge Companion to Virtue Ethics*, Routledge, 2015.
- Solum, L., "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centred Theory of Judging", en Brady, M. y Pritchard, D. (eds.), *Moral and Epistemic Virtues*, Malden, MA., Blackwell, 2003.
- Stitcher, M., *The Skillfulness of Virtue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- Swanton, C., "Virtue Ethics, Role Ethics, and Business Ethics", en Walker, R. L. y Ivanhoe, P. J. (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Moral Problems*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Tan, S. H., "Imagining Confucius: Paradigmatic Characters and Virtue Ethics", *Journal of Chinese Philosophy*, vol. 32, núm. 3, 2005.
- Thaler, R. H. y Sunstein, C. R., *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Oxford, Penguin, 2008.
- Thunder, D., "Can a Good Person Be a Lawyer?", *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 20, 2006.
- Van Domselaar, I., "Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, vol. 44, núm. 1, 2015.
- Vera, D. y Rodríguez-Lope, A., "Humility as the Source of Competitive Advantage", *Organizational Dynamics*, vol. 33, 2004.
- Walker, R. L. y Ivanhoe, P. J. (eds.), *Working Virtue: Virtue Ethics and Contemporary Moral Problems*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Wallace, J., *Normativity and the Will*, New York, Oxford University Press, 2006.
- Weaver, G. R. Treviño, L. K. y Agle, B., "Somebody I Look Up To: Ethical Role Models in Organizations", *Organizational Dynamics*, vol. 34, 2005, pp. 327-8.
- White, E., *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges: An Encyclopedia*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2003.
- Whorington, E. L. y Van Zyl, L. E., "The Future of Evidence-Based Temperance Interventions", *Frontiers in Psychology*, vol. 12, 2021.
- Wiggins, D., "Deliberation and Practical Reason", en Millgram, E. (ed.), *Varieties of Practical Inference*, Cambridge, MIT, 2001.

- Williams, B., *The Sense of the Past*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- Woolley, A. y Bradley Wendel, W., “Legal Ethics and Moral Character”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 23, 2010.
- Wright, J. et al., “The Psychological Significance of Humility”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 114, 2018.
- Yarbrough, T., *Harry A. Blackmun: The Outsider Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Zagzebski, L., *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Moral Foundations of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- Zagzebski, L., “Ideal Agents and Ideal Observers in Epistemology”, en Heatherington, S. (ed.), *Epistemology Futures*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Zagzebski, L., *Exemplarism in Moral Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

SEGUNDA PARTE

La fragmentación social de la justicia o de por qué la justicia estatal no atiende por igual a todos los grupos sociales

Diego López Medina*

* Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

SUMARIO: A. Introducción. B. Al rescate de las comunidades en el derecho: una breve historia intelectual en el derecho y la sociología. C. Tipos de estructura social: la diferencia entre “redes alfa” y “redes beta”. D. La ciudad híbrida: ¿existen comunidades en ambientes urbanos modernos? E. Las “redes personales” como “sistema solar” del urbanita contemporáneo. F. A manera de conclusión: relaciones y afinidades entre tipos de estructura social y métodos de gestión de conflictos. I. Recapitulación: relaciones uniplex en estructuras alfa y relaciones multiplex en estructuras beta. II. Rompimiento, abstención y renuencia. III. Mediación y adjudicación social. IV. Adjudicación estatal y arbitraje social. G. Bibliografía.

A. Introducción

Los abogados tenemos una noción muy restringida de los espacios en que se gestiona el “conflicto”. Por formación, entrenamiento y ejercicio profesional, creemos que el conflicto es una interacción competitiva entre derechos e intereses excluyentes que necesariamente nace y se gestiona bajo la égida y el control del Estado. Los estudios de antropología y sociología¹ (y la propia experiencia profesional de jueces y abogados reflexivos) han mostrado, por el contrario, que los conflictos nacen y se desarrollan en diversas estructuras sociales (extra o subestatales) y

¹ Dentro de la literatura podemos resaltar a Felstiner, William, Abel, Richard y Sarat, Austin, “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming”, *Law & Society Review*, vol. 15, núm. 3/4, número especial sobre Dispute Processing and Civil Litigation, 1980-1981, pp. 631-654; Felstiner, William, “Influences of Social Organization on Dispute Processing”, *Law and Society Review*, vol. 9, 1974, pp. 63-94. Disponible en: «<https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/influences-social-organization-dispute-processing>». [Consultado el 8 de agosto de 2022]; Felstiner, William L. F., “Avoidance as Dispute Processing: An Elaboration”, *Law & Society Review*, vol. 9, núm. 4, 1975, pp. 695-706. Disponible en: «<https://www.jstor.org/stable/3053344>». [Consultado el 8 de agosto de 2022].

que ni el Estado ni sus normas tienen, en realidad, el monopolio excluyente en su intervención y adjudicación. De estas investigaciones socio-jurídicas y de la experiencia cotidiana se pueden extraer algunas conclusiones valiosas: no sólo sabemos que el conflicto surge en diferentes tipos de estructuras sociales; sabemos, además, que el tipo específico de estructura social que sirve de asiento al conflicto constituye un marco fundamental para entender sus dinámicas y el elenco disponible de rutas para su gestión. Este texto discutirá algunas de las consecuencias que tienen los estudios de estructuras y redes sociales (provenientes fundamentalmente de la sociología y de la antropología) en las ciencias jurídicas y en el funcionamiento y las políticas públicas en justicia y gestión de conflictos.

Para llevar al lector a este campo, el presente trabajo estará dividido en varios argumentos concatenados. Empezaré mostrando cómo el derecho estatal ha suprimido el reconocimiento y ha generado una invisibilización de los sitios comunitarios de gestión de conflictos. Esta actitud ha generado un desacople masivo entre la justicia estatal y la justicia social que se miran desde la distancia y con profundo recelo. En segundo lugar, intentaré presentar una breve historia de los movimientos intelectuales y políticos en la teoría jurídica que han defendido el pluralismo social (de normas sustantivas y métodos de gestión de conflictos) frente al monopolio declarado del derecho estatal. En tercer lugar, desarrollaré, a partir de la sociología, una diferenciación dicotómica entre dos tipos de estructura o formación social: “sociedades” abiertas uniplex compuestas por individuos atomizados (alfa) y “comunidades” cerradas multiplex (beta). Luego discutiré el impacto que ha tenido esta distinción en los discursos de “modernización” y “desarrollo” en el derecho. Pasaré a examinar la relevancia que tiene esta clasificación en las formas de vida urbana contemporánea y si allí perviven, o no, redes sociales integradas. Terminaré el artículo mostrando las formas prevalentes de gestión de conflictos en estos diferentes espacios sociales y algunas de sus potenciales consecuencias en las políticas públicas de justicia. De esta forma sustentaré una visión de fragmentación de las instituciones de justicia formal que, aunque declaran un monopolio universal, sin embargo, no penetran en los múltiples espacios de sociabilidad comunitaria que persisten en la vida social contemporánea.

B. Al rescate de las comunidades en el derecho: una breve historia intelectual en el derecho y la sociología

El Estado moderno es una de las estructuras de la sociabilidad humana en las que coexistimos, pero no es la única: “antes” y “afuera” del Estado, por decirlo de algún modo, la gente vive y actúa en diferentes redes y comunidades, pequeñas y grandes, que operan con diversos niveles de articulación con las instituciones estatales. Como ejemplos, las personas nos articulamos, según nuestros entornos y posibilidades concretas de vida, en diferentes tipos de comunidades: en la familia nuclear y la extendida; con nuestra pareja o cónyuge; en el clan, la tribu y la etnia; en la escuela, la universidad y el sitio de estudio y entrenamiento; en el “curso”, la “cohorte” o los “compañeros”; en el barrio, el parque y la cuadra; en el pueblo, el poblado, el corregimiento y la vereda; en la asociación y el sindicato; en la iglesia, la parroquia y la asociación religiosa; en la empresa (en diversos tamaños y complejidades), en la asociación profesional y en el sitio de trabajo; en el círculo social y de amistades; en el gremio y la corporación; en clubes y ligas sociales, deportivas, recreativas, etcétera.²

Este espacio intermedio de comunidades y de su correspondiente “derecho social y comunitario” perdió vigor a lo largo del vasto proceso de estatalización de territorios y poblaciones que arrancó en el tardomedievo europeo y que se aceleró definitivamente en los siglos XVII, XVIII y XIX (cuando se consolidó la construcción global de Estados nacionales mediante la diferenciación, positivización y codificación estatal de sus derechos propios).³

² Véase Putnam, Robert y Nanetti, Rafaella, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton, Princeton University Press, 1994 y también Putnam, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, New York, Touchstone Books by Simon & Schuster, 2001.

³ Véase Caroni, Pio, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milán, Giuffrè, 1998. Hay una versión en español: *Escritos sobre la codificación*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2012; Torres, Jenny, *El proceso de adopción del Código Civil en Colombia Vientos de cambios en la cultura política y jurídica en el siglo XIX*, México, Tirant lo Blanch, 2021; Guzmán, Alejandro, “La influencia del código civil francés y su influencia en las codificaciones americanas”, en Guzmán, Alejandro *et al.*, *El Código Civil francés*

En este proceso histórico, el derecho se formalizó y estatalizó de manera decisiva. En contraste, el derecho comunitario y su fuente jurídica en “la costumbre” casi perdieron todo reconocimiento formal frente al derecho estatal. En manos de los primeros teóricos del poder estatal (Hobbes es un buen ejemplo), las formas sociales no estatales de organización pasaron a ser consideradas como un “estado de naturaleza”, premoderno y anticuado, que tenía que ser reemplazado y superado por el “estado civilizado” de la modernidad.⁴ La costumbre del derecho comunitario quedó así reducida a servir de criterio auxiliar o supletorio en aquellos casos raros en que no existiera una regla o principio de legislación positiva que pudiera resolverlos. Por esta misma razón, la nueva centralidad del Estado implicó también, por la misma lógica, un marcado olvido y desprecio de los foros y rutas consuetudinarias de gestión de conflictos que se disolvieron o retrocedieron al ámbito de lo puramente privado. Así como hubo un esfuerzo del Estado por controlar hegemonícamente la producción formal del derecho sustantivo, así igualmente hubo un esfuerzo estatal por controlar la gestión de todos los conflictos dentro de su jurisdicción. De esta forma se echaron en el olvido de la renovada ciencia jurídica las variadas formas sociales de dilución, mediación y arbitraje de conflictos. Los espacios comunitarios, en palabras de J. Galtung, se “desestructuraron” para perder visibilidad y participación en el mundo del derecho positivo.⁵

de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias: escritos en conmemoración del bicentenario del código civil francés, Santiago de Chile, Ian Henríquez Herrera editores-Universidad de los Andes, 2004.

⁴ Véase el breve e interesante artículo de Rosler, Andrés. “El Hobbes de Tönnies”, *Boletín de la Asociación de Estudios Hobbesianos*, núm. 4, 1992. Allí se afirma que “[e]l error en el que incurre Hobbes se debe, según Tönnies, al desconocimiento de un factum substancial: fuera de y junto al poder coactivo del Estado, si bien con una fuerza menor, existen otras potencias de la voluntad colectiva, tanto dentro como fuera del Estado, tales como las Gemeinschaften, el Mutterrecht, etc.”, p. 2. Y más adelante: “Tönnies [se propone] en sus obras sociológicas elucubrar un derecho natural comunitario (gemeinschaftliches Naturrecht) que importe una verdadera crítica y superación del derecho natural racional moderno, y de ningún modo su eliminación”.

⁵ Galtung, Johan, “On the Social Costs of Modernization. Social Disintegration, Atomie/Anomie and Social Development”, *Development and Change*, vol. 27, núm. 2, abril 1996, pp. 379-413.

El Estado se constituye así en la contrapartida política de los procesos típicamente modernos de individuación de las personas. En esta naciente configuración social, se privilegia la relación directa entre Estado y los individuos sin mediación de organizaciones intermedias. Familias, iglesias, corporaciones, gremios, ligas, municipalidades, etcétera, fueron desapareciendo en la experiencia típicamente moderna del individuo libre y atomizado. El “Estado” se convierte así en una “comunidad de comunidades” que tiende a reemplazar a las organizaciones intermedias existentes para integrarlas y superarlas en un proyecto vertical de gobernanza que se centra en la construcción de un derecho formal y de una jurisdicción profesionalizada que absorben las tareas antes realizadas en los fueros comunitarios que resultan absorbidos por el “fuero real”.⁶

El creciente dominio positivista en la ciencia jurídica impidió, en términos generales, continuar con el reconocimiento de los foros sociales que, a pesar de nuestras convicciones estado-céntricas, no han dejado de existir en la vida social.⁷ En esa matriz política, surgió

⁶ La palabra “fuero” es significativa por sí misma: proviene del latín “fórum” y hace referencia al espacio público abierto que servía, en Roma y las ciudades de su Imperio, como mercado, tribunal y lugar de encuentro político. Se trata, por tanto, de un concepto que luego sirvió para dar reconocimiento a las competencias informales y difusas que tenían las comunidades romanas y luego las medievales para la gestión de conflictos; con el tiempo se designaron también así los privilegios abiertamente reconocidos por el Rey para que dichas localidades, municipios o gremios pudieran conservar sus propias normas y así evitar, aunque fuera por un breve tiempo, el proceso creciente de absorción de las costumbres locales en un derecho estatal unificado, codificado y positivizado. En la Edad Media, la noción de *forum*, como privilegio de la realeza, fue desarrollado durante el reinado de Alfonso X. Luego de la reconquista, Alfonso X estableció partidas de fuero real en las que se organiza el territorio en torno a la Corona y la Iglesia. A partir de ambas instituciones, se desglosa el poder de emitir normas desde el poder monárquico y también la capacidad de administrar justicia por intermedio de jueces nombrados por el mismo rey. Véase Pérez, Antonio, “La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las siete partidas”, *Glossae. Revista de historia del derecho europeo*, núm. 3, Instituto de Derecho Común de la Universidad de Murcia, 1992, pp. 9-63; Vallejo, Jesús, “La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 55, pp. 495-704.

⁷ Cohen, Jean y Arato, Andrew, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, MIT Press Ltd, 1994. Citando sobre todo a Gierke, Otto von, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (The German Law of Fellowship), Berlin, Weidmann, vol. 1, 1868. Hay una selección de obras de Gierke hecha por Black, Antony, *Community in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990. Particularmente, véase el volumen 1: “The Legal and Moral History of the German Fellowship”.

un combate en el cual el Estado soberano y el Individuo soberano luchaban sobre los respectivos ámbitos de influencia que les asignaba el derecho natural, y en el transcurso de esa controversia todos los grupos intermedios fueron degradados, primero a la posición de creaturas más o menos arbitrarias del derecho positivo, para luego ser finalmente eliminadas.⁸

A algunos teóricos sociales del siglo XIX (primero juristas y luego sociólogos) se les atribuye haber intentado el rescate y defensa tardíos de este amplio estrato intermedio de sociabilidad que estaba perdiendo solidez y visibilidad frente a la irrupción de la dialéctica no mediada entre “Estado” e “individuo”. El mundo de la asociatividad intermedia, de las comunidades de origen, de la “sociedad civil” es muy plural y disperso en las diversas culturas globales; a pesar de estas notas centrífugas, puede ser interpretado desde ciertas características abstractas comunes que los estudiosos con mayor sensibilidad histórica, sociológica y antropológica han pretendido describir.⁹ En la ciencia del derecho, este movimiento “pluralista” intentó lograr una comprensión más híbrida e interconectada entre el derecho estatal formal y el derecho social comunitario. Aparecieron así teorías socio-jurídicas de carácter pluralista que, al menos durante un tiempo, se opusieron al ascenso hegemónico y excluyente del monismo en el derecho estatal de cuño positivista.¹⁰

En estas periferias mundiales, el deseo de creer en la omnipotencia del Estado y su derecho era retóricamente muy fuerte, a pesar de su evidente fragilidad y fragmentación en la práctica: el Estado en el sur global ha tenido limitaciones en el proceso moderno de copar y desplazar totalmente, mediante formas jurídicas formales, los espacios de la normatividad social difusa y de la gestión social del conflicto. Los estudios socio-jurídicos revelaron así la existencia de incoherencias en el proyecto de modernización y estatalización del mundo

⁸ Gierke, Otto, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p. 100.

⁹ Cohen, Jean y Arato, Andrew, *op. cit.*, citando sobre todo a Gierke, Otto Von.

¹⁰ Bond, Niall, “The Displacement of Normative Discourse from Legal Theory to Empirical Sociology: Ferdinand Tönnies, Natural Law, the Historical School, Rudolf von Jhering and Otto von Gierke”, *Revista Forum Historiae Iuris*, 2011, pp. 1-53.

que se dan en todas partes, pero con particular fuerza en los Estados más fragmentados y débiles: descubrieron así (i) una falta de convergencia, no sólo anecdótica sino estructural, entre el derecho formal “en los libros” y su funcionamiento e implementación práctica en la realidad,¹¹ (ii) supervivencias comunitarias de normatividad social difusa; (iii) existencia de procedimientos informales o cuasiformales dentro de instituciones comunitarias relativamente autónomas del Estado; (iv) paralelismos normativos, resistencias o acomodados sociales frente al derecho formal y (v) evasión, elusión e informalidad más o menos reiteradas, toleradas y estabilizadas en el espacio y el tiempo con formación de expectativas y confianza social.

Este esfuerzo de consolidación de un “derecho social” para las comunidades nunca llegó a incorporarse en la corriente central de la ciencia jurídica y, menos aún, en el mundo “procesalista” de la gestión de conflictos. Esta pérdida de nuestra capacidad de enfocar el “derecho social comunitario”, sin embargo, es particularmente dañina allí donde la soberanía estatal no

¹¹ La noción de “gap” (hueco, espacio, diferencia, brecha, vacío, laguna, omisión, según el contexto) en la teoría jurídica tiene dos acepciones diferentes: más tradicionalmente, se habla de “vacíos”, “lagunas” u “omisiones” en el derecho para identificar la ausencia total de una norma que se juzga necesaria para resolver un problema social inaplazable o para proteger efectivamente un derecho ya reconocido. El vacío puede ser total en el sistema jurídico (omisión absoluta porque la norma simplemente no existe) o parcial porque aunque el derecho en cuestión ya tiene un desarrollo específico en la ley, falta en ella un elemento también necesario para la razonable eficacia de la protección jurídica (omisión relativa). Esta doctrina es negada o criticada por pensadores que privilegian la función de seguridad y certeza del derecho (en Kelsen y el positivismo jurídico, por ejemplo) y es aceptada y usada con más frecuencia por aquéllos que piensan que el derecho es una forma de implementación de políticas públicas y solución de problemas sociales. En una segunda acepción, proveniente de los juristas con más sensibilidad socio-jurídica (Roscoe Pound y luego retomada por el movimiento de Law & Society), el gap (en el sentido de “brecha”) se da de forma estructural en las discrepancias que se presentan entre (i) el “derecho en los libros” (teórico, meramente positivo) y (ii) el “derecho en la práctica o en la acción” (efectivo, materializado). Se trata, por tanto, de brechas de implementación: normas simbólicas que no operan, o normas que producen consecuencias diferentes a las planeadas, o normas que no responden a los problemas sociales que buscaban resolver. Sobre el primer sentido de “gap” (laguna o vacío), en la discusión entre positivistas y no positivistas puede consultarse el ensayo de Moreso, Jose Juan, Navarro Conicet, Pablo y Redondo, Cristina, “Legal Gaps and Conclusive Reasons”, *Theoria*, vol. 68, núm. 1, 2002, pp. 52-66 y, sobre el segundo sentido, puede consultarse el texto de Gould, Jon y Barclay, Scott, “Mind the Gap: The Place of Gap Studies in Sociolegal Scholarship”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 8, 2012, pp. 323-335.

es monolítica. La soberanía jurisdiccional del Estado funciona como un último recurso profesional y especializado para lidiar con los conflictos que no se han resuelto en el espacio más abierto de las prácticas sociales que emplean las comunidades y las redes sociales de diversos tipos. Esta forma de derecho social (propia de comunidades y de individuos en red), como sabemos de los datos que tenemos,¹² responde y gestiona la mayor parte de los conflictos: sólo acceden a la justicia formal y especializada aquellos conflictos que resultan intratables en el derecho social o que las personas, por un cierto privilegio de ubicación y empoderamiento ante el Estado, decidan presentar ante él. Pero para la mayoría de la población, la relación primaria con la justicia estatal es de alienación prevenida que resulta difícil romper. El proceso judicial del Estado para la gestión del conflicto constituye una última *ratio* a la que se accede de forma muy limitada y precavida, especialmente por parte de la ciudadanía que se encuentra distante y alienada del Estado formal. Sería conveniente que los juristas, jueces y abogados (dentro de su obsesión procesalista-formalista) se tomaran en serio el valor general del amplio pluralismo social que sólo han vuelto a considerar y aceptar, aunque a regañadientes,¹³ en las llamadas “jurisdicciones indígenas”. Se requiere ahora que vean y valoren que en la sociedad “estatal” o “mayor”, con personas no necesariamente “racializadas” o “comunitarizadas” (y no sólo en comunidades indígenas, negras, rom, etcétera, étnicamente caracterizadas), también hay mecanismos sociales informales de tramitación y procesamiento de los conflictos y que estos mecanismos, de hecho, entran en operación mucho antes

¹² La Rota, Miguel Emilio, Lalinde, Sebastián, Santa, Sandra & Uprimny, Rodrigo, *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, p. 109; Departamento Nacional de Planeación, “Necesidades Jurídicas en Colombia, 2016”. Disponible en: «<https://www.dnp.gov.co/programas/justicia-seguridad-y-gobierno/Documents/NecesidadesJuridicasenColombia.pdf>». [Consultado el 8 de agosto de 2022]; Departamento Administrativo Nacional de Estadística, “Problemas, desacuerdos, conflictos o disputas. 2021”. Disponible en: «https://microdatos.dane.gov.co/index.php/catalog/698/get_microdata». [Consultado el 8 de agosto de 2022].

¹³ Suárez, Miguel, “Crítica al paradigma del pluralismo jurídico desde la óptica de la argumentación en el Estado Constitucional”, *Magister iuris*. Revista Digital de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 11, 2020. Disponible en: «https://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/corpus_iris-new_revista_num_11_magister_iuris--octubre-diciembre_2020-.pdf». [Consultado el 15 de febrero de 2024].

del recurso a la justicia estatal. En los diversos nodos de la “sociedad civil” se ofrecen muchas formas de “gestión social” del conflicto que los abogados poco estudian de forma expresa y sistemática.

Este punto es esencial: la mayor parte de los conflictos, antes de orbitar hacia el Estado y sus procesos judiciales, nace y se tramita dentro de las redes intermedias donde la gente socializa, y no necesariamente ante el Estado. Desde esta perspectiva, la esfera de la “comunidad” (también llamada “sociedad civil” a diferencia del Estado) es el nombre genérico de los múltiples y desconcentrados espacios donde se da la “gestión social” del conflicto. Los patrones normativos de la gestión social pueden ser englobados, en su conjunto, en las categorías de “derecho social” y “gestión social” con el propósito de darles mayor visibilidad ante el derecho estatal formal. La “gestión social” del conflicto, a partir de normas más o menos estables de “derecho social”, tiene, como hemos visto, una enorme importancia cuantitativa y cualitativa en toda América Latina (y, obviamente, en la experiencia normativa global). Este derecho social, de otro lado, puede tener tanto continuidades como resistencias relativas frente al derecho formal, pero ese es otro asunto que estudiaremos luego.

El pluralismo, en conclusión, se representa y se acepta como normatividad social difusa que, sin reconocimiento estatal explícito, no puede ser parte del derecho formal en sentido estricto. Las instituciones de la “sociedad civil” salen así del encuadramiento tanto del derecho público como del derecho privado. En el derecho público, la única persona reconocida es el Estado en contraposición a los individuos; de hecho, todas las personerías jurídicas de derecho público se reducen finalmente al Estado. En el derecho privado, por otro lado, la comunidad es ahora reducida a la figura de la persona jurídica corporativa que sólo es aceptada como concesión graciosa y ficticia del Estado y no como realidad orgánica con derechos pre o extraestatales que pueda exigir autónomamente. Esta persona jurídica corporativa, además, abandonó el terreno amplio de “lo social” y se ubicó exclusivamente en el terreno de lo “comercial-societario”: la “persona jurídica” prototípica pasó a ser el instrumento de construcción del capitalismo comercial, la sociedad

de personas o de capitales con fines de lucro, abandonando así la que había sido su función esencial de articulación general de todos los aspectos de sociabilidad compartida presentes en las diferentes formas de asociaciones, corporaciones y comunidades.¹⁴

C. Tipos de estructura social: la diferencia entre “redes alfa” y “redes beta”

Las ideas de la tradición de Ferdinand Tönnies y su diferenciación entre “sociedad” y “comunidad” han sido fructíferamente usadas en el trabajo más reciente de dos importantes sociólogos del derecho. William Felstiner (1929) y Johan Galtung (1930) han usado y transformado la conceptualización original de Tönnies. Felstiner ha empleado este marco teórico para hacer una comparación sistemática entre las formas de gestión de conflictos dominantes en los países desarrollados (sociedades modernas con hegemonía del derecho estatal) y los países subdesarrollados (sociedades más tradicionales con rasgos premodernos con mayor espacio para el derecho social). Galtung, por su parte, ha utilizado la distinción para hacer una crítica radical a los discursos contemporáneos del desarrollismo modernizante. Estos dos autores han introducido fértiles cambios conceptuales y han dado potentes aplicaciones a la conceptualización clásica.

En un artículo de 1995 preparado para el Instituto de Investigación para el Desarrollo Social (UNRISD) de la Organización de las Naciones Unidas,¹⁵ Galtung diferencia entre estructuras sociales de tipo “alfa” (donde trasvasa

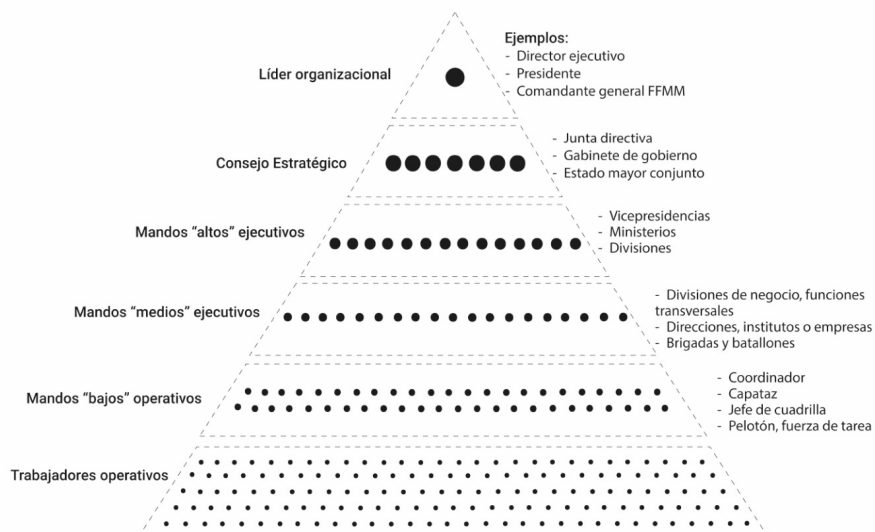
¹⁴ Esta visión más amplia de la persona jurídica no tiene mucho espacio en el estudio contemporáneo del derecho donde la sociedad comercial ha ganado predominancia práctica e ideológica. Mucho va del libro de Tafur Galvis, Álvaro, *Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y el Estado*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 5ª ed., 2017 al libro de Reyes Villamizar, Francisco, *The Colombian Simplified Corporation: A Comparative and Functional Perspective*, Bogotá, Editorial Temis, 1ª ed., 2018.

¹⁵ Galtung, Johan, *On the Social Costs of Modernization. Social Disintegration, Atomie/Anomie and Social Development*. Este *discussion paper* fue presentado en la conferencia “Rethinking Social Development”, Copenhague, marzo de 1995. Disponible en: «<https://www.files.ethz.ch/isn/29003/dp61.pdf>». [Consultado el 15 de febrero de 2024].

esencialmente los contenidos del *Gessellschaft*) y “beta” (los del *Gemeinschaft*) que confirman y complementan los tipos ideales ampliamente usados por la tradición sociológica iniciada por Tönnies.

Para Galtung, pues, las redes de tipo “alfa” corresponden a la forma de vida de personas altamente “individuadas” que actúan como “átomos sociales”, que se han liberado de las ataduras de solidaridad estructural propias de las comunidades y que ahora participan como miembros de la *Gesellschaft* (sociedad) y como súbditos-ciudadanos del Estado. Las redes de sociabilidad humana en las que participan mayoritariamente estos individuos atomizados son “extensas y superficiales” (*big and thin*) y se construyen típicamente alrededor de las interacciones propias de las tres principales estructuras alfa, según Galtung: el “Estado”, el “mercado” y los “medios masivos de comunicación”. Las relaciones con otras personas en estos escenarios tienden a ser abstractas e impersonales, de contenido transaccional y, por esa misma razón, las relaciones tienden a ser transitorias e intensamente focalizadas en un objetivo concreto. En ese marco, además, las personas son sustituibles con facilidad y no se forman relaciones íntimas, cercanas o duraderas. Entre agentes o nodos de estas redes alfa, las relaciones tienden a ser “secundarias”:¹⁶ no son personas individuales que el agente social estime o ame, sino engranajes del sistema que tienen valor funcional, pero no ético-emocional. Priman las acciones entre agentes, no las “inter-acciones” entre compañeros o comuneros. Además, las redes alfa exhiben una estructura típicamente piramidal para la ejecución, con alta especialización y diferenciación, de las funciones políticas (Estado), económicas (mercado) o comunicacionales (medios):

¹⁶ *Ibidem*, p. 5.

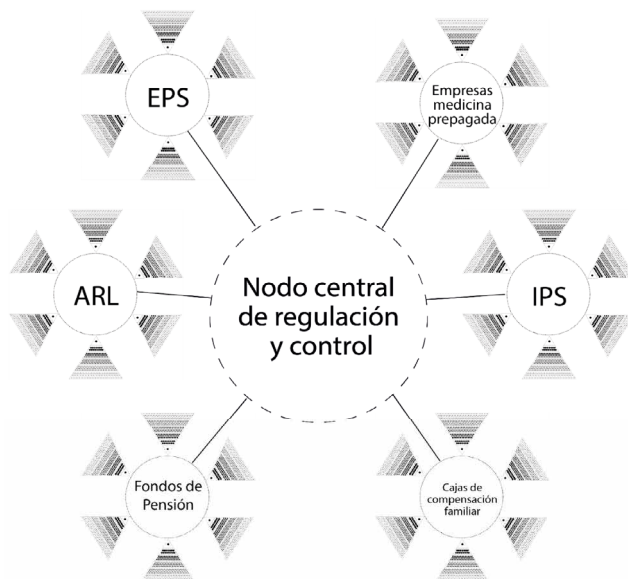
Figura 1. Estructura piramidal típica de estructuras alfa

Fuente: Elaboración propia.

Pero este uso del panóptico se fue “inmaterializando” hasta volverse una estructura organizacional típica del mundo actual. Así, en efecto, la estructura alfa en forma de panóptico se reitera sistemáticamente en el capitalismo de Estado contemporáneo, hasta llegar a constituir su forma organizacional básica: en instituciones y edificios institucionales (fábricas, hospitales, cárceles, escuelas), pero también en todo tipo de arquitectura regulatoria de sistemas de provisión de bienes, servicios y derechos (sistema de salud, de seguridad social, judicial, de gobierno, sistema de distribución y venta de productos, etcétera) y, en general, en todas las formas contemporáneas de organización burocrática en las que convergen las masas poblacionales atendidas por el Estado del bienestar y por los mercados. De ello dan cuenta muchos organigramas públicos y privados del mundo contemporáneo donde se construyen pirámides organizacionales prototípicas que se replican por todas partes bajo un centro regulatorio y de inspección, vigilancia y control común a todos que ordena, de hecho, el isomorfismo institucional. Bajo regulación y control comunes (bien sea de origen estatal o privado), estas diversas organizaciones quedan sometidas a procedimientos uniformes, cuantificables y parametrizados en los que hay una marcada isonomía

funcional a pesar de las diferencias en propiedad, gerencia, personal, cultura e historia organizacionales. Así, por ejemplo, muchas corporaciones o personas jurídicas tienen una estructura común como “fondos de pensiones”, “entidades promotoras de salud”, “administradoras de riesgos pensionales”, “corporaciones locales autónomas”, “establecimientos públicos” y así en una proliferación regulatoria de formas típicas de asociatividad y funcionalidad socioeconómica.

Figura 2. Isomorfismo institucional prototípico en organigramas contemporáneos

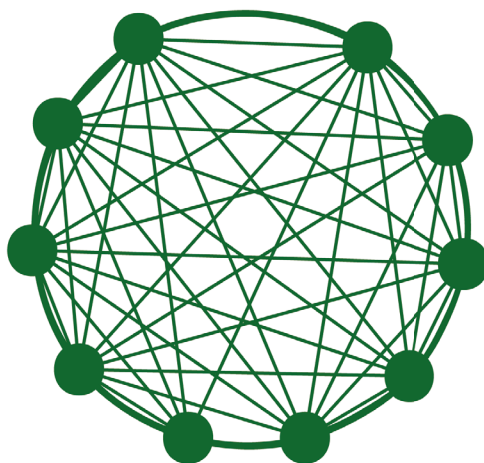


Fuente: Elaboración propia.

Por otro lado, para Galtung, están las estructuras o formaciones “beta”: en estas redes las relaciones entre agentes son “primarias”, con interacciones entre personas conocidas y que no pueden ser simplemente “reemplazadas” al interior de la red. Hay relaciones de afecto o, incluso, de amor. La estructura social es “pequeña y densa” (*small and thick*) y se ejemplifica en las relaciones de parentesco, pareja, amistad, vecindad, afinidad, culto compartido, en fin, en alguna forma de construcción de “comunidad” con sus implicaciones socioafectivas de cercanía, calidez y solidaridad estructural. El amor es, en palabras de Galtung,

una relación “súper-beta”, pero sometida cada vez más a las presiones de un consumismo rampante que ejerce presiones para convertir esa relación “especial” en un mero mercado (piénsese, por ejemplo, en las transformaciones de la noción social de “cortejo” en Tinder).¹⁷ Las relaciones tipo beta van diluyéndose en la medida en que el vínculo social se va volviendo más distante (con menos contacto y proximidad): los primos lejanos ya no están dentro de la red beta del agente sino que, no sin cierta nostalgia, ya entran en la indistinción y transaccionalidad propias de las redes alfa, por ejemplo. Las comunidades entran en procesos de fragmentación en la transición social entre comunidades beta y sociedades alfa típica del desplazamiento de la vida humana del campo a la ciudad. Las redes beta, según Galtung, tienen una estructura circular que representa bien la tendencia a formar relaciones igualitarias y codependientes:

Figura 3. Estructura beta



Fuente: Elaboración propia.

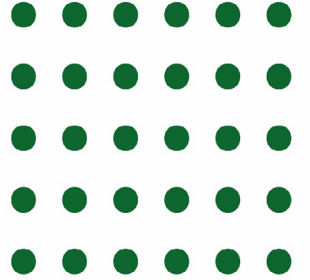
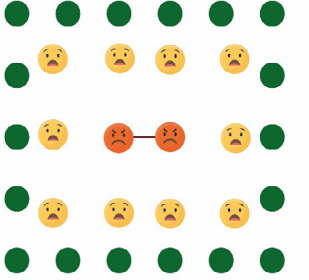
Para William Felstiner, por otro lado, la distinción entre estructuras “alfa” y “beta” tiene aplicación evidente para los conflictos y sus formas de gestión

¹⁷ Véase, al respecto, la inquietante obra de la socióloga franco-israelí Eva Illouz, en particular, *The End of Love. A Sociology of Negative Emotions*, Oxford, Oxford University Press, 2019. Hay una versión en español: *El fin del amor: una sociología de las relaciones negativas*, Buenos Aires, Katz Editores, 2020.

en las investigaciones de derecho comparado que emprendió en el marco de los proyectos de cooperación internacional para el desarrollo social y económico de países del tercer mundo.

Para Felstiner, el conflicto puede nacer, de improviso, entre dos extraños que tienen un “accidente” automovilístico en cualquier calle de una urbe y que uno de ellos (o los dos) empiezan a transformar psicosocialmente hacia la aprehensión del agravio, la responsabilización y la reclamación. Sus vidas corrían paralelas sin puntos de contacto, pero ahora se entrelazan en el roce del conflicto que les ha “ocurrido” de forma inesperada. Estas personas son “individuos” que no comparten una comunidad beta de referencia.¹⁸ El resto de las personas observan su conflicto desde una posición más bien distante de “observadores”, formando “un corrillo” superficialmente interesado en el incidente, pero en últimas indiferente a lo que sucede entre ellos. Ocurre así, por ejemplo, en una riña que observamos en un bar, o un accidente de tránsito del que somos testigos.

Figura 4. Estructura alfa antes y después de una perturbación entre agentes sociales. No hay deformación estructural como producto de la tirantez localizada entre dos átomos sociales

Estructura alfa sin perturbación	Estructura alfa perturbada
	
Tiempo N	Tiempo N+1

Fuente: Elaboración propia.

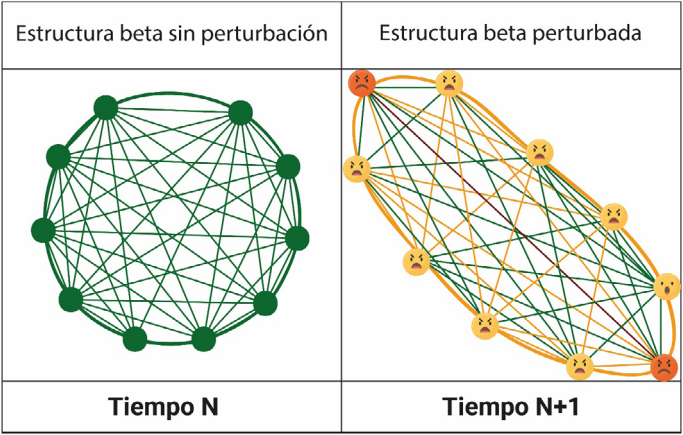
¹⁸ Este hecho básico de estructura social no sólo afecta los conflictos sino muchas otras esferas: el amor y el matrimonio, etcétera.

Como son “átomos” aislados, ubicados en algún lugar de la red alfa, pero sin conexión molecular directa entre ellos, no tienen una comunidad de referencia a la que puedan acudir a gestionar el conflicto. No hay una autoridad cercana y común que pueda intervenir. Como son dos átomos libres, puede ser que después del accidente que sufrieron simplemente “reboten” para retrotraerse de nuevo a sus propios espacios personales, evitando así cualquier nueva interacción: prefieren “evitar” al otro y al conflicto que generó frente a los altos “costos de transacción” que tiene su tratamiento. Es también posible que para ellos el Estado impersonal y abstracto se convierta en un foro atractivo para tramitar el reclamo de justicia. El Estado, en algún sentido, reemplaza o complementa con su justicia formal la inexistencia o la superficialidad de vínculos sociales previos entre átomos desconectados de las redes alfa. Como no comparten una comunidad de referencia, tiene sentido que acudan a la “comunidad de todas las comunidades”, al “derecho de todos los individuos sometidos al Estado”.

Pero ese no es el fin de la historia: en contraste, muchos otros conflictos nacen y se tramitan entre agentes que comparten arraigo común en estructuras beta-comunitarias. En este caso, las personas en conflicto comparten un contexto social y una historia interpersonal previa. La familia (nuclear o extendida), la escuela, la vereda y la tribu, por sólo dar algunos ejemplos, son comunidades con dinámicas de solidaridad estructural, donde compañeros y comuneros desarrollan la diaria convivencia. Pero, al mismo tiempo, la mayor densidad y frecuencia de sus interrelaciones también predispone a la generación de roces y conflictos. Las comunidades son sitios de fricción permanente (con la posibilidad de llegar fácilmente a altos niveles de hostilidad y acritud) entre quienes comparten la vida de manera orgánica. Los conflictos aparecen al interior de la red densa, cohesionada y comprimida que genera la comunidad de referencia que los agrupa. No hay conflictos estrictamente bilaterales o meramente contenidos entre las partes porque en ellos se da, necesariamente, un impacto grupal generalizado: cualquier problema de convivencia afecta al grupo entero. Ello ocurre porque los disputantes (y los terceros en su entorno) no son meros “individuos” aislados, sino que coactúan como “comuneros” dentro de una estructura social compartida con muchos lazos (links) entrecruzados

en el “tejido social”. Todo conflicto es, por tanto, genuinamente comunitario porque perturba la dinámica de todo el círculo social.

Ilustración 5. Estructura beta antes y después de la perturbación entre comuneros. La estructura entera sufre el estrés de una tirantez entre dos miembros de la red



Fuente: Elaboración propia.

Dentro de estas redes beta comunitarias, sin embargo, los disputantes sí pueden activar el concurso de los comuneros o de la autoridad comunitaria para la gestión del conflicto. Su inserción en una red beta implica que reconocen estructuras comunes de autoridad que pueden desplegarse para lograr su gestión intracomunitaria. El conflicto intracomunitario tiene a la mano a otros comuneros con autoridad que son llamados para generar polígonos de gestión social de conflictos (mediador, partes, familiares, vecinos, comunidad entera), que no siempre siguen la estructura triangular rígida y más bien privada de la gestión estatal (juez, demandante, demandado, con exclusión más rígida de “terceros”). Los comuneros disputantes, por tanto, no pueden simplemente ignorarse, rebotar o romper la relación con la misma facilidad con que lo hacen las mónadas atómicas de las redes alfa; si necesitan un tercero que actúe como amigable componedor, como mediador, como árbitro o adjudicador, es posible que encuentren agentes con ascendencia suficiente dentro de la comunidad a la que pertenecen. Estos

agentes, además, actúan dentro del círculo comunitario, con la presencia y asesoría de otros comuneros. Por esta misma razón, no parece tampoco natural que acudan ante jueces formales del Estado cuya autoridad parece más bien temible, lejana, costosa y poco natural. Sus luchas se ventilan dentro de un espacio comunitario protegido que, sin embargo, a veces se siente como un encierro claustrofóbico del que quisieran salir.

Las comunidades protegen, pero también encierran. Algunos comuneros pueden entrar en la búsqueda de salida o escape, especialmente cuando sus grupos están en procesos de desestructuración: sus compañeros los perciben como personas en proceso de rebeldía y de desidentificación con el grupo. Se ha incubado en ellos la búsqueda típicamente moderna por salir a la sociedad alfa, por la individuación intensa del yo y de sus proyectos personales de vida y por la gestión especializada de sus conflictos (cortando con las imbricaciones densas con la comunidad). Este tipo de procesos de desidentificación son usualmente celebrados en las redes alfa donde se interpretan como procesos de liberación personal frente a un cierto tipo de totalitarismo comunitario. En los medios de comunicación y entretenimiento alfa (en las plataformas de *streaming*, por ejemplo) hay varias docunovelas de moda que exploran conflictos al interior de comunidades jasídicas ultraortodoxas (no en Israel, sino en Estados Unidos y el Reino Unido), donde el contraste entre comunidad y sociedad da espacio para narraciones entretenidas y liberadoras donde casi siempre gana el individuo frente a la comunidad. Las series “Unorthodox” (Poco ortodoxa),¹⁹ “One of us” (Uno de nosotros)²⁰ y “Disobedience” (Desobediencia)²¹ muestran, desde sus propios títulos, las tensiones entre la imposición de “disciplina”, “pertenencia” y “obediencia” a individuos que, por diversas circunstancias ideológicas y materiales, ya están en proceso de escape, liberación e individuación en rechazo

¹⁹ Winger, Anna; Karolinski, Alexa y Kamm, Henning (Productores), “Unorthodox (Poco ortodoxa)”, serie, Netflix. Disponible en: «<https://www.netflix.com/co/title/81019069>». [Consultado el 16 de febrero de 2024].

²⁰ Ewing, Heidi y Grady, Rachel, “One of Us”, Serie, Netflix. Disponible en: «<https://www.netflix.com/co/title/80118101>». [Consultado el 16 de febrero de 2024].

²¹ Element Pictures Film4 Productions Braven Films, “Desobediencia”, serie, Netflix. Disponible en: «<https://www.netflix.com/co/title/80208464>». [Consultado el 16 de febrero de 2024].

de la estructura social propia de la ortodoxia comunitaria (en estos casos, del “jasidismo” o del “judaísmo ortodoxo”).²²

D. La ciudad híbrida: ¿existen comunidades en ambientes urbanos modernos?

En la sociología de redes y grupos se ha formulado la pregunta fundamental sobre qué ha pasado con las formas de sociabilidad beta (con patrones comunitarios densos) cuando ocurre un proceso de urbanización, de aumento de la individuación y de desestructuración de comunidades tradicionales. Para afrontar este tema, el sociólogo canadiense Barry Wellman (1942) ha planteado elocuentemente la *community question* (es decir, la pregunta si la comunidad todavía existe en formaciones alfa urbanas).²³ En la revisión de la literatura, aparecen al menos tres posiciones generales frente a esta problemática: (i) desde una posición que observa con nostalgia la desestructuración del mundo tradicional, las comunidades se han perdido definitivamente o, al menos, están en proceso de desaparición ante el avance imparable de estructuras alfa en los procesos de urbanización de la vida con potenciales consecuencias globales distópicas;²⁴ (ii) alternatively, las comunidades han encontrado formas de defenderse y salvarse de la desestructuración moderna, mediante la conservación de espacios sociales densos y “pueblerinos” (*villages*) al interior de grandes urbes, al estilo de la propuesta urbanística de la activista Jane Jacobs

²² El reconocido gurú de la negociación Robert Mnookin tiene un interesante libro en el que trata, en parte, los problemas de mantenimiento de identidad y de asimilación de los judíos en los Estados Unidos. Véase Mnookin, Robert, *The Jewish American Paradox: Embracing Choice in a Changing World*, New York, PublicAffairs, 2018. Un tema similar es tratado en el artículo de Diana Castro y Aristeo Santos, “Los indígenas son mis padres, yo ya no. El día que Ángel decidió dejar de ser indio”, *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, vol. 6, núm. 1, 2012, pp. 23-37. Este artículo habla de tensiones similares en un individuo que estudia derecho en una facultad oficial y, en el proceso, reubica su identidad hacia la sociedad alfa.

²³ Wellman, Barry, “The Community Question: The Intimate Networks of East Yorkers”, *American Journal of Sociology*, vol. 84, núm. 5, 1979, pp. 1201-1231.

²⁴ Galtung, por ejemplo, lleva quizás hasta el extremo esta distopía al postular que las “estructuras beta son naturales al ser humano hasta el punto de ser ‘indispensables’ para su existencia.” Galtung, Johan, “On the Social Costs of Modernization: Social Disintegration, Atomie/Anomie and Social Development”, *United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD)*, Discussion Paper, núm. 61. 1995, p. 9.

(1916-2006)²⁵ o de las descripciones del sociólogo Herbert Gans (1927)²⁶ o (iii) se han transformado de forma significativa hacia un modelo híbrido que Wellman llama “individualismos en red”, esto es, “redes personales” que generan “vidas conectadas”. En esta última opción, es obvio que la dicotomía clásica de Tönnies y Galtung entre redes alfa y beta parece insuficiente para captar las nuevas formas de sociabilidad humana en las que la vida comunitaria no necesariamente desaparece, sino que se reestructura de manera híbrida entre la mónada individual y la necesidad humana de formar redes sociales, aunque sean mínimas y marcadamente egocéntricas. A partir de estos estudios, se han hecho esfuerzos por describir la supervivencia y los cambios estructurales en las redes de apoyo del urbanita contemporáneo (en los vecindarios suburbanos de Toronto, en los barrios populares de Santiago de Chile o en las favelas de Río de Janeiro, por ejemplo) donde se cumple todavía, aunque con diferencias significativas, con las funciones de solidaridad y apoyo al “ego” (al “yo”) rodeado por una corona de “alterii” (de otros significativos).²⁷

²⁵ Su libro es esencial para entender el urbanismo comunitarista que se opone al cemento, al pavimento y a las grandes obras, en desmedro de la “escala humana” de la ciudad. Véase Jacobs, Jane, *Muerte y vida de las grandes ciudades*, Madrid, Península, 1973. Este debate se ha reavivado, aunque sea de forma implícita, con la discusión por la construcción de un metro elevado para la ciudad de Bogotá y el impacto que los viaductos tienen sobre la sociabilidad humana en la superficie de la ciudad. Sobre el tema, en general, véase Borja, Jordi y Muxi, Zaida, *El espacio público, ciudad y ciudadanía*, Barcelona, Ed. Electa, 2003.

²⁶ Al respecto pueden consultarse sus obras esenciales: Gans, Herbert J., *The Urban Villagers: Group and Class in the Life of Italian-Americans*, New York, The Free Press (Macmillan Co., Inc.), 1962 y Gans, Herbert J., *The Levittowners: Ways of Life and Politics in a New Suburban Community*, New York, Columbia University Press, 1967.

²⁷ Véase, por ejemplo, el estudio de suburbios desde una perspectiva de teoría de redes en Toronto de Wellman, Barry, “The Community Question: The Intimate Networks of East Yorkers”, *American Journal of Sociology*, The University of Chicago Press, vol. 84, núm. 5, 1979, pp. 1201-1231 y, dentro de esa misma tradición teórica, de los barrios obreros de Santiago de Chile en el trabajo de Espinoza, Vicente, “Social Networks among the Urban Poor: Inequality and Integration in a Latin American City”, en Wellman, Barry, *Networks in the Global Village Life in Contemporary Communities*, Reino Unido, Routledge, 1999. Es muy importante también, pero desde una perspectiva marxista, el ensayo de la favela de Jacarezinho de Santos, Boaventura de Sousa, “El derecho de los oprimidos: la construcción y la reconstrucción de la legalidad en Pasárgada”, en Santos, Boaventura de Sousa, *Construyendo las Epistemologías del Sur Para un pensamiento alternativo de alternativas*, volumen II, 2019, pp. 33-58. A esa favela le dio el nombre ficticio de “Pasárgada”, que toma de un poema del poeta Manuel Bandeira, “Vou-me embora pra Pasárgada” en el que puntualiza la distancia con el derecho oficial “del asfalto” (que, por desidia estatal, no se conoce en los barrios de la favela): “Em Pasárgada tem tudo / É outra civilização”.

Pero, incluso en estos espacios, cuando los individuos parecen romper decisivamente con sus redes análogas locales y sumergirse en el consumo adictivo del internet (como en efecto lo hacen por muchas horas los emprendedores y trabajadores digitales, profesores y estudiantes en espacios virtuales, tele-delinquentes²⁸, *hackers*, *surfers*²⁹, *gamers* e *influencers*, apostadores en línea, etc.), se generan nuevos espacios de sociabilidad en redes virtuales translocales que han también empezado a estudiarse de forma sistemática.³⁰

Con todo, en cualquier país en desarrollo hay nichos sociales de “vanguardia modernizante” donde la individualización (ahora telemática) es dominante, y, del otro lado, se presentan también en los países desarrollados nichos sociales de “retaguardia” donde los lazos comunitarios se conservan o han sido reconstruidos. El discurso jurídico, político y económico del desarrollo, además, ha trazado una pretendida línea de evolución que se movería desde la retaguardia hacia la vanguardia, de la sociedad integrativa a la individual/atomística. Esta visión del desarrollo económico sigue siendo parte del plan dominante de “modernización” en los países subdesarrollados. Sin embargo, esta narrativa de desarrollo evolutivo ha dejado de ser hegemónica y tiene opositores significativos³¹ que, desde perspectivas ecológicas, sociales, religiosas y morales, ponen en duda el “desiderátum” individualista del desarrollismo modernizante y plantean la necesidad de reconstrucción de un comunitarismo solidario con los otros y con el planeta.

²⁸ En Colombia, el Instituto Nacional Penitenciario inició la “operación dominó”, que incluye la publicación de un listado de delinquentes más buscados quienes, curiosamente, ya están en la cárcel y que han sido categorizados como “dinamizadores de la extorsión”. Véase *El Espectador*, “¿Víctima de extorsión desde las cárceles? Inpec lanza la ‘Operación Dominó’”. Redacción judicial, 18 de agosto de 2023. Disponible en «<https://www.elespectador.com/judicial/victima-de-extorsion-desde-las-carceles-inpec-lanza-la-operacion-dominio/>». [Consultado el 16 de febrero de 2024].

²⁹ Y, hoy en día, ¿quién no lo es?

³⁰ Véase el artículo de Wellman, Barry y Gulia, Milena, “Net-Surfers Don’t Ride Alone: Virtual Communities as Communities”, *op. cit.* Igualmente puede consultarse la interesante comparación realizada por Lehdonvirta, Vili y Räsänen, Pekka, “How Do Young People Identify with Online and Offline Peer Groups? A Comparison Between UK, Spain and Japan”, *Journal of Youth Studies*, vol. 14, 2011. El punto también es el enfoque principal del libro de Daniel Miller *et al.*, *How it Changed the World Social Media*, University College London, Londres, 2016.

³¹ Empezar con el escritor colombiano Escobar, Arturo, *La invención del desarrollo*, Popayán, Universidad del Cauca, 2014. Y seguir con Dancer, Helen, “Harmony with Nature: Towards a New Deep Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 53, núm. 1, 2021.

También hay que anotar que, más allá del discurso desarrollista, ninguna persona es el “individuo” puro o total, ni siquiera el “nómada digital”, el anacoreta ascético oriental³² o el mito moderno del “Robinson Crusoe” en la novela de Daniel Defoe.³³ Su identidad individual y atomizada dominante tiene, en todo caso, aspectos o lugares donde operan, aunque sea parcialmente, las lógicas comunitarias: su familia de origen es seguramente nuclear y biológica, pero en su interior existen dinámicas comunitarias, especialmente mientras los hijos son pequeños y dependientes; los vecinos son, en su mayoría, extraños, pero existe la posibilidad de hacer amistades profundas y duraderas, especialmente mientras se crían a los hijos y se atienden funciones comunitarias en el barrio o la parroquia para descubrir afinidades ideológicas o vitales significativas; las escuelas y colegios ofrecen espacios de socialización donde se ganan algunos amigos “para toda la vida” y donde se pautan patrones de interacción todavía cálidos y comunitarios; los sitios de trabajo todavía permiten el acercamiento a compañeros y colegas significativos y valorados donde existen tareas colaborativas innegables con sentido común de adscripción, lealtad y amistad, etcétera. Estos espacios modernos de socialización (familia, vecindad, empleo, estudio) ofrecen la posibilidad de construir redes de “íntimos” que terminan constituyendo una primera y cercana línea en las redes egocéntricas de agentes altamente individualizados. Los agentes de estas redes son ciertamente individuos modernos, pero con adscripciones comunitarias parciales a partir de estas redes reconstruidas.

Por tanto, la “atomía social”³⁴ del urbanita moderno no es completa y deja espacio para ciertas hibridaciones. La tendencia hacia la atomización e

³² Véase al respecto, Kaelber, Walter, “Asceticism”, en Eliade, Mircea (ed.), *The Encyclopedia of Religion*, vol. 1, New York, Macmillan, 1987, pp. 441-445. Sobre la ascendencia contemporánea de prácticas religiosas ascéticas y místicas, véase Baumard, Nicolas *et al.*, “Increased Affluence Explains the Emergence of Ascetic Wisdoms and Moralizing Religions”, *Current Biology*, vol. 25, núm. 5, 2015, pp. 10-15.

³³ Con relación al anacoreta místico de las tradiciones hinduistas y budistas, véase Watt, Ian, *Myths of Modern Individualism: Faust, Don Quixote, Don Juan, Robinson Crusoe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

³⁴ El neologismo es de Galtung, quien se inspira en la “anomia” de Durkheim. La “atomía” social hace referencia a procesos de desestructuración comunitaria; la “anomia”, a procesos de deculturación y pérdida de referentes normativos.

individuación social en redes alfa es muy fuerte en la modernidad, pero la desestructuración de los espacios sociales no es todavía completa: “la sociedad no es todavía un montón de átomos sociales aislados, puros individuos; y ciertamente todavía existe muchos patrones culturales integrativos. Pero podemos estar en el camino [hacia una desestructuración completa]”,³⁵ especialmente en la época de la súper individuación telemática.³⁶

E. Las “redes personales” como “sistema solar” del urbanita contemporáneo

El trabajo de los sociólogos Barry Weller y Manuel Castells, entre otros, ha ayudado a precisar de manera significativa las formas de sociabilidad de los individuos que viven en estructuras alfa. Como hemos dicho, dichos individuos viven procesos de individuación que tienden a “liberarlos” de estructuras comunitarias. Se llegó a afirmar, en los estudios más tradicionales de Tönnies y Galtung, que sus vidas quedarían así liberadas hasta el punto de la desestructuración hiper-individualista, como mónadas sin ventanas y sin conexiones sociales.

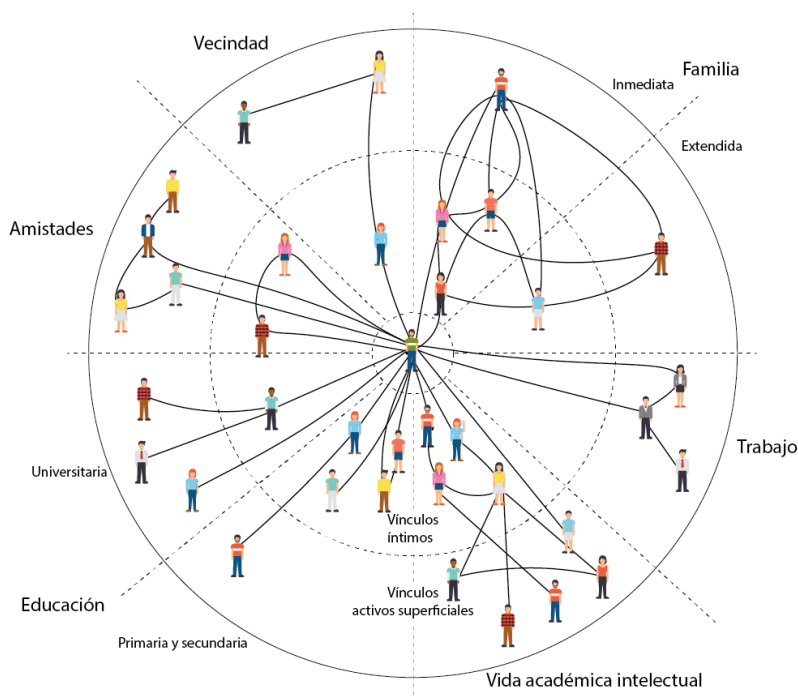
Pero Weller (y muchos después de él dentro de la tradición académica del estudio de “social networks”) ha propuesto una variación importante a este modelo de la individuación en sociedades alfa. Es cierto, dicen, que las personas ya no son comuneros que viven permanentemente sumergidos en un círculo comunitario primordial, pero tampoco se trata de individuos completamente desconectados. Aunque son átomos urbanos con fuerte tendencia al individualismo, ciertamente todavía conservan conexiones con otros. Cada uno es un “individuo” con un proyecto autónomo, pero ocupan el lugar central de lo que Weller y otros han llamado una “red personal”. Cada uno de los urbanitas es el nodo central egocéntrico que se conecta con diversas redes sociales para

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Aunque la relación entre los medios sociales digitales (Facebook, WhatsApp, etc.) y los procesos de individuación no es unidireccional: pueden aislar al individuo o pueden reconectar a los grupos de formas muy complejas y diferenciadas. Al respecto, véase el libro de Miller, Robert *et al.*, *op. cit.*

configurar un “individualismo en redes”. La configuración entre ego (el yo) y sus alteri (los otros) asume así características especiales: los alteri íntimos del ego posiblemente no se conocen entre sí porque provienen de diferentes espacios de sociabilidad. No forman, por tanto, un círculo de relaciones multiplex entre todos los nodos. Son más un conjunto de racimos independientes que se unen en el nodo central: por tanto, cada uno de los alter del ego lo conecta con diversos espacios de sociabilidad en los que ego y alteri participan en diferentes niveles de profundidad. La red personal es la que constituye un ego en conexión con diferentes redes sociales que se interconectan en él mismo, y no un comunero miembro de una comunidad integral de origen.

Figura 6. Visualización del concepto de red personal



Fuente: Elaboración propia inspirada en la propuesta gráfica de Wellman. La figura original se titula “Figure 2. Typical personal network of an East Yorker” y fue tomada de: Wellman, Barry & Berkovitz, Stephen D., *Social Structures: A Network Approach*, New York, Cambridge University Press, 1988, p. 27.

F. A manera de conclusión: relaciones y afinidades entre tipos de estructura social y métodos de gestión de conflictos

I. Recapitulación: relaciones uniplex en estructuras alfa y relaciones multiplex en estructuras beta

El menú de estrategias y posibilidades para responder al conflicto es amplio. En esta materia, el *homo sapiens* “es un ingenioso animal social”.³⁷ Sin embargo, la gente no escoge dentro de estas posibilidades diversas por mero capricho de la voluntad. La estructura de la red social en la que surge el conflicto posibilita o inhibe la escogencia y funcionamiento de algunos de estos mecanismos. Las expectativas de éxito de las estrategias de gestión de conflictos están parcialmente determinadas por la estructura social en la que se entreteje la vida de los agentes que participan en la interacción. Para William Felstiner, “las prácticas de procesamiento del conflicto en un grupo humano dado son producto de su historia, de valores, imperativos psicológicos y su organización social, política y económica”.³⁸ La investigación sociológica permite, por tanto, “analizar varios tipos de organización social y mostrar cuáles son las formas de procesamiento del conflicto que les están correlacionadas”.³⁹ Esta diversidad de estructuras no sólo resulta interesante para el antropólogo de sociedades históricas o primitivas, como lo muestran Felstiner o Wellman, las redes sociales también existen en la “aldea global” contemporánea de manera que se puede describir y estudiar la dinámica de la vida contemporánea.⁴⁰ Este conocimiento puede ser evidentemente útil para los abogados en la construcción de estrategias de gestión del conflicto que entiendan y sean sensibles a los condicionamientos socio-estructurales de los justiciables y las redes sociales donde estructuran sus vidas. Adicionalmente, este conocimiento también puede resultar muy útil para la generación de políticas públicas en justicia: muchos de los errores que

³⁷ Felstiner, William, “Influences of social organization on dispute processing”, *op. cit.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Wellman, Barry, *op. cit.*, p. 23.

se pueden cometer en su diseño provienen de intentos de implantación de métodos de tratamiento de conflictos en estructuras sociales (esto es, en tipos de red social) que los rechazan.

Es conveniente hacer un resumen de los argumentos expuestos hasta ahora. A partir de los estudios sociológicos y antropológicos que hemos revisado, es claro que las sociedades abiertas de tendencia atomizadora (alfa) se caracterizan por tener relaciones simples, unidimensionales o, en un lenguaje más técnico, “uniplex”:⁴¹ cuando los individuos libres y autónomos de estas sociedades tienen conflictos no están ligados por redes densas de relaciones. Su interacción social sólo se da en una dimensión concreta de la vida (la laboral, por ejemplo), pero ésta no se trenza necesariamente con otras (la familiar, para cerrar el ejemplo). El conflicto es una instancia particular de dos personas relativamente desconectadas en las demás dimensiones de la vida. Esta estructura se ejemplifica (i) en el conflicto civil y comercial de centros urbanos, (ii) en una parte importante del derecho penal donde victimarios y víctimas se encuentran en el delito de forma contingente, (iii) en la vicisitud de los accidentes y su correspondiente responsabilidad civil extracontractual, (iv) en el derecho contencioso-administrativo y (v) en el derecho laboral de la sociedad capitalista moderna que tiene empleados fácilmente sustituibles reclutados en mercados abiertos.⁴²

En las sociedades cerradas de comuneros con patrón integrativo (puras o híbridas), en cambio, los conflictos entre las personas se dan hacia el interior de redes más densas de relaciones y de significado: la persona con la que acabo de pelear, por una deuda que no me ha pagado, es también mi familiar, mi socio empresarial, mi amigo y vecino y quizás también esté casado con mi hermana.⁴³ En las redes beta, pues, las relaciones son densas, comple-

⁴¹ Wardhaugh, Ronald, *An Introduction to Sociolinguistics*, New York, Wiley-Blackwell, 2006.

⁴² Estos ejemplos, por supuesto, no pretenden ser exhaustivos de las relaciones uniplex en las relaciones jurídicas modernas.

⁴³ Ejemplo extraído de una entrevista donde se describían las dinámicas sociales del pequeño municipio de Morales (Bolívar) con vocación agropecuaria y con vías de comunicación muy precarias con municipios cercanos. Morales tiene una población de alrededor de 20,000 habitantes (sólo 5000 en

jas o “multiplex” y el agente está en esa maraña densa de relaciones, es un “multiplexor”.⁴⁴ Esta tipología de conflictos se expresa más nítidamente en relaciones del derecho que regulan formaciones asociativas o comunitarias con tejidos sociales densos: (i) en el derecho de familia, (ii) en los derechos indígenas, (iii) en las relaciones civiles y comerciales densas de complementariedad e integración económica estructural, (iv) en el derecho laboral de la fami, micro y miniempresa, (v) en el nepotismo y el familismo que se cuean sistemáticamente en el derecho público, en el electoral y en la contratación pública y privada, (vi) en las redes empresariales y en el estado clientelista, (vii) en las estructuras delincuenciales socialmente imbricadas y en sus estrategias de enfrentamiento con el Estado (combos, bandas, mafias, “los muchachos”, grupos guerrilleros), etcétera.

II. Rompimiento, abstención y renuencia

La más importante consecuencia del marco socio-antropológico básico que hemos expuesto hasta ahora es la siguiente: en las redes comunitarias beta (cerradas de patrón integrativo) es muy difícil que, frente al *impasse* que ocasiona el conflicto, las personas puedan “romper” las relaciones multiplex que las unen. El costo de la ruptura por el conflicto se aumenta exponencialmente por la concomitante perturbación de los otros vínculos que unen a los disputantes y a ellos con el resto del grupo en el que están insertos. En

la cabecera municipal) y una densidad de apenas 12 habitantes por kilómetro cuadrado. En Morales se siente de manera palpable la verdad de la afirmación según la cual “todo el mundo conoce a todo el mundo”. En relaciones beta, los abogados conocemos con frecuencia de casos de no pago de una deuda entre familiares o amigos íntimos con el argumento, impermisible en relaciones alfa de derecho formal, que el mutuante (quien presta el dinero) está en mejor condición económica o que, en general, el dinero prestado se entregó bajo algún deber de solidaridad estructural con un mutuario (quien recibe el dinero) que está más necesitado. Demandar el pago, por lo tanto, pone en peligro la relación que es mucho más valiosa que la que existe entre personas que hacen negocios de manera ocasional. Por esta confusión estructural de roles y solidaridades se dice popularmente que los préstamos entre amigos y familiares son peligrosos: se hacen con la promesa de devolución (como si fueran un intercambio alfa formal), pero luego se diluyen o enredan en reglas de solidaridad (como si fueran deberes de solidaridad beta): “prestar dinero a un amigo es perder el dinero y el amigo”, según se dice.

⁴⁴ Wardhaugh, Ronald, *op. cit.*

las sociedades cerradas, pues, la ruptura relacional escala el potencial negativo del conflicto. La opción de “romper la relación” se vuelve costosa y, por eso mismo, de muy difícil utilización. La cuerda que une a los comuneros tiene múltiples hilos internos y la destrucción de tejido social denso es muy traumático y peligroso hacia el futuro.

Figura 7. Descripción de los elementos que componen la “maraña” de una relación multiplex



Fuente: Elaboración propia.

En las sociedades abiertas de patrón atomístico, en cambio, la “ruptura de la relación”, en formaciones alfa, por el contrario, el rompimiento de la relación se facilita enormemente. Los disputantes pueden “salir” o “romper” la relación sin que ello implique costos catastróficos en otras esferas de la vida que no quedan comprometidas por esa decisión. Los bienes, derechos o intereses perdidos pueden ser reemplazados a menor costo en los mercados urbanos impersonales que habitan estos agentes sociales. El menor costo de la ruptura explica el mayor nivel de movilidad de los individuos/átomos sociales: tienen mayor movilidad laboral, habitacional, geográfica, ideológica y política.

III. Mediación y adjudicación social

Una segunda consecuencia altamente probable es la siguiente: en las estructuras beta de patrón integrativo o comunitario existe una mayor posibilidad que funcione la mediación social en cabeza de una figura de autoridad co-

munitaria interna del grupo que se ubica entre los nodos en disputa. Este agente es un “mediador natural” entre las partes con una clara comprensión de la complejidad y polivalencia de las relaciones que están en juego. Entre comuneros, las mediaciones/adjudicaciones comunitarias suministran un contexto y lenguaje común⁴⁵ que entiende las múltiples aristas de lo discutido y que, por tanto, apuntan al restablecimiento de la armonía social que resulta mucha más imperativa que en contextos atomísticos. Más aún: en las comunidades beta existen figuras con autoridad y suficiente poder adonde los comuneros acuden naturalmente. Estas figuras de autoridad son los padres y las madres (en las familias), maestros y profesores, jefes o compañeros en los sitios de trabajo, líderes de grupo, barriada, “caciques” y “chamanes”, palabrereros y mamos, cabecillas o *consiglieri* de grupos delincuenciales y, en general, según las diferentes concepciones locales, las autoridades reconocidas (por estatus, tradición, institucionalidad local y, a veces, por poder y capacidad de coerción).

En las formaciones alfa, por otro lado, es altamente improbable que las mediaciones comunitarias y sociales tengan éxito. No existen intermediarios “naturales” para el conflicto. Los agentes de formaciones alfa conocen mejor y tienen mayor confianza y cercanía con las instituciones alfa (Estado, mercados, medios masivos de comunicación, Iglesia, etcétera). Los adjudicadores o mediadores alfa, por tanto, son más bien agentes estatales o cuasiestatales que utilizan herramientas del derecho formal y de la razonabilidad abstracta que canalizan para una resolución del conflicto entre extraños con el propósito de “salir del problema” o de “imponer el derecho”, antes del objetivo más beta de “mantener la relación”. Como no existen costumbres o estructuras comunitarias que medien entre individuos atomizados, los disputantes en contextos urbanos se observan “desde la distancia” social en defensa de los derechos individuales que provienen directamente de la ley estatal y de la evaluación egoísta de sus propios intereses. No existe aquí una autoridad

⁴⁵ Literalmente, tal y como se ha estudiado en algunas justicias comunitarias. Véase al respecto, por ejemplo, el artículo de Xololo, Peggy y Kari, Etherbert, “Politeness in Language Use in Tswana Kgotla Meetings”, *Studies in Linguistics*, núm. 59, 2021, pp. 215-252.

social o comunitaria que pueda hacer un llamamiento creíble a los disputantes a que gestionen su conflicto. Las soluciones en equidad o según lo “justo-comunitario”, en este contexto, parecen menos deseables que las estrictamente legales promulgadas por alguna forma de justicia estatal conforme a la ley. Por este mismo conjunto de argumentos, los llamados “conciliadores en equidad”⁴⁶ tienden a funcionar efectivamente dentro de un cierto arraigo comunitario, mientras que los “conciliadores en derecho”⁴⁷ funcionan más dentro del tono jurídico y emocional del derecho formal.

Esta diferencia muestra también, de entrada, que el derecho y la justicia estatal parecen ser el principal marco integrativo que ofrece referencia normativa común y autoridad a formaciones alfa de individuos atomizados que viven en situación de intenso pluralismo cultural, social y económico y que, por tanto, no comparten comunidades de vida y de experiencia existencial.⁴⁸ Este argumento explica, además, por qué la mayor parte de la justicia formal del Estado concentra su oferta en las grandes ciudades y, dentro de ellas, en los “centros” urbanos, vinculados espacial, política y administrativamente a las otras formas y estructuras del gobierno alfa estatal: en Colombia, según datos del Consejo Superior de la Judicatura, alrededor de tres cuartos (75%) de la demanda total de justicia se concentra en las principales cinco ciudades del país: Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Bucaramanga.

⁴⁶ Ley 2020 de 2022. Véase el Título IV sobre las normas especiales de la conciliación en equidad.

⁴⁷ *Ibidem*. El capítulo VII del Título primero regula la conciliación en derecho.

⁴⁸ Por esta razón Mockus insistía, junto con la filosofía de la modernidad, que la “Ley” es el mínimo común denominador de personas que viven dentro de intensas diferencias “culturales” y “morales”. La anomia, en términos de Mockus, ocurre cuando las personas rechazan “la ley” desde sus nichos de convicciones morales o de costumbres culturales. La respuesta apunta, según este autor, a cerrar la brecha o divorcio entre estos ordenamientos normativos en favor de “la Ley”. Véase Mockus, Antanas, “Armonizar ley, moral y cultura. Cultura ciudadana, prioridad de gobierno con resultados en prevención y control de violencia en Bogotá, 1995-1997”, *Banco Interamericano de Desarrollo*, 1999. Disponible en: «<https://publications.iadb.org/es/armonizar-ley-moral-y-cultura-cultura-ciudadana-prioridad-de-gobierno-con-resultados-en-prevencion>» [Consultado el 18 de febrero de 2024]. También se puede consultar: Mockus, Antanas, “Anfibios culturales, moral y productividad”, *Revista Colombiana de Psicología*, Universidad Nacional de Colombia, núm. 3, 1994.

Esta predominancia de la demanda de justicia estatal formal en contextos urbanos⁴⁹ ha llevado a las investigadoras Jill Habig y Joanna Pearl a hablar de las ciudades como “motores de justicia”⁵⁰ por la necesidad de responder a las frecuentes fricciones sociales que se presentan en los espacios alfa.⁵¹ La ciudad es, de hecho, un sitio de intensificación de las “acciones” unilaterales de tipo económico y político de tipo alfa, con una disminución de las “interacciones” comunitarias de tipo beta. En conclusión, podemos decir que, en arreglos sociales de patrón atomístico alfa, el derecho del Estado y su jurisdicción formal complementan directamente la opción de “romper relación” (en la forma de “romper la relación” o “ser renuente a reclamar formalmente”). Este derecho estatal y la jurisdicción formal también tienen amplia cabida en los conflictos intercomunitarios, pero no en los intracomunitarios. En estos últimos, cuando el comunero acude al Estado a resolver un conflicto, el gesto se interpreta frecuentemente como una “traición” o una “deslealtad” a la confianza en los propios mecanismos intracomunitarios.

IV. Adjudicación estatal y arbitraje social

En los grupos de patrón comunitario beta existen actores endógenos con autoridad y capacidad retórica de persuasión y, eventualmente, de coerción social orgánica que les permiten establecer relaciones triádicas con los disputantes para cumplir funciones de negociación, mediación y de adjudicación de los conflictos. Estos actores se mueven tácticamente entre la mediación (solución que requiere del consentimiento de los disputantes) y la adjudicación (solución que se impone

⁴⁹ Otro estudio se focalizó en comparar las llamadas a los números de urgencia de la policía entre contextos urbanos y contextos rurales en los Estados Unidos. Los investigadores encontraron que la ciudadanía urbana hacía más llamados a la policía para “mantener el orden” mientras que la ciudadanía rural hacía más llamados solicitando “servicios”. Las policías urbanas, por su lado, recibieron más llamadas relacionadas con la comisión de delitos graves. Véase Johnson, Richard *et al.*, “Urban and Small Town Comparison of Citizen Demand for Police Services”, *International Journal of Police Science and Management*, vol. 11, núm. 1, pp. 27-38.

⁵⁰ Habig, Jill y Pearl, Joanna, “Cities as Engines of Justice”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 45, núm. 5, 2018, pp. 1160-1195.

⁵¹ Al respecto, véase el libro de Wilson, Ben, *Metrópolis: Una historia de la ciudad, el mayor invento de la humanidad*, Madrid, Debate, 2020.

sin el consentimiento de los disputantes) de reclamos entre los comuneros: una madre puede escoger frente a sus hijos una estrategia “pedagógica” donde los lleva a aceptar acuerdos y soluciones a su conflicto o puede “cerrar” el tema con una decisión con autoridad que distribuya “consecuencias” e, incluso, “castigos”. El éxito de la estrategia conciliatoria “suave” depende, en parte, de que los hijos conocen la posibilidad de que se opte por una salida adjudicativa algo más “fuerte”: el menú disponible en la comunidad permite resolver los conflictos “por las buenas” o, en sentido orgánico, “por las malas”, aunque usualmente se privilegia la salida conciliadora. Las autoridades “sociales” se mueven más cómodamente que las “estatales” entre la mediación y la adjudicación.

Hay que insistir a esta altura en un punto muy importante, pero más bien negado dogmáticamente en la ciencia jurídica: la “adjudicación” (entendida como un tercero que decide con autoridad un conflicto) no es exclusiva o necesariamente estatal. En la gestión social, la adjudicación (a la que también se le llama “arbitraje” en un esfuerzo de diferenciación conceptual) figura de forma muy prominente. No se trata, por otro lado, de la adjudicación altamente formalizada, especializada y burocratizada del Estado, aunque puede ciertamente tener algunos componentes variables de rutinización y ritualización de pautas de gestión de los conflictos en diversas comunidades y grupos en los que existe ya una memoria y repetición de un cierto “hábito”⁵² y en los que, incluso, pueden utilizar la escritura⁵³ para generar archivo y memoria y, también, cierta formalización mínima de reglas sustantivas y de fijación procesal.⁵⁴ Para los comuneros, como hemos visto, puede ser difícil

⁵² Algunos han tratado de identificar y estudiar “patrones usuales” en la gestión familiar de conflictos. Véase, por ejemplo, Lertsuwan, Benya y Hale, Claudia L., “Family Communication Patterns and Conflict Management Styles Young Adults Use with Their Parent in Chiang Mai Thailand”, *Veridian E-Journal, Silpakorn University (Humanities, Social Sciences and arts)*, vol. 11, núm. 5, 2018 y Kunciewicz, Dorota, “Conflict Resolution and Relational Patterns in the Families of Origin of Women and Men”, *Psychology of Language and Communication*, vol. 15, núm. 1, 2011.

⁵³ Goody, Jack y Watt, Ian, “The Consequences of Literacy”, *Comparative Studies in Society and History*, vol. 5, núm. 3, 1963, pp. 304-345.

⁵⁴ Esto es cierto tanto para los Coconucos del suroccidente de Colombia como para los métodos internos de disciplina académica de la Universidad de los Andes donde enseño. Es menos cierto para entornos familiares nucleares o extendidos.

y traumático tratar de escaparse del grupo hacia los métodos del Estado: esto implica, en cierto sentido, ponerse a litigar contra el grupo y sus autoridades. Este movimiento centrífugo puede ser el preludio de la alienación y, finalmente, del ostracismo frente a la comunidad.⁵⁵

En sociedades coloniales en África y América, una forma de lidiar con este problema ha apuntado a que las autoridades tradicionales sean reclutadas para ostentar el doble rol de autoridad tradicional y de autoridad estatal. El Estado busca absorber el derecho comunitario mediante el reconocimiento de la “jurisdicción indígena” como parte de la institucionalidad formal de gobernanza. Este reconocimiento puede darse de distintos modos: puede implicar el reconocimiento de la autonomía de la jurisdicción indígena en una política estatal de “laissez faire”. Pero, por otro lado, el reconocimiento estatal puede entregarse a cambio de distintos niveles de incorporación de límites, principios o formas directamente estatales en las dinámicas sociales de gestión de conflictos. Como ejemplo de esto último, son clásicas las fotos de líderes tradicionales del África en la época de consolidación del dominio colonial donde portaban uniformes militares coloniales como manera de complementar y subrayar su liderazgo tradicional. Así el Rey (fon) de Mankong en Camerún conjuntaba su autoridad tradicional con los signos externos del poder prusiano.⁵⁶

Con o sin uniformes representativos del poder estatal, con autonomía o absorción, el “constitucionalismo pluralista” ha intentado reconocer y legitimar la existencia de foros sociales no estatales donde se hace adjudicación: el ejemplo más frecuente de esta dinámica está, una vez más, en el reconocimiento estatal de la “jurisdicción indígena”.⁵⁷ Pero es preciso notar que, como hemos visto, el pluralismo también se da en las ciudades y en relación con ciudadanos que

⁵⁵ *El Espectador*, “¿Autonomía universitaria versus libertad de expresión? El caso de Carolina Sanín y la U de los Andes”, 2 de febrero de 2021. Disponible en: «<https://www.elespectador.com/educacion/autonomia-universitaria-versus-libertad-de-expresion-el-caso-de-carolina-sanin-y-la-u-de-los-andes-article/>». [Consultado el 18 de febrero de 2024].

⁵⁶ Presente también, por ejemplo, en el uniforme de gala del Batallón Guardia Presidencial en Colombia.

⁵⁷ Yrigoyen Fajado, Raquel Z., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización”, en Garavito, César Rodríguez (coord.), *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 139-159.

no están tan caracterizados o racializados como los indígenas. La ciudad también ofrece espacios para las formaciones beta, aunque su carácter social sea fundamentalmente de escenario del mundo alfa. Como afirma J. Galtung, “las ciudades proveen más espacio para las estructuras beta que las villas rurales a las modernas estructuras alfa”.⁵⁸ A pesar de eso, el pluralismo jurídico a veces ha sido indebidamente reducido a una cuestión constitucional de relacionamiento entre el Estado y los grupos nativos e indígenas.

Figura 8. Rey de Mankong en Camerún con uniforme militar prusiano



Fuente: *Uniformed African Leaders and their Private Armies in the German Colonies*. Disponible en: «<https://bit.ly/49Fm5Lz>».

⁵⁸ Galtung, *op. cit.*, p. 9.

En algunos países con indigenismos profundos (por peso demográfico y cultural en la nación), las autoridades indígenas se han negado a ser caracterizadas simplemente como una jurisdicción más bajo la sombrilla del Estado o que, de hecho, se requiera reconocimiento estatal para el funcionamiento de su autonomía normativa y jurisdiccional.⁵⁹ Se piensan a sí mismos más como pueblos o naciones independientes y autónomas y la colaboración interjurisdiccional la conciben como un intento federalista o, más aún, confederalista, entre soberanías autónomas. En cualquiera de estas dos formas, el reconocimiento de pluralismo jurisdiccional aumenta la fuerza del gobierno local-comunitario al tiempo en que aumenta los costos y las trabas para que los comuneros “escapen” de sus entornos comunitarios y del derecho local. Como la jurisdicción tradicional así reconocida es también “estatal”, no hay “salida” fácil hacia un “otro” derecho. Estos tipos de acuerdos constitucionales pueden también incluir reglas para “devolver” a la jurisdicción comunitaria a los comuneros que estén tratando de escaparse hacia la estatal. En todo caso, cuando los comuneros emprenden este riesgoso camino, son percibidos como gorriones estratégicos de jurisdicción.

Esta capacidad de tener formas internas de gestión de conflictos existe en muchos grupos y sociedades beta de patrón integrativo, que quedan así enclavadas (como islas o islotes sociales) en la urdimbre institucional del Estado moderno. Esta forma de coexistencia pluralista opera típicamente, como hemos visto, en comunidades indígenas,⁶⁰ pero también en muchos otros espacios sociales semiautonomizados que pueden enclavarse tanto en sociedades tradicionales como modernas o modernizadas típicas de la experiencia urbana. Para esos otros espacios, sin embargo, no hay mayor reconocimiento consciente por parte del Estado. Se conceptualizan estos espacios como sitios “sociales”, “informales” o “ilegales”, sin reconocimiento

⁵⁹ El caso de Bolivia y las tipologías de Raquel Yrigoyen respecto al pluralismo jurídico y la constitución plural y los tres ciclos por los que ha pasado el pluralismo en América Latina.

⁶⁰ La Corte Constitucional de Colombia ha resuelto varios casos sobre renunciaciones de miembros de comunidades indígenas a su fuero y a su jurisdicción. Véase C. Const., Sent. T-659, sep. 23/2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y C. Const., Sent. T-001, ene.11/2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

explícito de las dinámicas locales de gestión de conflictos. Algunos comparten valores explícitos con el Estado y son considerados instituciones fundantes como la propia sociabilidad estatal: la familia. Muchas otras, sin embargo, caen en los territorios más ambiguos de la informalidad o, incluso, de la ilegalidad y de la resistencia contra el Estado.

¿Qué ocurre mientras tanto con el papel de la adjudicación estatal formal en los grupos alfa de patrón atomizado e individualista? La justicia estatal y los esfuerzos de monopolización de la jurisdicción son paralelos al nacimiento del Estado, por un lado, y a la aparición del “individuo” moderno, por el otro. En una narrativa histórica ya trillada, las comunidades tradicionales y “feudales” (gens o linajes, tribus, etnias e incluso familias) se desintegran en el seno del Estado moderno. Los comuneros quedan ahora flotando como radicales libres en la vida urbana y burguesa, donde sus libertades constitucionales funcionan como garantías, no sólo frente al Estado, sino también a las asociaciones y corporaciones intermedias de los que se están liberando dentro de una economía capitalista de mercados abiertos. Frente al desmantelamiento de la integración primaria en la esfera social, surge el Estado como mecanismo súper-integrador de los individuos y como espacio de gestión de conflictos entre átomos sociales libres.

El derecho estatal (tanto sustantivo como procesal) entronca su historia dentro de esta narrativa histórica: la respuesta oficial del derecho procesal estatal consiste en afirmar su desprendimiento y diferenciación frente a la justicia comunitaria de localidades, tribus y pueblos para lograr su nacionalización, modernización y racionalización en un nuevo aparato jurisdiccional estatal concebido y diseñado para individuos modernos, para hombres abstractos que disputan sus derechos individuales dentro de la configuración ideológica del liberalismo político, *bajo la ley y no bajo normas sociales*.⁶¹

⁶¹ Véase el detalle de este proceso en López Medina, Diego, “La historia de otros: ideología del derecho procesal europeo y su trasplante a América Latina”, *Via Iuris. Fundación Universitaria Los Libertadores*, núm. 29, 2020, pp. 1-92.

Con todo, aquí se genera un problema estructural en la reclamación formal ante el Estado cuando los mecanismos sociales difusos se van diluyendo y desapareciendo en el tiempo. Los mecanismos estatales de gestión de conflictos son, por definición, artificiales, complejos, poco intuitivos para personas que antes disputaban y resolvían sus conflictos en foros más locales, vernáculos y comprensibles. Como lo afirma Felstiner, una de las cuestiones más frecuentemente criticadas en las sociedades modernas es el relativo fracaso de las instituciones judiciales formales a la hora de lidiar adecuadamente con los agravios entre las personas. Acudir a los tribunales judiciales del Estado alfa

cuesta dinero y tiempo, y son lentas y complicadas, inclinadas en contra de los pobres, los inexpertos y los usuarios ocasionales. Incluso las cortes de pequeñas causas han sido convertidas por los vendedores de bienes de consumo masivo en agencias de cobro de deudas subsidiadas por el erario público. Al mismo tiempo, existen factores estructurales en sociedades modernas que reducen la utilidad de adjudicar disputas interpersonales en las cortes estatales. En la medida en que estas cortes son gestionadas por especialistas [...] las reglas que aplica tenderán también a ser especializadas, procedimentalizadas y ajenas a las normas sociales del día a día. La especialización normativa exigirá que los litigantes acudan a abogados profesionales. La representación jurídica especializada implica más gasto, molestias y mistificación desconcertante para las personas ordinarias. Las cortes estatales frecuentemente procesan un gran volumen de cuestiones cuasi-administrativas rutinarias (ejecuciones y evicciones, divorcios, pagos, embargos y secuestros, derechos de retención, etc.) Estos temas rutinarios, aunados a una carga inmensa en materia penal y a un exceso de sensibilidad profesional a cuestiones de debido proceso y a la autonomía funcional de los jueces que impiden las reformas que apuntarían a incrementos en la eficiencia procesal y sobrecargan los recursos que tienen las cortes para procesar rápidamente los conflictos interpersonales. Si el litigio ante las cortes estatales puede ser adecuadamente caracterizado como costoso, demorado y alienante, podemos esperar que se haga poco uso de ellas en situaciones en las cuales, como ocurre en la mayoría de las disputas, los intereses son de poca monta, con la excepción de aquellos casos como los divorcios

y las custodias donde una intervención estatal es imprescindible por mandato legal.⁶²

Esto lleva a una conclusión importante: en las formaciones sociales alfa sólo se orientan hacia la demanda judicial los casos donde “dejar así” es una salida demasiado costosa por la gravedad de los intereses del caso: para que una persona considere seriamente demandar, se requiere que el caso sea grave y que toque pagar los costos de una justicia estatal formal alienante y distante: la alternativa es quedarse sin reparación del agravio. Sólo estos casos proceden hacia la jurisdicción estatal, así como los casos donde la participación del Estado es obligatoria para hacer que ocurra algo, como en los procesos de la llamada “jurisdicción voluntaria”: hay que soportar el costo de la justicia estatal formal porque de lo contrario no hay sucesión, no hay separación de bienes, no hay delimitación de la propiedad, no hay divorcio, etcétera.

En las redes beta comunitarias ocurre otra cosa: la ruptura o la renuencia son excesivamente costosas, mientras que la mediación social no especializada tiene más claras perspectivas de éxito. En la medida en que los comuneros entran en una disputa, la autoridad comunitaria o, incluso, la comunidad entera en estructura de arropamiento circular de los disputantes tienen credibilidad y confianza para restituir la armonía social que es amenazada por la ruptura. Por otro lado, en las redes alfa, la ruptura puede, de hecho, disminuir la hostilidad y la perturbación social; en las beta, la ruptura equivale a alienación, distanciamiento, ostracismo y desarraigo. En estas circunstancias, la ruptura relacional puede llegar a afectar la propia identidad personal de manera ostensible.

El papel de la gestión estatal queda abierto, según Felstiner y Santos, en ambos escenarios, pero de forma cuantitativamente diferente: como la juris-

⁶² Felstiner, William, “Influences of social organization on dispute processing”, *op. cit.*, pp. 82 y 83: “If court litigation may be fairly characterized as costly, slow and alienating, we can expect relatively little use to be made of it in situations in which, as in most interpersonal disputing, the economic stakes are low (Danzig, 1973: 44), unless, as in divorce and custody cases, a government imprimatur is an absolute necessity”.

dicción del Estado depende esencialmente de su capacidad de coerción, las redes alfa y las beta ven allí un recurso estratégico importante. En las redes alfa, la “justicia” es fundamentalmente estatal cuando se agotan los recursos individuales para lidiar con el conflicto; en las redes beta, la “justicia” sólo es complementariamente estatal cuando se agotan los recursos comunitarios para lidiar con el conflicto.

Finalmente, el acceso a la adjudicación estatal también está mediado por la forma de construcción de conciencia normativa (de “rule mindedness”, según Marc Galanter): en las formaciones alfa, la conciencia normativa es fundamentalmente legal-formal, se evalúa a los átomos sociales por su nivel de observancia de las normas legales; en las formaciones beta, en cambio, las normas sociales y morales tienen un peso autónomo dentro de la comunidad y sólo se recurre a la normatividad legal como forma de complementar o de apuntalar la normatividad social que se despliega en primer lugar.⁶³ Por esa razón, en ambientes alfa urbanos existe una conciencia normativa primería de derechos y obligaciones jurídicas o, lo que es lo mismo, de vindicación frente al agravio en términos de la imposición de normas estatales con autoridad definitiva. Esto no ocurre así en las estructuras beta, donde la normatividad tiene fuentes más sociales y difusas y donde la Ley no aparece o sólo aparece como reforzador secundario de la eticidad comunitaria.

Los individuos libres y atomizados, si la posibilidad de ruptura no resulta atractiva o conveniente, tendrán el incentivo de pasar inmediatamente a la justicia estatal especializada. Para los comuneros, en cambio, frente a la imposibilidad de romper, tendrán incentivos para permanecer en la mediación o adjudicación social comunitaria; y, dependiendo de sus objetivos e intereses, podrán acudir muy excepcionalmente también a la gestión estatal cuando la comunitaria no pueda responder adecuadamente en los casos en que estén dispuestos a “salir” del espacio claustrofóbico donde ahora se

⁶³ Esta conclusión es avalada conjuntamente por el trabajo de Santos, Boaventura de Sousa, “El derecho de los oprimidos”, *op. cit.*, y por el trabajo de Mnookin, Robert y Kornhauser, Lewis, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce”, *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5, 1979, pp. 950-997.

sienten “encerrados”. Por el otro lado, los ciudadanos de la formación alfa no pueden, en estricto sentido, retirarse o romper relaciones con el Estado. Se trata de una sociedad de pertenencia obligatoria, pero su fuerza es positiva, convencional, explícita, no cultural ni tradicional.

La negociación directa, como forma de gestión de conflictos, también queda abierta en ambos escenarios: en las comunidades, porque los disputantes, al no poder romper, tienen que hablar y negociar y la comunidad favorece estos intercambios directos o mediados por un tercero con autoridad natural. En las sociedades de individuos atomizados también se recurre a la negociación directa: los disputantes tienen la opción de romper y cortar la relación tenue que se dio entre ellos, pero si no lo hacen son también libres de resolver sus asuntos por vía de negociación y disponer de ellos. La libertad atomizada les permite negociar intensamente antes de tomar la decisión de demandar ante la jurisdicción estatal o de internalizar los costos de la pérdida en la evitación y rompimiento de la relación. Por estas mismas razones, sabemos, es más difícil que individuos atomizados alfa acudan ante mediadores sociales tradicionales (como un pariente con legitimidad familiar, una figura con autoridad religiosa), pero por la vía de negociación pueden llegar ante negociadores profesionales o amigables componedores. Esta última posibilidad de negociación asistida o tercerizada existe, pero resulta poco frecuente en los mercados abiertos. Es más común que una persona con autoridad de una comunidad compartida cumpla con esas funciones de asistencia a la negociación, mediación o adjudicación social.

La ciencia del derecho ha invertido mucha energía ideológica e intelectual para tratar de afirmar un monopolio alfa sobre la gestión de conflictos. Esta forma de concebir el tema le ha otorgado un monopolio ideológico que en realidad no existe y que no compagina con las estructuras sociales beta que, en todo caso, siguen existiendo en la vida urbana moderna. Estos presupuestos han llevado a políticas públicas de justicia que no tienen sensibilidad y flexibilidad frente a los contextos locales; las instituciones de justicia estatal formal tienden, por tanto, a concentrarse en espacios “alfa” bien caracterizados y, finalmente, la indiferencia institucional a las dinámicas sociales

“beta” es simplemente confundida con formas de desviación social, bien sea como ilegalidad directa, bien como informalidad. Frente al conflicto beta, el derecho alfa renuncia a tener una comprensión más plural de su gestión. Una “justicia” atenta y consciente debería tener en cuenta estos datos para tratar de dar reconocimiento y articulación a estos foros esenciales que, lejos de ser alternos, constituyen la primera línea social en la gestión de los conflictos. El llamado no es a “invadirlos” o a “cooptarlos”, pero es difícil tener una idea comprehensiva de las funciones de la justicia sin la integración en las políticas públicas de estos diferentes escenarios de conflictividad.

G. Bibliografía

- Baumard, Nicolas *et al.*, “Increased Affluence Explains the Emergence of Ascetic Wisdoms and Moralizing Religions”, *Current Biology*, vol. 25, núm. 5, 2015.
- Bond, Niall, “The Displacement of Normative Discourse from Legal Theory to Empirical Sociology: Ferdinand Tönnies, Natural Law, the Historical School, Rudolf von Jhering and Otto von Gierke”, *Revista Forum Historiae Iuris*, 2011.
- Borja, Jordi y Muxi, Zaïda, *El espacio público, ciudad y ciudadanía*, Barcelona, Ed. Electa, 2003.
- Caroni, Pio, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milán: Giuffrè, 1998 (*Escritos sobre la codificación*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2012).
- Castro, Diana y Santos, Aristeo, “Los indígenas son mis padres, yo ya no. El día que Ángel decidió dejar de ser indio”, *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, vol. 6, núm. 1, 2012, pp. 23-37.
- Cohen, Jean y Arato, Andrew, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, MIT Press Ltd, 1994.
- Dancer, Helen, “Harmony with Nature: Towards a New Deep Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 53, núm. 1, 2021.
- Dancer, Helen, “Harmony with Nature: Towards a New Deep Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 53, núm. 1, 2021.

- Departamento Administrativo Nacional de Estadística, “Problemas, desacuerdos, conflictos o disputas. 2021”. Disponible en: «https://microdatos.dane.gov.co/index.php/catalog/698/get_microdata, consultado el 8 de agosto de 2022».
- Departamento Nacional de Planeación, “Necesidades Jurídicas en Colombia, 2016”. Disponible en: «<https://www.dnp.gov.co/programas/justicia-seguridad-y-gobierno/Documents/NecesidadesJuriidicasenColombia.pdf>», consultado el 8 de agosto de 2022.
- El Espectador*, “¿Autonomía universitaria versus libertad de expresión? El caso de Carolina Sanín y la U de los Andes”, 2 de febrero de 2021. Disponible en: «<https://www.elespectador.com/educacion/autonomia-universitaria-versus-libertad-de-expresion-el-caso-de-carolina-sanin-y-la-u-de-los-andes-article/>». [Consultado el 18 de febrero de 2024].
- El Espectador*, “¿Víctima de extorsión desde las cárceles? Inpec lanza la ‘Operación Dominó’”. Redacción judicial, 18 de agosto de 2023. Disponible en: «<https://www.elespectador.com/judicial/victima-de-extorsion-desde-las-carceles-inpec-lanza-la-operacion-domino/>». [Consultado el 16 de febrero de 2024].
- Eliade, Mircea (ed.), *The Encyclopedia of Religion*, vol. 1, New York, Macmillan, 1987.
- Escobar, Arturo, *La invención del desarrollo*, Popayán, Universidad del Cauca, 2014.
- Espinoza, Vicente, “Social Networks among the Urban Poor: Inequality and Integration in a Latin American City”, en Wellman, Barry, *Networks In The Global Village Life In Contemporary Communities*, Reino Unido, Routledge, 1999.
- Felstiner, William L. F., “Avoidance as Dispute Processing: An Elaboration”, *Law & Society Review*, vol. 9, núm. 4, 1975, pp. 695-706. Disponible en: «<https://www.jstor.org/stable/3053344>», consultado el 8 de agosto de 2022».
- Felstiner, William, “Influences of Social Organization on Dispute Processing”, *Law and Society Review*, vol. 9, 1974, pp. 63-94. Disponible en: «<https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/influences-social-organization-dispute-processing>», consultado el 8 de agosto de 2022.

- Felstiner, William, Abel, Richard y Sarat, Austin, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming", *Law & Society Review*, vol. 15, núm. 3-4.
- Galtung, Johan, "On the Social Costs of Modernization. Social Disintegration, Atomie/Anomie and Social Development", *Development and Change*, vol. 27, núm. 2, abril 1996.
- Galtung, Johan, On the Social Costs of Modernization Social Disintegration, Atomie/Anomie and Social Development, Copenhagen, marzo de 1995. Disponible en: «<https://www.files.ethz.ch/isn/29003/dp61.pdf>», consultado el 15 de febrero de 2024.
- Gans, Herbert J., *The Levittowners: Ways of Life and Politics in a New Suburban Community*, New York, Columbia University Press, 1967.
- Gans, Herbert J., *The Urban Villagers: Group and Class in the Life of Italian-Americans*, New York, The Free Press (Macmillan Co., Inc.), 1962.
- Garavito, César Rodríguez (coord.), *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- Gierke, Otto von, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* ("The German Law of Fellowship"), Berlin, Weidmann, vol. 1, 1868.
- Gierke, Otto, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- Gould, Jon y Barclay, Scott, "Mind the Gap: The Place of Gap Studies in Sociolegal Scholarship", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 8, 2012.
- Guzmán, Alejandro et al., *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias: escritos en conmemoración del bicentenario del código civil francés*, Santiago de Chile, Ian Henríquez Herrera editores/Universidad de los Andes, 2004.
- Guzmán, Alejandro, "La influencia del código civil francés y su influencia en las codificaciones americanas", en Guzmán, Alejandro et al., *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias: escritos en conmemoración del bicentenario*

- del código civil francés*, Santiago de Chile, Ian Henríquez Herrera editores/Universidad de los Andes, 2004.
- Habig, Jill y Pearl, Joanna, “Cities as Engines of Justice”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 45, núm. 5, 2018.
- Jacobs, Jane, *Muerte y vida de las grandes ciudades*, Madrid, Península, 1973.
- Johnson, Richard *et al.*, “Urban and Small Town Comparison of Citizen Demand for Police Services”, *International Journal of Police Science and Management*, vol. 11, núm. 1.
- Kaelber, Walter, “Asceticism”, en Eliade, Mircea (ed.), *The Encyclopedia of Religion*, vol. 1, New York, Macmillan, 1987.
- Kuncewicz, Dorota, “Conflict Resolution and Relational Patterns in the Families of Origin of Women and Men”, *Psychology of Language and Communication*, vol. 15, núm. 1, 2011.
- La Rota, Miguel Emilio, Lalinde, Sebastián, Santa, Sandra & Uprimny, Rodrigo, *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.
- Lehdonvirta, Vili y Räsänen, Pekka, “How Do Young People Identify with Online and Offline Peer Groups? A Comparison Between UK, Spain and Japan”, *Journal of Youth Studies*, vol. 14, 2011.
- Lehdonvirta, Vili y Räsänen, Pekka, “How Do Young People Identify with Online and Offline Peer Groups? A Comparison Between UK, Spain and Japan”, *Journal of Youth Studies*, vol. 14, 2011.
- Lertsuwan, Benya y Hale, Claudia L., “Family Communication Patterns and Conflict Management Styles Young Adults Use with Their Parent in Chiang Mai Thailand”, *Veridian E-Journal, Silpakorn University (Humanities, Social Sciences and Arts)*, vol. 11, núm. 5, 2018.
- López Medina, Diego, “La historia de otros: ideología del derecho procesal europeo y su trasplante a América Latina”, *Via Iuris*, Fundación Universitaria Los Libertadores, núm. 29, 2020.
- Miller, Robert *et al.*, *How the World Changed Social Media* Londres, University College London, 2016.
- Mnookin, Robert y Kornhauser, Lewis, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce”, *The Yale Law Journal*, vol. 88, núm. 5, 1979.

- Mnookin, Robert, *The Jewish American Paradox: Embracing Choice in a Changing World*, New York, PublicAffairs, 2018.
- Mockus, Antanas, “Anfibios culturales, moral y productividad”, *Revista Colombiana de Psicología*, Universidad Nacional de Colombia, núm. 3, 1994.
- Mockus, Antanas, “Armonizar ley, moral y cultura. Cultura ciudadana, prioridad de gobierno con resultados en prevención y control de violencia en Bogotá, 1995-1997”, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999. Disponible en: «<https://publications.iadb.org/es/armonizar-ley-moral-y-cultura-cultura-ciudadana-prioridad-de-gobierno-con-resultados-en-prevencion>» [Consultado el 18 de febrero de 2024].
- Moreso, Jose Juan, Navarro Conicet, Pablo y Redondo, Cristina, “Legal Gaps and Conclusive Reasons”, *Theoria*, vol. 68, núm. 1, 2002, pp. 52-66.
- Otto von, Gierke, *Community in Historical Perspective* (Antony Black, editor), Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- Pérez, Antonio, “La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las siete partidas”, *Glossae. Revista de historia del derecho europeo*, Instituto de Derecho Común de la Universidad de Murcia, núm. 3, 1992.
- Putnam, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, New York, Touchstone Books by Simon & Schuster, 2001.
- Putnam, Robert y Nanetti, Rafaella, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton, Princeton University Press, 1994.
- Reyes Villamizar, Francisco, *The Colombian Simplified Corporation: A Comparative and Functional Perspective*, Bogotá, Editorial Temis, 1ª ed., 2018.
- Rosler, Andrés. “El Hobbes de Tönnies”, *Boletín de la Asociación de Estudios Hobbesianos*, núm. 4, 1992.
- Santos, Boaventura de Sousa, “El derecho de los oprimidos: la construcción y la reconstrucción de la legalidad en Pasárgada”, en Santos, Boaventura de Sousa, *Construyendo las Epistemologías del Sur Para un pensamiento alternativo de alternativas*, vol. II, 2019.
- Suárez, Miguel, “Crítica al paradigma del pluralismo jurídico desde la óptica de la argumentación en el Estado Constitucional”, *Magister iuris*, revista digital de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional

- Autónoma de México, núm. 11, octubre-diciembre de 2020. Disponible en: «https://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/corpus_iris-new_revsita_num_11_magister_iuris--octubre-diciembre_2020-.pdf», consultado el 15 de febrero de 2024.
- Tafur Galvis, Álvaro, *Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y el Estado*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 5ª ed., 2017.
- Torres, Jenny, *El proceso de adopción del Código Civil en Colombia Vientos de cambios en la cultura política y jurídica en el siglo XIX*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- Vallejo, Jesús, “La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas”, *Anuario de historia del derecho español*, núm. 55.
- Wardhaugh, Ronald, *An Introduction to Sociolinguistics*, New York, Wiley-Blackwell, 2006.
- Watt, Ian, *Myths of Modern Individualism: Faust, Don Quixote, Don Juan, Robinson Crusoe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- Wellman, Barry y Gulia, Milena, “Net-Surfers Don’t Ride Alone: Virtual Communities as Communities”, op. cit.
- Wellman, Barry, “The Community Question: The Intimate Networks of East Yorkers”, *American Journal of Sociology*, The University of Chicago Press, vol. 84, núm. 5, 1979.
- Wellman, Barry, *Networks in the Global Village Life In Contemporary Communities*, Reino Unido, Routledge, 1999.
- Williams, Kate y Durrance, Joan, “Social Networks and Social Capital: Rethinking Theory in Community Informatics”, *J. Community Informatics*, vol. 4, agosto de 2008.
- Wilson, Ben, *Metrópolis: Una historia de la ciudad, el mayor invento de la humanidad*, Madrid, Debate, 2020.
- Xololo, Peggy y Kari, Etherbert, “Politeness in Language Use in Tswana Kgotla Meetings”, *Studies in Linguistics*, núm. 59, 2021.
- Yrigoyen Fajado, Raquel Z., “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la decolonización”, en Garavito, César Rodríguez (coord.), *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

Lenguaje claro, ética y legitimidad

Silvia Iacopetti*

* Abogada. Exdirectora del Sistema Argentino de Información Jurídica. Experta en herramientas lingüísticas para bases de datos documentales. Miembro fundador de la Red de Lenguaje Claro de Argentina.

SUMARIO: A. Empezando por lo obvio. B. La desconfianza en la justicia. C. El lenguaje claro. I. Qué es lenguaje claro. II. Qué no es lenguaje claro. D. Lenguaje claro en las crisis de credibilidad. E. Lenguaje claro y justicia. I. La ética judicial y la motivación de sentencias. II. La claridad en las cumbres judiciales iberoamericanas. III. La cuestión del lenguaje claro en Argentina. F. Conclusión. G. Bibliografía.

A. Empezando por lo obvio

Jocelyn Edward Salis Simon, barón Simon de Glaisdale, se pone en pie y dice:

Mis Lores, me siento honrado de presentar un asunto de gran importancia para nuestra sociedad y el ciudadano de a pie, quien se ha visto perturbado, y con razón, por la oscuridad de gran parte de la legislación. Si las disposiciones legales son oscuras, arcanas y hierofánicas, entonces, el ciudadano se ve privado de su derecho a vivir bajo el imperio de la ley. En efecto, si lo escrito solo es comprensible por los funcionarios que lo redactaron, estamos pasando de un Estado democrático a uno burocrático.¹

La ciudadanía debe comprender la ley para cumplirla. Comprenderla es un paso imprescindible en el camino del respeto a las decisiones públicas. En una democracia, la obediencia está relacionada con la capacidad de las autoridades de presentar sus decisiones como emanadas de la voluntad po-

¹ Presentación del Renton Committee Report on Legislation en el Parlamento británico realizada el 10 de diciembre de 1975.

pular, expresadas a través de los procedimientos constitucionales y mediante el respeto a los derechos y garantías. El imperio de la ley, en este sentido, se distingue del imperio de una persona en la medida en que, en este caso, manda la voluntad desnuda de quien ejerce el poder y en aquél, incluso quien ejerce poderes públicos, se ciñe a los mandatos legales.

Cuando se crean reglas incomprensibles se mantiene el poder en manos de quien las redacta, se somete a quienes deben cumplirlas a la incertidumbre y la inseguridad y se da razón a quienes sospechan que el poder no busca otra cosa que dominar a través del ejercicio arbitrario de la fuerza. La situación empeora si, además de reglas incomprensibles, quienes deben aplicarlas al caso particular aclarando su significado, en lugar de ello suman opacidad a través de resoluciones judiciales también inentendibles.

B. La desconfianza en la justicia

En Argentina, la relación entre el sistema judicial y la opinión pública viene sufriendo un deterioro que parece agravarse día a día. La desconfianza, la sospecha y el fastidio de las personas se contraponen con la sensación de quienes trabajan en las instituciones de la justicia. Para ellos no se entiende su trabajo, ni su papel en una democracia constitucional, ni las restricciones presupuestarias o legales con las que tienen que lidiar en su tarea cotidiana.

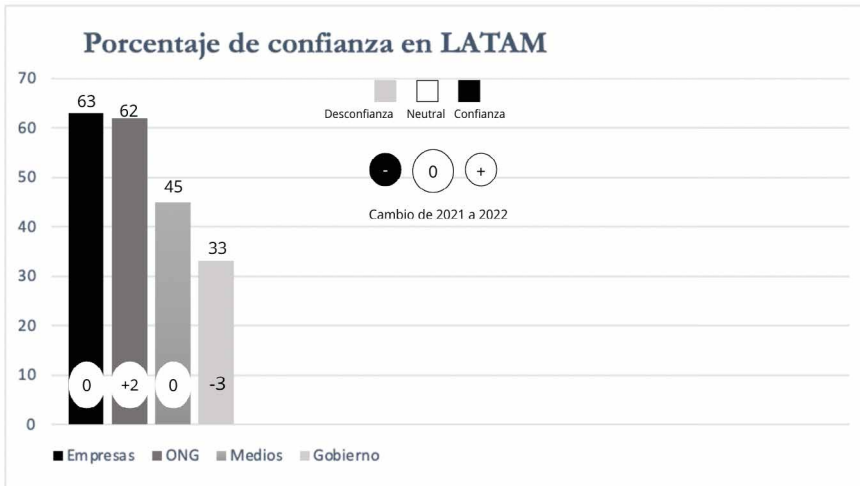
Una mala relación entre la ciudadanía y las instituciones judiciales no es un mero problema de sensibilidad emocional. Es un problema político de primera magnitud. La desconfianza golpea en su legitimidad y sin legitimidad, el poder que les fue delegado no puede ejercerse. Pierden efectividad (sus decisiones no se cumplen), pierden convocatoria (no se recurre a ellas para solucionar conflictos) y pierden sustancia (aumenta la mentira y la utilización espuria de los procedimientos judiciales).

En un marco más amplio, los índices de confianza o de transparencia de los poderes públicos siguen a la baja y no dan respiro. No es sólo una cuestión argentina. Una encuesta global en Latinoamérica realizada por la consultora

Edelman refleja que los cuatro países más poblados de la región —Brasil, México, Colombia y Argentina— sufren un deterioro significativo de la percepción que tienen los ciudadanos de sus instituciones. Ese ciclo de desconfianza se agravó a partir de 2022. Para el caso de Argentina, sólo 20% de la población confía en las instituciones de gobierno. Frente a esto, las ONG y las empresas son las que tienen mejor percepción de ser “éticas y competentes”.

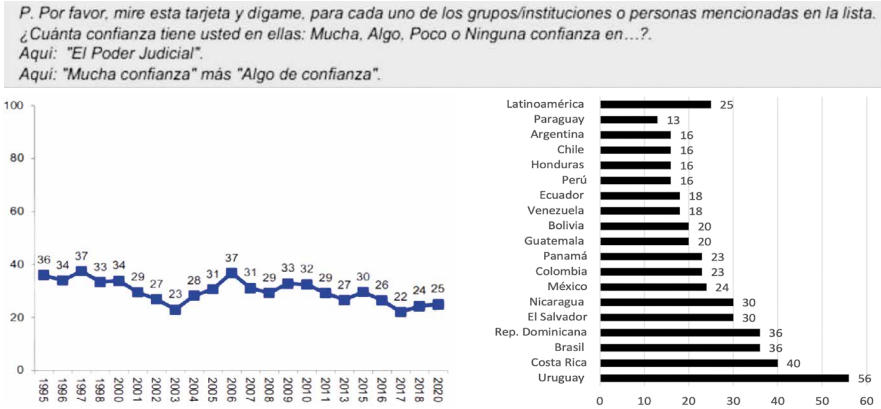
Haciendo foco específicamente en el Poder Judicial, los datos que arrojan las mediciones no mejoran. Según Latinobarómetro, las personas son muy escépticas respecto de la justicia. Uno de sus informes dice que “desde 1995 los poderes judiciales no alcanzan nunca en promedio 40 puntos porcentuales de confianza y fluctúan entre un máximo del 37% en 2006 y un mínimo del 23% en 2003. La debilidad de la justicia en la región es uno de los puntos más débiles de sus democracias”. En ese contexto, Argentina se ubica en antepenúltimo lugar con un bajísimo 16%.

Gráfica 1. Porcentaje de confianza en Latinoamérica



Fuente: Edelman Latinoamérica. Disponible en: «<https://www.edelman.lat/>».

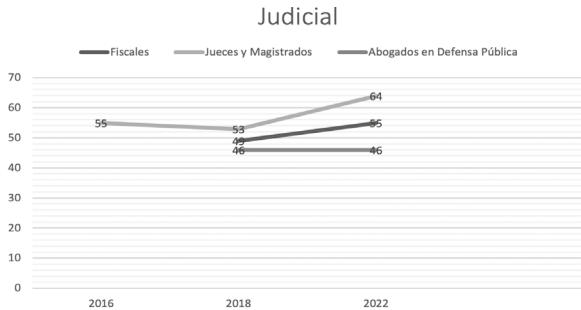
Gráfica 2. Confianza en el Poder Judicial
Total Latinoamérica 1995-2020 – Totales por País 2020



Fuente: Latinobarómetro. Disponible en: «<https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>».

Las encuestas revelan que uno de los principales problemas es la percepción de corrupción que tiene el ciudadano respecto del sistema judicial. Los casos de algunos jueces y funcionarios judiciales involucrados en actos reñidos con la ética o directamente en actos ilícitos, como sobornos y manipulación de fallos, han minado la confianza en la imparcialidad y la equidad del sistema de justicia. Estos casos han generado una sensación generalizada de impunidad y han debilitado la credibilidad de las instituciones judiciales.

Gráfica 3. Corrupción. Percepciones de corrupción por institución a los largo del tiempo



Fuente: El Estado de Derecho en Argentina. Hallazgos clave de la encuesta de población general 2022. Disponible en: «<https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/rule-of-law/argentina-2022#SectionII>».

Otro factor que contribuye a la crisis de confianza es la lentitud y la falta de acceso a la justicia. Los procesos judiciales prolongados, la burocracia excesiva y la falta de recursos adecuados dificultan a la ciudadanía la obtención de una respuesta oportuna y efectiva a sus problemas legales. Esto, además de generar frustración y descontento, refuerza la percepción de un sistema judicial ineficiente y distante de las necesidades de la población.

Por ello, muchas de las imputaciones que los poderes judiciales reciben son atinadas. No por nada la comunidad jurídica argentina se encuentra involucrada hace décadas en un permanente intento por modificar sus estructuras mediante inaplicadas reformas judiciales. Hay un acuerdo general sobre la necesidad de mayor eficacia y eficiencia en los procesos, en la ampliación de la oralidad, de la adversarialidad, en multiplicar los sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre muchos otros.

Otras imputaciones, sin embargo, no encuentran a las partes pensando en un mismo sentido. Son las críticas que surgen de la falta de información o de la forma deficiente en la que las autoridades judiciales se relacionan con la ciudadanía. La opacidad en la toma de decisiones y la falta de información clara, accesible, que todos puedan entender respecto de los procedimientos judiciales generan sospechas sobre la imparcialidad y la rendición de cuentas del sistema. La falta de transparencia y de comunicación efectiva por parte de los operadores judiciales no hacen más que alimentar la desconfianza.

En Argentina la explicación suele ampararse en la frase: “los jueces hablan por sus sentencias”, que de tan usada es tomada como axioma. Este modo de pensar y de actuar ha creado una situación insostenible. Para sólo “hablar por sus sentencias”, los jueces y juezas deberían vivir en una sociedad en la que existiera una comprensión generalizada del papel del Poder Judicial en el sistema político. El problema es que ese rol no ha sido articulado claramente en el espacio público. No se lo enseña en las escuelas, el periodismo ignora su funcionamiento, no es materia de estudio en las facultades de derecho, no se lo discute en las escuelas judiciales. Un derecho constitucionalizado, una justicia que asume un rol clave en el sistema político de frenos y contra-

pesos, que controla políticas públicas, que aplica tratados internacionales, que discute interpretaciones de las normas forman un sistema complejo que no ha sido debidamente explicado a la gente.

Ante las críticas de la ciudadanía o de los medios de comunicación respecto de la falta de claridad en la información que provee el sistema no hay respuesta institucional y las personas que trabajan en la justicia rumian solas o en grupo el malestar de ser injustamente tratadas, estallan en gestos inapropiados, arman blogs, crean cuentas en redes sociales o redactan manifiestos en asociaciones que se multiplican al calor de una creciente irritación. A esta altura parece obvio que gran parte del problema entre el sistema de justicia y la opinión pública puede atribuirse a una mala comunicación entre ambos.

C. El lenguaje claro

Para que la información llegue al destinatario deseado y cause el efecto querido es fundamental analizar primero a la audiencia. Hablar de la “opinión pública” es proponer un auditorio demasiado general para ser eficaz. Si el objetivo es el público que acude al servicio de justicia, seguramente sus expectativas estarán encaminadas a conocer de manera clara los trámites que deba emprender, los requisitos que deba cumplir o el significado de la decisión judicial que lo afecta. En cambio, si la información tiene como destinatarios los círculos políticos y mediáticos, el mensaje debe encararse de otra manera, tanto en su forma como en su contenido.

Pero lo que aún a ambas cuestiones es que el lenguaje debe adaptarse según los sujetos que intervengan en la comunicación. El lenguaje que bien puede ser utilizado entre abogados no es el apropiado cuando un abogado o un magistrado se comunica con una persona que desconoce el mundo del Derecho. Al respecto, Horacio Rosatti, magistrado de la Corte Suprema de Justicia Argentina, dice:

Quien no es especialista en Derecho entenderá el significado de determinadas palabras que se usan en una sentencia (hijo, padre,

automóvil, etc.), probablemente no entenderá el significado de otras (por ejemplo, usucapión), y creará entender el sentido de ciertas otras, ignorando que para el Derecho tienen un significado distinto que en el lenguaje coloquial (por ejemplo, prescribir no es recetar un remedio sino adquirir un derecho o liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo; la servidumbre no es un sometimiento similar a la esclavitud sino una excepción a la exclusividad de uso en el ejercicio del derecho de dominio).²

Justamente para ayudar a resolver con éxito estas situaciones surgió el lenguaje claro.

I. ¿Qué es *lenguaje claro*?

El lenguaje claro (LC) es una técnica para transmitir un mensaje escrito de manera que no haya que leerlo dos veces. Es un estilo de escritura para comunicar la información de una manera simple, directa y precisa. Supone ciertas reglas y elementos que deben aplicarse al momento de redactar un texto:

- Una estructura gramatical sencilla—sujeto + verbo + complementos (en lo posible, en ese orden)—.
- Un sujeto expreso.
- Oraciones cortas.
- Un tema por oración.
- Párrafos cortos, sin abusar de remisiones innecesarias.
- Un tema por párrafo.

² Rosatti, H., *La palabra de la Corte Suprema. Cómo funciona, piensa y habla*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2022.

- Uso de la voz activa.
- Redacción en positivo.
- Tiempos verbales actuales.
- Vocabulario sencillo, sin usar arcaísmos ni latinismos, entre otras.

Según la *International Plain Language Federation* “un texto está en lenguaje llano si la lengua, la estructura y el diseño son tan claros que el público al que está destinado puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información”.³ De esta definición se desprende que el LC nació para ayudar al ciudadano cuando tiene que *hacer* cosas con lo que lee: un trámite, entender reglas, firmar un contrato, aceptar una resolución judicial. Por lo tanto, el LC jamás podría ser utilizado para hacer accesible un poema o una novela.

El LC no va en contra del vocabulario técnico. El lenguaje jurídico es un lenguaje de especialidad y los tecnicismos son imprescindibles para aportar precisión. Lo que el LC combate es el uso innecesario de expresiones en latín, fórmulas hechas y construcciones a veces pomposas y engoladas que nada aportan a la claridad de lo que hay que decir. El juez Rosatti cita en su libro al exministro de la Corte Augusto Belluscio —a quien entrevistó por correo electrónico—, quien sostuvo que “Las sentencias deben cumplir las reglas de la prosa común aunque sin incurrir en vulgarismos, lo que no quita que se utilice el lenguaje técnico cuando no es posible expresarse de otra manera”.⁴

Vale aclarar que el doctor Belluscio, además de haber sido magistrado de la Corte Suprema por 22 años, es una autoridad en Argentina en materia de

³ International Plain Language Federation. Disponible en: «<https://www.iplfederation.org/plain-language/>».

⁴ Rosatti, H., *op. cit.*

redacción jurídica. Sus textos explicativos son utilizados como material de estudio en la Escuela Judicial del Poder Judicial de la Nación.⁵

II. ¿Qué no es *lenguaje claro*?

Es importante precisar que el LC no reemplaza de ningún modo el correcto uso de las reglas del idioma. Se supone que un buen texto jurídico debe estar redactado respetando la gramática y la ortografía de nuestra lengua y el uso correcto de las palabras. El LC tampoco reemplaza las reglas propias del tipo jurídico del que se trate: técnica legislativa o reglas para dictar sentencias. El LC funciona como un tercer nivel una vez cumplidos los dos niveles anteriores: es una elección de estilo para asegurar que el destinatario entienda el mensaje. Por ejemplo, elegir la forma “se resuelve” en lugar de “resuélvase”. O preferir “Para facilitar los objetivos del gobierno” en lugar de “Con la finalidad de propiciar el logro de los propósitos gubernamentales”.

Vale aclarar que el LC de ningún modo implica utilizar lenguaje coloquial o aninado, ni reemplazar palabras precisas por palabras básicas. Debe ser simple, no simplista. En términos de la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos,

no significa eliminar información compleja para que el documento sea más fácil de entender. Para que los inversionistas tomen decisiones informadas, los documentos de divulgación deben brindar información compleja. El uso de un lenguaje sencillo asegura la presentación ordenada y clara de información compleja para que los inversionistas tengan la mejor oportunidad posible de entenderla.⁶

Por último, también es necesario aclarar que el lenguaje claro tampoco es *lectura fácil*, una técnica de adaptación de textos para personas con discapacidad intelectual que, si bien parte de principios similares, tiene sus propias reglas.

⁵ Por ejemplo, su *Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias. Reglas gramaticales*.

⁶ *A Plain English Handbook*, Office of Investor Education and Assistance U.S. Securities and Exchange Commission, 1998.

D. Lenguaje claro en las crisis de credibilidad

El movimiento de lenguaje claro surgió en la década de 1970, casi al mismo tiempo en el norte de Europa que en Estados Unidos. Se podría decir que surgió como consecuencia de severas crisis de credibilidad producto de problemas políticos y económicos de magnitud, fogoneado por el activismo de las asociaciones de consumidores que pedían claridad en las operaciones bancarias, de seguros y de recaudación de impuestos.

En Gran Bretaña, la década de 1970 estuvo marcada por la crisis del petróleo, la huelga de mineros, la recesión y la “semana de tres días” para racionar el consumo de energía. La gente ya no confiaba en que las autoridades estuvieran haciendo bien las cosas: necesitaban explicaciones claras.

El Parlamento de Gran Bretaña, a través del Comité de Preparación de Legislación, recogió el guante y respondió con el Informe Renton de 1975. Allí, en su sesión de presentación, lord Glaisdale tomó como ejemplo el confuso texto de la ley sobre seguros de retiro y citó: “A los efectos de esta ley una persona mayor de la edad jubilatoria, que no sea una persona asegurada, será tratada como una persona empleada si fuera una persona asegurada si no tuviera la edad de jubilación y sería una persona empleada si es una persona asegurada”.

Al respecto dijo:

Hubo un tiempo en que creo haberlo entendido, pero eso fue hace muchos años [...] Estoy bastante seguro de que los funcionarios que trabajaron en el esquema lo entendieron y, de hecho, es una redacción muy científica. Pero tiene una desventaja: es una Ley de Seguros de la Nación y trata de las cotizaciones que hay que hacer. En otras palabras, se trata de impuestos, del método para recaudar dinero público y lo que es bastante seguro es que no puede ser entendida por la persona común afectada. Eso me parece algo que está muy mal.⁷

⁷ Renton, D., *The Preparation of Legislation: Report of a Committee Appointed by the Lord President of the Council David Renton*, Londres, Sweet & Maxwell, 1975.

En el Londres de aquella época los ánimos estaban caldeados y en el “Invierno del descontento” (1978-1979) se sumó una protesta en la plaza del Parlamento con quema de formularios legales inentendibles. Allí se pidió al gobierno de Thatcher que dispusiera la simplificación de las comunicaciones oficiales.

En Suecia, la crisis industrial de esa época, conocida como “los años perdidos”, se desató a partir del cierre de las minas Bergslagen y de la caída de la industria naviera, de acero, de pulpa y de papel. La fuerte recesión, la inflación y la desocupación hicieron general el descontento. En ese clima social, en 1976, el Gabinete de Ministros incorporó expertos para modernizar y hacer comprensible el lenguaje legal como forma de mejorar la comunicación con la ciudadanía, desencantada de las acciones del gobierno.

La comunicación a través de la utilización un lenguaje claro parece haber sido la herramienta común para reconectar con ciudadanos desconfiados, disgustados e insatisfechos.

También los Estados Unidos, que luego de la caída de los Acuerdos de Bretton Woods y de la sostenida guerra de Vietnam no gozaban del mejor clima social, hicieron del lenguaje claro regla general para las comunicaciones de gobierno. Todo comenzó con grupos de consumidores que utilizaron los medios de comunicación para ridiculizar la oscuridad de los documentos legales y de los formularios de la administración pública. Las primeras instrucciones para revertir la situación fueron dadas en 1972 por el presidente Nixon, quien decretó que el Registro Federal se escribiera en *layman's terms* (términos profanos).

Pronto la idea fue adoptada por el sector privado. Según Martin Cutts,

en 1974 Siegel & Gale, empresa pionera en diseño de documentos corporativos, trabajó con el Citibank de Nueva York para redactar un acuerdo de préstamo que los clientes y el personal pudieran entender. El resultado fue tan llamativo que tuvo publicidad en todo Estados Unidos y llevó a la sanción de la Ley Magnuson-Moss, que exige que las garantías a los consumidores estén redactadas en un lenguaje sencillo.⁸

⁸ Cutts, M., *Oxford Guide to Plain English*, Nueva York, Oxford University Press, 1995.

Las mejoras continuaron en los sucesivos gobiernos hasta que en 2010 el presidente Obama dictó la *Plain Writing Act of 2010*,⁹ que promueve la simplificación del lenguaje administrativo en todas las comunicaciones oficiales. En los países de habla hispana el movimiento de lenguaje claro comenzó muchos años más tarde. España, por Orden JUS/3126/2003,¹⁰ del 30 de octubre de 2003, creó la Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico, que produjo varios de los documentos de referencia sobre el tema. Esta comisión fue impulsada por el Ministerio de Justicia bajo la supervisión de la Real Academia Española (RAE).

El lenguaje claro, en línea con el Plan de Transparencia Judicial aprobado por Resolución del 28 de octubre de 2005,¹¹ llevó a la firma en 2011 del Convenio Marco de colaboración para promover la claridad del lenguaje jurídico¹² entre los principales organismos de España: la Real Academia Española (RAE), el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de Procuradores de España y la Conferencia de Decanos y Decanas de las Facultades de Derecho de España, todo ello con el fin de acercar el lenguaje jurídico a la ciudadanía.

En el conjunto de países de Latinoamérica, México fue pionero en esta iniciativa, con la publicación en 2004 del *Manual de lenguaje ciudadano*, a cargo de la Secretaría de la Función Pública.¹³

⁹ Writing Act of 2010. Disponible en: «<https://www.congress.gov/111/plaws/publ274/PLAW-111publ274.pdf>».

¹⁰ BOE, Orden JUS/3126/2003. Disponible en: «<https://www.boe.es/eli/es/o/2003/10/30/jus3126>».

¹¹ BOE, Resolución del 28 de octubre de 2005. Disponible en «[https://www.boe.es/eli/es/res/2005/10/28/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2005/10/28/(2))».

¹² Convenio Marco entre la Real Academia Española (RAE), el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de Procuradores de España y la Conferencia de Decanos y Decanas de las Facultades de Derecho de España. Disponible en: «<https://lenguajeadministrativo.com/wp-content/uploads/2013/05/cmlj-convenio-para-promover-la-claridad.pdf>».

¹³ *Manual de Lenguaje Ciudadano*, Secretaría de la Función Pública, México D. F., 2004. Disponible en: «http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/148/1/images/Manual_lenguaje_ciudadano.pdf».

V. Lenguaje claro y justicia

Llama la atención que ninguna de las iniciativas mencionadas relacionadas con la claridad en el lenguaje haya partido de los poderes judiciales. Los países de Europa iniciaron el movimiento vinculado a las leyes y el lenguaje legal y en América el foco de atención estuvo puesto en las comunicaciones de gobierno. Si bien España emprendió la tarea de modernizar el “lenguaje jurídico” en general, en la práctica los avances tuvieron más impacto en los actos administrativos que en los judiciales.

Sin embargo, en el ámbito de la justicia el lenguaje claro encuentra su lugar cómodamente en la obligación de motivar la sentencia, la que históricamente también partió de una desconfianza, según sostiene José Manuel Monteiro Correia:

La obligación de motivar una resolución judicial deriva del deber del Estado de impedir la arbitrariedad en la administración de justicia. Tiene su origen en la Revolución Francesa, sobre todo en los ordenamientos jurídicos continentales. Fue la respuesta a la desconfianza hacia los jueces del ancien régime que, como ejecutores sustitutos de un poder originariamente real y como meros detentadores de “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”, según la expresión de Montesquieu, no tenían que justificar sus decisiones. Desde entonces los tribunales, al dejar de ser “sedes del poder”, se han convertido en vehículos de formación y manifestación de la voluntad del Soberano, es decir, del Pueblo. Así pues, sólo mediante una decisión que explique y justifique por qué la decisión se adoptó como se adoptó, el órgano del Estado continuará su misión y cumplirá el propio mandato que recibió del Soberano. El deber de motivación de las decisiones judiciales deriva, por tanto, del principio de legitimidad democrática del poder judicial y, como señalan Gomes Canotilho y Vital Moreira, es una “garantía que forma parte del propio concepto de Estado democrático de Derecho”.¹⁴

¹⁴ Monteiro Correia, J., *La motivación y el lenguaje de las resoluciones judiciales desde un punto de vista ético*, Vigésimoprimer dictamen de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2022. Disponible en: «<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Dictámenes/>».

No siempre las sentencias contenían las razones que llevaban a quien juzgaba a tomar su decisión. Se pensaba en otro tiempo que la mención de la norma y la descripción de los hechos debían ser suficientes. La palabra de la ley y no más. Desde no hace mucho las juezas y jueces deben dar razones de sus resoluciones. Estamos lejos de la ingenuidad formalista que veía al derecho, a la actividad de juzgar, como una ciencia parecida a la lógica o a la geometría.

I. La ética judicial y la motivación de sentencias

Las reglas de la ética judicial imponen a quienes ejercen la judicatura no sólo la obligación de actuar con independencia, imparcialidad, integridad y brindando un trato igual a las partes, sino también la apariencia de hacerlo. En efecto, si un juez o una jueza no aparecen como independientes o imparciales o íntegros, aunque lo sean, producen desconfianza en el público y con ella se desmorona la legitimidad subjetiva de las instituciones de la justicia. Sin confianza en el Poder Judicial la gente tiende a resolver sus disputas por otros procedimientos y con otras razones que las decididas por la Constitución y la ley. La claridad en las decisiones surge implícitamente de estas obligaciones. Lo opaco, lo no transparente genera desconfianza. De ahí la importancia de la motivación clara de las sentencias.

El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial tiene un apartado especial para tratar este tema. En efecto, el Código dedica su Capítulo III a la motivación de las sentencias y dice:

La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez [...] (artículo 18).

Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión (artículo 19).

Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea

compatible con la completa comprensión de las razones expuestas (artículo 27).¹⁵

Es muy interesante detenernos en la palabra “motivar”. La voz apunta a hacer expresos los argumentos que lograron persuadir los “motivos” por los cuales se juzga como se juzga. No aquello que motiva personalmente a quien decide sino los motivos que en derecho funcionan como causa de la decisión. Esa es la acepción utilizada por el Código.

Sin embargo, y más interesante aun jugando con los significados, motivar también implica producir algo en el mundo a través de la sentencia: motivar al deudor a pagar lo que debe, a quien dañó a reparar a su víctima, a quien debe perder su libertad a aceptar esa decisión. Y a hacerlo aun a pesar de no acordar con ella. Seguramente teniendo en consideración estas cuestiones, el Código de Ética va más allá. Respecto de la obligación de motivar, dice que debe ser de manera clara, ordenada, precisa, concisa y sin tecnicismos innecesarios. Una sentencia puede estar motivada, pero no parecer motivada: la oscuridad del lenguaje podría hacer surgir la sospecha de que en realidad hay motivos turbios escondidos detrás de inentendibles parrafadas legales. Cualquiera podría pensar que si los motivos son claros deberían entenderse claramente.

Por eso, la motivación es a la vez una obligación legal y ética. Legal porque la sentencia *debe* estar motivada y ética porque la sentencia debe *parecer* motivada a quienes deben cumplirla, para que haga lo que debe hacer, para que performe debidamente. El lenguaje claro es así parte de la estrategia de construcción de confianza del Poder Judicial a través de la obligación de motivar las sentencias. Para aceptar una decisión que restrinja sus intereses, lo mínimo que la gente puede pedir es entender lo que se le ordena y por qué.

¹⁵ Código Iberoamericano de Ética Judicial, Buenos Aires, Ediciones SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018.

II. La claridad en las cumbres judiciales iberoamericanas

Más allá de la buena voluntad que pongan jueces y juezas en motivar claro, hay ciertas reglas que los y las obligan a ello. Ya no debería ser discrecional la forma más o menos entendible de sus resoluciones. Quien juzga debería atenerse, al menos, a los propios acuerdos logrados en las reuniones entre pares. En ese sentido, es importante recordar las obligaciones asumidas en las sucesivas cumbres iberoamericanas. Haciendo un repaso rápido de los resultados de las cumbres vinculadas a la claridad del lenguaje pueden citarse:

- VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia (Cancún, México, 2002). Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, punto 3: “Los jueces y magistrados utilizarán en sus resoluciones lenguaje accesible, sin perjuicio del rigor científico jurídico de las decisiones judiciales”.¹⁶
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia, Brasil, 2008). Reglas de Brasilia consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.
 - Regla N° 58: “Toda persona en condición de vulnerabilidad tiene el derecho a entender y ser entendida”.
 - Regla N° 59: “En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad”.

¹⁶ Declaración de Cancún, Cumbre Judicial Iberoamericana, 2002. Disponible en: «http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=24801&name=DLFE-1012.pdf».

- Regla N° 60: En las resoluciones judiciales “se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico”.¹⁷
- XV Cumbre Judicial Iberoamericana (Montevideo, Uruguay, 2010)
 - Regla N° 7: “Las autoridades judiciales deben exponer las razones que justifican sus decisiones jurisdiccionales y esta motivación deberá ser expresada de modo claro, preciso y completo. La fundamentación de las decisiones judiciales constituye una garantía del correcto ejercicio del poder conferido a las instituciones judiciales y será expuesta en términos comprensibles y concisos, sin recurrir a tecnicismos innecesarios”.¹⁸
- XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana (Asunción, Paraguay, 2016). Anexo 13 de la Declaración de la Asamblea Plenaria: “La legitimidad de la judicatura está ligada a la claridad y calidad de las resoluciones judiciales. Para ello es esencial el uso de un lenguaje claro e inclusivo y no discriminatorio en las resoluciones judiciales, y una argumentación fácilmente comprensible”. Allí se aprobó el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico.¹⁹

III. La cuestión del lenguaje claro en Argentina

Argentina tiene un largo recorrido participando de las cuestiones teóricas del lenguaje claro, pero una puesta en práctica más que reciente y a escala

¹⁷ Declaración de Brasilia, Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008. Disponible en: «http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=34921&name=DLFE-2402.pdf».

¹⁸ Buenas prácticas en materia de comunicación, Cumbre Judicial Iberoamericana. Disponible en: «<http://www.cumbrejudicial.org/productos-y-resultados/productos-axiologicos/item/35-buenas-practicas-en-materia-de-comunicacion>».

¹⁹ Declaración de Asunción, Cumbre Judicial Iberoamericana. Disponible en: «http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=1649272&folderId=1652678&name=DLFE-7624.pdf».

ínfima. Hay innumerables comisiones, manuales, instructivos, glosarios, redes, observatorios, jornadas, seminarios y talleres que mantienen en ebullición el tema. Con el mismo ritmo afloran profesores, disertantes y expertos. Sin embargo, las resoluciones judiciales todavía son difíciles de entender así como también sigue siendo oscura la redacción de los actos administrativos. Ni hablar de la ley.

Circunscribiendo la cuestión al ámbito de la justicia, son muy pocos los jueces y juezas que comenzaron a redactar sus sentencias en lenguaje claro. En todos los casos, sin ayuda institucional, sólo acompañados de las ganas de mejorar las cosas sin que nadie se los exija. El doctor Rosatti, presidente de la Corte Suprema desde octubre de 2021, es partidario de la modernización del lenguaje jurídico aplicado a las decisiones judiciales. Con ese objetivo, el máximo tribunal argentino emitió el 10 de octubre de 2023 una resolución que recomienda la redacción de sentencias en lenguaje claro y crea un grupo de trabajo interno permanente para monitorear las sentencias y “detectar oportunidades de mejora en la redacción”. Sin embargo, ya se generaron posiciones encontradas dentro del propio tribunal. La resolución tiene una disidencia parcial de uno de sus ministros, el doctor Ricardo Lorenzetti, quien, si bien acuerda con el lenguaje comprensible, no aprueba la revisión posterior de las sentencias. Sostiene el magistrado:

La elaboración de los argumentos que permiten arribar a una solución jurídica y el modo de presentarlos es una facultad de cada Juez o Jueza que está protegido por el principio de independencia judicial. Ningún tribunal superior y ni organismo del Estado puede indicarle a un juez/a cómo debe argumentar de manera previa a la elaboración de la sentencia. El sistema jurídico argentino permite cuestionar los argumentos luego de dictada la sentencia, mediante la interposición de un recurso, pero no antes. [...] Debemos afirmar la necesidad de que la sentencia judicial presente una transparencia argumentativa con la finalidad de que el discurso jurídico recupere su capacidad de convencer. Este objetivo se logra cuando se dicta una sentencia con argumentos claros, se debaten en la sociedad y los medios de comunicación, se la impugna, un tribunal superior que argumenta

en el mismo sentido o lo cambia y así se desenvuelve ese consenso entrecruzado. Lo que no se puede hacer es regularlo antes, interfiriendo las facultades de la magistratura.²⁰

Más allá de las posiciones particulares, es para celebrar que, luego de años de la comunidad jurídica argentina teorizando sobre el tema, la Corte haya recogido el guante e iniciado movimientos encaminados a redactar las sentencias en lenguaje claro. También es bueno comprobar que el máximo tribunal admita la necesidad de que “la sentencia judicial presente una transparencia argumentativa con la finalidad de que el discurso jurídico recupere su capacidad de convencer”.

F. Conclusión

La opción por el lenguaje claro va dejando de ser una opción y se vuelve una movida estratégica cuando las instituciones de la democracia necesitan incrementar el cumplimiento de sus decisiones, cumplimiento actualmente obstaculizado por una crisis de credibilidad creciente. Frente a ese panorama, parece sumar más la persuasión que el *imperium* en la reafirmación de la legitimidad. En ese sentido, las normas que obligan a la independencia de criterio, a la imparcialidad en el trato, a la integridad en la actuación pública y privada de jueces y juezas se encaminan en esa dirección. La eficacia performativa de la actuación judicial se mide por el convencimiento que logra en los destinatarios de sus decisiones. En esta peculiar forma que requiere el actuar de la judicatura, el lenguaje claro es tan esencial a su función institucional que se ha convertido en parte vital de su actividad, en una obligación profesional. En definitiva, en un mandato ético.

²⁰ Resolución N° 2640/2023, CSJN, disponible en: «<https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar?ID=139952>».

G. Bibliografía

- A Plain English Handbook*, Office of Investor Education and Assistance U.S. Securities and Exchange Commission, 1998.
- Belluscio, C., *Técnica jurídica para la redacción de escritos y sentencias. Reglas gramaticales*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- Código Iberoamericano de Ética Judicial*, Buenos Aires, Ediciones SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018.
- Cutts, M., *Oxford Guide to Plain English*, Nueva York, Oxford University Press, 1995.
- Manual de Lenguaje Ciudadano*, México D. F., Secretaría de la Función Pública, 2004.
- Renton, D., *The Preparation of Legislation: Report of a Committee Appointed by the Lord President of the Council David Renton*, Londres, Sweet & Maxwell, 1975.
- Rosatti, H., *La palabra de la Corte Suprema. Cómo funciona, piensa y habla*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2022.

De la disuasión a la construcción de legitimidad: algunas reflexiones sobre la cultura de la legalidad desde una perspectiva interdisciplinaria

José Nesis*

* Médico (UBA), especialista en Psiquiatría (UMAI) y licenciado en Psicología (UBA).

SUMARIO: A. Introducción. B. Construcción de normas legítimas en la democracia constitucional. I. Los riesgos del consenso y de la unanimidad. II. El experimento clásico de Asch. III. Polarización y cascadas. IV. La gestión del disenso. C. El desafío del cumplimiento normativo. I. Los riesgos de la obediencia. 1. Los experimentos clásicos de Milgram y Zimbardo. II. El SMORC de Gary Klein. III. Los enfoques de A. Mockus y M. García Villegas. IV. Los aportes de las ciencias del comportamiento. D. La psicología de la legitimidad y su impacto en el cumplimiento normativo: los desarrollos de Tom R. Tyler. E. Comentarios finales. F. Bibliografía.

A. Introducción

Alcanzar grados aceptables de cumplimiento normativo sigue siendo un desafío para muchas democracias. En este capítulo intentaré: a) dar cuenta de los motivos por los cuales se cumple o se incumple con las normas legales y b) visibilizar la presencia de la legitimidad como cualidad necesaria en los procesos de generación e implementación de marcos regulatorios. Para ello examinaré tanto algunos enfoques teóricos como ciertas intuiciones habitualmente compartidas, incluso en ámbitos judiciales.

Esos enfoques e intuiciones en general atribuyen el cumplimiento normativo al efecto disuasivo del castigo. El carácter de advertencia, cuando no de amenaza, parece estar asociado con los destinos de la conducta desde los tiempos bíblicos. La historia abunda en relatos y episodios en los cuales se disciplina a partir de la amenaza de castigo. La segunda mitad del siglo XX habilitó la extensión de la disuasión —a partir del desarrollo de las armas nucleares— como el nuevo paradigma de la estrategia militar. Podemos así

observar que desde lo macropolítico a lo microsocioal, el dispositivo disuasivo ha mantenido su jerarquía como regulador del comportamiento.

Sin embargo, a partir de la década de 1980¹ comienza una mirada diferente desde la que puede pensarse un perfil nuevo para las fuerzas de seguridad, cuya cualidad principal será la legitimidad. Así, el poder de sus integrantes no proviene tanto de su potencial como agentes de castigo. En cambio, se despliega su carácter de *semejantes*, que en su función de control pueden: a) ser reconocidos como interlocutores válidos, b) llevar adelante procedimientos de fortalecimiento de la ley justos y equitativos y c) sostener diálogos en lenguaje claro con actitudes respetuosas de la dignidad de los demás. Como veremos también, hacer presente y estimular esta cualidad de legitimidad no sólo afecta positivamente el impacto del trabajo de fuerzas como las policiales sino de todo el aparato judicial. La legitimidad atraviesa en forma transversal el trayecto que va desde la generación de leyes hasta la posibilidad de lograr su obediencia.

¿Por qué prevaleció hasta recientemente el modelo basado en la disuasión y el castigo? ¿Cómo y por qué se produce el pasaje de ese modelo a aquel basado en la legitimidad? Tom R. Tyler afirma que hasta las últimas décadas del siglo pasado el modelo basado en la disuasión debía su éxito a estar sostenido en actitudes y valores de la ciudadanía con respecto a las leyes y a la autoridad, pero que fue el propio uso de la fuerza y del castigo —especialmente el más severo— el que horadó esos mismos valores. Es decir, el modelo basado en la disuasión fue perdiendo el respaldo que tenía. Construir un modelo basado en valores y actitudes como alternativa al modelo basado en la disuasión deviene necesario en la medida en que los costos del segundo van resultando inabordables para las sociedades, pero además parece uno de los caminos lógicos para realimentar el reservorio moral, hoy vacío, que funcionó como respaldo del modelo disuasivo.²

¹ Tyler, T. R., *Why People Obey the Law: Procedural Justice, Legitimacy, and Compliance*, 2.^a ed., Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006.

² Tyler, T. R. y Trinkner, R., *Why Children Follow Rules: Legal Socialization and the Development of Legitimacy*, Oxford University Press, 2017.

Intentaré conectar conceptos y dispositivos que pueden contribuir a la comprensión de la relación entre los ciudadanos y el sistema normativo, en un recorrido que incluye reflexiones sobre: a) críticas a los sistemas de unanimidad y consenso, b) la complejidad de la obediencia, c) la disuasión como respuesta lógica frente una concepción del ser humano como agente racional y autointeresado, d) algunos enfoques y abordajes desde la complejidad sociológica, psicológica y cultural presente en la motivación y regulación del incumplimiento normativo, e) aportes desde la psicología cognitiva, en especial las ciencias del comportamiento, que surgen de una concepción del ser humano como agente de racionalidad limitada, lo que influye en las conductas frente a las reglas, a la vez que abre nuevas posibilidades de intervención y f) la legitimidad como cualidad ubicua pero visibilizada operativamente de modo más reciente.

B. Construcción de normas legítimas en la democracia constitucional

¿Por qué el concepto de legitimidad es clave en el proceso que va desde la generación de normas hasta la obediencia a ellas en la democracia constitucional? La democracia constitucional, en su versión deliberativa e inclusiva de minorías, representa un sistema que genera normas positivas y establece al mismo tiempo la modalidad y el contenido de las penas en el caso de su incumplimiento. Intuitivamente, valoramos favorablemente la etapa final del proceso generador de normas, es decir, la instancia de consenso. Solemos percibir como más legítima una norma en la medida en que haya existido mayor consenso para su sanción. Sin embargo, hay buenos motivos para pensar que, por un lado, existen riesgos asociados al consenso y a la unanimidad, y, por el otro, el disenso parece constituir una vía privilegiada a la hora de valorar la eficacia de las normas que lo tuvieron en su origen.

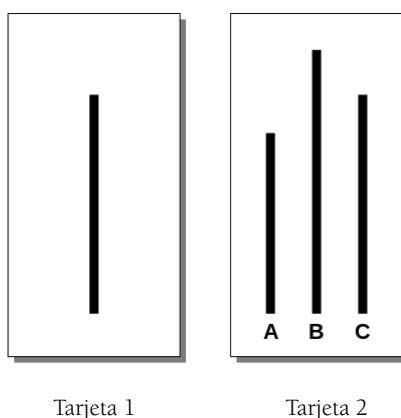
I. Los riesgos del consenso y de la unanimidad

El siglo pasado fue sacudido fuertemente por la tragedia del genocidio nazi. La maquinaria de destrucción que llevó a las cámaras de gas a seis millones de personas (dos tercios de la población judía de Europa, entre ellos un

millón y medio de niños) no hubiera sido posible sin la obediencia a reglas impuestas por un régimen autoritario. La pregunta acerca de cómo tantos pudieron obedecer órdenes tan abyectas abrió un enorme signo de interrogación en las ciencias sociales y en la psicología. El régimen no sólo era autoritario sino totalitario, con un fuerte acento en la unanimidad. Así lo expresaba su lema *ein Volk, ein Reich, ein Führer* (un pueblo, un imperio, un líder). No alcanzaba con el carisma ni la coacción de los líderes: el sustrato de esa política, es decir, una cantidad necesaria de la población general, debía asimismo resultar apta para tal direccionamiento. En efecto, ¿qué es lo que hacía a esos individuos más fértiles para obedecer? Eso fue lo que algunas investigaciones decidieron explorar una vez finalizada la guerra.

II. El experimento clásico de Asch

En efecto, en 1951, tan solo 10 diez años después de haberse decretado la llamada *solución final*, es decir, el exterminio de los judíos en Europa y, por lo tanto, ya concluida la Segunda Guerra Mundial, el psicólogo social Solomon Ash se pregunta cómo es posible haber logrado tanto consenso y tanta unanimidad para llevar adelante semejantes horrores. Realiza varios experimentos entre los cuales se destaca aquel en el que organiza grupos de ocho voluntarios a los que se les muestran dos tarjetas:³



³ Asch, S. E., "Studies of Independence and Conformity: A Minority of One Against a Unanimous Majority", *Psychological Monographs*, 70, 1956.

Las personas deben responder a cuál de las tres líneas de la tarjeta 2 corresponde la línea de la primera tarjeta. Los pares de tarjetas van cambiando a medida que avanza el experimento pero manteniendo el mismo desafío, con igual grado de dificultad. La secuencia se repite en 18 rondas. La respuesta siempre es fácil e intuitiva. Si a cualquier lector se le presentara el mismo desafío, como puede considerarlo ante la tarjeta 1, entre 99 y 100% responde correctamente la opción “c”. Sin embargo, el experimento tenía algunas particularidades: de los ocho participantes, siete eran cómplices del experimentador y al verdadero participante se lo dejaba en último lugar para responder. Es decir, antes de hacerlo ya se había enterado de las respuestas de los demás, porque la prueba se llevaba a cabo en la misma habitación y en voz alta. La clave estaba en que en las primeras dos rondas los primeros siete respondían correctamente, como desde luego lo hacía el sujeto del experimento. A partir de la tercera los cómplices empiezan a dar invariablemente respuestas incorrectas.

¿Cuánto puede haber influido sobre el sujeto el antecedente de presenciar a sus pares dando respuestas incorrectas? ¿Podría esto afectar su propio juicio y discernimiento? El experimento original se realizó con 123 participantes (verdaderos sujetos de la prueba, es decir, sin incluir a los cómplices). Solamente 23% de los sujetos sostuvo en todo el experimento respuestas correctas; 5% respondió siempre lo mismo que la mayoría (es decir, respuestas incorrectas desde la tercera ronda), y 72% respondió, al menos una vez, incorrectamente y siguiendo a la mayoría. Hasta aquí el experimento, que idéntico o con variaciones, se replicó muchas veces, con resultados similares.

Y a partir de aquí las preguntas: ¿hay una distorsión en la percepción, en la interpretación o en ambas? ¿Hay una respuesta modificada “a sabiendas”? En todo caso, ¿qué lleva a una persona racional y autónoma a responder siguiendo, o mejor dicho cediendo, a la mayoría? La diferencia entre seguir a la mayoría y ceder a la mayoría no siempre es tan nítida. Pueden pensarse hipótesis por las cuales se cede: la presión social o presión de pares, cuestionamientos autodirigidos en los que el sujeto razona en favor de la estadística concluyendo en que lo más probable es que no haya una mayoría

equivocada, incluso ante la evidencia en contrario. Cualquiera que sea la respuesta, el experimento pone de manifiesto el fenómeno de la influencia social normativa, y lo que nos interesa aquí es saber hasta dónde pueden llegar los costos y riesgos de un consenso que, según el experimento, incide en el desvío que impone la respuesta que de entrada puede aparecer como correcta. Entre las variaciones con las que se replicó el experimento hubo reducciones en el número de cómplices, y se probó que con apenas tres cómplices resultaba suficiente para torcer el juicio racional de la mayoría de los sujetos evaluados.

El interés por el experimento de Asch se renovó en las últimas dos décadas en el mundo jurídico y administrativo, especialmente de la mano de uno de sus más prolíficos exponentes, Cass Sunstein, quien se dedicó a la cuestión en *Why Societies Need Dissent* (2003) (*Por qué las sociedades necesitan disenso*) y *Conformity: the Power of Social Influences* (2019) (*Conformidad: el poder de las influencias sociales*).⁴ Sunstein presenta como pares antitéticos consenso vs. disenso y conformidad vs. discrepancia.⁵ La idea del autor es que la democracia, en su mejor versión, se beneficia del disenso y de la discrepancia, en la medida en que éstos intervengan en el trayecto hacia el consenso. El disenso opera en la reducción de los riesgos que conlleva la conformidad, en parte porque se alcanza esa conformidad a través del disenso. Es el disenso el que incrementa la posibilidad de que emerja nueva información para el beneficio colectivo.⁶

⁴ Hay que notar que la traducción del término *Conformity* no alcanza a connotar su empleo en inglés. En efecto, *conformar* no tiene el sentido de *conformarse* o *conformar a*, sino de *conformar con*, en el caso del experimento de Asch, las mayorías. Se trata de ceder o plegarse a las mayorías. [Las traducciones de los títulos de ambos libros son del autor].

⁵ Por el contexto, elegí el término *discrepancia* para traducir el original *deviance*, que literalmente es *desviación*. También puede traducirse como *divergencia*.

⁶ Sunstein, Cass R., "Conformity and Dissent", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, núm. 34, 2002.

III. Polarización y cascadas

Sunstein pone el acento en los riesgos de la conformidad que, como vemos, queda ligada a la posibilidad del consenso. Es decir, la tendencia a conformar con (o a ceder a) las mayorías lleva a generar consensos que, como observamos, pueden comportar riesgos altísimos por la fragilidad de sus contenidos. Sunstein va más allá de los contextos experimentales, como el generado por Asch, y describe fenómenos comprobables en la vida cotidiana. Ámbitos como la medicina y la administración de justicia son escenarios en los que podemos verificar algunas consecuencias perjudiciales del consenso y la conformidad. Entre ellas se encuentran las cascadas y la polarización.

Las cascadas, a su vez, pueden ser informacionales o reputacionales. De las primeras trata de alguna forma el experimento de Asch, y las vemos en fenómenos de inversión financiera, por ejemplo, en los que los inversores siguen una determinada conducta basada en sus predecesores, que a su vez han hecho lo mismo. Sunstein describe una investigación sobre Clubes de Inversores, un tipo de organización donde se nuclean inversores particulares con el objeto de gestionar un determinado patrimonio. Así, se asocia gente, por ejemplo, para invertir en distintos tipos de instrumentos financieros. Lo interesante es que los resultados más exitosos se dan en los grupos donde los integrantes no se conocen ni tienen entre sí una relación amistosa previa. De esa forma tienen más facilitado el disenso. Entre las cascadas reputacionales encontramos las influencias que un tribunal de primera instancia ejerce sobre el de apelaciones, por ejemplo, o en la medicina, en la que una segunda opinión suele estar influenciada por la primera, en especial si se trata de un médico con prestigio. Hay allí un sesgo que va a inclinar la opinión hacia ese primer diagnóstico. En esos casos la primera consecuencia es la ampliación del error.

La polarización es otra de las consecuencias del consenso y de la conformidad. La vemos en la política en general, pero en forma reciente en el ámbito de las redes sociales a través de internet: tendemos a reunirnos y mantener conversaciones con la gente que piensa como nosotros. Los algoritmos de las

redes también nos orientan en ese sentido, lo que no hace más que acentuar más nuestras posiciones y alejarnos cada vez más de los que piensan distinto que nosotros. Se puede así generar un quiebre o grieta, que no es lo mismo que disenso.

IV. La gestión del disenso

Hasta aquí vemos cómo el consenso y la unanimidad pueden afectar perjudicialmente diferentes actividades humanas. Retomando nuestro interés por la percepción de legitimidad, es aquí donde cabe preguntarse qué relación existe entre la percepción de legitimidad de las normas (incluyendo la legitimidad del modo en que fueron generadas y la legitimidad de la autoridad que las implementa) y qué grado de obediencia a ellas puede esperarse. Como vimos, según Sunstein, el consenso tiene sus riesgos y parece recobrar su valor operativo cuando es precedido por el disenso. El debate parlamentario de las democracias constituye el mecanismo por excelencia de generación y gestión del disenso.

La actividad privada ya conoce y aplica estos beneficios: existen diversos desarrollos sobre cómo estimular y gestionar el disenso en las organizaciones. Un ejemplo es el método para evaluación de riesgos desarrollado por el psicólogo Gary A. Klein hace más de 20 años.⁷ Se trata de un dispositivo favorecedor del disenso como componente clave en la toma de decisiones corporativas al que Klein denominó método *Pre mortem*, en alusión al examen *post mortem*, más conocido como autopsia. La idea del autor era realizar un examen que anticipara (y así evitara o redujera) los resultados adversos. En una sesión de trabajo, los tomadores de decisiones deben imaginar y expresar por escrito escenarios adversos, aun los menos pensados hasta ese momento. Esa producción de contenidos en el contexto de una actividad pautada y coordinada por alguien experto en ello, seguida de una discusión

⁷ Klein, Gary, "Performing a Project Premortem", *Engineering Management Review, IEEE*, vol. 36, núm. 2, 2008, pp.103-104.

que incluye el disenso, puede conducir a una disminución sustantiva de los riesgos asociados a decisiones importantes.

La idea había sido desarrollada con anterioridad por otros autores⁸ que habían resaltado la influencia favorable de situarse imaginariamente en el futuro (modalidad que llamaron retrospectiva prospectiva, *prospective hindsight* en inglés) con el objetivo de disminuir riesgos, metas que alcanzaban magnitudes de alrededor de 30%.⁹ Otro caso impactante, también desarrollado por Cass Sunstein como ejemplo de la presión grupal en busca de la conformidad, es el fracaso de Bahía de Cochinos en abril de 1961, cuando paramilitares cubanos exiliados invadieron Cuba con el apoyo del gobierno estadounidense. En investigaciones posteriores, se comprobó que algunos integrantes del comité que decidió la acción militar con la aprobación del presidente Kennedy mantuvieron sus dudas en silencio, expresando una aprobación que no se correspondía con sus verdaderos pensamientos.

El psicólogo Irving Janis enumeró algunos síntomas de lo que llamó *groupthink* que operaron en ese evento de modo de “silenciar” la inteligencia por efecto de la presión grupal: la ilusión de invulnerabilidad, la creencia incuestionable en la moralidad del grupo, la racionalización colectiva de las decisiones del grupo, la visión estereotipada de oponentes y de miembros ajenos al grupo, la autocensura (integrantes del grupo que evitan hacer críticas), la ilusión de unanimidad, la presión directa a quienes se opongan a conformarse, y, por último, la existencia de miembros que protegen al grupo de información negativa.¹⁰ Las ideas de Janis confirman y enriquecen los hallazgos de Asch.

En cierto sentido, la idea de favorecer el disenso, aun cuando se trate de una opinión aislada, nos permite reconsiderar quién de todos los actores resulta

⁸ Mitchell, D. J., Russo, J. E., y Pennington, N., “Back to the Future: Temporal Perspective in the Explanation of Events”, *Journal of Behavioral Decision Making*, vol. 2, núm. 1, 1989, pp. 25-38.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Janis, Irving, *Victims of Groupthink: A Psychological Study of Foreign Policy Decisions and Fiascoes*, Boston, Houghton Mifflin, 1972.

más beneficiado en contextos como las organizaciones, pero especialmente en la democracia deliberativa. La idea, enunciada al comienzo, sobre una democracia deliberativa e inclusiva de minorías no está basada únicamente en la consideración de los demás como semejantes, cuyas voces deben ser escuchadas, sino también en las ventajas operativas que se obtienen del proceso deliberativo cuando éste incluye al menos un integrante que expresa el disenso. En la historia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos se destaca John Marshall Harlan, conocido como *The Great Dissenter*, donde *dissenter* no es exclusivamente un disidente, sino alguien que no va a conformar —*no va a ceder*— a la mayoría.

Por último, el disenso, aun entre muy pocos individuos, demostró ser una fuente muy confiable desde el punto de vista metodológico. Como afirma Joaquín Navajas, “la agregación de muchas estimaciones independientes puede superar el juicio individual más preciso”. Se trata del antiguo hallazgo conocido popularmente como la “sabiduría de las multitudes” [*wisdom of the crowds*], que “se ha aplicado a problemas que van desde el diagnóstico del cáncer, hasta la previsión financiera”. En un experimento que se le solicitó a una multitud en vivo (más de 5,000 personas) que respondiera preguntas de cultura general como, por ejemplo, estimar la altura de la torre Eiffel, primero se registraron las respuestas individuales, y luego de la deliberación en grupos de cinco, se revisaron las decisiones consensuadas. “Descubrimos que promediar las decisiones por consenso era sustancialmente más preciso que agregar las opiniones independientes iniciales. Sorprendentemente, combinar tan sólo cuatro opciones de consenso superó la sabiduría de miles de personas”.¹¹

C. El desafío que supone alcanzar el cumplimiento normativo

Además de los riesgos del consenso, existe otro aspecto que abre el camino hacia el estudio de la legitimidad: se trata del desafío que representa el cum-

¹¹ Navajas, J., Niella, T., Garbulsky, G. *et al.*, “Aggregated Knowledge from a Small Number of Debates Outperforms the Wisdom of Large Crowds”, *Nat Hum Behav*, núm. 2, 2018, pp. 126-132.

plimiento normativo, es decir, la obediencia a las normas de la democracia constitucional. En otras palabras, ¿cómo lograr que se cumplan aquellas normas que fueron adoptadas mediante un procedimiento deliberativo? En efecto, todo el edificio del sistema legal que genera la democracia constitucional y deliberativa cae como un castillo de naipes si esas leyes no se obedecen, al menos en un grado mayoritariamente aceptable.

En un sistema totalitario y autoritario como el del nazismo, o el de las dictaduras en general, la obediencia constituye un elemento estructural que se da por sentado. Casi podríamos pensar que son sistemas basados en la obediencia. En la democracia constitucional, y con la excepción —también relativa— de subsistemas como las fuerzas de seguridad, en los que la obediencia y la disciplina también constituyen un elemento estructural, la obediencia no se puede dar por sobreentendida. Es un desafío a construir y mantener.

I. Los riesgos de la obediencia

Antes de desarrollar las características de ese desafío, vale la pena recordar que la obediencia también tiene sus riesgos y en ocasiones adquiere valores “tóxicos”. Se han llevado a cabo diferentes experimentos, entre los cuales nos interesan especialmente dos: por un lado, el experimento de Stanley Milgram, en 1961 (10 años después del de Asch) y, por el otro, justo otros diez años más tarde, en 1971, el experimento de Philip Zimbardo.

1. Los experimentos clásicos de Milgram y Zimbardo

En el experimento de Milgram se convocan voluntarios con el pretexto de que participarán en una prueba sobre memoria y aprendizaje.¹² El dispositivo que se le presenta a cada voluntario incluye tres participantes: un investigador, el maestro y el alumno. Al voluntario se le asigna el papel de maestro y se le hace creer que el alumno es también un voluntario,

¹² Milgram, S., “Behavioral Study of Obedience”, *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 67, núm. 4, 1963, p. 371.

cuando en realidad es cómplice del experimento (es un actor) y participa en todas las sesiones, mientras el verdadero voluntario va siendo reemplazado. La consigna es que el alumno, es decir, el cómplice, debe memorizar una secuencia de palabras. Por cada fallo en su memoria, debe recibir por parte del maestro una descarga eléctrica creciente, a la orden del investigador. Se le hace creer al voluntario que los incrementos serán de 15 voltios. Antes del inicio se le aplica al maestro (es decir, el único voluntario verdadero) una descarga de 45 voltios (inocua, pero suficientemente molesta como para que no le queden dudas acerca de la circulación real de electricidad). Esa descarga será la única real de todo el experimento.

Las expectativas de Milgram conjeturaban que prácticamente nadie iba a sobrepasar el rango de los 45 a los 75 voltios, aun cuando el investigador insistiera en que esas cargas se continuaran aumentando ante los “fallos” de memoria del cómplice, tal como lo establecía el protocolo. Milgram pensaba que ante el sufrimiento evidente que exteriorizaba el alumno, los voluntarios desestimarían las órdenes y actuarían por su cuenta. El alumno estaba entrenado para mostrar signos progresivos de dolor, hasta llegar a gritar agónicamente a los 270 voltios. Más allá de los 300 no debía mostrar signos de vida.

Por lo general los maestros expresaban malestar y dudas alrededor de los 75 voltios, y se detenían al llegar a los 135 voltios, pero continuaban ante los comentarios prestablecidos de los investigadores, que los instaban a seguir adelante. La primera versión del experimento se realizó con 40 participantes, de los cuales 26 sobrepasaron el límite máximo, que era 450 voltios. Los 14 restantes habían llegado a los 300 voltios. El experimento, con variaciones, se replicó en muchas oportunidades, con diferencias mínimas en los resultados: en determinados contextos, los seres humanos son capaces de obedecer órdenes y reglas independientemente del daño extremo que pueden producir. Como comentábamos, Milgram inició su experimento en 1961, apenas pocos meses después del juicio a Eichmann, que inspirara el libro *Eichmann en Jerusalén: un estudio acerca de la banalidad del mal*, de Hannah Arendt, publicado dos años después.

La secuencia experimental que queremos señalar aquí, y que da cuenta de los riesgos del consenso y de la obediencia, comienza con Asch, sigue con Milgram, y, exactamente 10 años después, concluye con el EPS (Experimento de la Prisión de Stanford) de Philip Zimbardo, en 1971.¹³ Philip Zimbardo, profesor en Stanford, construye en los sótanos de la Universidad una prisión artificial destinada a ser la sede de su experimento. El plan consistía en comprobar algunas hipótesis sobre conflictos en prisiones de la marina estadounidense. Zimbardo decidió reclutar 24 voluntarios, todos ellos jóvenes universitarios. Mediante un sorteo, a la mitad se les asignó el rol de carceleros y a la otra mitad, el de prisioneros. La idea era observar durante 14 días sus comportamientos. A los guardias se les asignó un uniforme y porras. Podían retirarse y tener horas libres, aunque muchos no lo hicieron. Por su parte, los prisioneros también fueron vestidos con uniformes de presos, una pequeña cadena en un tobillo para que recordaran su estatus de cautivos, e incluso para darle más realismo la policía de Palo Alto de California participó en el experimento y los iba a buscar a la casa en vehículos patrulleros de la policía, los esposaban y los llevaban a la prisión.

El proyecto de llevar adelante el experimento durante solamente 14 días fue interrumpido al día sexto, ya que los niveles de crueldad y maltrato de los que asumieron el rol de carceleros resultaron inimaginables. Nuevamente las características del contexto y sus reglas resultaron ser de una potencia enorme no solamente habilitando la obediencia a normas inhumanas, sino además —montado en la asimetría de poder— estimulando el despliegue del sadismo en expresiones extremas.

Cuando más de 30 años después Philip Zimbardo fue convocado como experto en la crisis de la prisión iraquí de Abu Ghraib, que incluyó torturas y abuso de prisioneros, no pareció sorprenderse en absoluto. Ya había descrito este fenómeno con antelación. No se trata de la manzana podrida sino de la situación, del contexto. Somos responsables de los contextos que

¹³ Zimbardo, P. G., Haney, C., Banks, W. C., y Jaffe, D., *The Stanford Prison Experiment*, Zimbardo Incorporated, 1971.

generamos en la medida en que éstos serán posibilitadores de las conductas individuales o grupales, pero que estamos, erróneamente, evaluando como hechos puntuales y no contextuales. El experimento de la prisión de Stanford y el caso de Abu Ghraib inspiraron en Zimbardo la publicación, en 2007, de *El Efecto Lucifer: el porqué de la maldad*.¹⁴ Hemos repasado hasta aquí los riesgos de la unanimidad y de la obediencia, ya estamos en condiciones de avanzar en el entendimiento acerca de por qué cumplimos —cuando lo hacemos— con las normas.

II. El Modelo Simple de Crimen Racional (SMORC) de Gary Becker

¿Cómo están compuestas nuestras premisas implícitas (y muchas veces explícitas) acerca de la dinámica de la obediencia a las normas? Un modelo que ilustra la hipótesis habitual es el *Simple Model of Rational Crime* [Modelo Simple de Crimen Racional] (SMORC) de Gary Becker. La idea de Becker es que la probabilidad de cometer un delito aumenta en proporción inversa a la probabilidad de ser capturado y a la magnitud del castigo.¹⁵

En términos generales, adoptar como modelo el SMORC lleva a políticas públicas en sintonía con ello. Así, para prevenir el delito habría que aumentar la posibilidad de que el criminal sea capturado e incrementar la magnitud de las penas.

Claro que ello depende también de la percepción: está claro que es a través de ella que llega a la ciudadanía la noticia acerca del aumento de las posibilidades de detección del delito o del aumento de castigos. En el segundo caso no hay demasiados problemas si la información es precisa y clara: se trata de difundir lo que indica la ley (al delito A le corresponde la pena X). En el primer caso, es un poco más complicado: puede aumentarse la percepción

¹⁴ Zimbardo, Philip G., *The Lucifer Effect. Understanding How Good People Turn Evil*, Nueva York, Random House, 2007.

¹⁵ Becker, G., "Irrational Behavior and Economic Theory", *Journal of Political Economy*, vol. 70, núm. 1, 1962, pp. 1-13.

de posibilidades de ser capturado sin que esa percepción se corresponda verdaderamente con la realidad. Dicha estrategia tendría, como la mentira, “patas cortas” y resultaría eventualmente contraproducente. De modo que de aquí en adelante, cuando nos referimos al aumento de la percepción de las posibilidades de captura de un delincuente, estamos dando por sobreentendido que el aumento de esa probabilidad, y el impulso a que ello sea públicamente perceptible, serán políticas públicas que se despliegan en forma conjunta y más o menos simultánea.

Volviendo al SMORC, autores como Tom R. Tyler han señalado en varias ocasiones que el costo de aumentar la percepción de la posibilidad de ser capturado es muchísimo más alto que el de aumentar las penas. Eso hace que los gobiernos tiendan a hacer lo segundo, alimentando imaginariamente la sed de castigo, pero con un correlato no necesariamente eficiente. Cuesta imaginar que un delincuente decida no proseguir con un plan homicida al enterarse de que la pena haya aumentado de 30 a 35 años, por ejemplo.

En décadas recientes proliferaron las cámaras de videovigilancia, ya que su costo fue disminuyendo, pero no había suficiente personal para monitorearlas. Actualmente ese obstáculo se está solucionando en gran medida con sistemas de inteligencia artificial que detectan e identifican lo que las cámaras captan. Aun así, sigue siendo engorroso el trayecto que va desde esa detección hasta la judicialización y el correspondiente castigo. En cambio, en sólo unas horas de debate puede lograrse el consenso para el aumento de penas si se alcanzan los requerimientos que fija la democracia, y se cuenta con el impulso que solemos llamar voluntad política. La tentación de ceder a este último recurso es grande, y los resultados no sólo son magros sino que resultan, como señala Tyler, contraproducentes en la medida en que las fuerzas policiales quedan menos identificadas con la protección y seguridad en sentido amplio, y sólo quedan ligadas a la acción represiva, que es únicamente un aspecto de las primeras.

De alguna forma, la mirada de Becker nos lleva a la política de la zanahoria y el garrote. O mejor dicho, del garrote, ya que las experiencias en políticas públi-

cas en las que se premie la obediencia a las reglas son escasas en comparación con la estructura enorme destinada al fortalecimiento de la ley a través de la punición: fuerzas policiales, tribunales, prisiones, dan cuenta de esa disparidad.

III. Los enfoques de A. Mockus y M. García Villegas

Desde América Latina se han formulado otros enfoques que intentan abordar lo que se ha dado en llamar cultura de la legalidad. Comentaremos aquí brevemente los de Mauricio García Villegas y los de Antanas Mockus. En el segundo caso, se trata de desarrollos que además se han convertido en políticas públicas. Mientras Mockus propone una matriz¹⁶ inspirada en los desarrollos de Douglass North¹⁷ para comprender la complejidad de las motivaciones para la obediencia a las reglas, García Villegas despliega el reverso de ella, es decir, un entramado que ilumina los resortes de las conductas ligadas al incumplimiento normativo.

El esquema de Mockus entiende que la singularidad de los comportamientos en los que se obedecen normas está determinado por algunos parámetros generales, que además pueden cambiar de persona a persona y a través del tiempo. Llama a esos parámetros reguladores del comportamiento y los sitúa en tres tipos: el legal (asociado al marco jurídico, lo que North llama reglas formales), el moral (reglas informales por las que se gobierna cada individuo) y el cultural (reglas informales compartidas por un colectivo social). Además, cada uno de estos reguladores puede expresarse por una modalidad positiva o negativa.

En consecuencia, habrá seis motivaciones diferentes ligadas al cumplimiento normativo, que se combinarán entre sí según la persona, tiempo y lugar. Desde el regulador legal, podemos cumplir con la norma porque admiramos, por

¹⁶ Mockus, Antanas, “Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura”, *Análisis Político*, núm. 21, 1994.

¹⁷ Mockus, A. y Corzo, J., “Dos caras de la convivencia. Cumplir acuerdos y normas y no usar ni sufrir violencia”, *Análisis Político*, núm. 48, 2003, pp. 3-25.

ejemplo, el proceso que llevó a generar determinada regla, lo que pudo haber incluido elecciones, debates parlamentarios, etc. Entonces alguien puede, en su fuero íntimo, no acordar con determinada regla, pero su admiración por el sistema que llevó a generarla la inclinará hacia su obediencia. La modalidad negativa del regulador legal consiste en el temor al castigo, es decir, el miedo a la pena como núcleo de la obediencia.

El regulador moral se expresa en su modalidad positiva, por lo que el autor lo denomina *autogratificación del yo*: cumplimos con las normas porque nos sentimos bien haciéndolo. Así, por ejemplo, podemos separar residuos reciclables aunque no hacerlo no reciba un castigo legal. En su versión negativa, el regulador moral actúa a través del sentimiento de culpa que sentimos por no hacer lo que nuestra conciencia nos dicta como correcto. Finalmente, el regulador cultural opera a través de la mirada de los demás: en su versión positiva, cumplimos con la ley en busca de la aprobación externa o, por la negativa, obedecemos para evitar el escarnio público.

Cuando se le pregunta al público cuál de las seis posibilidades le resulta más cercana desde el punto de vista identificadorio, hay una inclinación a elegir por la moral positiva, es decir, por aquélla en la que se actúa de acuerdo con la norma porque eso produce una sensación de bienestar. Pero aparece una disonancia cognitiva interesante cuando al mismo público se le pregunta por la opción que considera que rige el comportamiento de los demás, ya que allí la respuesta tiende a la opción legal negativa, es decir, el temor al castigo que prevé la ley. Este fenómeno que atribuye a otros una determinada motivación puede influir en forma perjudicial a la hora del diseño de políticas públicas, muchas veces pensadas para esos “otros” que en verdad existen en grado elevado en las mentes de quienes promueven determinada medida. Al respecto, vale la pena citar el caso exitoso de las leyes antitabaco, en varias ciudades de varios países, en donde la obediencia pareció estar más asociada a los reguladores morales y culturales que al regulador legal.¹⁸

¹⁸ Kagan, R. A. y Skolnick, J., “Banning Smoking: Compliance without Enforcement”, en Rabin, R. Sugarman S. (eds.), *Smoking Policy: Law, Politics & Culture*, Nueva York, Oxford University Press, 1993;

Esta matriz fue la base de las políticas públicas que llevó adelante Antanas Mockus como alcalde de Bogotá durante dos períodos de gobierno. Es quizás una de las contribuciones explícitas más significativas para la construcción de una cultura de la legalidad. Podría utilizarse el enfoque de Mockus para comprender asimismo las conductas de desobediencia como la ausencia de las conductas que surgen de las combinaciones resultantes de los reguladores y modalidades descriptas; sin embargo, esto quizás no alcanzaría a explicar las razones positivas que guían el comportamiento incumplidor. Por ello, incorporo en esta línea a García Villegas, quien aborda el reverso de la obediencia a través de un estudio acerca de los fundamentos de la conducta contraria a la ley.¹⁹ García Villegas propone una serie de lo que denomina *mentalidades incumplidoras* en América Latina. Para cada tipo establece un punto de vista correspondiente, las razones por las que incumple, el modo en que considera a las normas y el remedio eventual. Así, describe al *vivo*, que tiene un punto de vista estratégico, incumple por interés propio, las normas le resultan ineficaces y mejoraría justamente con sanciones eficaces. El *rebelde*, que se planta sobre un punto de vista político, actúa en defensa propia por normas que considera autoritarias y mejoraría a través del aumento de la legitimidad del poder. Por último, el *arrogante*, quien parte de un punto de vista cultural, actúa en defensa de sus valores, considera a las normas como flexibles y mejoraría con una cultura de la legalidad. Estas mentalidades, además, se combinan dando lugar a nuevos tipos: el *taimado* (mezcla del *vivo* y el *rebelde*), el *déspota* (mezcla del *vivo* con el *arrogante*) y el *restaurador* (mezcla del *rebelde* con el *arrogante*).

IV. Los aportes de las ciencias del comportamiento

Al comentar el SMORC de Gary Becker, se tiene, en forma explícita, la concepción del ser humano como un agente racional y autointeresado. De

Vogel, D., Kagan, R. A. y Kessler, T., "Political Culture and Tobacco Control: An International Comparison", *Tobacco Control*, vol. 2, núm. 4, 1993, pp. 317-326.

¹⁹ García Villegas, Mauricio (dir.), *Normas de Papel, la cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Ed., 2009, pp. 237-282; García Villegas, Mauricio, "Disobeying the Law: the Culture of Non-Compliance with Rules in Latin America", *Wisconsin International Law Journal*, 2015.

hecho, ésa es también la mirada de la Teoría de Juegos, invocada por Carlos S. Nino en *Un país al margen de la Ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*,²⁰ donde intenta dar cuenta de la relevancia de la inobservancia de la ley en el acontecer de la reversión del desarrollo argentino.

Sin embargo, en las últimas dos décadas, y de la mano del psicólogo Daniel Kahneman, emerge con fuerza la idea de un sujeto de *racionalidad limitada* (*bounded rationality*), cuya mente opera al menos en dos sistemas: uno espontáneo, rápido, automático e intuitivo, conocido como Sistema 1, y otro más lento, racional y preciso, el Sistema 2. Un cálculo como $2 + 2$ se hace en Sistema 1, pero otro como 37 multiplicado por 193 posiblemente requerirá pasar al Sistema 2. El Sistema 1 “consume” menos energía. El salto del Sistema 1 al 2 se produce cuando hay una situación que requiere que pensemos activamente. La mayor parte del tiempo los seres humanos operamos en Sistema 1, una modalidad repleta de sesgos, es decir, de atajos mentales y de heurísticas que hemos heredado como especie y que nos ha ayudado a sobrevivir en el pasado, pero al costo de limitar nuestra racionalidad.

Tal fue la propuesta de Kahneman, que recibió el premio Nobel de Economía en 2002 por sus trabajos con Amos Tversky, y cuya descendencia en la fundación de la economía del comportamiento incluyó a Richard Thaler, también galardonado con el Nobel de Economía en 2017. Las ciencias del comportamiento, con la impronta de Kahneman y Tversky,²¹ indagan sobre la conducta humana develando sesgos y barreras, habitualmente inconscientes, que determinan lo que se ha dado en llamar arquitectura de decisiones. La relación entre las personas y los sistemas normativos no es ajena al mundo del comportamiento en general y ha sido objeto de numerosas investigaciones desde las perspectivas conductuales contemporáneas. Desde el delito hasta la seguridad vial, el respeto o el incumplimiento en los contextos normativos también está atravesado por estas limitaciones. Por ejemplo, la conducción

²⁰ Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Barcelona, Ariel, 2005.

²¹ Tversky, A. y Kahneman, D., “The Framing of Decisions and the Psychology of Choice”, *Science*, New Series, vol. 211, núm. 4481, 1981, pp. 453-458.

vehicular se realiza en su mayor parte en Sistema 1, y saber eso ayuda al diseño de vías que influyen inconscientemente en nuestra forma de conducir, haciéndola, por tanto, más segura.

Las ciencias del comportamiento ponen el acento en lo que se denomina arquitectura de decisiones, y desde esa perspectiva se desarrolló el concepto de *nudge*²² (que en inglés significa *pequeño empujón*): intervenciones de costo bajísimo que influyen en esa arquitectura de manera predecible, sin incentivos económicos significativos y sin coacción a través del castigo legal. Por ejemplo, los dispositivos que le indican a los conductores a qué velocidad están conduciendo o las demarcaciones ópticas o sonoras en el pavimento son señales que influyen en el comportamiento vial sin constituirse en reglas. En Argentina, por ejemplo, se promulgó la ley que obliga a los establecimientos gastronómicos a no llevar la sal en la mesa a menos que esto sea solicitado por los clientes. Es decir, se altera la arquitectura de decisiones de forma predecible (no tener el salero al alcance disminuye su consumo y, en consecuencia, sus efectos perjudiciales sobre la salud), no coactiva (el cliente puede solicitar la sal cuando quiera) y sin incentivos monetarios significativos.

Otro de los ejemplos más conocidos es el impacto que tuvo la forma de presentarle opciones a los potenciales donantes de órganos en ocasión de decidir su condición. Los candidatos debían responder si en caso de fallecimiento estarían dispuestos a donar sus órganos y tejidos. Países culturalmente cercanos como Alemania o Austria tuvieron tasas de adhesión dramáticamente diferentes. Mientras que la adhesión en Alemania fue de 12%, en Austria fue casi total. ¿Qué pasó? El formulario de adhesión en Alemania seguía el formato *opt-in*, es decir, si la persona quiere ser donante tiene que expresar afirmativamente su voluntad, mientras que en Austria el formato fue *opt-out*, lo que implica que no actuar equivale a voluntad afirmativa.²³ La consigna

²² Thaler, R. y Sunstein, C., *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, CT, Yale University Press, 2008.

²³ Johnson, E. J., & Goldstein, D. G., "Defaults and donation decisions", *Transplantation*, vol. 78, núm. 12, 2004.

en el segundo caso es “marque aquí si NO quiere ser donante”, mientras que en el primero es “marque aquí si quiere ser donante”.

Ejemplos así muestran lo lejos que queda la concepción del sujeto como agente racional y autointeresado, que como *Homo economicus* considera todas las opciones y elige la más conveniente, maximizando sus beneficios. El simple agregado —el *nudge*— de dos letras (NO) en un formulario puede influir en la disponibilidad de órganos y tejidos para trasplante. Por último, también las ciencias del comportamiento han identificado que el equilibrio entre el temor al castigo y el deseo de ser honesto es frágil: la incomodidad disminuye cuanto mayor es la “práctica” del incumplimiento. Incluso se logró establecer en alguna medida cuáles son las bases neuronales de esa adaptación, de ahí el título del artículo *The Brain Adapts to Dishonesty*,²⁴ que abordara la cuestión. La hipótesis es que a partir de pequeños incumplimientos y con el paso del tiempo el cerebro se acostumbra a la incomodidad inicial y se produce una suerte de “tolerancia” cuyo umbral va ascendiendo. Desde este punto de vista, el abordaje más eficaz es aquel que detecta tempranamente esto e interviene.

D. La psicología de la legitimidad y su impacto en el cumplimiento normativo: los desarrollos de Tom R. Tyler

¿Cuál es la premisa implícita en la que descansan las intuiciones sobre el cumplimiento normativo? Como comentábamos a partir de las reacciones ante la matriz de Mockus/North, parece haber una creencia que sitúa la amenaza de castigo, en especial el que establecen las normas penales, como el regulador principal de la conducta frente a las reglas. La palabra clave es disuasión. La idea es que la disuasión opera como una señal que precede y, a la vez, representa al castigo. Tanto en la mentalidad incumplidora del tipo

²⁴ Garrett, N., Lazzaro, S. C., Ariely, D., y Sharot, T., “The Brain Adapts to Dishonesty”, *Nature neuroscience*, vol. 19, núm. 12, pp. 1727-1732.

“vivo” de García Villegas, como en el regulador legal con modalidad negativa de Mockus/North, la disuasión parecería tener un lugar valioso, pero hay que reconocer que en ambos esquemas ocupa solamente un lugar entre varios otros. No ocurre lo mismo con el SMORC de Becker, donde tanto la probabilidad de ser capturado como la magnitud del castigo representan formas de disuasión; por lo tanto, operan como la herramienta principal en el abordaje del incumplimiento normativo.

Frente a este último enfoque aparece la propuesta de Tom R. Tyler,²⁵ basada en la idea de que el recurso clave en el fortalecimiento del cumplimiento normativo es la legitimidad de la autoridad y, por supuesto, su correspondiente percepción. Tyler se pregunta por qué la gente obedece la ley. Encuentra que la disuasión no satisface la disposición al cumplimiento normativo presente en la población. Hay un sentido de justicia, de razonabilidad, de sensatez, de equidad, que atraviesa la relación entre la ley y las personas y entre las autoridades que representan la ley y quienes deben obedecerlas (a la ley y a las autoridades).

El sentido antedicho, que podemos resumir, ahora sí, en el término *legitimidad*, es transversal a esas relaciones al punto que se ha convertido en un concepto que excede su marco de origen, el político, para ser capturado por la psicología. Hablamos entonces de la psicología de la legitimidad. De difícil definición, aborda “los fundamentos psicológicos de las reacciones de las personas ante la injusticia y la ilegitimidad, incluidas las consecuencias psicológicas y conductuales de la motivación para considerar los efectos individuales y los sistemas gubernamentales como justos y legítimos”.²⁶ Entre sus tópicos vamos a encontrar respuestas posibles a preguntas como

- a) ¿Qué tipos de resultados, distribuciones o procedimientos se consideran, o no, justos? b) ¿Cómo reacciona la gente ante actos de

²⁵ Tyler, T. R., *Why People Obey the Law*, op. cit.

²⁶ Bobocel, D. R., Kay, A. C., Zanna, M. P. y Olson, J. M., “Preface”, en Bobocel, D. R. Kay, A. C. Zanna, M. P. y Olson J. M. (eds.), *The Psychology of Justice and Legitimacy*, Psychology Press, 2010, pp. 79-102.

injusticia observados o experimentados, y por qué? c) ¿Cuándo y por qué la gente justifica o racionaliza la injusticia? y d) ¿Qué procesos subyacentes motivan la preferencia de las personas por la justicia?²⁷

A partir de este tipo de cuestiones, se complejiza el escenario del cumplimiento normativo, pasando del enfoque disuasivo al de la legitimidad. Tyler realiza un enorme esfuerzo para operacionalizar las variables que permitan abordar este concepto. Lleva adelante investigaciones empíricas en las que demuestra que la percepción de autoridad legítima viene seguida de una disposición a cumplir con la ley. A su vez, la percepción de autoridad como legítima sigue un curso similar al que atraviesa la percepción de la justicia como legítima, bajo la forma de justicia procedimental.

En sus experimentos con controles de conductores al azar, Tyler demuestra que la forma en que la policía trata a la población determina el impacto en términos de legitimidad. El tono de voz, la actitud física, las explicaciones acerca de su propia conducta, el lenguaje claro y, en especial, la posibilidad de ser escuchado por la autoridad son algunas de las variables que parecen impactar en reacciones colaborativas por parte de la población, que a su vez repercuten en que quienes fueron tratados mediante esta modalidad cometen menos infracciones que los grupos control.

Los experimentos de Tyler exceden, además, el marco de la justicia procedimental en contextos formales. En forma reciente, por ejemplo, se investigó en las redes sociales como Twitter (actualmente X) qué ocurrió con personas que fueron impedidas de continuar participando de los intercambios, luego de haber transgredido las normas de conducta de la red.²⁸ Como en los controles policiales, las reacciones posteriores mejoraban cuando los protagonistas habían sido tratados con dignidad, respeto y sus voces habían

²⁷ *Idem.*

²⁸ Katsaros, M., Tyler, T., Kim, J., y Meares, T., "Procedural Justice and Self Governance on Twitter: Unpacking the Experience of Rule Breaking on Twitter", *Journal of Online Trust and Safety*, vol. 1, núm. 3, 2022.

sido escuchadas. Posteriormente, eran menos propensos a transgredir que los integrantes de los grupos control.

E. Comentarios finales

En muchos lugares de América Latina tenemos un problema adicional que podríamos caracterizar como la profecía autocumplidora de la percepción de autoridad ilegítima. Sabemos que es difícil delegar el control de las transgresiones —que van desde infracciones de tránsito a delitos graves— total y absolutamente en las fuerzas policiales. Sin cooperación ciudadana, como destaca Tyler, eso se hace imposible. No puede haber un policía por habitante. Ni siquiera con sistemas de detección automática sería posible un control del todo eficaz. Pero hay un problema muy grande en relación con la cooperación con las fuerzas policiales: parece existir un solapamiento entre dos representaciones sociales diferentes como son el *denunciante* con el *delator* (*chivato* o *soplón*, *sapo* en Colombia, *buchón* en Argentina). Se han investigado, por ejemplo, las connotaciones peyorativas que recaen sobre los denunciantes.²⁹ Si suponemos un escenario en el cual hay un hecho claramente lesivo, generado ante un incumplimiento de reglas y en el que el daño podría interrumpirse a través de un aviso a las autoridades, ¿qué hace que ese aviso sea considerado como una denuncia (con connotación positiva y de ayuda) o como una delación (con su connotación peyorativa, en tanto supone una traición a las reglas del grupo)? ¿Cómo diferenciamos una de otra si la conducta es idéntica desde el punto de vista externo?

Una explicación posible es la siguiente: lo que convierte al aviso en denuncia o delación es la legitimidad de la autoridad a la que va dirigida. Si la denuncia se hace a una autoridad de una dictadura militar, por ejemplo, no es lo mismo a que si se hace a las autoridades de un gobierno constitucional. Juega aquí un rol central la percepción de legitimidad. Quizás las huellas de la historia de autoridades ilegales pero vividas como legítimas, y a la inversa,

²⁹ Behrens, A., “The Impact of Culture on the Efficacy and Fairness of Whistleblowing: a Contrast between Brazil and the United States”, *Thunderbird International Business Review*, vol. 57, núm. 5, 2015.

es decir autoridades legales pero vividas como ilegítimas, ha dado lugar a una distorsión aún vigente. Sigue resultando difícil fortalecer la marca de origen democrático y deliberativo de la ley escrita para desanudarla de un origen autoritario.

En el contexto de esa distorsión es donde se cultiva la profecía autocumplidora: si no coopero con la policía, dejo a su libre arbitrio su accionar, y de ese modo aumenta su discrecionalidad y sus niveles de corrupción; pero luego al verificar esto último, pienso que de ninguna forma voy a cooperar con esa clase de funcionarios, confirmando mi sospecha acerca de su ilegitimidad y favoreciendo así su discrecionalidad, lo que aumenta y valida así este círculo vicioso. Como todo círculo, puede ser interrumpido en cualquier punto. Pero, ¿cuál sería aquí el punto ideal?

Es posible que las nuevas estrategias de gobernanza (a veces llamadas *soft*, en contraposición a los enfoques tradicionales y verticales conocidos como *command and control*) puedan aportar a una cultura de la legalidad a través del aumento de la legitimidad de las autoridades. Entre estas herramientas están algunas comentadas más arriba, como los *nudges* de las ciencias del comportamiento, pero hay otras (*Think, Steer*) cuyo desarrollo excede este espacio.³⁰

El desafío que representa aumentar la cooperación ciudadana —condición ineludible para la eficacia de la seguridad y la justicia— parece estar ligado con la percepción de la autoridad como legítima. Ese puede ser un buen punto de partida.

³⁰ Güemes, C. y Wences, I., “Comportamientos incumplidores: contextos y posibles tratamientos políticos”, *Papers. Revista de Sociología*, vol. 104, núm. 1, 2019, pp. 75-99.

F. Bibliografía

- Asch, S. E., "Studies of Independence and Conformity: A Minority of One Against a Unanimous Majority", *Psychological Monographs*, 70, 1956.
- Becker, G., "Irrational Behavior and Economic Theory", *Journal of Political Economy*, vol. 70, núm. 1, 1962.
- Becker, G., "Crime and Punishment: An Economic Approach", *J. Polit. Econ.*, vol. 76, núm. 2, 1968.
- Behrens, A., "The Impact of Culture on the Efficacy and Fairness of Whistleblowing: a Contrast between Brazil and the United States", *Thunderbird International Business Review*, vol. 57, núm. 5, 2015.
- Bobocel, D. R., Kay, A. C., Zanna, M. P. y Olson, J. M., "Preface", en Bobocel, D. R. Kay, A. C. Zanna, M. P. y Olson J. M. (eds.), *The Psychology of Justice and Legitimacy*, Psychology Press, 2010.
- García Villegas, Mauricio (dir.), *Normas de Papel, la cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Ed., 2009.
- García Villegas, Mauricio, "Disobeying the Law: the Culture of Non-Compliance with Rules in Latin America", *Wisconsin International Law Journal*, 2015.
- Garrett, N., Lazzaro, S. C., Ariely, D., y Sharot, T., "The Brain Adapts to Dishonesty", *Nature neuroscience*, vol. 19, núm. 12.
- Güemes, C. y Wences, I., "Comportamientos incumplidores: contextos y posibles tratamientos políticos", *Papers. Revista de Sociología*, vol. 104, núm. 1, 2019.
- Janis, Irving, *Victims of Groupthink: A Psychological Study of Foreign Policy Decisions and Fiascoes*, Boston, Houghton Mifflin, 1972.
- Johnson, E. J., & Goldstein, D. G., "Defaults and donation decisions", *Transplantation*, vol. 78, núm. 12, 2004.
- Kagan R. A., Skolnick, J., "Banning Smoking: Compliance without Enforcement", en Rabin, R. Sugarman S. (eds.), *Smoking Policy: Law, Politics & Culture*, Nueva York, Oxford University Press, 1993.
- Katsaros, M., Tyler, T., Kim, J., y Meares, T., "Procedural Justice and Self Governance on Twitter: Unpacking the Experience of Rule Breaking on Twitter", *Journal of Online Trust and Safety*, vol. 1, núm. 3, 2022.

- Klein, Gary, "Performing a Project Premortem", *Engineering Management Review, IEEE*, vol. 36, núm. 2, 2008.
- Milgram, S., "Behavioral Study of Obedience", *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol. 67, núm. 4, 1963.
- Mitchell, D. J., Russo, J. E., y Pennington, N., "Back to the Future: Temporal Perspective in the Explanation of Events", *Journal of Behavioral Decision Making*, vol. 2, núm. 1, 1989.
- Mockus, A. y Corzo, J., "Dos caras de la convivencia. Cumplir acuerdos y normas y no usar ni sufrir violencia", *Análisis Político*, núm. 48, 2003.
- Mockus, Antanas, "Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura", *Análisis Político*, núm. 21, 1994.
- Navajas, J., Niella, T., Garbulsky, G. et al., "Aggregated Knowledge from a Small Number of Debates Outperforms the Wisdom of Large Crowds", *Nat Hum Behav*, núm. 2, 2018.
- Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Barcelona, Ariel, 2005.
- Sunstein, Cass R., "Conformity and Dissent", *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, núm. 34, 2002.
- Thaler, R. y Sunstein, C., *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, CT, Yale University Press, 2008.
- Tversky, A., Kahneman, D., "The Framing of Decisions and the Psychology of Choice", *Science, New Series*, vol. 211, núm. 4481, 1981.
- Tyler, T. R. y Trinkner, R., *Why Children Follow Rules: Legal Socialization and the Development of Legitimacy*, Oxford University Press, 2017.
- Tyler, T. R., *Why People Obey the Law: Procedural Justice, Legitimacy, and Compliance*, 2a. ed., Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2006.
- Vogel, D., Kagan, R. A., y Kessler, T., "Political Culture and Tobacco Control: An International Comparison", *Tobacco Control*, vol. 2, núm. 4, 1993.
- Zimbardo, P. G., Haney, C., Banks, W. C., y Jaffe, D., *The Stanford Prison Experiment*, Zimbardo Incorporated, 1971.
- Zimbardo, Philip G., *The Lucifer Effect. Understanding How Good People Turn Evil*, Nueva York, Random House, 2007.

Legitimidad, percepción de justicia y justicia penal oral: una primera aproximación empírica en México*

Carlos De la Rosa Xochitiotzi**

* Este texto retoma algunos hallazgos e ideas expuestos en la tesis doctoral *Legitimacy, Perceived Justice and Adversarial Criminal Courts: What do Mexican Defendants Care About?*, realizada por el mismo autor en el año 2022 y disponible en línea en el repositorio de la Escuela de Derecho de Yale.

** Investigador en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Abogado por la Universidad Nacional Autónoma de México, maestro (LLM) y doctor en Derecho (JSD) por la Universidad de Yale. cdelarosax@scjn.gob.mx.

Agradezco a Valeria Heredia Juárez por la asistencia en el desarrollo de este trabajo.

SUMARIO: A. Introducción. B. Legitimidad y teoría de justicia procedimental. C. Juicios orales y nuevas salas de audiencias. D. Justicia procedimental en México: una primera exploración empírica. E. Conclusiones e implicaciones. F. Bibliografía.

A. Introducción

La reforma penal de 2008, por medio de la introducción de los principios de intermediación judicial, oralidad y publicidad de las audiencias, conllevó transformaciones normativas e institucionales que impactaron los espacios de adjudicación judicial. En específico, las nuevas reglas procesales y las condiciones de las nuevas salas de audiencias orales parecen propicias para fomentar interacciones significativas entre las personas juzgadoras y las personas involucradas en los procesos penales, algo que era impensable en el sistema anterior. No obstante, todavía sabemos muy poco sobre las dinámicas en los juzgados penales y sobre las percepciones y experiencias de las personas que participan de los nuevos procesos penales. Este texto pretende atender ese vacío.

El estudio empírico presentado en este capítulo se construye en el marco de la teoría de la justicia procedimental, desarrollada —durante las últimas cuatro décadas— en la intersección entre los estudios de la psicología social y la justicia. Dicha teoría propone un modelo explicativo de la legitimidad que se ha posicionado como el referente más consolidado en el ámbito de los estudios empíricos de la materia. De acuerdo con esta propuesta, la calidad de las interacciones directas entre autoridades

y ciudadanos construye percepciones de justicia que anteceden el reconocimiento de las autoridades como legítimas y, en última instancia, influyen en las actitudes y conductas de las personas frente a dichas autoridades y la comunidad.

En este contexto, el texto presenta los hallazgos más relevantes de la Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio. Se trata de la primera exploración a profundidad de la teoría de justicia procedimental realizada en México, y, por lo tanto, tuvo como propósito comprender cómo se construye la percepción de justicia y legitimidad judicial desde la perspectiva de las personas imputadas en procesos orales de tipo adversarial y acusatorio. El estudio de la teoría de justicia procedimental en el escenario mexicano tiene la doble pretensión de valorar la validez transcultural de sus postulados, así como posibilitar una mejor comprensión de la construcción de legitimidad judicial en México, un país caracterizado tradicionalmente por un alto déficit de credibilidad en las autoridades judiciales.

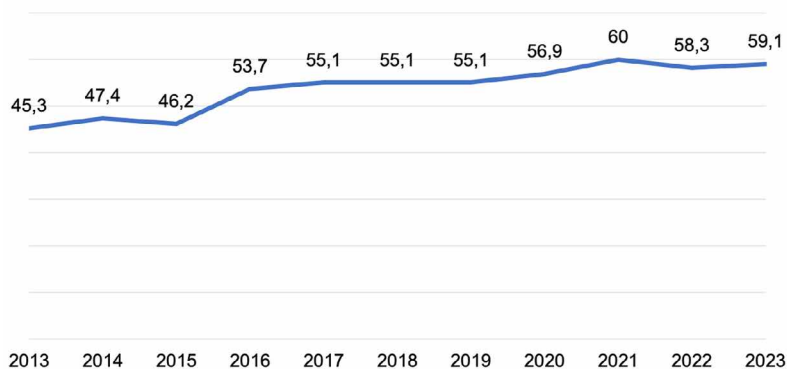
Los resultados de este estudio exploratorio sugieren que las reglas procesales y las condiciones institucionales derivadas de la reforma penal de 2008 están propiciando interacciones positivas y de calidad entre la ciudadanía y las autoridades jurisdiccionales. Estos hallazgos tienen implicaciones para el desempeño cotidiano de los poderes judiciales y para repensar los alcances de las recientes reformas procesales en términos de la experiencia de los usuarios y de la legitimidad del sistema de justicia.

B. Legitimidad y teoría de justicia procedimental

El déficit de legitimidad en las instituciones del sistema de justicia en México es un fenómeno ampliamente documentado. Instrumentos valiosos como las encuestas nacionales realizadas año tras año por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) evidencian que las autoridades del sistema de justicia, y en particular las personas juzgadoras, se encuentran entre las autoridades públicas con menores niveles de confianza ciudadana y con

las percepciones más negativas.¹ La situación mexicana podría encuadrarse dentro del concepto de cinismo legal, entendido como una orientación social en la cual las personas aprueban el contenido y la necesidad de la ley, pero desaprueban a las personas encargadas de su cumplimiento.²

Gráfica 1. Percepción de confianza en jueces y juezas en México



Fuente: Elaboración propia a partir de registros históricos de la ENVIPE publicados por el INEGI.

En este contexto, cabe preguntarse ¿por qué es problemático el déficit de legitimidad en México?, ¿cuáles son los beneficios de la legitimidad en las autoridades públicas? y ¿deberían las autoridades judiciales promover deliberadamente la legitimidad de la función judicial? Para intentar responder dichas interrogantes, primero desarrollaré qué se entiende por legitimidad y por qué su presencia es necesaria para el adecuado funcionamiento del sistema de justicia y el sistema democrático constitucional. En segundo lugar, profundizaré en los factores que promueven su existencia, haciendo referencia a los hallazgos de estudios de campo realizados en la intersección entre la psicología social y los estudios empíricos del derecho.

¹ Véase, por ejemplo, la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2022.

² Sampson Robert J. y Dawn Jeglum Bartusch, "Legal cynicism and (subcultural?) tolerance of deviance: The neighborhood context of racial differences", *Law & Society Review*, 32, 1998, pp. 777-804; Kirk David S. y Papachristos, Andrew V. *Cultural mechanisms, and persistence of neighborhood violence*, 116 *American Journal of Sociology*, 2011, pp. 1190, 1191.

La legitimidad, desde una perspectiva empírica, se describe como la cualidad de una determinada persona, institución o arreglo social que lleva a las personas a tener la convicción de que su autoridad es apropiada y justa.³ Una extensa investigación empírica, desarrollada en las últimas décadas, ha encontrado una relación entre el reconocimiento de la legitimidad de una autoridad y la proclividad a obedecer, de forma voluntaria, las normas y las decisiones de dichas autoridades por parte de las personas que están sujetas a la relación de poder.⁴

De forma similar, investigaciones más recientes han identificado un vínculo entre la legitimidad de las autoridades y una mayor probabilidad por parte de las personas a colaborar de forma proactiva con ellas.⁵ Este fenómeno se ha estudiado principalmente en el ámbito de la seguridad pública y se ha demostrado que aquellas policías que gozan de mayores índices de legitimidad social reportan relaciones más productivas con la ciudadanía.⁶

Por último, algunos estudios también han sugerido una conexión entre legitimidad y mayores niveles de compromiso social; en otras palabras, aquellas personas que reportan niveles de confianza más altos en sus autoridades también son más propensas a actuar en beneficio de sus comunidades.⁷ Es importante notar que los efectos aparejados a la existencia de legitimidad se producen de forma voluntaria sin que requieran para su aparición del uso de la coerción o de la fuerza pública. Queda claro que la legitimidad no es una cuestión meramente abstracta, sino un fenómeno social con implicaciones reales y prácticas en las percepciones y conductas de las personas.

³ Tyler, Tom R., "Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation", *Annu. Rev. Psychol.*, 57, 2006, pp. 375-376.

⁴ Véase, por ejemplo, Tyler, Tom R. & Darley, John M., "Building a Law-Abiding Society: Taking Public Views about Morality and the Legitimacy of Legal Authorities into Account when Formulating Substantive Law", *Hofstra L. Rev.*, 28, 2000, p. 707.

⁵ Véase, por ejemplo, Tom R. Tyler & Jonathan Jackson, "Popular Legitimacy, and the Exercise of Legal Authority: Motivating Compliance, Cooperation, and Engagement", *Psychology, Public Policy, and Law*, 2013.

⁶ Tyler, Tom R. & Fagan, Jeffrey, "Legitimacy and Cooperation: Why do people help the police fight crime in their communities?", *Ohio St. J. Crim. L.* 6, 2008, pp. 231, 235.

⁷ Véase, por ejemplo, Tyler Tom R. & Jackson, Jonathan, "Popular legitimacy, and the exercise of legal authority: motivating compliance, cooperation, and engagement", *Psychology, Public Policy, and Law*, 2013.

Por lo tanto, los poderes judiciales legítimos son instituciones con mayores capacidades para garantizar el cumplimiento de sus decisiones y que propician la colaboración de la ciudadanía, ya sea canalizando sus conflictos por vías institucionales o participando como testigos o peritos en procesos judiciales.⁸ En vista de la evidencia, la relevancia de la legitimidad para el adecuado funcionamiento del sistema de justicia y de las instituciones públicas es notable. En otras palabras, los poderes judiciales reconocidos como legítimos por la ciudadanía son poderes judiciales exitosos.

Sigue responder la pregunta sobre cómo pueden las autoridades promover la legitimidad de la función judicial. A menudo se argumenta que las personas juzgadoras deberían ocuparse únicamente de la estricta aplicación de la ley y que dicha tarea debería ser suficiente para sostener su legitimidad. La evidencia empírica sugiere que esto no es preciso. Como fenómeno social, la legitimidad de las autoridades se construye a partir de la conjunción de una serie de variables que se interrelacionan y afectan de forma compleja.

En el caso de la función judicial, la legitimidad de las personas juzgadoras es influenciada por la calidad y el sentido de la decisión, por la publicidad y la duración de los procesos judiciales, por el profesionalismo de la persona juzgadora, y por la calidad del trato experimentado por las personas, entre muchos otros factores. Por supuesto, aspectos formales como los procesos de designación judicial también tienen un papel en la construcción de legitimidad. Al respecto, no sobra insistir en la distinción entre legitimidad y legalidad, entendiendo que la legalidad en el ejercicio de la función judicial es sólo uno de los múltiples aspectos que abonan a la legitimidad.

Al respecto, los estudios empíricos han encontrado que la legitimidad judicial está principalmente determinada por la calidad de las interacciones entre las autoridades judiciales y las personas.⁹ Esto no implica que los otros

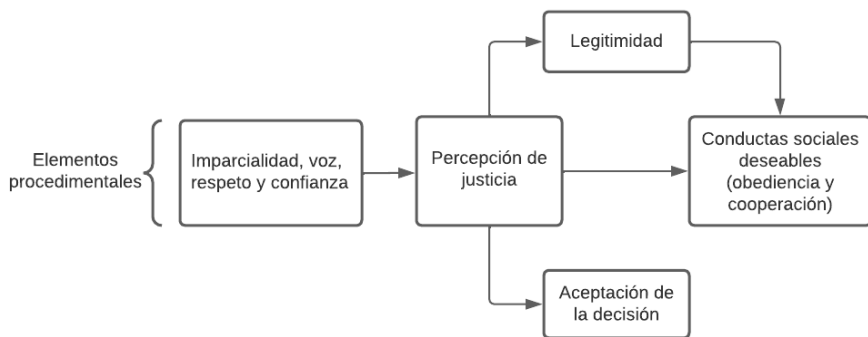
⁸ Rottman, David B., & Tyler, Tom R., "Thinking about Judges and Judicial Performance: Perspective of the Public and Court Users", *Oñati Socio-legal Series*, vol. 4, núm. 5, 2014, pp. 1046, 1049.

⁹ Lind, E. Allan & Tyler, Tom R., *The Social Psychology of Procedural Justice*, 1988. Tyler, Tom R., "How Do the Courts Create Popular Legitimacy? The Role of Establishing the Truth, Punishing Justly and/or Acting Through Just Procedures", *Albany Law Review*, vol. 77, 2014, pp. 101-143.

factores enlistados previamente no influyan, sino únicamente que la calidad del trato es el factor que tiene el mayor peso relativo en la configuración de la legitimidad. En específico, la teoría de justicia procedimental, respaldada por un amplio desarrollo teórico y empírico de más de cuatro décadas, ha confirmado que la experiencia de las personas durante los procesos judiciales es determinante para configurar su percepción de justicia y, en última instancia, el reconocimiento de las autoridades judiciales como legítimas.¹⁰

Adicionalmente, los estudios de justicia procedimental han logrado identificar los componentes específicos que tienen una mayor influencia en la calidad de la interacción. En particular, las investigaciones han encontrado de forma recurrente que la posibilidad de expresarse durante las interacciones por parte de las personas (voz), el trato igualitario y objetivo por parte de las autoridades (imparcialidad), el reconocimiento de la dignidad humana en la interacción (respeto) y la presencia de un sentido genuino de benevolencia (confianza) son los elementos que más abonan a construir percepción de justicia.¹¹

Figura 1. Modelo de la justicia procedimental



Fuente: Tom R. Tyler, "Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law", *Crime and Justice*, vol. 30, 2003, pp. 283-284.

¹⁰ Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law*, 2006; Tyler, Tom R., "Procedural Justice, and the Courts", *Court Review*, 44, 2007, pp. 26-27.

¹¹ Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law*, *op. cit.*

Como se observa en la figura 1, la teoría de justicia procedimental propone que la calidad de la interacción (determinada por los elementos mencionados) es un antecedente de la percepción de justicia que finalmente desemboca en el reconocimiento de la autoridad como legítima y que, a su vez, se traduce en una serie de conductas sociales necesarias para el correcto funcionamiento del sistema de justicia.

Es importante, con el fin de delimitar los alcances de esta teoría, señalar que la justicia procedimental explica la construcción de legitimidad en el plano de las interacciones cara-a-cara entre autoridades y personas, sin que sus hallazgos puedan ser automáticamente extrapolados a ámbitos grupales, comunitarios o para la sociedad en general.¹² No obstante, la teoría de justicia procedimental ha develado la dimensión psicológica individual que permea todo proceso judicial y que influye en las percepciones de justicia y legitimidad de las personas a partir de la calidad de sus relaciones con las autoridades.

En este sentido, sus hallazgos no son menores. En el plano de la función judicial, la justicia procedimental sugiere una ruta crítica para promover la credibilidad de la función desde las labores e interacciones cotidianas con la ciudadanía. Además, advierte la posibilidad —a disposición de las autoridades judiciales— de incidir en una mayor aceptación de las decisiones judiciales y una mayor cooperación voluntaria con el sistema de justicia.

Todo lo anterior, sin comprometer ni menoscabar la obligación promordial de proveer justicia en sentido sustantivo por medio de decisiones justas, apegadas a derecho y respetuosas de los derechos humanos. En todo caso, el mejor entendimiento de las dinámicas que construyen la legitimidad y que derivan de la teoría de justicia procedimental permiten potencializar los

¹² Existen algunos estudios exploratorios que pretenden explicar la construcción de legitimidad social por medio de actividades en el ámbito institucional, por ejemplo, O'Brien, Thomas C. *et al.*, "Building Popular Legitimacy with Reconciliatory Gestures and Participation: A Community-Level Model of Authority", *Regulation & Governance*, vol. 14, núm. 4, 2019; O'Brien Thomas C. & Tyler, Tom R. "Authorities, and communities: Can Authorities Shape Cooperation with Communities on a Group Level?", *Psychology, Public policy, and Law*, vol. 26, núm 1, 2019.

alcances de las decisiones judiciales y promover condiciones más propicias para su aceptación y eficacia.

C. Juicios orales y nuevas salas de audiencias

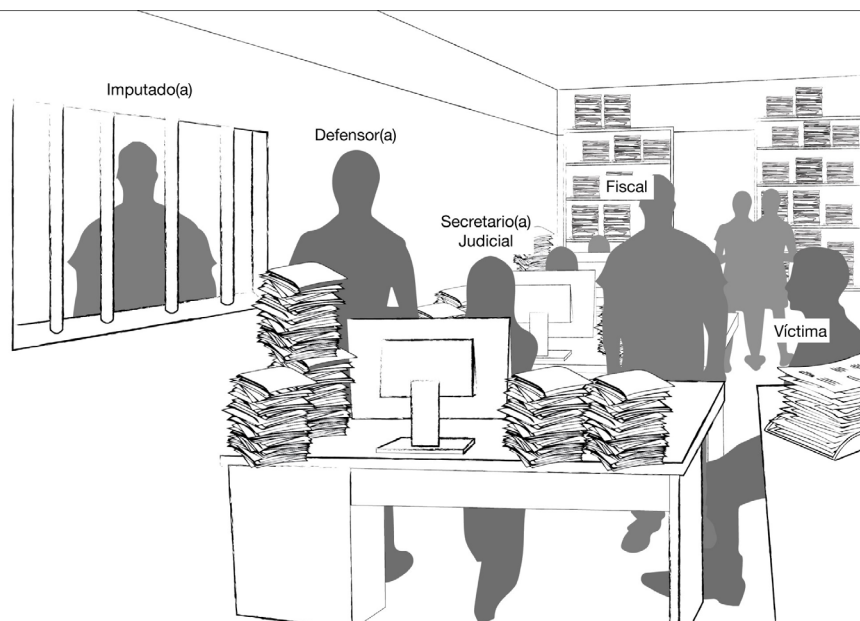
El 18 de junio de 2016 finalizó la ambiciosa transición de un sistema penal de tipo mixto-inquisitorio hacia un sistema penal adversarial y acusatorio en México.¹³ Tras ocho años desde la publicación de la reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia, México dejó atrás un sistema que se caracterizó, históricamente, por la opacidad, la desigualdad entre las partes, la preponderancia de los expedientes escritos y la ausencia de una función judicial robusta que controlara la actuación de los agentes del Estado y garantizara la protección de los derechos.

Las prácticas nocivas del sistema anterior propiciaron espacios de impartición de justicia inadecuados para promover la confianza y credibilidad judicial. Como se observa en la figura 2, los juzgados penales eran espacios inaccesibles, abarrotados y que inhibían la participación y observación ciudadana. En el sistema anterior era frecuente que las personas juzgadoras delegaran la conducción de las audiencias judiciales a las personas secretarías de los juzgados. Al respecto, de acuerdo con una encuesta realizada a personas sentenciadas en 2007, 71% reportó que la persona juzgadora estuvo ausente durante su declaración y 80% afirmó que nunca tuvo la oportunidad de interactuar con la persona que decidió su sentencia.¹⁴

¹³ A partir de esa fecha, dio inicio el llamado proceso de “consolidación” de la reforma penal para atender los múltiples y diversos pendientes derivados de la implementación.

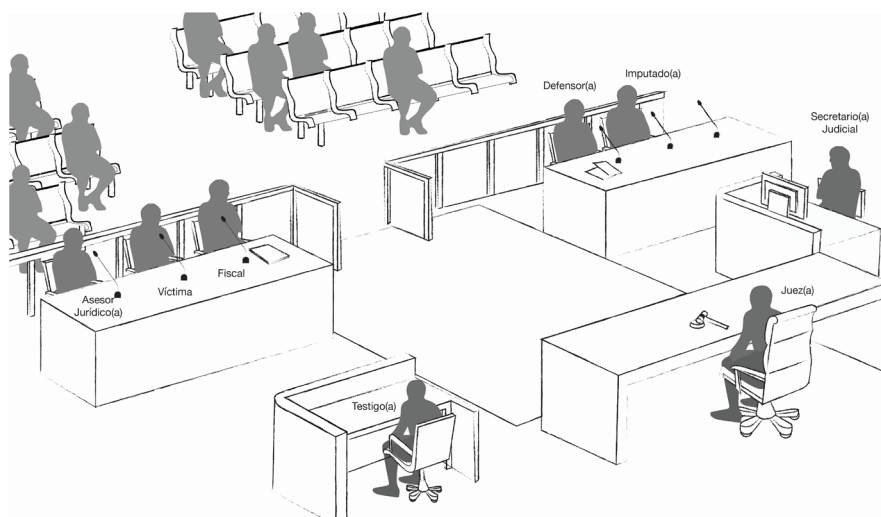
¹⁴ Bergman Marcelo y Azaola, Elena, “Cárceles en México: cuadros de una crisis”, *URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad*, núm. 1, 2007, pp. 74-87.

Figura 2. Salas de audiencias del sistema mixto-inquisitorio



Fuente: Elaboración propia.

A partir de junio de 2016 todos los nuevos juicios penales en México han ocurrido en audiencias orales y públicas realizadas en nuevos juzgados, contruidos o adaptados para dicho propósito. Sin ahondar en las particularidades procesales del sistema de justicia penal, para efectos de este texto es suficiente señalar que los procesos penales en México ahora se caracterizan por la intermediación judicial, la oralidad y la publicidad de las audiencias. La Constitución y el código procesal penal exigen que las personas juzgadoras presencien directamente el desahogo de pruebas, el debate entre las partes y decidan y expliquen sus decisiones de forma verbal y pública.

Figura 3. Salas de audiencias del sistema adversarial-acusatorio

Fuente: Elaboración propia.

Como se mencionó, la introducción de nuevos principios y reglas procesales implicó la necesaria modificación de la infraestructura judicial. Desde el gobierno federal se propuso una sala de audiencia modelo que consideraba las “necesidades biológicas, ergonomía con efectos psicológicos y materiales, forma, color, volumen y espacio, todo ello pensado e interrelacionado con el medio de solemnidad, respeto e imparcialidad que requiere el juicio oral”.¹⁵ Como se observa, desde el principio, la intención fue promover espacios consistentes con una lógica de transparencia, accesibilidad y construcción de confianza. Por lo tanto, los centros de justicia y las salas de audiencias fueron deliberadamente diseñados para promover interacciones significativas y positivas entre las autoridades judiciales, las partes de los procesos y el público.

La implementación de una reforma nacional en un sistema federal fue un proceso complejo y que continúa, en gran medida, inacabado. No obstante,

¹⁵ Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Secretaría Técnica. Salas del juicio oral [documento en línea]. Ciudad de México.

más allá de los pendientes, este texto se enfoca en las oportunidades abiertas por la transformación institucional y en las buenas prácticas que han derivado del nuevo marco normativo e institucional. Al respecto, el núcleo de la reforma tuvo lugar en los espacios de la adjudicación judicial. En los medios de comunicación y en la conversación pública era común referirse a esta como la “reforma de los juicios orales”. La lógica adversarial y acusatoria permeó los principios y reglas procesales e impactó las dinámicas e interacciones entre los operadores del sistema de justicia y la ciudadanía. En especial, se fortaleció el papel de las personas juzgadoras como garantes de los derechos y árbitros de los conflictos.

Al tratarse de la reforma judicial más trascendente en un siglo, como era esperado, ha sido ampliamente estudiada. No obstante, desde una perspectiva empírica, la mayoría de los estudios sobre la reforma penal se ha enfocado en la dimensión cuantitativa de la operación del nuevo sistema. Estos valiosos esfuerzos pretenden explicar la reforma y su impacto, principalmente, en términos de la eficiencia del sistema en la gestión de los asuntos y de los índices de impunidad, entre otros aspectos.¹⁶ La dimensión cualitativa de la reforma, como la calidad de las decisiones judiciales o la calidad de las interacciones entre personas juzgadoras y ciudadanía, ha sido menos explorada. Se sabe poco sobre las prácticas judiciales que han derivado de los nuevos diseños normativos e institucionales y de su impacto en la experiencia de las personas usuarias del sistema de justicia.¹⁷

En este ámbito se abre un espacio interesante para la investigación académica y empírica que permita ampliar la comprensión de los impactos de la reforma penal; es decir, entender mejor las dinámicas psicológicas asociadas a la impartición de justicia con miras a mejorar el desempeño de las autoridades judiciales. En específico, las siguientes secciones proponen un análisis de las

¹⁶ Véase, por ejemplo, los reportes “Hallazgos” de México Evalúa A. C.

¹⁷ Véase, por ejemplo, De la Rosa Xochitiotzi, C. y Morales Ramírez, G. F., “Oralidad, justicia adaptada y legitimidad en México: sobre los nuevos diseños procesales”, en Alsina Naudi, A. y Espejo Yaksic, N. (eds.), *El acceso a una justicia adaptada. Experiencias desde América*, México, SCJN, 2023.

dinámicas de las salas de audiencias judiciales en términos de la percepción de justicia de las personas imputadas y de su relación con la legitimidad del sistema de justicia penal.

D. Justicia procedimental en México: una primera exploración empírica

Hasta hace no mucho, la mayoría de las investigaciones sobre justicia procedimental se había realizado, principalmente, en Estados Unidos. Afortunadamente, los últimos años han visto un creciente interés en el tema desde otras latitudes y el incremento de estudios que han abonado a consolidar y matizar los alcances de la teoría de la justicia procedimental.¹⁸ Con variaciones esperadas, en términos generales, los estudios realizados en sociedades latinoamericanas, asiáticas y africanas han confirmado el peso relativo de la calidad de la interacción en la construcción de justicia y legitimidad.

En México se han realizado algunos ejercicios interesantes y exploratorios que, igualmente, han sugerido que las personas mexicanas construyen sus percep-

¹⁸ Véase, por ejemplo, Tyler, Tom R. (ed.), *Legitimacy and Criminal Justice: an International Perspective*, 2007; Törnblom, Kjell y Vermunt, Riël (eds.), *Distributive and Procedural Justice: Research and Social Applications*, 2007; Reisig, Michael D. y Lloyd, Camille, "Procedural justice, police legitimacy and helping the police fight crime: results from a survey of Jamaican adolescents", *Police Quarterly*, vol. 12, 2009, pp. 42-62; Kochel, Tammy Rinehart, Parks, Roger y Mastrofski, Stephen D., "Examining police effectiveness as precursor to legitimacy and cooperation with police", *Justice Quarterly*, núm. 30, 2013, pp. 895-925; Tankebe, Justice, "Public cooperation with the police in Ghana: Does procedural fairness matter?", *Criminology*, vol. 47, núm. 4, 2009, pp. 1265-1293; Tankebe, Justice, Reisig, Michael D. y Wang, Xia, "A multidimensional model of police legitimacy: A cross-cultural assessment", *Law and Human Behavior*, 40, 2016, pp. 11-22; White, Marion M., Tansky, Judith A. y Baik, Kibok, "Linking culture and perceptions of justice: A comparison of students in Virginia and South Korea", *Psychological Reports*, 77, 1995, pp.1103-1112; Alonso, D.R. y Brussino, S., "Análisis del modelo relacional de justicia procedimental en autoridades legales de Córdoba", *Revista Interamericana de Psicología*, vol. 49, núm. 2, 2015; Lalinde Ordoñez, S., "Impacto de la justicia procedimental en la legitimidad de la policía. Evidencia de Colombia", *Revista Derecho del Estado*, núm. 47, 2020; Alonso, D. R. y Brussino, S. A., "Legitimidad y percepciones generales de justicia de las autoridades legales de Córdoba (Argentina): un abordaje desde las valoraciones de justicia procedimental", *Interdisciplinaria*, vol. 292, núm. 2, 2012.

ciones a partir de las mismas consideraciones.¹⁹ En específico, se han realizado evaluaciones de las percepciones y experiencias de personas sentenciadas, la mayoría con las reglas procesales del sistema anterior. Estos estudios sugieren que la calidad del trato está relacionada positivamente con la percepción de la justicia de la sentencia. Igualmente existen exploraciones sobre los alcances de la justicia procedimental en el contexto de la seguridad pública.²⁰

No obstante, hasta fechas recientes no existía un estudio que profundizara en el análisis de las percepciones de personas imputadas en los nuevos juicios orales desde una visión de justicia procedimental. Por ello, el propósito de esta sección es presentar los hallazgos de la primera Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio; ésta es la primera que explora a profundidad las experiencias, opiniones y perspectivas de las personas imputadas en juicios adversariales y acusatorios en México. En específico, el ejercicio tuvo como objetivo determinar cuáles consideraciones construyen la percepción de justicia y legitimidad del nuevo sistema de justicia penal.

El estudio partió de la hipótesis consistente en que la percepción de justicia y legitimidad de las personas imputadas mexicanas está principalmente asociada con los componentes tradicionales de la justicia procedimental. La encuesta se realizó a 371 personas imputadas en juzgados de delitos menores en la Ciudad de México. En este sentido, es importante notar que la muestra

¹⁹ Gijalva-Eternod, A. E. y Fernández-Molina, E., “La opinión de los reos sobre la justicia penal en México, explorando los efectos de la justicia procedimental”, *Revista Latinoamericana de opinión pública*, vol. 7, 2017, pp. 99-140; López Escobar, A. E. y Frías Armenta, M., “Justicia procedimental y aceptación al tratamiento psicológico de los adolescentes que infringieron la ley penal”, *Psicumex*, vol. 4, núm. 1, 2014; Ponce, Aldo F., “Satisfacción judicial, procedimientos judiciales y delitos contra la salud: evidencia de los Centros Federales de Readaptación Social”, en Pérez Correa, Catalina (ed.), *De la detención a la prisión: la justicia penal a examen*, México, CIDE, 2015, pp. 55-86.

²⁰ Un estudio valoró la efectividad de impartir capacitaciones en justicia procedimental a oficiales de policía en la Ciudad de México. Los resultados sugieren que la capacitación tuvo impactos sustantivos, positivos y significativos en la percepción y práctica de los principios de justicia procedimental entre los policías. Véase Canales, R. *et al.*, “Assessing the Effectiveness of Procedural Justice Training for Police Officers: Evidence from the Mexico City Police”, 2020.

es un subuniverso del total de personas imputadas en el fuero local en la Ciudad de México.

La muestra fue representativa para la población imputada el año inmediato anterior y se realizó entre el 15 de octubre y el 30 de noviembre de 2018 en los juzgados ubicados en Doctor Lavista en la Alcaldía Cuauhtémoc. En el momento de la encuesta, este edificio albergaba 30 salas de audiencias y 40 personas juzgadoras y ahí se resolvían todos los delitos menores judicializados en la ciudad. Las entrevistas se realizaron después de la conclusión de las audiencias, con independencia del tipo de audiencia y su resultado. La encuesta consistió en 59 preguntas, la mayoría cerradas y algunas abiertas. A continuación, se presentan los resultados más destacados.²¹

I. Resultados

Como se observa en el cuadro 1, las personas imputadas por delitos menores son predominantemente hombres (95.1%), solteros (61.5%) y jóvenes (52% entre 19 y 29 años). Casi dos tercios (60.1%) de los participantes cuenta únicamente con estudios primarios y secundarios y un tercio (28.8%) reportó emplearse en el comercio formal o informal. El número de personas imputadas que se identificó como indígena fue menos de 2%. Al respecto, las características sociodemográficas son consistentes con las descripciones de la población procesada y sentenciada en el sistema de justicia de la Ciudad de México.²²

²¹ Para profundizar en la información completa de la encuesta, puede consultarse la tesis doctoral *Legitimacy, Perceived Justice and Adversarial Criminal Courts: What do mexican Defendants Care About?*, realizada por el autor.

²² Ver, por ejemplo, INEGI. Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2021.

**Cuadro 1. Características sociodemográficas
de las personas imputadas**

	Personas imputadas	Porcentaje (%)		Personas imputadas	Porcentaje (%)
A. Sexo			E. Edad		
Mujer	18	4.9	18-29	193	52.0
Hombre	353	95.1	30-39	96	25.9
B. Etnicidad			40-49	47	12.7
No indígena	365	98.4	50-59	28	7.5
Indígena	6	1.6	60 o mayor	7	1.9
C. Educación			F. Ocupación		
Ninguna	9	2.4	Comercio formal	69	18.6
Preescolar	1	0.3	Comercio informal	38	10.2
Educación primaria	63	17.0	Profesionista	16	4.3
Educación secundaria	160	43.1	Obrero	23	6.2
Educación preparatoria	101	27.2	Estudiante	23	6.2
Educación técnica	6	1.6	Desempleado/ no ocupado	22	5.9
Licenciatura	28	7.5	Chofer	25	6.7
Posgrado	2	0.5	Empleado	27	7.3
NR	1	0.3	Albañil	10	2.7
D. Situación civil			NR	3	0.8
Soltero(a)	228	61.5	Otro	115	31.0
Casado(a)	41	11.1			
Divorciado(a)	12	3.2			
Viudo(a)	1	0.3			
Concubino(a)	89	24.0			
N	371	100	N	371	100

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Como se mencionó, la encuesta se realizó en audiencias de juicios de delitos menores; 45% de las personas fueron imputadas por delitos contra la salud (principalmente, posesión), seguido por 38% imputados por delitos de robo. En este sentido, 8 de cada 10 casos (83%) procesados en los juzgados de delitos menores en el periodo reportado involucraron delitos asociados con drogas o robos. En porcentajes mínimos, les sigue daño a la propiedad, lesiones y violencia doméstica.

Cuadro 2. Delito imputado

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
Delito imputado		
Delito contra la salud	167	45.0
Robo	141	38.0
Daño a la propiedad	13	3.5
Lesiones	12	3.2
Otro	11	3.0
Violencia doméstica	10	2.7
Abuso sexual	6	1.6
Homicidio	5	1.3
Varios	2	0.5
NR	4	1.1

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Para explorar la relación entre la percepción de justicia y legitimidad reportada por las personas sujetas a proceso y una serie de variaciones procedimentales, la encuesta incluyó preguntas para conocer la opinión de las personas imputadas en términos de 1) su percepción de justicia del proceso penal y de la persona juzgadora, 2) la legitimidad del sistema de justicia, 3) los componentes del modelo de justicia procedimental, 4) otras consideraciones subjetivas y 5) consideraciones objetivas (como la duración del proceso y la decisión judicial) asociadas con el desarrollo de los juicios orales.

Como se observa en el cuadro 3, las evaluaciones de las personas juzgadas durante el desarrollo de las audiencias en términos de percepción de justicia fueron positivas: 88.1% de las personas entrevistadas consideró que recibió un trato justo por parte de la persona juzgadora durante el proceso; similarmente, 93.6% reportó que estaban “totalmente de acuerdo” o “de acuerdo” con la afirmación de que la persona juzgadora fue justa con todas las personas involucradas en el proceso.

Cuadro 3. Percepción de justicia de la persona juzgadora

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
A. ¿Qué tan justo fue el trato que le dio el juez(a) durante su proceso?		
Justo	327	88.1
Algo justo	25	6.7
Ni justo ni injusto	7	1.9
Algo injusto	4	1.1
Injusto	6	1.6
NR	2	0.5
B. ¿El juez(a) fue justo(a) con las personas involucradas en el proceso?		
Totalmente de acuerdo	224	60.4
De acuerdo	123	33.2
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	10	2.7
En desacuerdo	7	1.9
Totalmente en desacuerdo	2	0.5
NR	5	1.3

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

De forma similar, para conocer la legitimidad del sistema de justicia penal, la encuesta incluyó una pregunta para saber la opinión general de las personas imputadas sobre el funcionamiento del sistema. Al respecto, 19.7% dijo estar “totalmente de acuerdo” y 51.5% dijo estar “de acuerdo” con la idea de que

el sistema de justicia penal funciona correctamente; 16.1% de las personas entrevistadas afirmó que el sistema de justicia no funciona correctamente.

Cuadro 4. Percepción general sobre el sistema de justicia penal (legitimidad)

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo está en el siguiente enunciado “El sistema de justicia penal funciona correctamente”?</i>		
Totalmente de acuerdo	73	19.7
De acuerdo	191	51.5
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	43	11.6
En desacuerdo	45	12.1
Totalmente en desacuerdo	15	4.0
NR	4	1.1

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Al preguntar específicamente sobre los componentes de la justicia procedimental, los resultados fueron, en su mayoría, positivos. Como se muestra en el cuadro 5, 93.8% de las personas entrevistadas dijo estar “totalmente de acuerdo” o “de acuerdo” con la afirmación “El juez(a) escuchó en igual medida a todas las personas involucradas en el proceso”. Esto confirma una evaluación positiva sobre la imparcialidad de las personas juzgadoras durante el desarrollo de las audiencias. Respecto de la voz durante las audiencias, 88.4% de las personas participantes reportó haber tenido la oportunidad de expresar su punto de vista a la persona juzgadora durante el proceso.

Cuadro 5. Percepción de imparcialidad durante el proceso

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo está con el siguiente enunciado “El juez(a) escuchó en igual medida a todas las partes involucradas en el proceso”</i>		
Totalmente de acuerdo	214	57.7
De acuerdo	134	36.1
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	8	2.2
En desacuerdo	11	3.0
Totalmente en desacuerdo	1	0.3
NA/NR	3	0.8

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Cuadro 6. Percepción de voz durante el proceso

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo está con el siguiente enunciado “Tuve oportunidad de expresar mi punto de vista al juez(a) durante el proceso”?</i>		
Totalmente de acuerdo	211	56.9
De acuerdo	117	31.5
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	16	4.3
En desacuerdo	10	2.7
Totalmente en desacuerdo	7	1.9
NA/NR	10	2.7

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Respecto del tipo de trato recibido durante las audiencias, prácticamente todos los participantes en la encuesta (98.4%) afirmó haber sido tratado

con respeto por parte de la persona juzgadora. El porcentaje de personas que reportó un trato irrespetuoso fue marginal. Este indicador, asociado tradicionalmente con la justicia procedimental, fue el que menos variación reportó en los datos recabados.

Cuadro 7. Percepción de respeto durante el proceso

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo está con el siguiente enunciado “El juez(a) me trató con respeto durante el proceso”?</i>		
Totalmente de acuerdo	265	71.4
De acuerdo	100	27.0
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	4	1.1
En desacuerdo	1	0.3
Totalmente en desacuerdo	0	0.0
NA/NR	1	0.3

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

La encuesta también incluyó una pregunta específica para diagnosticar el nivel de confianza de las personas imputadas en la persona juzgadora. La confianza, en estos términos, se construye indirectamente a partir de la presencia de los elementos anteriores y se expresa en la creencia de que la autoridad actúa con un sentido de benevolencia e interés en comprender y resolver el conflicto. Como se muestra en el cuadro 8, 6 de cada 10 participantes reportaron la mayor calificación posible para la confianza depositada en la persona juzgadora.

Cuadro 8. Percepción de la confianza en la persona juzgadora

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>Del 0 al 10, donde 10 es “confío totalmente” y 0 es “no confío nada” ¿En qué medida confías en el juez(a) de tu proceso?</i>		
10	210	57.2
9	72	19.6
8	60	16.3
7	7	1.9
6	3	0.8
5	10	2.7
4	0	0
3	1	0.3
2	1	0.3
1	0	0
0	3	0.8

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Además de los componentes tradicionales de la justicia procedimental, las entrevistas incorporaron preguntas sobre otro tipo de consideraciones subjetivas. Como se observa en el cuadro 9, 81.7% de las personas participantes reportó que la persona juzgadora consideró su perspectiva y sus preocupaciones. Cuando se les preguntó sobre el nivel de comprensión del proceso penal, 42.9% reportó haber entendido “todo”, 32.9% dijo haber entendido “suficiente”, 17% afirmó haber entendido “algo” y 7% mencionó entender “poco” o “nada”.

Cuadro 9. Percepción sobre la consideración de la persona juzgadora

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo está con el siguiente enunciado “El juez(a) consideró mi punto de vista y mis preocupaciones?”</i>		
Totalmente de acuerdo	205	55.3
De acuerdo	98	26.4
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	16	4.3
En desacuerdo	16	4.3
Totalmente en desacuerdo	5	1.3
NA/NR	31	8.4

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Cuadro 10. Comprensión durante el proceso

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>¿Cuánto diría que entendió sobre lo que ocurría durante su proceso penal?</i>		
Todo	159	42.9
Suficiente	122	32.9
Algo	63	17.0
Poco	24	6.5
Nada	2	0.5
NR	1	0.3

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

La encuesta también incorporó una pregunta para diagnosticar la proactividad de las personas juzgadas durante el proceso. En específico, se les preguntó si la persona juzgada había mostrado interés en garantizar la comprensión del proceso. Al respecto, 93.8% de las personas participantes reportó que la autoridad judicial fomentó el entendimiento por parte de la persona imputada.

Cuadro 11. Proactividad judicial

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>A. ¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo está con el siguiente enunciado “En todo momento el juez(a) se aseguró que yo entendiera que ocurría durante le proceso penal”?</i>		
Totalmente de acuerdo	222	59.8
De acuerdo	126	34.0
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	12	3.2
En desacuerdo	7	1.9
Totalmente en desacuerdo	3	0.8
NR	1	0.3

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Finalmente, además de indagar en consideraciones propiamente subjetivas, la encuesta también preguntó sobre variables, para efectos de este estudio, denominadas objetivas, como la duración del proceso o la decisión judicial. Estas variables son recurrentes en evaluaciones del sistema de justicia orientadas a medir resultados.

Cuadro 12. Duración del proceso

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>¿Qué duración ha tenido su proceso?</i>		
Menos de una semana	279	75.2
Entre una semana y un mes	7	1.9
Entre un mes y tres meses	13	3.5
Entre tres meses y seis meses	31	8.4
Entre seis meses y un año	23	6.2
Más de un año	16	4.3
NA/NR	2	0.5

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

En específico, 3 de cada 4 participantes (75.2%) reportaron que su proceso duró menos de una semana. Es importante notar que esta duración se refiere al plazo transcurrido desde el primer contacto de las personas imputadas con el sistema de justicia (94.7% afirmaron haber sido detenidos) y la conclusión de la audiencia tras la cual fueron entrevistadas. Al respecto, es importante recordar que la población participó en procesos judiciales por delitos menores; en este contexto, la duración breve de la mayoría de los procesos es esperada, aunque no por ello deja de ser una buena noticia.

Como se mencionó, las entrevistas se realizaron tras la conclusión de la audiencia oral, con independencia del tipo de audiencia y de la resolución de ésta. Tras las audiencias, las personas eran trasladadas a un salón donde permanecían temporalmente con independencia del tipo de resolución. Por lo tanto, 82.2% de las personas participantes reportó que su asunto tuvo una decisión definitiva, mientras que el resto informó que la decisión seguía pendiente.

Entre las personas que reportaron una decisión definitiva, 35% dijo que la persona juzgadora decidió la suspensión condicional del proceso, 33.7% mencionó que fue absuelto, 8.1% fue remitido a un mecanismo alternativo de solución de conflictos, 3% fue condenado y 2.4% dijo que su caso fue sobreseído o desechado.

Cuadro 13. Decisión judicial

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>Decisión judicial</i>		
Sentencia absolutoria	125	33.7
Suspensión condicional del proceso	130	35.0
Aún no hay decision	62	16.7
Acuerdo reparatorio	30	8.1
Sentencia condenatoria	11	3.0
Sobreseimiento	9	2.4
NA/NR	4	1.1

Fuente: *Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio* (2018).

También se preguntó sobre consideraciones de justicia distributiva. Esto permite una aproximación a las expectativas de las personas imputadas respecto del proceso penal y a su visión sobre la justicia de la decisión. En particular, las personas imputadas informaron si consideraban que cualquier otra persona en su misma situación hubiera recibido la misma respuesta de las autoridades.

Al respecto, 8 de cada 10 imputados afirmaron estar de acuerdo con el enunciado. Sólo 10.5% de las personas participantes dijo que la decisión que hubiera recibido otra persona en su misma situación hubiera sido distinta. Este hallazgo es relevante, pues sugiere que los imputados consideran que la decisión judicial fue apropiada y está vinculada con las características del caso y no con sus atributos o condiciones individuales.

Cuadro 14. Percepción sobre justicia distributiva

	Personas imputadas	Porcentaje (%)
<i>¿Qué tan de acuerdo o desacuerdo está con el siguiente enunciado “Cualquier otra persona en un caso como el mío recibiría un trato similar por parte de las autoridades”?</i>		
Totalmente de acuerdo	135	44.3
De acuerdo	109	35.7
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	26	8.5
En desacuerdo	27	8.9
Totalmente en desacuerdo	5	1.6
NA/NR	3	1.0

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

De acuerdo con la teoría de justicia procedimental, la percepción de justicia media la relación entre la calidad de la interacción y la legitimidad de la autoridad. Por lo tanto, el primer ámbito que se exploró, por medio de un análisis estadístico inferencial, fue la relación entre las consideraciones subjetivas y objetivas y la percepción de justicia de las personas imputadas, medida por

dos variables independientes —1) la justicia de la persona juzgadora y 2) la justicia en general—. Igualmente, se examinó la relación entre las variables subjetivas y objetivas y la percepción de legitimidad del sistema de justicia, medida como la opinión sobre el funcionamiento del sistema.

La relación entre las variables dependientes (*justicia de la persona juzgadora, justicia del proceso y legitimidad*) y las distintas variables independientes se evaluó mediante regresiones logísticas. Para este análisis se desarrollaron tres modelos (modelo de justicia procedimental; modelo de otras consideraciones subjetivas, y modelo de consideraciones objetivas). Los resultados se muestran a continuación.

Cuadro 15. Percepción de justicia de la persona juzgadora

Variables independientes	Variable dependiente:			
	Justicia de la persona juzgadora con la persona imputada			
	(1)	(2)	(3)	(4)
Duración	2.838***			3.317**
	(1.146)			(1.590)
Decisión judicial	0.605			0.836
	(0.375)			(0.628)
Sin decisión judicial	0.632			0.715
	(0.254)			(0.331)
Justicia distributiva	0.994			0.855
	(0.490)			(0.515)
Imparcialidad		4.982***		6.252**
		(2.913)		(4.949)
Respeto		1.822		2.643
		(2.057)		(3.393)
Voz		2.463*		3.341*
		(1.254)		(2.144)
Confianza		2.587		1.749
		(1.525)		(1.158)

Variables independientes	Variable dependiente:			
	Justicia de la persona juzgadora con la persona imputada			
	(1)	(2)	(3)	(4)
Consideración			1.500	0.370
			(0.734)	(0.257)
Entendimiento			2.691***	3.063***
			(1.011)	(1.324)
Proactividad judicial			2.128	0.833
			(1.210)	(0.625)
Constant	5.150***	0.212	1.463	0.096*
	(2.904)	(0.230)	(0.854)	(0.127)
Observaciones	364	354	340	329
Log Likelihood	-121.707	-108.543	-112.449	-93.420
Akaike Inf. Crit.	253.414	227.086	232.898	210.840
Error estándar en paréntesis				

Nota: * p<0.10, ** p<0.05, *** p<0.01

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Cuadro 16. Percepción de justicia en general

Variables independientes	Variable dependiente:			
	Justicia de la persona juzgadora con todas las personas involucradas			
	(1)	(2)	(3)	(4)
Duración	1.843			2.650
	(1.080)			(1.858)
Decisión judicial	0.710			0.973
	(0.606)			(1.069)
Sin decisión judicial	0.901			0.485
	(0.497)			(0.363)
Justicia distributiva	1.031			0.862
	(0.695)			(0.794)

Variables independientes	Variable dependiente:			
	Justicia de la persona juzgadora con todas las personas involucradas			
	(1)	(2)	(3)	(4)
Imparcialidad		11.874***		8.721***
		(8.212)		(7.040)
Respeto		1.440		1.422
		(2.009)		(1.931)
Voz		6.797***		8.064***
		(4.252)		(5.728)
Confianza		6.568***		5.157**
		(4.666)		(4.000)
Consideración			3.691**	1.201
			(2.153)	(0.851)
Entendimiento			1.168	0.949
			(0.694)	(0.715)
Proactividad judicial			5.570**	1.334
			(3.842)	(1.280)
Constant	12.744***	0.071*	1.356	0.055*
	(9.871)	(0.101)	(0.848)	(0.084)
Observaciones	361	352	338	328
Log Likelihood	-73.186	-49.322	-60.060	-45.061
Akaike Inf. Crit.	156.372	108.644	128.120	114.121
Error estándar en paréntesis				

Nota: * p<0.10, ** p<0.05, *** p<0.01

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Cuadro 17. Legitimidad del Sistema de justicia penal

Variables independientes	Variable dependiente:			
	Legitimidad del Sistema de justicia penal			
	(1)	(2)	(3)	(4)
Duración	0.838			0.975
	(0.278)			(0.372)
Decisión judicial	0.718			1.042
	(0.328)			(0.559)
Sin decisión judicial	0.694			0.695
	(0.180)			(0.201)
Justicia distributiva	1.122			1.070
	(0.363)			(0.393)
Imparcialidad		6.229***		3.533*
		(3.824)		(2.471)
Voz		2.800**		2.999**
		(1.188)		(1.481)
Confianza		2.043		1.613
		(1.036)		(0.856)
Respeto		0.439		0.622
		(0.503)		(0.705)
Consideración			2.447**	1.221
			(0.909)	(0.562)
Entendimiento			1.739*	1.775*
			(0.498)	(0.535)
Proactividad judicial			2.077	1.503
			(1.048)	(0.867)
Constant	3.355***	0.212	0.393*	0.127*
	(1.413)	(0.226)	(0.208)	(0.143)
Observaciones	361	351	337	326
Log Likelihood	-212.759	-194.712	-192.146	-177.996
Akaike Inf. Crit.	435.518	399.425	392.291	379.993
Error estándar en paréntesis				

Nota: * p<0.10, ** p<0.05, *** p<0.01

Fuente: Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2018).

Como se observa en el cuadro 15, en el caso de la percepción de la justicia de la persona juzgadora se identificaron cuatro variables independientes con las relaciones más significativas con la variable dependiente: entendimiento ($p < 0.01$), seguido por la imparcialidad ($p < 0.05$), la duración del proceso ($p < 0.05$) y, en menor medida, por la voz de las personas imputadas ($p < 0.1$). Todas las variables reportaron una relación positiva con la variable dependiente, lo que sugiere que la presencia de estas consideraciones durante los procesos judiciales incrementa las probabilidades de que la persona imputada reporte que la persona juzgadora es justa.

Además de la percepción de la justicia en lo particular, se exploraron las variables asociadas con la percepción de justicia hacia todas las personas involucradas en el proceso o justicia en general. Como se muestra en el cuadro 16, las relaciones de las variables asociadas con el modelo de justicia procedimental fueron notablemente más relevantes que otro tipo de consideraciones. Los resultados sugieren que la percepción de justicia en general está principalmente vinculada con la imparcialidad del juzgador ($p < 0.01$), la voz de la persona imputada ($p < 0.01$) y la confianza en la persona juzgadora ($p < 0.05$). En este ámbito ninguna de las consideraciones objetivas (duración, decisión judicial o justicia distributiva) resultó correlacionada.

Finalmente, como se muestra en el cuadro 17, se exploraron las asociaciones de las distintas variables con la legitimidad del sistema de justicia. De nuevo, las variables vinculadas con la justicia procedimental resultaron más correlacionadas con la legitimidad que cualquier otra consideración. En específico, la voz apareció como la variable independiente con la mayor correlación ($p < 0.05$), seguida por la imparcialidad de la persona juzgadora y el entendimiento del proceso ($p < 0.1$). Dada la relación positiva entre las variables examinadas, es posible presumir que la presencia de dichas consideraciones en las interacciones entre personas juzgadas e imputadas implica un incremento en la legitimidad del sistema.

II. Discusión

Los cambios normativos e institucionales introducidos por la reforma penal en México, en especial los ajustes espaciales asociados a los nuevos juicios orales, adversariales y públicos proveen un contexto óptimo para realizar estudios empíricos sobre los alcances de la justicia procedimental en el contexto mexicano. Como se mencionó, las salas de audiencias penales constituyen un espacio para la interacción significativa entre la autoridad judicial y las personas destinatarias de sus decisiones.

La encuesta presentada en la sección anterior tuvo como objetivo realizar un primer acercamiento cualitativo a dichas interacciones y, en particular, explorar las experiencias y opiniones de las personas imputadas. El primer aspecto abordado por el estudio fue la configuración de la percepción de justicia en las personas participantes en procesos penales. Los resultados de este primer estudio sugieren que la percepción de justicia de las personas sujetas a proceso en juzgados de delitos menores en la Ciudad de México se construye principalmente a partir de la presencia de los componentes tradicionalmente asociados con la justicia procedimental.

En específico, *imparcialidad* y *voz* fueron los elementos que mostraron correlaciones significativas y positivas en el análisis tanto de la justicia percibida directamente por el imputado (*justicia de la persona juzgada*) como en la justicia impartida a todas las partes (*justicia en general*). La confianza, el entendimiento y la duración del proceso también mostraron correlaciones con la percepción de justicia reportada por las personas imputadas.

De forma similar, se exploró la relación entre la legitimidad del sistema de justicia y dicha serie de variables. De nuevo, la voz de las personas imputadas apareció como un elemento estrechamente relacionado con la legitimidad, así como la *imparcialidad* y el *entendimiento*. Es relevante destacar la influencia consistente de la *imparcialidad*, *voz* y *confianza* tanto con la percepción de justicia como con la legitimidad del sistema de jus-

ticia.²³ En este sentido, los resultados de la investigación son coherentes con investigaciones previas realizadas en México y en otros países.

Es una creencia prevalente en el gremio jurídico que la percepción de justicia y legitimidad está principalmente determinada por los resultados de los procesos judiciales. Es cierto que las consideraciones objetivas influyen en la configuración de dichas percepciones; incluso en este estudio la duración del proceso estuvo asociada con la percepción de justicia. No obstante, los resultados de esta investigación y aquellos de muchas investigaciones previas en la materia sugieren que la influencia de los resultados del sistema de justicia está sobreestimada. En el caso de esta investigación, el efecto de la decisión judicial fue imperceptible.

Sin ser concluyentes, estos hallazgos deberían provocar una reflexión que cuestione las premisas y las prioridades bajo las cuales opera actualmente el sistema judicial. En principio los resultados desafían a la legislación y política judicial que se construye a partir de una orientación basada, exclusivamente, en resultados y en términos de eficiencia institucional. Al respecto, es importante precisar que fomentar la percepción de justicia no es incompatible con los compromisos normativos y éticos vinculados con la obligación de proveer justicia sustantiva. En cualquier caso, la justicia procedimental propone obligaciones adicionales para las autoridades judiciales, quienes deben no sólo garantizar decisiones justas sino también procesos justos.

Un segundo aspecto relevante del estudio está vinculado con las transformaciones institucionales, en el marco de la reforma penal, que han propiciado la construcción de espacios idóneos para los intercambios productivos entre la autoridad judicial y la ciudadanía. Las opiniones de las personas imputadas sobre el desempeño de las personas juzgadoras sugieren que las nuevas

²³ La relación entre las variables dependientes y *respeto* (la cuarta variable del modelo de justicia procedimental) fue menor en todos los casos; sin embargo, es importante señalar que la variable de trato respetuoso reportó menor variación en los datos recabados. Es posible que no haya efecto visible debido a la consistencia en las respuestas de las personas entrevistadas.

condiciones están fomentando dinámicas positivas en las salas de audiencias. Asimismo, los datos sugieren que las personas juzgadoras están aprovechando las nuevas condiciones para asumir un papel proactivo y desarrollar una labor centrada en las personas.

Un tercer aspecto notable del estudio consiste en las opiniones, mayoritariamente, favorables sobre el desempeño judicial. La valoración positiva de las autoridades judiciales por parte de las personas imputadas es un hallazgo prometedor para el futuro de las reformas judiciales; sin embargo, las opiniones favorables no son consistentes respecto de otras autoridades del sistema de justicia, por ejemplo, 52.3% de las personas reportó que el trato recibido durante su detención fue irrespetuoso y 20.8% dijo que en las fiscalías lo trataron con falta de respeto.²⁴

Es importante notar que, a diferencia de las personas juzgadoras, dichas autoridades (policías y fiscalías) operan en condiciones menos transparentes, con amplia discrecionalidad y baja supervisión. En este contexto, es relevante señalar que la ausencia de una visión y políticas integrales que atiendan estas problemáticas y garanticen justicia procedimental, de forma transversal, compromete la legitimidad y credibilidad del sistema de justicia en general.

Los resultados de este estudio son noticias positivas para las prospectivas de las reformas judiciales y sugieren que dichos cambios tienen el potencial de impactar para bien la legitimidad de la justicia. En las circunstancias adecuadas, es decir, con personas juzgadores que prioricen garantizar experiencias justas durante los procesos judiciales, la reforma tiene el potencial de incidir positivamente en los niveles de satisfacción de las personas que participan en los procesos judiciales y de atender el déficit de legitimidad institucional prevalente en México.

²⁴ Para profundizar en la información completa de la encuesta consultar la tesis doctoral "*Legitimacy, perceived justice and adversarial criminal courts: What do Mexican defendants care about?*" realizada por el autor.

E. Conclusiones e implicaciones

Las implicaciones de los principales hallazgos de la “Encuesta sobre Percepción de Legitimidad del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, en concordancia con los postulados e investigaciones de la teoría de justicia procedimental, se pueden construir desde distintas dimensiones. En una primera dimensión, los resultados se pueden leer desde el ámbito del desempeño individual de las autoridades judiciales. En este sentido, los resultados sugieren que las personas juzgadoras pueden promover, proactiva y deliberadamente, la percepción de justicia durante la conducción de audiencias. Esto será posible si las autoridades judiciales colocan en el primer plano de sus prioridades garantizar experiencias satisfactorias para las personas destinatarias de sus decisiones.

En una segunda dimensión, los resultados de este estudio y de diversos estudios previos sobre justicia procedimental tienen implicaciones en el ámbito legislativo y de política judicial. En términos de política judicial, repensar la justicia desde una perspectiva centrada en las personas implica reorganizar los incentivos institucionales, la educación judicial y los mecanismos de evaluación del desempeño. El estudio ya apunta algunas de las limitaciones de un enfoque institucional preocupado únicamente por los resultados y provee evidencia de la importancia de construir un concepto de justicia desde una dimensión cualitativa.

En términos del diseño legal, no puede ignorarse más la dimensión psicológica de los procedimientos y las instituciones. El diseño normativo requiere, con urgencia, de mecanismos que incorporen las preocupaciones, opiniones y experiencias de las personas. Si bien no hay leyes que garanticen justicia y legitimidad, sí existen diseños legislativos que propician mejores condiciones para que ambas prosperen. Los juicios orales son un gran ejemplo de ello.

Finalmente, es importante recordar que la reforma penal fue sólo la primera de una cascada de reformas judiciales y procesales en México. Los últimos 15 años se han caracterizado por la introducción de la intermediación, la oralidad y la publicidad en materias tan diversas como la laboral, mercantil, civil y

familiar, tanto en el fuero federal como local. En este contexto, el campo de estudio para la justicia procedimental en México es amplísimo y, además oportuno, dada la novedad de los cambios. En este sentido, esperamos que esta primera encuesta sea precisamente la primera de muchas más que permitan comprender mejor las experiencias de las personas y repensar la justicia para construir procesos judiciales que respondan efectivamente sus necesidades.

F. Bibliografía

- Alonso, D. R. y Brussino, S. A., “Legitimidad y percepciones generales de justicia de las autoridades legales de Córdoba (Argentina): un abordaje desde las valoraciones de justicia procedimental”, *Interdisciplinaria*, vol. 292, núm. 2, 2012.
- Alonso, D.R. y Brussino, S., “Análisis del modelo relacional de justicia procedimental en autoridades legales de Córdoba”, *Revista Interamericana de Psicología*, vol. 49, núm. 2, 2015.
- Bergman, Marcelo y Azaola, Elena, “Cárceles en México: cuadros de una crisis”, *URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad*, núm. 1, 2007, pp. 74-87.
- Canales, R. *et al.*, “Assessing the Effectiveness of Procedural Justice Training for Police Officers: Evidence from the Mexico City Police”, 2020.
- De la Rosa Xochitiotzi, C. y Morales Ramírez, G. F., “Oralidad, justicia adaptada y legitimidad en México: sobre los nuevos diseños procesales”, en Alsina Naudi, A. y Espejo Yaksic, N. (eds.), *El acceso a una justicia adaptada. Experiencias desde América*, México, SCJN, 2023.
- Gijalva-Eternod, A. E. y Fernández-Molina, E., “La opinión de los reos sobre la justicia penal en México, explorando los efectos de la justicia procedimental”, *Revista Latinoamericana de opinión pública*, vol. 7, 2017, pp. 99-140.
- Kirk David S. y Papachristos Andrew V., “Cultural mechanisms, and persistence of neighborhood violence”, *American Journal of Sociology*, 116, 2011, pp. 1190, 1191.

- Kochel, Tammy Rinehart, Parks, Roger y Mastrofski, Stephen D., "Examining police effectiveness as precursor to legitimacy and cooperation with police", *Justice Quarterly*, núm. 30, 2013, pp. 895-925;
- Lalinde Ordoñez, S., "Impacto de la justicia procedimental en la legitimidad de la policía. Evidencia de Colombia", *Revista Derecho del Estado*, núm. 47, 2020.
- Lind, E. Allan & Tyler, Tom R., *The Social Psychology of Procedural Justice*, 1988. Tyler, Tom R., "How Do the Courts Create Popular Legitimacy? The Role of Establishing the Truth, Punishing Justly and/or Acting Through Just Procedures", *Albany Law Review*, vol. 77, 2014, pp. 101-143.
- López Escobar, A. E. y Frías Armenta, M., "Justicia procedimental y aceptación al tratamiento psicológico de los adolescentes que infringieron la ley penal", *Psicumex*, vol. 4, núm. 1, 2014.
- O'Brien Thomas C. & Tyler, Tom R. "Authorities and communities: Can Authorities Shape Cooperation with Communities on a Group Level?", *Psychology, Public policy, and Law*, vol. 26, núm 1., 2019.
- O'Brien, Thomas C. *et al.*, "Building Popular Legitimacy with Reconciliatory Gestures and Participation: A Community-Level Model of Authority", *Regulation & Governance*, vol. 14, núm. 4, 2019.
- Ponce, Aldo F., "*Satisfacción judicial, procedimientos judiciales y delitos contra la salud: evidencia de los Centros Federales de Readaptación Social*", en Pérez Correa, Catalina (ed.), *De la detención a la prisión: la justicia penal a examen*, México, CIDE, 2015, pp. 55-86.
- Reisig, Michael D. y Lloyd, Camille, "Procedural justice, police legitimacy and helping the police fight crime: results from a survey of Jamaican adolescents", *Police Quarterly*, vol. 12, 2009, pp. 42-62;.
- Rottman, David B., & Tyler, Tom R., "Thinking about Judges and Judicial Performance: Perspective of the Public and Court Users", *Oñati Socio-legal Series*, vol. 4, núm. 5, 2014, pp. 1046, 1049.
- Sampson Robert J. y Bartusch, Dawn Jeglum, "Legal cynicism and (sub-cultural?) tolerance of deviance: The neighborhood context of racial differences", *32 Law & Society Review*, 1998, pp. 777-804.

- Tankebe, Justice, "Public cooperation with the police in Ghana: Does procedural fairness matter?", *Criminology*, vol. 47, núm. 4, 2009, pp. 1265-1293.
- Tankebe, Justice, Reisig, Michael D. y Wang, Xia, "A multidimensional model of police legitimacy: A cross-cultural assessment", *Law and Human Behavior*, 40, 2016, pp. 11-22.
- Tyler, Tom R. & Fagan, Jeffrey, "Legitimacy and Cooperation: Why do people help the police fight crime in their communities?", *Ohio St. J. Crim. L.* 6, 2008, pp. 231, 235.
- Tyler, Tom R. & Jonathan Jackson, "Popular Legitimacy, and the Exercise of Legal Authority: Motivating Compliance, Cooperation, and Engagement", *Psychology, Public Policy, and Law*, 2013.
- Törnblom, Kjell y Vermunt, Riël (eds.), *Distributive and Procedural Justice: Research and Social Applications*, 2007.
- Tyler Tom R. & Jackson, Jonathan, "Popular legitimacy, and the exercise of legal authority: motivating compliance, cooperation, and engagement", *Psychology, Public Policy, and Law*, 2013.
- Tyler Tom R. (ed.), *Legitimacy and Criminal Justice: an International Perspective*, 2007.
- Tyler, Tom R. & Darley, John M., "Building a Law-Abiding Society: Taking Public Views about Morality and the Legitimacy of Legal Authorities into Account when Formulating Substantive Law", *Hofstra L. Rev.*, 28, 2000, p. 707.
- Tyler, Tom R., "Psychological Perspectives on Legitimacy and Legitimation", *Annu. Rev. Psychol.*, 57, 2006, pp. 375, 376.
- Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law*, 2006; Tyler, Tom R., "Procedural Justice, and the Courts", *Court Review*, 44, 2007, pp. 26, 27.
- Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law*, *op. cit.*
- White, Marion M., Tansky, Judith A. y Baik, Kibok, "Linking culture and perceptions of justice: A comparison of students in Virginia and South Korea", *Psychological Reports*, 77, 1995, pp. 1103-1112.

Magistratura sobre la arena. Presupuestos institucionales de la independencia judicial

Alberto Nanzer^{*}

* Abogado de la Universidad Nacional de Rosario, máster en Criminología Aplicada y Penología por la Universidad de Cambridge (Reino Unido) y doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires; subsecretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación.

SUMARIO: A. Introducción. B. Consideraciones sobre el principio de separación de poderes. C. La llamada doctrina clásica. I. La correlación. II. El aislamiento crítico. D. Recapitulación. E. La extralimitación judicial. F. La (falta de) lealtad institucional. G. El solar de la independencia. H. Conclusión. I. Bibliografía.

*Independence is not a transcendent ideal,
but contingent upon certain assumptions about
the structure of government.*

Owen Fiss¹

A. Introducción

La independencia judicial suele ocupar un espacio considerable de la agenda pública. A menudo, aparece como un dispositivo retórico potente para descalificar argumentos rivales. Cualquier proposición que sugiera una menor independencia de los magistrados y magistradas suele ser rechazada sin mayor discusión. Al mismo tiempo, la noción es multiforme y, ni bien se la echa a andar, se somete a un sinnúmero de disecciones analíticas. Este trabajo gira en torno a dos de sus principales manifestaciones. Por un lado, la llamada independencia externa, según la cual los jueces deben desempeñar sus funciones sin presiones o interferencias indebidas provenientes de los otros órganos de gobierno. Por otro lado, la independencia en un sentido

¹ Fiss, Owen, "The Right Degree of Independence", en Stotzky, Irwin (ed.), *Transition to Democracy in Latin America. The Role of the Judiciary*, Nueva York, Routledge, 1993, p. 67.

técnico, a partir del cual los jueces deben decidir conforme al derecho y a la prueba, esto es, sin apelar a sus preferencias políticas o partidarias.²

La centralidad de la independencia judicial puede ser evaluada a partir de tres dimensiones. La primera es individual: la independencia es un atributo del juez que da contenido a un derecho constitucional. En rigor, la independencia del juez es más que un derecho. Es una metagarantía que da sentido a las demás. Un juez dependiente no puede ser imparcial; frente a un juez parcial tiene poco sentido defenderse. La regulación exhaustiva de la independencia judicial se justifica pues sobre ella se edifica toda la estructura del debido proceso.³

En una segunda dimensión, más general, la independencia judicial es un bien público. Es decir, es una de las prestaciones que el Estado debe proporcionar a los ciudadanos. La importancia de ese bien público es directamente proporcional

² Para una definición de este tipo, cf. Melton, James y Ginsburg, Tom, “¿Does De Jure Judicial Independence Really Matter? A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence”, *Journal of Law and Courts*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 187 y ss. Según los autores, la independencia judicial es un concepto que, en su núcleo, comprende la habilidad y la voluntad de los tribunales de decidir conforme al derecho, sin prestar atención a la opinión de los demás actores gubernamentales. El texto reconoce que la independencia judicial puede no ser el valor determinante para evaluar la calidad de la jurisdicción, pues compite con valores concurrentes como la consistencia, la exactitud, la previsibilidad y la celeridad. De todas maneras, se trata de un componente esencial: una magistratura que decide de modo legalmente implausible bajo la influencia indebida de otros poderes probablemente sufra una caída estrepitosa en su reputación y credibilidad (p. 190).

³ En este sentido, cf. Ibáñez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, 2015, pp. 139 y ss., en especial, p. 141. Queda abierta aquí la cuestión acerca de las condiciones precisas bajo las cuales la falta de independencia hace colapsar la regularidad del proceso. Imaginemos que una persona es condenada como corolario de un proceso en el que el juez recibió presiones por parte del Poder Ejecutivo. Supongamos que la defensa logra demostrar que el secretario de un ministro llamó al juez y lo amenazó para que dictara la condena. ¿En qué medida esas situaciones contaminan el proceso? La respuesta más plausible aparece luego de vincular independencia a imparcialidad: la presión experimentada por el juez afecta su libertad para resolver lo que cree ajustado a derecho, e impide que se desenvuelva con la neutralidad y objetividad propias de quien no tiene un interés personal en el desenlace del proceso. Esto probablemente conduzca a una evaluación contra fáctica acerca de la inocuidad o nocividad de lo ocurrido con el juez. Según la posición predominante en la jurisprudencia, la defensa debería demostrar en las instancias recursivas que el acusado no habría sido condenado si la amenaza no se hubiera producido.

a la de las funciones que el sistema de gobierno confía a la magistratura. Dado que el proceso judicial es una práctica social de la que depende la protección última de nuestros derechos fundamentales, o el respeto de las minorías frente a las pretensiones avasallantes de las mayorías, la independencia es un bienpreciado que debe maximizarse. El Estado está obligado a brindar a la población un servicio de justicia confiable, del mismo modo en que debe proveer a la defensa común o garantizar la educación. En un tercer y último plano, la independencia constituye una suerte de *ethos*, un conjunto de rasgos y actitudes que definen los contornos de una profesión extremadamente exigente.⁴

En el derecho constitucional argentino, la independencia judicial goza de un lugar sobresaliente. Es difícil encontrar otra norma de esa jerarquía que tenga una regulación tan contundente. El principio tiene reconocimiento explícito en el texto constitucional. El Poder Ejecutivo tiene prohibido inmiscuirse en asuntos judiciales. La selección y la remoción de los jueces y juezas se canaliza a través de procedimientos especiales, caracterizados por la intervención necesaria (simultánea o sucesiva) de diferentes departamentos de gobierno. En una y otra instancia, por ejemplo, se requiere de la intervención del Consejo de la Magistratura, un órgano incorporado con el propósito declarado de resguardar la independencia. La Carta Magna, a su vez, establece la permanencia de las personas juzgadoras en el cargo mientras dure su buena conducta y, de este modo, asegura el carácter vitalicio de esa condición. Y la remuneración de los magistrados y magistradas se considera intangible, esto es, inmune a cualquier intento de disminución por parte de los otros poderes.⁵

⁴ Al respecto, cf. Huq, Aziz, "Why Judicial Independence Fails", *Northwestern University Law Review*, vol. 115, núm. 4, 2021, pp. 1055 y ss., en especial, pp. 1059 y ss.

⁵ La Constitución Nacional contempla así las seis protecciones mencionadas por Melton y Ginsburg en su estudio comparativo: (i) declaración expresa de la independencia judicial (art. 109); (ii) inamovilidad (art. 110); (iii) procedimiento especial de selección (art. 114); (iv) procedimiento especial de remoción (arts. 114 y 115); (v) causales limitadas de remoción (art. 115); (vi) intangibilidad de la remuneración (art. 110). Este cúmulo de previsiones es excepcional en el derecho constitucional comparado. Considerando las constituciones sancionadas entre 1985 y 2009, sólo 2% incorporó las seis protecciones mencionadas. 85% de aquéllas previó entre una y cuatro garantías de la independencia judicial. Al respecto, cf. Melton y Ginsburg, *op. cit.*, p. 197.

Sin embargo, pese a la innegable diligencia constitucional, los resultados son decepcionantes. La magistratura es una de las instituciones más desprestigiadas del país. Los informes internacionales sobre Estado de derecho y calidad institucional ubican a la Argentina en un lugar preocupante, ciertamente lejos del que corresponde a los países de vanguardia. Las encuestas de opinión son coincidentes en cuanto a que los argentinos descreen de la independencia de los jueces y, por consiguiente, no confían en ellos. La realidad indica que existe una fuerte disonancia entre lo que la Constitución prescribe y lo que las personas perciben.⁶

Por supuesto que este fenómeno no es exclusivamente vernáculo. La literatura sobre análisis económico del derecho constitucional da cuenta de la asimetría a través de las nociones de independencia *de iure* e independencia *de facto*. La primera alude a lo ya explicado: el conjunto de normas de derecho positivo mediante las cuales se blindo o fortifica la posición de los jueces frente a los otros poderes. La segunda noción, en cambio, refiere a la percepción de esa independencia por parte de la comunidad. Los estudios empíricos demuestran un hallazgo desconcertante: las dos manifestaciones de independencia no están correlacionadas. Esto quiere decir que los países que reportan una regulación más sólida no necesariamente tienen un desempeño destacado en la dimensión fáctica. La falta de correlación encierra así una paradoja: a mayor independencia *de iure*, menor independencia *de facto*.⁷

Los resultados ponen de relieve que la positivización de la independencia judicial tiene un poder explicativo modesto. Es un error sobreestimar el

⁶ Para ilustrar este punto, me remito a tres fuentes. En primer lugar, el Índice de Percepción de la Corrupción, elaborado por Transparencia Internacional. Según la edición correspondiente a 2022, Argentina obtuvo sólo 34 puntos sobre 100, y quedó ubicada en el puesto 94 sobre 180. En segundo lugar, el *Rule of Law Index*, publicado por *World Justice Project*, ubica a la Argentina en el puesto 59 de 139. Considerando el indicador "Justicia Criminal" de ese mismo *ranking*, el país figura en el puesto 77. Por último, el informe *Latinobarómetro* correspondiente a 2021 arroja resultados alarmantes: sólo 16% de las personas encuestadas manifestó tener al menos "algo de confianza" en el Poder Judicial. Con esta *performance*, Argentina se ubica en el penúltimo lugar a nivel regional, debajo sólo se encuentra Paraguay (Venezuela no fue parte del estudio).

⁷ Para un desarrollo de estas nociones, cf. Hayo, Bernd y Voigt, Stefan, "Explaining de facto Judicial Independence", *International Review of Law and Economics*, vol. 27, núm. 3, 2007, pp. 269 y ss.

valor de las reformas legislativas, al menos cuando se trata de modificar la cultura institucional. Al parecer, existen otros factores más conducentes para explicar el grado real de desarrollo alcanzado por la magistratura, tales como la tradición jurídica imperante en el país (*civil law* o *common law*), la religión predominante, la calidad del sistema democrático, etcétera.⁸

Lo dicho hasta ahora sugiere un caso de imprevisión constitucional. Como quien siembra en un páramo, los constituyentes desparramaron una regulación exhaustiva de la independencia judicial en un entorno institucional demasiado frágil. El derecho argentino se basa en una figura arquetípica de juez independiente. Básicamente, este juez resuelve controversias con base en el derecho y la prueba, y se mantiene alejado de la coyuntura partidaria o electoral. Es un juez circunspecto, que evita las estridencias y economiza las interacciones con políticos profesionales. El problema es que ese ideal arquetípico se pone a funcionar en un contexto de enorme promiscuidad, en el que la versación política es una cualidad indispensable para acceder a la magistratura y para perdurar en ella.

En este trabajo, me propongo explicar la paradoja de la independencia judicial a partir de algunas deficiencias estructurales que presenta nuestro sistema de gobierno. O más concretamente, procuro relacionar la *performance* del país en materia de independencia judicial con el escaso nivel de cumplimiento del principio de separación de poderes. No es mi intención cargar las tintas sobre los jueces en particular. Tampoco insinúo aquí que no existen personas juzgadoras independientes, capaces de resistir con arrojo presiones y amenazas. Mi tesis es que los jueces y juezas no pueden liberarse de las presiones políticas si no abrazan primero la separación de poderes. Eso implica una

⁸ Al respecto, cf. Gutmann, Jerg y Voigt, Stefan, "Judicial Independence in the EU: a puzzle", *European Journal of Law and Economics*, vol. 49, núm. 1, 2020, pp. 83 y ss. Los autores efectúan un estudio comparativo de la correlación entre ambos tipos de independencia, y concluyen que las sociedades que registran altos niveles de individualismo y confianza tienen menos necesidad de incorporar barreras formales entre el Poder Judicial y los poderes políticos. El Reino Unido puede presentarse como una confirmación de la teoría. Se trata de un Estado que, hasta hace algunos años, contaba con un proceso de selección llamativamente precario y que, no obstante, alcanzaba un nivel destacado en la valoración fáctica.

predisposición de su parte a no exceder sus incumbencias profesionales y una determinación de defender los intereses de la magistratura frente a los otros poderes del Estado constitucional.

El trabajo se estructura de la siguiente manera. Primero, ofrezco algunas precisiones conceptuales en torno al principio de separación de poderes; a partir de ello, identifico dos manifestaciones especialmente relevantes para comprender la posición de la magistratura en nuestro sistema de gobierno. Me refiero al principio de separación de funciones y a los frenos y contrapesos (B). A continuación, examino si esos subprincipios conservan vigencia pese a las objeciones que merece la doctrina de la cual provienen (C). Luego, utilizo estas nociones para evaluar la cultura institucional de la magistratura y su impacto negativo en el programa de la independencia: en concreto, desarrollo dos problemas derivados de la escasa aplicación de la separación de funciones y de los frenos y contrapesos (D). El primer problema es la extralimitación judicial, que se produce cuando los propios jueces exorbitan su ámbito de competencia y avanzan sobre el que corresponde a los demás departamentos de gobierno (E). El segundo problema es la falta de lealtad institucional, que se verifica cuando los jueces postergan los intereses de la magistratura y priorizan consideraciones ideológicas, políticas o partidarias (F). En el apartado siguiente, esbozo algunas cuestiones que podrían ser conducentes para atenuar esos problemas y fortalecer a la magistratura frente al poder político (G). Finalmente, presento breves conclusiones que ilustran la gravedad de la situación e insinúan posibles implicaciones para la política institucional (H).

B. Consideraciones sobre el principio de separación de poderes

Existe entre nosotros poca discusión respecto a que la separación de poderes es un ideal regulativo importante en el diseño de nuestro sistema de gobierno.⁹

⁹ Para un desarrollo pormenorizado de la separación de poderes en el derecho constitucional argentino, cf. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo III, Buenos Aires, 2014, cap.

¿Pero qué significa exactamente? El principio es resbaladizo porque adolece en cierto modo de un exceso de obviedad: su definición y su justificación nos parecen tan evidentes que resulta innecesario detenernos en ellas. Pero lo cierto es que esas alusiones suelen tratar cuestiones distintas. En este sentido, es posible identificar al menos cinco subprincipios que, aunque conectados entre sí, exhiben una notoria autonomía conceptual.¹⁰

El primero es el de separación de funciones: la norma se centra en la demarcación territorial del poder y manda a distinguir suficientemente las funciones de legislación, jurisdicción y administración. El segundo es el de frenos y contrapesos: ésta es tal vez la instancia más frecuente en nuestras apelaciones discursivas a la separación de poderes. Este mandato, a su vez, puede descomponerse en otros dos. Por un lado, la necesaria concurrencia de una entidad en las acciones de otra. Por otro lado, de especial interés aquí, el control recíproco entre las distintas entidades que forman el gobierno. El tercer subprincipio es el de la dispersión del poder, es decir, el que prescribe su desmembración en varias manos. En términos menos coloquiales, es la prohibición de concentrar el poder político en una sola persona, grupo o entidad gubernamental. La separación de poderes se completa con otros dos mandatos: el bicameralismo, que demanda sancionar las leyes a través de dos asambleas coordinadas, y el federalismo, que establece una distinción entre el poder asignado al gobierno federal y el que corresponde a los estados locales o provincias.¹¹

Las disquisiciones analíticas iluminan luego la justificación normativa. Resumidamente, es posible detectar razones específicas para cada uno de los subprincipios sin perjuicio de que ellos puedan cristalizarse de forma convergente. Esta aclaración es importante porque nos permite advertir que

XXX.2 y Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Buenos Aires, 2004, p. 759 y ss.

¹⁰ Sigo aquí a Waldron, Jeremy, "Separation of Powers in Thought and Practice?", *Boston College Law Review*, vol. 54, 2013, p. 433 y ss.

¹¹ Cf. *ibid.*, p. 438.

la justificación de cada uno no es derivada sino original. En lo que sigue, circunscribo mi análisis a las dos primeras manifestaciones, pues su realización es determinante para el programa constitucional de la independencia. La separación de funciones remite a una dimensión estática de la separación de poderes; los frenos y contrapesos, en cambio, refieren a los mecanismos propios de una dinámica institucional que se verifica en el funcionamiento de los poderes de gobierno.¹²

Habitualmente, la justificación de la separación de poderes se reconduce sin más a la de los frenos y contrapesos: para evitar la tiranía, el poder de uno debe controlar al poder de otro o debe concurrir en el ejercicio del poder de otro. Pero la separación de funciones responde a argumentos previos: ella se basa en el valor de respetar el carácter y la especificidad de cada una de las facetas del gobierno constitucional. Esta proposición se construye a partir de la observación de que el ejercicio del poder político es una tarea compleja, es decir, un despliegue articulado y secuencial de fases, a través de las cuales el Estado impacta en la esfera individual.¹³

La justificación normativa de la complejidad en el ejercicio del poder (y en el uso de la coerción) se relaciona con la que merecen ciertas cualidades formales del Estado de derecho. Me refiero a aquellas cualidades del derecho que no dependen de su contenido sustantivo (justicia), como por ejemplo la generalidad, la no retroactividad, la publicidad, el carácter prospectivo, la aplicación imparcial, etc. Ninguno de estos rasgos garantiza un orden justo en sentido material. Es perfectamente posible poner tales atributos al servicio de un régimen autocrático u oprobioso. No obstante, su implementación efectiva refleja un alto nivel de consideración por la libertad y la dignidad de las personas.¹⁴

¹² Para una distinción en este sentido, cf. Kuch, David, “Gewaltenteilung”, en Hilgendorf *et al.* (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlín, 2021, p. 440 y ss. (en especial, p. 441).

¹³ Cf. *ibid.*, p. 466.

¹⁴ Sobre la concepción formal del Estado de derecho, cf. Nanzer, Alberto, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Madrid, 2021, cap. II, p. 87 y ss.

La separación de funciones es un principio que expresa una preocupación similar. La pretensión de ser gobernados por la ley tiene como correlato la instalación de un proceso político articulado. En virtud de este proceso, la legislación debe necesariamente preceder a la administración y a la jurisdicción. En el ejercicio del poder punitivo, la aplicación del castigo debe estar antecedida por la decisión judicial, que es a su vez el corolario del debido proceso. En ese marco, cada función de gobierno ostentaría una esencia, una “dignidad” que merece ser resguardada. Por tanto, la separación de funciones sufre ante el fenómeno de la contaminación, es decir, ante la modificación deliberada de la geografía del poder. Esto suele ocurrir en situaciones en las que el ejercicio de una función resulta interferido por consideraciones propias de las otras.¹⁵

C. La llamada doctrina clásica

Hasta aquí, hemos presentado la separación de poderes como un ideal regulativo del gobierno que comprende la separación de funciones y los mecanismos de frenos y contrapesos. Sin embargo, esta caracterización ha sido tan difundida como criticada. Los cuestionamientos que recibe son derivaciones de la refutación más general de lo que se conoce como doctrina clásica.

¹⁵ Consideremos algunos ejemplos. En primer lugar, no es consistente con el principio el ejercicio de la función legislativa con el propósito de resolver la situación particular de personas individualizadas o individualizables. En este aspecto, el principio se torna desafiante en sistemas parlamentarios en los que el Poder Ejecutivo está integrado por representantes del parlamento pertenecientes al partido gobernante o a los partidos que forman una coalición de gobierno. Para un análisis exhaustivo (y crítico) del principio de separación de poderes en el contexto del derecho constitucional alemán, *cf.*, por ejemplo, Groß, Thomas, *Die asymmetrische Funktionenordnung der demokratischen Verfassung – Zur Dekonstruktion des Gewaltenteilungsgrundsatzes*, *Der Staat*, vol. 55, 2016, p. 489 y ss. En cuanto al Ejecutivo, la integridad de la función puede comprometerse a través del empleo de mecanismos complejos de deliberación previos a la toma de decisiones. Como explica Waldron, la función ejecutiva no es dialéctica sino esencialmente gerencial. Y esto es así independientemente del valor que asignemos en general a la democracia deliberativa (*cf. op. cit.*, p. 464). En lo que sigue, me ocuparé de la integridad de la función jurisdiccional. De momento, señalo que, si consideramos su relación radial con el Poder Ejecutivo, la contaminación se produce cuando los jueces son dóciles frente a sus exigencias, pero también cuando avanzan sobre sus competencias y se inmiscuyen en la asignación de bienes y servicios públicos escasos. Si se repara en su vinculación con el Poder Legislativo, la magistratura estropea su integridad cuando se extralimita al interpretar las normas de alcance general.

Según ésta, existirían tres funciones de gobierno perfectamente identificables que deberían ser asignadas a tres instituciones correlativas que, a su vez, deberían integrarse individualmente con personas ajenas a las demás. La doctrina se completa con la prohibición de cualquier incursión de una de las ramas en el ámbito de competencia de las restantes. Esta formulación presenta dos elementos constitutivos. Uno es la correlación entre la función y la institución que la desempeña. Otro es el aislamiento estricto que se prevé para el funcionamiento de los tres poderes. A continuación, analizo las observaciones principales que se han elaborado en relación con estos elementos estructurales de la doctrina clásica.¹⁶

I. La correlación

El elemento de la correlación recibe al menos dos tipos de críticas. La primera es que aquél ofrece una descripción sobre el gobierno constitucional que nunca se ha verificado en la realidad y que, por tanto, carece de poder explicativo. La segunda crítica es que, más allá de su plausibilidad, aquella doctrina es equivocada en su propia formulación. La primera se sostiene en la comprobación evidente de que los tres poderes suelen cumplir habitualmente las tres funciones de gobierno. Para ello se ofrece un par de ejemplos contundentes: la irrupción en el siglo pasado de las agencias administrativas, esto es, de enormes estructuras ejecutivas que acaparan poderes regulatorios y jurisdiccionales, y la labor creativa de los tribunales al momento de resolver disputas más o menos contempladas en el derecho vigente. A esto podrían sumarse otros ejemplos de menor envergadura, como el poder reglamentario del parlamento (respecto de su funcionamiento interno) o el poder de los tribunales para administrar su presupuesto y sus instalaciones.¹⁷

¹⁶ Sigo aquí a Kavanagh, Aileen, "The Constitutional Separation of Powers", en Dyzenhaus, D. *et al.* (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 221 y ss. (en especial, p. 225).

¹⁷ Cf. *ibidem*, pp. 222 y 226.

En este sentido, la crítica es poco persuasiva, porque confunde el plano descriptivo con el normativo. La separación de poderes es un principio con vocación normativa que se proyecta sobre los arreglos institucionales que organizan el gobierno constitucional. La detección de solapamientos entre los poderes no refuta el principio; a lo sumo, pone de relieve que su realización es insuficiente. Por lo general, las desviaciones de la separación de poderes reflejan concesiones a otros principios en colisión. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la correlación entre función e institución se posterga por razones de eficiencia.

En consecuencia, la presencia de desbordes entre las ramas de gobierno no es un argumento para refutar la doctrina clásica. Por supuesto que hay situaciones en las que el nivel de cumplimiento de un principio es tan bajo que resulta oportuno revisarlo o adaptarlo a una nueva realidad. Pero tal escenario no es el que se observa en relación con este mandato.

La otra crítica al elemento de la correlación tiene mayor densidad, pues apunta a la consistencia de la doctrina clásica como ideal normativo. Desde este ángulo, la teoría sería equivocada porque resulta imposible demarcar funciones de gobierno.¹⁸ A los fines de este trabajo, el nudo de esta observación es la intrincada delimitación entre creación y aplicación del derecho. La labor de los tribunales, así, no se distinguiría ontológicamente de la de los parlamentos; sus respectivas prestaciones serían más bien parte de un continuo que comprendería la elaboración de normas de alcance general y

¹⁸ Sobre esta cuestión, cf. Horn, Hans-Detlef, "Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung. Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates", *Archiv des Öffentlichen Recht*, vol. 127, 2002, p. 427 y ss. El autor reconsidera la teoría a los fines de dar cuenta de la relación existente entre el gobierno y el parlamento en el sistema constitucional alemán. Para ello, desarrolla en detalle las fallas de la doctrina tradicional: por un lado, la inconsistencia lógica de asignar funciones a los órganos constitucionales sin definirlos previamente (cf. p. 440) y, luego, la pretensión vana de encontrar "ámbitos nucleares" propios de cada función, establecidos de modo abstracto y apriorístico (p. 446 y ss.). Su propuesta es abandonar la caracterización lógica y reemplazarla por otra de tipo instrumental: un principio de configuración del Estado ajustado a los fines que éste debe cumplir en un tiempo y un lugar determinados.

prospectivo, pero también la administración de esas normas al momento de la resolución de disputas individuales.

Si esto fuera correcto, la doctrina clásica quedaría comprometida. Sería en vano reclamar una correlación entre instituciones y funciones, si estas últimas carecen de identidad propia. No obstante, abortar la búsqueda de una esencia en las funciones de gobierno no alcanza para cancelar la separación de poderes. La conclusión (temeraria) de que tribunales y parlamentos trabajan en tándem para resolver los conflictos de modo pacífico y previsible no nos exime de delimitar el ámbito de incumbencia de unos y otros. Aunque la separación no responda al carácter único y original de las funciones de gobierno, su valor residual es señalar las cualidades de las instituciones para cumplir determinados roles (y sus limitaciones para asumir otros). Dicho en términos coloquiales: no da lo mismo quién hace cada cosa.¹⁹

El enfoque alternativo sugeriría una aproximación más indulgente al fenómeno de la creación judicial del derecho. Para la doctrina clásica, la función judicial no es modificar la obra legislativa, de modo tal que cualquier manifestación creativa por parte de los jueces y juezas comprometería la vigencia del principio. Para la versión ecléctica, la creación de normas es una función transversal al parlamento y a la magistratura, pero esto no quiere decir que ambas ramas de gobierno lo hagan de la misma manera. La separación de poderes no prohibiría la creación judicial *per se*, sino ciertas manifestaciones consideradas inconciliables con la institución jurisdiccio-

¹⁹ Kavanagh propone hablar de división de “labor”. Esta autora reconoce que es difícil encontrar una esencia en las funciones de gobierno. Sin embargo, sostiene que, en el derecho constitucional, no es aceptable asignar poderes a las ramas de gobierno de forma simplemente aleatoria. Al respecto, apunta que “no solo queremos asegurarnos que las decisiones correctas sean adoptadas por las instituciones que nos gobiernan; también nos ocupamos de que las decisiones correctas sean adoptadas por el cuerpo correcto”. Dicho de otro modo, nuestro marco constitucional es sensible a las inquietudes competenciales que son un aspecto determinante de la legitimidad política (*op. cit.*, p. 230). Luego, explica Kavanagh, “instituciones separadas pueden compartir poderes y funciones y, no obstante ello, desempeñar diferentes roles en la empresa conjunta del gobierno” (*ibidem*, p. 232). Para una caracterización similar, cf. Horn, *op. cit.*, p. 455 y ss. El autor apela a la estructura de los órganos gubernamentales y a la corrección de las decisiones como criterio determinante de la separación de poderes.

nal. La incompatibilidad no obedecería a razones ontológicas: el problema estaría en las limitaciones procedimentales y estructurales de la magistratura y, correlativamente, en las cualidades de ese mismo orden del parlamento. Volveré sobre esto más adelante.

II. El aislamiento estricto

El segundo elemento de la doctrina clásica es el aislamiento (o confinamiento): en su versión más extrema, esta idea postula una organización absolutamente compartimentada del gobierno constitucional. Según esta caracterización, cada rama sería una suerte de latifundio separado de los demás por elevadas e inexpugnables murallas. El fundamento de esta desconexión es conocido: se asume que el camino más auspicioso para lograr el equilibrio es desacoplar las funciones y, luego de asignarlas a instituciones específicas, asegurarse de que éstas no se interesen por los asuntos de las otras.

Esta versión de la separación de poderes es cuestionable por varias razones. El denominador común a todas ellas es que semejante pretensión borra la dimensión relacional del poder. Llevado al extremo, el confinamiento frustra cualquier esquema de supervisión recíproca: si el principio ordena que los poderes se ignoren entre sí, difícilmente éstos pueden advertir y contrarrestar los desbordes originados allende sus fronteras.²⁰

Un defensor de la doctrina clásica podría replicar que esta observación es el resultado de una lectura excesivamente literal de la idea. Lo que se pretende, diría este interlocutor, es que los poderes no se inmiscuyan en los asuntos ajenos, no que se desentiendan del trabajo que hacen los demás. Por el contrario, añadiría, cada rama debe asumir una posición expectante y prepararse para defender lo que es suyo. De tal forma, el mandato del confinamiento sería compatible con el control recíproco entre los poderes.

²⁰ *Ibid.*, p. 222.

De todas maneras, incluso si este punto estuviera aclarado, la idea continúa siendo endeble. Básicamente, porque el control del poder coexiste con otros valores igualmente respetables, entre ellos, la preocupación por alcanzar un buen gobierno. El constitucionalismo no puede encogerse de hombros frente a esta inquietud, a riesgo de convertirse en una teoría absurda. El poder debe distribuirse equilibradamente, pero, al final del día, las cosas deben fluir. La separación de poderes no puede llevarse al extremo de propiciar el caos o la parálisis institucional. Si esto es correcto, resulta una cuestión bizantina preguntarse si la idea de buen gobierno forma parte de la separación de poderes o si, en cambio, representa un principio en colisión con ésta.

El gobierno constitucional es una acción colectiva (peculiar, por cierto), no una mera yuxtaposición de prestaciones. Consiguientemente, la separación de poderes se complementa con la interdependencia entre ellos. Esto implica que cada institución de gobierno debe contribuir al desarrollo de un entorno institucional de mutuo respeto y consideración. Desarrollar aquí el contenido de esa interacción me obligaría a ensayar digresiones que me alejan del epicentro de este trabajo. Me basta con consignar dos cuestiones o, más precisamente, dos actitudes que favorecerían ese marco institucional.²¹ Por un lado, la interdependencia sugiere la necesidad de mostrar deferencia hacia los otros poderes, asumiendo que ellos se hallan en mejores condiciones para llevar a cabo ciertas tareas. Por tanto, lo que se espera de los poderes es que, en la medida de lo posible, se autoinhiban y prescindan de cualquier acción que entorpezca el pleno ejercicio de las atribuciones constitucionales reconocidas a los demás. Esta actitud prudente se extiende incluso a las manifestaciones críticas respecto de la labor ajena.²² Por otro lado, la interacción entre los poderes comprendería un mandato de coordinación: se trata de una idea que suele derivar en la pretensión de lograr un mayor diálogo institucional.²³

²¹ Cf. Kavanagh, *op. cit.*, p. 234 y ss.

²² *Ibid.*, p. 236.

²³ Para una posición escéptica sobre esta alternativa, cf. Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol.

D. Recapitulación

Repasemos lo hecho hasta aquí. Primero descompuse el principio de separación de poderes en cinco subprincipios, y concentré la atención en los dos que más inciden en la configuración de la magistratura: la separación de funciones y la idea de frenos y contrapesos. Luego, expliqué que la justificación de estos principios recibe cuestionamientos derivados de la llamada doctrina clásica de la separación de poderes. A continuación, analicé esas objeciones y relativicé su impacto en el contenido prescriptivo de ambos mandatos. El desarrollo de mi argumento no impide reconocer las dificultades que implica identificar nítidamente las funciones de gobierno; tampoco depende de la aspiración poco realista de evitar cualquier intervención de una rama de gobierno en los dominios de las otras. Incluso si hacemos esas concesiones, la idea central permanece inalterada: sea que hablemos de funciones o de roles, nuestro sistema de gobierno requiere un nivel suficiente de delimitación del poder y un esquema serio de supervisión recíproca.

Sobre esta base, interesa ahora detenernos en dos fenómenos extendidos en la magistratura argentina que han obstaculizado la realización suficiente del principio de separación de poderes y que, consecuentemente, han estropeado el programa de la independencia judicial. El primero de ellos es la *extralimitación judicial*, que perjudica la comprensión de aquello que las personas juzgadoras deben hacer; es decir, la consolidación del ámbito de incumbencia profesional del poder judicial. El segundo fenómeno es el de la *falta de lealtad institucional*, que entorpece el alineamiento de los jueces y juezas con los intereses específicos de la magistratura y debilita de ese modo el control judicial del poder político. En lo que sigue, examino estos problemas en particular.

14, 2013, p. 1 y ss. En esencia, el autor considera que la lógica agonial que subyace al modelo de los frenos y contrapesos (y que se explicará más abajo) perjudica el diálogo democrático entre los poderes. Su posición es que ese esquema de “paz armada” debe ser superado por otro que favorezca la participación popular. Si bien excede el objeto de este trabajo, el déficit dialógico que advierte Gargarella parecería atribuible a las serias deficiencias del proceso de deliberación parlamentaria y no tanto al esquema de supervisión recíproca derivada de los frenos y contrapesos.

E. La extralimitación judicial

El primer problema condiciona la realización de la independencia, porque refleja una actitud desaprensiva de las propias personas juzgadoras respecto de la integridad de la jurisdicción. En los hechos, se trata de una práctica que revela la falta de acuerdo entre quienes aplican la ley acerca de los criterios de identificación de las normas jurídicas. La versatilidad del juez para esquivar la aplicación de la ley que le parece injusta no representa una destreza, sino un defecto profesional extendido que, en ciertos contextos, puede comprometer la idea misma de orden jurídico.²⁴

Un enunciado sobre la validez de las normas jurídicas presupone una aceptación generalizada por parte de los destinatarios. Esa aceptación puede ser meramente externa, cuando se verifica un nivel elevado de observancia, o interna, cuando el acatamiento regular es el resultado de la introyección de una regla de reconocimiento. El predominio extendido de esta regla propicia un entorno en el que el cumplimiento de las normas se transforma en la conducta esperada, y el incumplimiento se denuncia como un desvarío reprochable.

La existencia del derecho requiere de un acuerdo explícito en virtud del cual los destinatarios de las normas asumen el punto de vista interno. Los jueces y juezas que se extralimitan socavan las bases del sistema porque obstruyen el acuerdo. Es implausible que los ciudadanos identifiquen una regla de reconocimiento que las propias personas juzgadoras desconocen. Esta actitud se observa cuando la magistratura se considera habilitada a desobedecer de forma razonada las leyes sancionadas por el parlamento o cuando directamente las ignora sin invocar razón alguna. En la teoría del derecho hartiana,

²⁴ Sigo aquí a Böhrer, Martín, “*Lusus Naturae*”, en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011, p. 185 y ss. Según el propio autor, el trabajo es un intento por dilucidar “el impacto que genera, en la condición misma de la existencia del derecho, la falta de acuerdo entre quienes interpretan y aplican la ley sobre los criterios de identificación de las normas jurídicas” (p. 186).

ese estado de cosas se presenta como una extravagancia, como un aborto de la naturaleza utilizado pedagógicamente para ilustrar (por contraste) la dinámica del derecho.²⁵

En Argentina, lamentablemente, este ejercicio distópico se ha convertido en una realidad, no por la malicia o el desdén de los jueces, sino por la vigencia de normas sociales que han naturalizado la postergación permanente de la ley. Parte de esa osadía responde al bajo costo profesional que pagan las personas juzgadoras que la desconocen. Pero eso no es todo. La dilución de la autoridad de la ley responde al éxito arrollador de una teoría constitucional que ha reconfigurado las bases de nuestro sistema de gobierno.²⁶ Me refiero al llamado neoconstitucionalismo, que prescribe la constitucionalización del derecho común (civil, penal, comercial, etcétera), y la consecuente aproximación constitucional a todas las controversias jurídicas.²⁷

²⁵ Böhmer destaca que las teorías del derecho más influyentes pasan por alto los problemas derivados de la ineficacia generalizada y la desobediencia. El propósito de los autores consiste en dar cuenta de ordenamientos jurídicos ya consolidados. En la teoría kelseniana, por ejemplo, la validez de las normas se reconduce en definitiva al hecho de su efectividad. Si las normas del Congreso funcionan como simples guías no vinculantes, su existencia resulta irrelevante para explicar la práctica social que constituye su ámbito de aplicación. El autor recuerda que, para Kelsen, el fenómeno de la desobediencia no difiere demasiado de la anarquía (*cf. op. cit.*, p. 195). Hart también da por sentada la obediencia, como una suerte de estipulación necesaria para desarrollar el concepto de derecho. Para el profesor de Oxford, el sistema jurídico depende de un conjunto de normas sociales suficientemente propicio. El entorno es determinante para el desarrollo del derecho porque produce una dinámica favorable a la obediencia y hostil al incumplimiento. Las normas sociales funcionan como una suerte de invernadero indispensable para que el derecho pueda germinar. Por su propia formación, los juristas tienden a creer que ese microclima es algo natural. Pero eso no es así. Si la sociedad, por la razón que sea, no asume el punto de vista interno, el derecho es una empresa destinada al fracaso (pp. 196 y ss.).

²⁶ Al respecto, *cf.* Villalonga Torrijo, Cristián, “Analizando el modelo del juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, núm. 3, 2019, p. 765 y ss.

²⁷ Para una caracterización favorable (aunque concesiva) de esta corriente, *cf.* Arballo, Gustavo, “Memoria y balance del Neoconstitucionalismo”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 18, núm. 2, 2020, p. 9 y ss. El autor identifica los siguientes “puntos salientes”: la vocación expansiva del texto constitucional, que le permite permear sin cortapisas en todas las ramas del derecho; la apelación a los principios como normas de referencia, y la consecuente derrotabilidad de las reglas; la traducción de las normas constitucionales en normas morales, que se presentan ahora como “pautas axiológicas” o “valores superiores” obligatorios y controlables; la irrupción de la argumentación jurídica como modelo de aplicación de la ley, en reemplazo de la subsunción tradicional, y la centralidad del juez,

La forma en la que los jueces y juezas trabajan impide vaticinar cuál será el derecho aplicable a una situación concreta. La Constitución argentina funciona hoy como un conjunto de normas aplicable directamente a los hechos del caso.²⁸ La compilación de textos constitucionales consagrada en 1994 no opera como una nómina de principios conducentes para evaluar la validez material de las leyes, sino como un menú de soluciones a la carta, en el que cualquier respuesta es factible.²⁹ La multiplicidad de fuentes resulta especialmente nociva en la jurisdicción federal, en razón de la ausencia de mecanismos mínimamente eficientes para unificar jurisprudencia contradictoria.

La afectación a la integridad de la jurisdicción es engañosa. A primera vista, sugiere que las personas juzgadoras son poderosas, porque pueden administrar el derecho como un insumo altamente inestable y sujeto a su evaluación discrecional. Pero, si se ajusta el foco, su vocación expansiva coloca a la magistratura en una situación de extrema vulnerabilidad frente a los otros poderes.³⁰ El dueño de un terreno que destruye deliberadamente

que abandona su rol de mero adjudicador para adquirir un perfil “activista” y “constructivista” (cf. p. 11 y ss.). No es ésta la ocasión para ensayar una crítica a las razones que explicarían el triunfo del neoconstitucionalismo. Sólo me interesa destacar aquí una de ellas: según el autor, esta corriente dio en el clavo porque proveyó a los jueces una vía de escape o una “esclusa”. El acierto, agrega, consistiría en que el neoconstitucionalismo se acopló al *Zeitgeist* de nuestra época, es decir, a la práctica judicial de “aplicar valores” (cf. p. 17 y ss.).

²⁸ Con matices, el neoconstitucionalismo ha delineado una concepción “invasora” u “omnipresente” de la Constitución, “en el sentido que ella debe iluminar todo análisis jurídico en cualquier rama del derecho” (Sagüés, Néstor, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2007, p. 16).

²⁹ En contra, Arballo, *op. cit.*, p. 17 (“no operamos valores ‘a la carta’ para eludir la ley a piacere, sino que la propia ley nos pide que algunos valores muy específicos estén controlando los efectos de las normas”). El autor, empero, no enumera tales valores. Por el contrario, su exposición efectúa luego importantes concesiones respecto de los límites de este enfoque. El nuevo *mainstream*, reconoce, sustituyó el silogismo por la ponderación, pero el nuevo método no logró alcanzar un nivel suficiente de asertividad. Por el contrario, la ponderación dio lugar a “un lenguaje que nunca pudo traducirse a una logística que disipe el fantasma del particularismo o del intuicionismo”; sus mecanismos, además, “quedaron en términos esquemáticos y adhocráticos” (p. 18).

³⁰ Cf. Gascón Inchausti, Fernando y Sánchez López, Bárbara, “Independencia judicial y formación de los jueces: un vínculo difuso”, en Nieva Fenoll *et al.* (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Madrid, 2019, p. 82 y ss. Los autores aluden a la debilidad de la magistratura que se produce cuando los jueces desconocen el ordenamiento jurídico. Expresado al revés: destacan el fortalecimiento de la independencia que se verifica cuando los jueces se relacionan rigurosamente con el derecho aplicable.

el cerco perimetral incrementa las chances de que sus vecinos pisoteen el césped. La falta de apego a las leyes, además, compromete la legitimidad de los tribunales y perjudica el acatamiento de sus decisiones.³¹

Con este nivel de dispersión, es improbable que los ciudadanos se sientan genuinamente comprometidos a cumplir el derecho. El tránsito hacia lo jurídico se efectiviza cuando aquellos asumen el punto de vista interno respecto de las normas primarias (no matar, no robar, no pagar sobornos, etcétera). Para que esto ocurra, se requiere que los magistrados brinden certidumbre en torno a las reglas secundarias, esto es, a las reglas de competencia que establecen cómo se sancionan y se aplican las reglas primarias.³²

La formulación específica de la regla de reconocimiento debe buscarse en la cultura constitucional, no en la teoría del derecho. El principio de separación de poderes aparece a veces confusamente desarrollado como parte de la teoría del positivismo jurídico. Quiero decir, la teoría del derecho suele adscribir al positivismo jurídico proposiciones normativas que, en rigor, responden a fundamentos contingentes de filosofía constitucional. Pensemos en la cuestión acerca de si las personas juzgadoras (sólo) deben aplicar normas válidas, o en la de si los jueces pueden legislar. En ambos casos, se trata de cuestiones en las que el positivismo no tiene nada relevante para decir.³³

El positivismo puede presentarse como una teoría normativamente neutra, según la cual la validez del derecho se define a partir de sus fuentes y no en virtud de su mérito (su valor moral). Su capacidad de rendimiento se

³¹ Sobre la relación entre percepción de legitimidad y cumplimiento del derecho, cf. Tyler, Tom, *Why People Obey the Law*, Princeton, 2006, *passim*; y Roberts, Julian y Plesnicar, Mojca, "Sentencing, Legitimacy, and Public Opinion", en Mesko *et al.* (eds.), *Trust and Legitimacy in Criminal Justice. European Perspectives*, Cham, Springer, 2014, p. 33 y ss.

³² Para Böhrer, uno de los desafíos institucionales de América Latina es afianzar la cultura de la legalidad. Para ello, es preciso "ampliar la cantidad de miembros de nuestra sociedad civil que asuman el punto de vista interno, y generalizarlo en aquellos que están encargados de interpretar y aplicar las normas" (*op. cit.*, p. 201).

³³ Sigo aquí a Gardner, John, "Legal Positivism: 5 1/2 Myths", en su obra *Law as a Leap of Faith*, Oxford, 2012, p. 19 y ss.

resume a eso: a decirnos cuándo una norma es jurídicamente válida. Pero lo que necesitamos definir aquí es si los jueces y juezas pueden dejar de aplicar normas válidas o si pueden crear derecho en paridad de condiciones con los legisladores. Y la respuesta que demos a esos interrogantes no nos convierte en positivistas ni en antipositivistas.³⁴

En rigor, el principio de separación de poderes es el que provee precisiones acerca de la incumbencia profesional de las personas juzgadoras. Esto es así independientemente de la caracterización que cada uno elija para presentar el principio. La doctrina clásica, hemos visto, prescribe que los jueces y juezas (sólo) deben aplicar normas válidas y que, por lo tanto, deben abstenerse de adjudicar casos a partir de sus propias valoraciones (a menos que esas mismas normas los habiliten a hacerlo). La posición más moderada estaría dispuesta a aceptar que, ocasionalmente, vayan más allá de las normas válidas al momento de hallar la solución del caso. Esa concesión suele obedecer a dos razones. Por un lado, la coexistencia de un deber profesional de decidir todos los casos (*non liquet*) y, por el otro, la irrupción de lagunas producto de las limitaciones epistémicas del creador de las normas válidas.³⁵

Sin embargo, la comprobación de estas circunstancias en modo alguno equivale a un reconocimiento de potestades legislativas a la magistratura. La separación de poderes no queda refutada si se confieren facultades creativas a las personas juzgadoras; dicho de otro modo: la creación judicial del derecho no convierte (necesariamente) a las juezas y jueces en legisladores. Ante una laguna, la persona juzgadora tiene el deber profesional de tomar una decisión.

³⁴ Cf. *ibid.*, p. 23 y ss. En lo que sigue, asumiré que el positivismo es verdadero, es decir, que el criterio de referencia para determinar la validez del derecho es en efecto la fuente que lo origina.

³⁵ Cf. *ibid.*, p. 34 y ss. Gardner explica que la existencia de lagunas no es lo mismo que el silencio del derecho positivo respecto de un asunto o controversia. A diferencia del silencio del derecho, las lagunas generan una situación de incertidumbre que no puede resolverse mediante reglas de clausura, del tipo de “todo lo que no está prohibido está permitido”. Cuando existe una laguna, argumenta el autor, el juez no está en condiciones de determinar si la norma en cuestión es aplicable o inaplicable; esto es, se encuentra con una norma cuya aplicación es completamente incierta. Otras lagunas, en cambio, se originan en el hecho de que dos normas válidas y antagónicas son aplicables al caso. Cuando estos fenómenos se producen, las reglas de clausura no sirven.

Este deber demanda contar con un ámbito de discreción mayor que el que existe en los casos ordinarios. No obstante, ese desempeño discrecional no lo exime de emplear el razonamiento jurídico para llenar la laguna. La persona juzgadora no puede completar la norma que falta apelando a valoraciones políticas, económicas o estéticas. A diferencia del legislador, la persona juzgadora nunca debería construir derecho *ex nihilo*. El razonamiento jurídico se enhebra a través de normas que lo reglamentan, cuyo papel no es decisivo (de allí la laguna), pero tampoco redundante.³⁶

De tal manera, la separación de poderes no necesariamente es un principio refractario a la interpretación creativa, o como la denominan los alemanes, a la construcción judicial del derecho. Lo determinante aquí no es el perímetro de la interpretación, sino el de la función (o el del rol) jurisdiccional. Dada la obligación que pesa sobre los jueces y las juezas de resolver todos los casos, parece forzoso reconocerles facultades para realizar ciertas operaciones inferenciales que van más allá de la atribución de sentido a un texto legislativo. Pienso en el uso reconocido de técnicas adecuadas para la construcción de normas implícitas, tales como el argumento a contrario, la analogía o el argumento *a fortiori*. Todas ellas resultan indispensables para que las personas juzgadoras puedan pronunciarse respecto de casos no previstos expresamente.³⁷

³⁶ Como sostiene Gardner, los miembros del parlamento están habilitados a pensar acerca de un problema en términos puramente morales o políticos. Los jueces, en cambio, razonan de otro modo. Excepcionalmente, se les permite completar el derecho, aunque siempre a partir de fundamentos jurídicos, esto es, “amparándose en normas que ya son válidas para la creación de otras nuevas” (*op. cit.*, p. 41).

³⁷ Por interpretación entiendo el proceso decisorio en virtud del cual se asigna sentido a un texto y se precisa un enunciado normativo. La preservación del rol jurisdiccional demanda reparar en la interpretación *en abstracto*, esto es, la operación que se ejecuta respecto de una norma sin referencia a un caso individual. Pero también interesa detenerse en la interpretación *en concreto*, es decir, aquella que procura especificar el ámbito de aplicación de una norma identificada previamente. (cf. Guastini, “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, vol. 43, 2015, p. 13 y ss.). La interpretación en concreto involucra una operación de subsunción, que consiste en incluir una entidad individual dentro de una clase. No obstante, la labor judicial comprende también la realización de subsunciones genéricas, en las cuales el intérprete incluye una clase dentro de otra clase más amplia. Según Guastini, la subsunción genérica determina una relación semántica (intensional) entre dos predicados. El ejemplo que ofrece para ilustrar la diferencia es el de una norma que prohíbe los contratos sacrílegos;

Sin embargo, la separación de poderes queda seriamente afectada en los casos en los que hay una solución prevista, pero que luce injusta a los ojos de la persona juzgadora. Se trata de los casos en los que el juez identifica lagunas axiológicas, que presuponen precisamente la ausencia de lagunas normativas. La extralimitación judicial se configura cuando la interpretación constitucional reemplaza la interpretación del derecho común y funciona como caballo de Troya para el ingreso de las ideas de justicia de cada uno de los jueces y juezas. Cuando ocurre esto, la ley se convierte en un enunciado normativo esencialmente derrotable.³⁸

La poca deferencia de las personas juzgadoras hacia la obra legislativa no sólo es objetable desde una posición formalista cerril. Cualquier teoría no estrambótica sobre la función judicial reconoce que la legislación y los precedentes ostentan una vocación normativa dirimente para resolver la mayoría de los casos. Con mayor o menor resignación, según el caso, estas teorías aceptan que el derecho provee a menudo respuestas insatisfactorias, y que eso no las convierte en inconstitucionales. Una parte fundamental del trabajo de la magistratura es tomar decisiones decepcionantes. La persona juzgadora debe aprender a convivir con esa frustración.

La metáfora más extendida al respecto es la que distingue entre un núcleo de casos claros y una periferia de casos difíciles. En los primeros, la persona juzgadora carecería de poder creativo: su rol se reduciría a aplicar el derecho como le es dado. En los casos difíciles, en cambio, la persona juzgadora transitaría una zona de penumbra, en la que debería apelar a sus propias valoraciones. Probablemente, esta alegoría lumínica resulte más accesible si va de la mano de una caracterización formalista de la magistratura. En su versión más ramplona, esa teoría sostiene que los jueces y juezas adminis-

más precisamente, la subsunción en esa norma de un contrato celebrado el día domingo. La definición acerca de si los contratos celebrados el domingo son sacrílegos demanda una subsunción genérica previa a la subsunción individual, que es la que definirá luego si el contrato objetado en el caso es, en efecto, sacrílego (*cf. op. cit.*, p. 16).

³⁸ Como señala Guastini, “una laguna axiológica no es un caso sin regulación, sino más bien un caso con una mala regulación” (*op. cit.*, p. 33).

tran reglas jurídicas del modo en que los árbitros de fútbol administran el reglamento de la disciplina. Pero la diferencia entre núcleo y periferia, entre luz y oscuridad, conserva poder explicativo si se la combina con otras teorías menos categóricas o directamente contrarias al formalismo.³⁹

Consideremos por ejemplo el pragmatismo. Se trata de una concepción descriptiva de la función judicial, que suele acompañarse de una justificación normativa; es decir, es una teoría que refleja lo que los jueces y juezas hacen, pero que al mismo tiempo evalúa positivamente lo que describe. El enfoque pragmático se construye a partir de la verificación de que las personas juzgadoras actúan animadas por el imperativo de resolver sus casos de la mejor forma y en el menor tiempo posible. La experiencia adquirida por las personas juzgadoras las lleva a ver en leyes y precedentes insumos imperfectos, que suelen agotarse en las situaciones más desafiantes de su quehacer profesional.⁴⁰

³⁹ Para un buen ejemplo de esta posición, cf. Ibáñez, *ob. cit.*, p. 285 y ss. Por un lado, el autor denuncia las pretensiones formalistas de circunscribir la labor judicial y de convertir al magistrado en una instancia de mera declaración de la ley preexistente. Entiende que la realidad es contundente y muestra que los jueces hacen más que eso. La discrecionalidad de los jueces es para él inevitable, y la teoría del derecho debe lidiar con ella para que no sea utilizada de modo irreflexivo e irresponsable. Sin perjuicio de ese diagnóstico descriptivo, Ibáñez también defiende esa discrecionalidad en términos normativos. Por un lado, porque adhiere al canon neoconstitucionalista al que ya me he referido (cf. *ibid.*, p. 289, nota 19). Por el otro, porque los jueces están obligados a menudo a cargar con el pésimo trabajo del parlamento, sea por la inacción o por el uso inflacionario e incoherente de la legislación (cf. *ibid.*, p. 298 y ss.). Dicho todo esto, el propio Ibáñez reconoce que la indeterminación normal de los enunciados normativos no habilita a los jueces a decidir según su propio criterio de justicia. Observa que, pese a las dificultades lingüísticas, epistémicas y constitucionales que trae consigo la aplicación del derecho, es posible predecir la mayor parte de las decisiones judiciales con suficiente precisión. Sostiene que esa certidumbre es correcta, pues “de otro modo el derecho sería en exclusiva lo decidido potestativamente en cada ocasión por el intérprete de turno” (*ibid.*, p. 293).

⁴⁰ Sigo aquí a Posner, Richard, “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006, p. 1049 y ss. De todas maneras, el argumento que desarrollo aquí podría construirse incluso a partir de teorías realistas menos circunspectas y más progresistas. Cf. por ejemplo, Leiter, Brian, “The Roles of Judges in Democracies: A Realistic View”, en Chiasoni *et al.* (eds.), *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, 2021, Cham, Springer, p. 7 y ss. Este autor también rechaza enfáticamente la teoría formalista, a la que considera absurda. Su caracterización de la magistratura niega que los jueces tengan una obligación no derrotable de aplicar

Según esta teoría, las personas juzgadoras saben que disponen de un margen nada desdeñable para plasmar su propia cosmovisión, aunque son conscientes de que deben ejercer ese poder con mesura, luego de atender pormenorizadamente otras preocupaciones yuxtapuestas. Una aproximación pragmática da por hecho que la proliferación de valoraciones personales en las sentencias entraña el riesgo de desestabilizar el sistema. Si los jueces y juezas se comportan de modo excéntrico o indiferente frente a las leyes del parlamento, su desempeño repercute negativamente en la reputación de la magistratura y deteriora la legitimidad de las sentencias. En definitiva, el pragmatismo relativiza la dependencia teórica entre el juez y la ley, pero, no obstante, ratifica en los hechos la existencia de un núcleo dentro del cual aquél cuenta con poca (o nula) capacidad creativa.⁴¹

El pragmatismo postula incluso un ejercicio circunspecto de los poderes creativos cuando los jueces y juezas se mueven dentro de la zona de razonabilidad que la propia norma demarca. En estos casos, a primera vista, jueces y juezas se hallarían en condiciones de resolver sin atender a los “materiales ortodoxos” (la ley y los precedentes). De todos modos, una decisión de este tipo también podría estropear la integridad de la magistratura. Las personas juzgadoras sacrifican la legitimidad de la magistratura si actúan como

el derecho. Para Leiter, el rol del juez debe determinarse considerando la realidad imperante en los tribunales y, especialmente, en el parlamento. Dadas las deficiencias epistémicas y de funcionamiento que afectan el proceso democrático, los realistas de este linaje no se escandalizan frente al hecho de que el juez, en algunos casos, eluda el derecho preexistente para favorecer sus propias ideas de justicia, o que aproveche la latitud interpretativa de las normas con el mismo propósito. No puedo extenderme aquí sobre los pormenores de esta posición. Lo que quiero destacar aquí es que Leiter formula dos advertencias que son sensibles al problema de la extralimitación judicial. La primera es que la aspiración progresista de los jueces debe realizarse “dentro de las restricciones (propias) de su rol institucional” (*ibid.*, p. 27, nota 57). La segunda es que el juez debe perseguir los resultados progresistas prestando atención al contexto y a las consecuencias (*ibid.*, p. 29). En otras palabras, el juez no puede liberarse del derecho para plasmar su visión del mundo, porque corre un riesgo importante de socavar su propia posición.

⁴¹ Posner explica el punto con elocuencia: “El pragmatismo incluye al formalismo como un caso especial porque, cuando los materiales legales convencionales apuntan fuertemente hacia un resultado en particular, usualmente habrá razones pragmáticas contundentes para elegir ese resultado”. Y luego agrega que “en circunstancias particulares, el formalismo liso y llano debería ser la mejor estrategia pragmática” (*op. cit.*, p. 1053).

free-riders; esto es, si usufructúan los resortes institucionales para imponer de repente sus propias preferencias ideológicas. El riesgo es generar el rechazo de esas decisiones por parte de una comunidad que, por distintas razones, quizás no esté en condiciones de asimilarlas.⁴²

La peculiaridad del caso argentino es que la teoría constitucional ha ensombrecido el núcleo. La irrupción de los principios y la jerarquización de diversas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos han favorecido una cultura judicial impasible frente a la ley. El derecho se volvió tenebroso. Por las razones anteriores, la práctica jurisdiccional argentina conspira contra su integridad y compromete seriamente la estabilidad del sistema republicano. Sin separación de funciones o de roles, la independencia es un programa condenado al fracaso. Si los jueces y las juezas ignoran las reglas y juegan fuerte para implementar su propia ideología, ¿por qué debería blindárselos frente a los poderes políticos? ¿Por qué debería eximírselos del barro de la política?⁴³

⁴² Esta medida del pragmatismo se corresponde con otro de sus postulados centrales. Me refiero a la convicción de que las decisiones judiciales más complejas no pueden evaluarse en términos de verdad o falsedad, de corrección o incorrección. Posner exhorta a los jueces a practicar una mayor introspección, a fin de detectar y racionalizar los factores emocionales, culturales e intuitivos que moldean su actuación profesional. Un nivel más elevado de autoconocimiento, sostiene el autor, propiciaría una mayor humildad por parte de los magistrados al momento de definir cuestiones de impacto general (cf. *op. cit.*, p. 1066 y ss.).

⁴³ Sobre las dificultades que experimenta el sistema político a raíz de la extralimitación judicial, cf. Villalonga Torrijo, *op. cit.*, p. 785 y ss. La teoría neoconstitucionalista se esfuerza en aclarar que el rol creativo que se atribuye a los jueces no implica extenderles una autorización incontrolada para que den rienda suelta a sus propias valoraciones morales. La mayoría de ellos, incluso, rechaza que esa labor judicial sea de carácter creativo: la posición predominante sostiene que los jueces realizan valores y principios que ya formaban parte del derecho positivo. Por eso, el juez neoconstitucionalista no es un servidor público convencional. Es un juez dotado de cualidades intelectuales sobresalientes. El modelo de juez neoconstitucionalista, naturalmente, no tiene base empírica. Se basa en atributos ficticios que resultan imprescindibles para legitimar el poder que se le confía. La versión más épica de esa caracterización es la del Hércules dworkiniano: un juez omnisciente, capaz de interpretar y reconstruir la moralidad pública con el propósito de resolver un caso a través de la única solución correcta (cf. *ibid.*, p. 774 y ss.).

F. La (falta de) lealtad institucional

Ocupémonos ahora del otro infortunio que desacomoda a la magistratura y dificulta su correcta inserción en el sistema de gobierno. Se trata de un rasgo arquetípico que atañe la dimensión dinámica de la separación de poderes: me refiero no ya a la separación de funciones sino a la idea de frenos y contrapesos. Al igual que la extralimitación judicial, este fenómeno crea un entorno desfavorable para el desarrollo de la independencia.

Según la narrativa fundacional del constitucionalismo, el control recíproco entre los poderes se instituye con el fin de contrarrestar la ambición natural de los gobernantes. Se pretende que la fortaleza de los poderes neutralice los avances de unos sobre otros y que la resistencia mutua produzca un equilibrio institucional propicio para el disfrute de las libertades individuales.⁴⁴

El problema es que este circuito de supervisión presupone un hecho que no es evidente. Para que los funcionarios que representan a cada uno de los poderes puedan repeler intrusiones de aquéllos pertenecientes a los demás, es imperativo que profesen una suerte de lealtad hacia la institución que integran. ¿Qué quiere decir esto? Básicamente, hace falta que los magistrados y magistradas exhiban una proclividad psicológica a adecuar su conducta a lo que perciben como más próximo al interés de su institución, esto es, que tengan especialmente en cuenta lo que consideran más beneficioso para ella.⁴⁵ La noción de lealtad institucional se presenta pues como una condición de posibilidad del sistema de frenos y contrapesos. Los arquitectos de la Constitución estadounidense dieron por hecho que los intereses de los funcionarios estarían alineados con los de sus respectivos departamentos

⁴⁴ Como explica Richard Bellamy, “la solución brillante de Madison fue sujetar el conflicto entre facciones de un modo maquiavélico, de modo tal que los diferentes grupos se controlaran y se equilibraran entre sí, y resultaran forzados a cooperar para promover la justicia y el bien general” (“The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”, *Political Studies*, vol. XLIV, 1996, p. 450).

⁴⁵ Al respecto, cf. Fontana, David y Huq, Aziz, “Institutional Loyalties in Constitutional Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, núm. 1, 2018, p. 1 y ss. (en especial, p. 12 y ss.).

de gobierno, que esa sensibilidad los mantendría alerta frente al avance de los demás y que la dinámica resultante (de control recíproco) aseguraría un equilibrio y brindaría protección a los derechos individuales.⁴⁶

Una cuestión a destacar aquí es que la lealtad no equivale a la virtud cívica de los magistrados. El constitucionalismo nos propone construir un sistema político estable a partir de la desconfianza.⁴⁷ Por eso, la narrativa de las incursiones recíprocas entre los poderes se asemeja a la del derecho posesorio. Se requiere que la magistratura perciba los abusos de poder como ataques personales y que estén dispuestos a repelerlos con la misma determinación con la que rechazarían la turbación o el despojo de sus propios bienes.⁴⁸

Naturalmente, la identificación precisa del interés institucional suele ser problemática. Esta dificultad es relevante porque condiciona el despliegue de una

⁴⁶ Cf. *ibid.*, p. 17. Este argumento tiene al menos dos versiones en los ensayos que componen *El Federalista*. La primera versión es desarrollada por Madison (cf. Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, Madrid, 2015, Ensayo 51, p. 397 y ss.). Esencialmente, el autor sostiene allí que el celo institucional de cada funcionario opera como un resguardo efectivo para repeler intrusiones provenientes de los otros poderes. Desde su perspectiva, ese mecanismo de supervisión recíproca resultaba más promisorio que un esquema de control popular como el que proponía Jefferson. Esta alternativa consistía en remarcar el perímetro de actuación de cada rama de gobierno a través de convenciones constituyentes periódicas, que serían convocadas para zanjar las disputas que se hubieran presentado. Para Madison, la seguridad frente a la acumulación progresiva del poder requiere dotar a los cargos de gobierno de “medios constitucionales apropiados” y de “motivos personales para querer resistir tales usurpaciones por parte de otros”. Luego, el ensayista sostiene que “la ambición debe constituir un contrapeso a la ambición”. Y que, para ello, “los intereses personales de un individuo tienen que estar ligados a los derechos constitucionales del puesto que ocupa” (p. 398). La segunda versión del argumento la formula Hamilton en el Ensayo 78, referido a la configuración del poder judicial (cf. *op. cit.*, p. 547 y ss.). El autor pronosticaba que la magistratura federal se establecería en un entorno normativo caracterizado por reglas y precedentes bien definidos y, a la vez, estrictos. La complejidad profesional del trabajo, según el ensayista, provocaría una socialización organizacional peculiar y distintiva. Hamilton estaba convencido de que los jueces constituirían un gremio que profesaría una lealtad legalista, y que constituiría una suerte de conciencia del gobierno federal (cf. Huq y Fontana, *op. cit.*, p. 19).

⁴⁷ La virtud cívica no se agota en esta predisposición. La separación de poderes también podría preservarse a través de mecanismos menos beligerantes; por ejemplo, si los funcionarios cultivaran los atributos necesarios para abstenerse voluntariamente de este tipo de avances. Sobre la antropología pesimista que sustenta la teoría madisoniana, cf. Gargarella, *op. cit.*, p. 6 y ss. (en especial, p. 8, nota 3).

⁴⁸ No es casual que los Padres Fundadores se refieran a este tipo de avances como usurpaciones (*encroachments*). Al respecto, cf. Madison, *op. cit.*, p. 398.

conducta leal incluso de las juezas y jueces más convencidos. Las personas juzgadoras pueden estar seguras de que deben preservar los intereses de la magistratura; sin embargo, esa predisposición puede esterilizarse si no conocen cuáles son los intereses que están llamados a resguardar. Comparemos esta nebulosidad con la claridad del mandato que estructura el funcionamiento de otras organizaciones encargadas de velar por intereses específicos (ambientales, religiosos, deportivos, etcétera). En esos casos, resulta más sencillo observar (y mensurar) el nivel de compromiso institucional exhibido por sus miembros. La actuación de esas personas demanda atender prioritariamente las preocupaciones consignadas en el estatuto de las entidades (por ejemplo, salvar a las ballenas, defender la fe, promover el rugby, etcétera).

Otro aspecto intrincado al momento de dilucidar el interés institucional de la magistratura es la dimensión temporal. Dado que las instituciones de gobierno trascienden notoriamente la vida profesional de sus miembros, los intereses que le son propios requieren estimar el impacto de las decisiones en el mediano y largo plazo. Luego, la lealtad hacia la institución exige velar por su integridad tomando en cuenta un intervalo más prolongado. Aquí se advierte una peculiaridad de la lealtad institucional que, tal vez, permita distinguirla de otras lealtades concurrentes de satisfacción inmediata.⁴⁹

La lealtad institucional, además, puede manifestarse a través de formas sutilmente diferentes. La primera se materializa cuando la persona juzgadora internaliza los intereses institucionales, es decir, cuando los convierte genuinamente en sus propios intereses. La segunda variante, en cambio, se concreta cuando replica esos intereses por razones meramente estratégicas o imbuido únicamente por una conciencia de rol que, entiende, lo obliga a obrar de ese modo.⁵⁰

El tiempo transcurrido desde la implementación de nuestro sistema de gobierno permite evaluar críticamente las premisas madisonianas. La teoría

⁴⁹ Cf. *ibid.*, p. 14.

⁵⁰ *Idem.*

constitucional pone en duda que los actores institucionales se conduzcan de la forma en que los Padres Fundadores supusieron que lo harían. En este sentido, una parte importante de la literatura se muestra escéptica acerca de la relevancia, o incluso de la mera existencia de lealtades institucionales capaces de motivar el desempeño de las funcionarias y los funcionarios. Las investigaciones históricas de la práctica institucional revelan, antes bien, que esas motivaciones suelen ser postergadas por preferencias políticas, por compromisos partidarios y hasta por intereses mundanos.⁵¹

De tal forma, la lealtad institucional emergería sólo de forma accesorio, cuando resulta circunstancialmente coincidente con aquellas inquietudes, o cuando se la emplea como racionalización *ex post*, como un simple atuendo escogido para vestir una decisión adoptada por otros motivos. Estas observaciones son parte de una descripción general del sistema de frenos y contrapesos y, por tanto, no entrañan necesariamente una valoración negativa del desempeño de los jueces a nivel individual. La cuestión a dilucidar aquí es si el sistema republicano partió de un diagnóstico acertado al implementar el control recíproco entre los departamentos de gobierno.⁵²

La respuesta a esta interrogante tiende a ser negativa. Esto aplica para Estados Unidos, pero también para Argentina. Una justificación extendida de esta

⁵¹ La noción de lealtad institucional da pie a una analogía sugerente entre el Estado constitucional y el mercado, considerando la caracterización tradicional que nos propone el liberalismo clásico. Esta teoría postula, en lo elemental, que el despliegue desembozado de las preferencias individuales conduce a una asignación racional de los bienes y servicios. Por su parte, la teoría madisoniana de la división de los poderes sostiene que la maximización de los intereses institucionales opera como una suerte de mano invisible y favorece un sistema estable y equilibrado. Pero las dos teorías difieren en un aspecto esencial. La teoría del mercado se sustenta en un hecho difícil de contrastar: que las personas toman decisiones económicas animadas por razones egoístas (basadas en el autointerés). La teoría de la división de poderes, por el contrario, se edifica sobre una proposición endeble: que los funcionarios actúan motivados por consideraciones institucionales. Esto quiere decir que, frente a otras posibles influencias, esos servidores públicos tienden a elegir el curso de acción que preserva de la mejor manera los intereses de la institución que los alberga. Como hemos señalado, la literatura constitucional relativiza el protagonismo que se reconoce a este tipo de motivaciones. Al respecto, *cf.* Fontana y Huq, *op. cit.*, p. 18. Para estos autores, la lealtad institucional cumpliría el papel que el egoísmo desempeña en la teoría económica de Adam Smith.

⁵² *Cf.* Fontana y Huq, *op. cit.*, p. 26.

posición es que los creadores del sistema no previeron adecuadamente el impacto de la competencia democrática sobre las relaciones entre los poderes. Los ideólogos de la Constitución no habrían sido suficientemente perspicaces para anticipar el ascenso arrasador de los partidos políticos, ni la incidencia determinante que éstos tendrían en el funcionamiento institucional.⁵³

La proposición subyacente a la separación de poderes es que las y los funcionarios desarrollan una identificación intensa con la rama de gobierno a la que pertenecen. Con esta expectativa como telón de fondo, la irrupción de los partidos constituiría un hecho disfuncional que proveería incentivos contradictorios: en lugar de fomentar una dinámica insular y reactiva entre los poderes, la lucha partidaria fomentaría intereses transversales entre ellos, que traerían consigo relaciones de cooperación y coordinación. Como ya adelanté, esto no ocurre (necesariamente) porque las funcionarias y los funcionarios sean corruptos. El problema es más profundo. La razón de la convergencia entre los poderes respondería a las inconsistencias del propio sistema, que provoca efectos contrarios a los buscados.⁵⁴

Sin perjuicio de las consecuencias de la lucha partidaria en el ejercicio de la magistratura, las consideraciones ideológicas suelen también sofocar a las institucionales. Con frecuencia, los jueces y juezas deciden lisa y llanamente en función de sus convicciones acerca de cuestiones de política pública.⁵⁵ La literatura destaca que las lealtades personales, o las motivaciones individuales, se imponen con frecuencia frente a las preocupaciones de tipo institucional.

⁵³ Para una formulación extendida de esta deriva de los frenos y contrapesos, cf. Levinson, Daryl y Pildes, Richard, "Separation of Parties, Not Powers", *Harvard Law Review*, vol. 119, 2006, p. 2312 y ss.

⁵⁴ En este sentido, cf. González Bertomeu, Juan F., "Gobierno unificado, gobierno dividido. Una teoría del control judicial y la división de poderes", en Rivera *et al.* (eds.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. I, Buenos Aires, 2014, p. 621 y ss. El autor analiza en detalle las deficiencias de los frenos y contrapesos en situaciones de "gobierno unificado": con esto se refiere a contextos en los que el partido del presidente domina el parlamento por sí solo o con la ayuda de un partido aliado. Cuando ocurre esto, explica, "los jueces parecen tener menos espacio para enfrentarse al gobierno" (p. 637).

⁵⁵ Conviene aquí tener presente la distinción conceptual entre lealtad partidaria y lealtad ideológica. La diferencia entre estas variantes es valiosa aun cuando ambas estén fuertemente correlacionadas en las teorías realistas acerca del rol de los jueces.

Ante esto, los arreglos institucionales deberían contemplar precauciones conducentes para desalentar o mitigar esos conflictos de intereses. Volveré sobre esto más adelante.⁵⁶

Estas distorsiones son especialmente significativas en períodos de polarización. La división de la sociedad en posiciones irreductibles impacta en el sistema de gobierno al inhibir los controles recíprocos. El elemento agonal del sistema político opera de modo transversal a los tres departamentos, que ya no logran diferenciarse entre sí. En cuanto a los jueces y juezas, el poder de atracción que ejercen los extremos puede tornarse irresistible y dificultar una aproximación a la magistratura basada en consideraciones de lealtad institucional. El fenómeno, es cierto, podría explicarse exactamente al revés: la paulatina reducción de la lealtad institucional fomenta un crecimiento correlativo de otro tipo de preferencias. En cualquiera de los dos casos, queda poco espacio para los mecanismos de frenos y contrapesos confiados al Poder Judicial.⁵⁷

Con todo, hay posiciones más optimistas que rescatan antecedentes de la historia constitucional y aseguran que la lealtad institucional puede florecer en determinados contextos. En particular, el ejercicio del control de constitucionalidad proporciona algunos ejemplos interesantes en los que los magistrados y magistradas resignan otras consideraciones para atender inquietudes institucionales que reputan prevalentes. En esos casos, la lealtad institucional aconsejaba facilitar consensos y evitar fracturas internas que podrían comprometer la legitimidad del tribunal. La necesidad de asegurar que el fallo sea aceptado exige a veces romper asociaciones arraigadas entre las personas juzgadoras y las fuerzas políticas en pugna; los jueces y juezas constitucionales sensibles a la lealtad institucional promueven acuerdos ines-

⁵⁶ Al respecto, Fontana y Huq presentan como ejemplo de política pública en este sentido a la regulación de los delitos de corrupción, en general, y al delito de negociaciones incompatibles con la función pública, en particular (*cf. op. cit.*, p. 25).

⁵⁷ *Cf.* Fontana y Huq, p. 38. Refiriéndose a la lealtad hacia el Parlamento, los autores señalan que la polarización disminuye la disposición de los legisladores a perseguir fines institucionales, dado que el liderazgo político ejerce un control más férreo sobre la agenda y los conmina a concentrarse en cuestiones partidarias.

perados o ensayan argumentos políticamente desconcertantes. La prioridad es resguardar el crédito público de la magistratura y persuadir a la ciudadanía de que la interpretación constitucional es una actividad desacoplada de las disputas partidarias o de facción.⁵⁸

G. El solar de la independencia

El desarrollo precedente procuró iluminar la relación instrumental que existe entre la separación de poderes y la independencia judicial. En función de ella, la forma de gobierno define el terreno en el que se esparcen las provisiones constitucionales destinadas a asegurar la insularidad de la magistratura frente a los otros poderes. Mi argumento central es que el nivel de independencia verificado en un país no puede dissociarse de la cultura institucional en la que se inserta el Poder Judicial. Si esa cultura es tóxica, resultará improbable que los jueces y juezas puedan distanciarse de intereses ajenos a su oficio o preservarse de la polarización política.

Ahora bien, ¿es sensato aspirar a modificar normas sociales a través de la política institucional? Es difícil responder a esta pregunta sin caer en cierto voluntarismo, sin dejarse traicionar por el deseo ferviente de lograr transformaciones cuyo impacto pueda verse en el transcurso de una generación.⁵⁹ Con esta precaución, empero, apunto en lo que sigue algunos arreglos institucionales que podrían revertir los problemas que hemos reseñado. Pienso en ciertas definiciones autoritativas destinadas a comunicarle a los jueces y juezas (actuales y futuros) lo que se espera de ellos, considerando las dos principales derivaciones de la separación de poderes. Me refiero a la dimensión estática (separación de funciones), que requiere precisar con rigor el ámbito

⁵⁸ Cf. *ibid.*, p. 30 y ss. Un ejemplo de esta actitud es la decisión del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, el juez John Roberts, al validar la constitucionalidad de la política de salud del gobierno de Barack Obama. Me refiero a su voto en el caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius* (567 US 519, sentencia del 28 de junio de 2012). En ese caso, Roberts se desacopló de la mayoría conservadora que integraba y lideró el bloque liberal.

⁵⁹ Sobre esta cuestión, cf. Melton y Ginsburg, *op. cit.*, p. 187 y ss. (en especial, p. 210).

de incumbencia profesional de los jueces, y a la dimensión dinámica (frenos y contrapesos), que demanda cultivar una actitud leal hacia la magistratura.

1. El primer mecanismo para lograr el cambio cultural es el procedimiento de selección. Más allá de los requisitos constitucionales y legales, el sistema debe transmitir de modo contundente cuáles son los atributos que se consideren necesarios para ejercer el oficio y cuáles los que deberían censurarse.

La excesiva politización de este tipo de procedimientos tiene efectos deletéreos, que pueden evaluarse desde dos puntos de vista. Por un lado, este tipo de modelos brinda malos incentivos. Con malos incentivos identifico mensajes contrarios al ideal normativo de la persona juzgadora independiente. Por el otro, el desprestigio de la selección achica y deforma el universo de los candidatos. Desde cualquiera de las dos perspectivas, la práctica institucional fagocita las previsiones constitucionales y nos aleja del ideal de independencia.⁶⁰

Pensemos en las vicisitudes que debe atravesar un candidato que participa de los concursos en el Consejo de la Magistratura. El procedimiento vigente fuerza a los concursantes a recabar sucesivos apoyos políticos y a trajinar despachos de patrocinadores putativos que les prometen ejercer sus buenos oficios. No hace falta ser demasiado perspicaz para advertir que ese *raid* de entrevistas fomenta un esquema *quid pro quo*, que condiciona la independencia de los postulantes una vez que acceden al cargo. Es altamente probable que esas personas asuman sus nuevas funciones con una mochila de promesas sobre sus espaldas.

Es cierto que esta situación no excluye la posibilidad de que los jueces y juezas elijan luego cortar sus cadenas y afronten las consecuencias de abrazar la independencia. No podemos descartar que ciertos candidatos desplieguen este tipo de estrategias para asegurarse el apoyo necesario, y que luego se

⁶⁰ Sigo aquí a Vermeule, Adrian, "Selection Effects in Constitutional Law", *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, p. 953 y ss. Según este autor, la política institucional debe evaluarse a partir de dos enfoques. El primero se basa en los incentivos: la pregunta que nos formulamos es cómo lograr que los funcionarios se desempeñen mejor. El segundo enfoque toma en cuenta el proceso de selección: lo relevante es determinar cómo excluir a los peores candidatos y, correlativamente, cómo seducir a los mejores.

desentiendan de sus padrinos. De cualquier manera, el sistema de selección funciona en un entorno inadecuado, generador de razones prudenciales para actuar incompatibles con el ideal de la independencia.

Sin perjuicio de esto, la promiscuidad institucional perjudica la independencia al degradar cualitativamente el perfil de los candidatos que se inscriben en los concursos; es decir, el conjunto de personas dispuestas a luchar por incorporarse a la magistratura en ese escenario hostil. Repasemos lo dicho respecto del modelo arquetípico de la persona juzgadora según el derecho constitucional: se trata de una persona versada en derecho, cuyas destrezas salientes deberían ser la argumentación jurídica y el razonamiento probatorio. Para una persona de esas características, la necesidad de mendigar apoyos puede resultar una exigencia denigrante e inaceptable. De este modo, el ecosistema del Consejo de la Magistratura espanta candidatos brillantes, cuyos atributos se corresponden con el *ethos* constitucional.

En consecuencia, la estrategia de reclutamiento debe apelar al prestigio del cuerpo. Los aspirantes deben elegir esa carrera en razón de la gratificación que ésta brinda en términos profesionales. Frente a esto, el aliciente económico debe ser secundario. Los candidatos, incluso, deben estar dispuestos a resignar ingresos en pos de una satisfacción ulterior, casi trascendente. Por supuesto que ese anhelo profesional de integrar una institución prestigiosa está supeditado, precisamente, al hecho de que ésta ostente esa condición, lo cual nos expone a cierta circularidad del argumento: la lealtad institucional parecería necesaria para tener una magistratura prestigiosa y ese mismo prestigio, a su vez, sería ineludible para emplear juezas y jueces leales.⁶¹

El acceso a la magistratura federal debería ser sumamente difícil, y quedar reservado a las y los juristas más preparados. Una alternativa para lograr esto es implementar un procedimiento de admisión complejo y desafiante en el

⁶¹ Sobre el valor de la reputación como activo fundamental de la magistratura, cf. Garoupa, Nuno y Ginsburg, Tom, "Reputation, Information and the Organization of the Judiciary", *Journal of Comparative Law*, vol. 4, núm. 2, p. 226 y ss.

que se evalúen los conocimientos jurídicos de los candidatos, así como sus destrezas y habilidades para la función que pretenden desempeñar. La opción regulatoria de máxima sería instituir una Escuela Judicial, a la que debería confiarse la formación inicial obligatoria de todos los aspirantes interesados en integrar las ternas que elabora el Consejo de la Magistratura.⁶²

2. Por otra parte, la fidelidad de los jueces y juezas a la magistratura resulta proporcional a su nivel de cohesión interna. Es más plausible profesar lealtad a una institución compacta y bien articulada que a otra disgregada e inconsistente. La política pública debe propender a la consolidación de instituciones fuertes, a partir de un mandato fundacional lo más preciso posible. Me refiero aquí a la necesidad de hallar una misión, una razón de ser lo suficientemente nítida como para guiar el desempeño de cada uno de sus miembros. En este sentido, el propio diseño de la institución puede influenciar positivamente la percepción de los candidatos y, de ese modo, aumentar su predisposición a identificarse con ella.⁶³

La sociología de las organizaciones enseña que la lealtad institucional se robustece a medida que los integrantes internalizan ese mandato aglutinante. Nada excluye apelar a varios fines: de todas maneras, la fidelidad de los miembros puede resentirse si ellos son contradictorios entre sí. Alinear el desempeño profesional de los jueces y juezas con el cumplimiento del mandato institucional puede ser una buena política para atenuar el impacto de las motivaciones individuales o ideológicas.⁶⁴

⁶² El análisis, de momento, se circunscribe al aporte que la Escuela Judicial haría en el desarrollo de la integridad jurisdiccional y la lealtad institucional. Naturalmente, esa contribución no sería la única.

⁶³ Cf. Fontana y Huq, *op. cit.*, p. 51. Esto no es privativo de los jueces. La ambigüedad del mandato institucional es un problema observable en otros actores del sistema de justicia. Un ejemplo claro de ello es el Ministerio Público Fiscal: el escepticismo de los fiscales respecto del poder punitivo genera a menudo actitudes vergonzantes en el ejercicio de la acción penal, que los lleva a solapar su rol con el de los defensores y los jueces (agradezco a Gabriel Pérez Barberá por advertirme acerca de este punto).

⁶⁴ En palabras de Fontana y Huq: “cuanto más plurales y abstractos sean los fines de una entidad, mayor será el desacuerdo que se genere entre sus integrantes en torno a cómo realizar el mandato de la mejor manera” (*op. cit.*, p. 53 y ss.).

3. El compromiso de los jueces y juezas con la magistratura está correlacionado con ciertas formas de organización gremial. Esta vinculación se establece a partir del hecho incontrastable de que los grupos de pares inciden en el comportamiento y en la formación de preferencias de sus miembros. Las asociaciones profesionales pueden cultivar la lealtad institucional si contribuyen a erigir una comunidad epistémica que demarque el ámbito de lo esperable en términos profesionales. Si esto es correcto, el *policy maker* debe prestar especial atención al proceso de socialización de las personas juzgadoras. Los círculos profesionales ofrecen canales eficientes para difundir el canon del buen desempeño.⁶⁵ Las organizaciones pueden exponer con rapidez a los jueces y juezas que se apartan de la ortodoxia, y someter sus extravagancias al escrutinio de los demás colegas (especialmente de aquellos más experimentados). Por otra parte, las redes profesionales pueden poner en crisis (formal e informalmente) la promiscuidad de los jueces y juezas en sus relaciones con las otras ramas de gobierno. Se trata, en definitiva, de instituir mecanismos no sancionatorios de rendición de cuentas que puedan añadirse al control disciplinario tradicional.⁶⁶

4. Otra alternativa atendible para el desarrollo de la lealtad institucional es el proceso de desvinculación. Con esto no me refiero a la remoción de las personas juzgadoras en caso de inconducta profesional, sino al esquema de

⁶⁵ Es fundamental, naturalmente, evitar que las propias asociaciones de jueces queden empantanadas en la lógica partidaria. Si esto ocurre, los grupos de pares perjudicarán el desarrollo de la lealtad institucional y, de ese modo, agravarán el impacto de la extralimitación y la polarización política. En Argentina, esta inquietud se presenta a raíz de la elección de los administradores de esas asociaciones y de la representación estamental que corresponde a los jueces en el Consejo de la Magistratura. En las elecciones de jueces, las listas de candidatos tienden casi inercialmente a acoplarse a las distintas fuerzas políticas en pugna. Sobre este problema (y sus posibles soluciones), cf. Guidi, Sebastián, “Independencia y responsabilidad en el Consejo de la Magistratura: guía para una conversación difícil”, *Jurisprudencia Argentina*, vol. 2022-I, p. 119 y ss.

⁶⁶ Inclusive, es posible imaginar un entramado institucional más amplio, integrado no sólo por los jueces, sino también por otros actores interesados en preservar la integridad y el prestigio del poder judicial (abogados, profesores, periodistas especializados, etcétera). Fontana y Huq (*op. cit.*, p. 63) lo definen como “entorno profesional grueso” (*thick political surround*); mencionan como ejemplo el conglomerado de instituciones y personas que orbitan alrededor de la Corte Suprema estadounidense: básicamente, ese conjunto suele resguardar la integridad del Tribunal de un modo transversal en términos políticos y partidarios (*ibid.*, p. 64).

incentivos destinados a retenerlos en la magistratura (o a distanciarlos de ella). Por ejemplo, un sistema que favorezca la rotación interinstitucional producirá a la larga jueces y juezas menos comprometidos. Asimismo, el carácter más prolongado del cargo podría ser una cualidad conducente para inculcar en los magistrados un mayor celo institucional; y a la vez, para desalentar el *free-riding*, es decir, la actitud profesional del juez que parasita la magistratura y la convierte en un instrumento de sus propias ambiciones y prioridades.⁶⁷

5. Por último, es preciso recordar que el valor de la lealtad institucional no es intrínseco sino instrumental. El juicio moral sobre este tipo de actitud depende del valor que deseamos realizar a través de ella. La lealtad institucional no coincide (necesariamente) con la lealtad constitucional. La reivindicación de los intereses institucionales de la magistratura no debe confundirse con la adopción de posiciones corporativas, destinadas a mantener privilegios carentes de justificación.⁶⁸

La distinción puede lucir algo embrollada, pero es fundamental: sólo a través de ella podemos comprender la debilidad de aquellas magistraturas compactas pero dependientes del poder político. Cuando ocurre esto, los jueces y juezas son intransigentes para defender la inmutabilidad de sus condiciones de trabajo y se abroquelan frente a cualquier propuesta de reforma proveniente de los poderes de origen democrático. No obstante, esa cohesión corporativa no se traduce luego en una mayor predisposición a detener los abusos de poder.

⁶⁷ Este argumento, desde ya, no alcanza para justificar la inamovilidad vitalicia de los jueces. Esta cualidad es el resultado de una opción de política institucional, y entraña otros costos y beneficios que deben ser ponderados cuidadosamente. Mi punto aquí es que la pertenencia prolongada a un determinado cuerpo profesional puede ser un mecanismo adecuado (entre varios posibles) para construir fidelidad y disuadir a los *free-riders*. En contra, la tesis central de Haissiner, Martín y Pastor, Daniel (“Hacia la duración limitada del oficio judicial”, en *Letra: Derecho Penal*, Año IV, número 7, 2018, p. 110 y ss.) es que la permanencia en el cargo no tonifica la independencia de los jueces, y que además trae consigo efectos adversos. Como tesis lateral, además, Pastor y Haissiner sugieren un rechazo a la idea misma de lealtad institucional. Al respecto, apuntan que “el magistrado de mandato temporal está mucho mejor preparado para resistir las presiones, en razón de su desinterés e indiferencia para seguir perteneciendo al grupo” (p. 128).

⁶⁸ Cf. Fontana y Huq, *op. cit.*, p. 19. En este sentido, nuevamente, cf. Pastor y Haissiner, que advierten que la magistratura suele asumir a veces una posición más propia de una nobleza feudal que de un funcionario público (cf. *op. cit.*, p. 125).

Para continuar con el mismo ejemplo: una magistratura complaciente con un presidente autoritario carece de independencia, aun cuando cierre filas y defienda con vehemencia su presupuesto anual o cuando rechace reformas destinadas a modificar su caudal de trabajo. El mismo fenómeno disfuncional se observa si la lealtad corporativa se aprovecha para eludir el pago de impuestos o para resistir mecanismos generales de rendición de cuentas.⁶⁹

H. Conclusión

Este trabajo pretende llamar la atención sobre algunas deficiencias estructurales del sistema de gobierno que condicionan y perjudican seriamente el programa de la independencia judicial. Como hemos visto, el texto constitucional tiene un poder predictivo escaso sobre el nivel de independencia *de facto* prevaleciente en el país. La Argentina confirma así la paradoja de la independencia: me refiero a la falta de correlación entre las previsiones del derecho positivo y la concreción de ese atributo, considerando las percepciones de las personas que utilizan el servicio de justicia.⁷⁰

Si mis argumentos son correctos, la realización insuficiente de la separación de poderes genera un entorno institucional promiscuo, en el que la jurisdicción se contamina con intereses propios de los otros poderes, y en el que los jueces y juezas no pueden eludir la polarización política. La escasa aplicación del subprincipio de separación de funciones se corresponde con el fenómeno de la extralimitación judicial. La poca presencia del subprincipio de los frenos y contrapesos, a su vez, se explica en gran medida por la falta de lealtad institucional hacia la magistratura. Esta situación, vale la pena reiterar, no refuta la existencia de jueces y juezas independientes, cuya

⁶⁹ Sobre la relación entre la independencia y la rendición de cuentas, cf. Burnett, Ian, "Institutional Independence and Accountability of the Judiciary", *Israel Law Review*, vol. 55, núm. 3, 2022, p. 360 y ss. (en especial, p. 367 y ss.). La idea central del autor al respecto es que la independencia es un atributo que los jueces deben ganarse sometiendo su trabajo al escrutinio público.

⁷⁰ Como dice Huq, la independencia *de facto*, al final del día, "dependerá de cómo las elecciones del texto (constitucional) interactúan con un cúmulo de elecciones estratégicas efectuadas por los actores políticos luego de que la constitución es adoptada" (*op. cit.*, p. 1098).

labor se corresponde con el *ethos* constitucional: la realidad está repleta de ejemplos de este tipo. El problema es que nuestra cultura política tiene un impacto negativo abrumador en al menos dos sentidos: por un lado, brinda incentivos inadecuados, que desorientan a las personas juzgadoras designadas, y, por el otro, desalienta a excelentes candidatos, que resignan su vocación de servicio para no entremetarse en las lides de la política partidaria.

La independencia judicial es una norma fundamental del derecho argentino, regulada de forma no concesiva. Quiero decir, es una norma que no admite una implementación gradual.⁷¹ Los jueces y juezas deben decidir libres de influencias y presiones provenientes de los poderes políticos. Además, deben estar en condiciones de resistir cualquier tipo de interferencia de esa naturaleza. Por otra parte, las personas juzgadoras deben resolver conforme al derecho y a la prueba, sin anteponer sus propias preferencias políticas, morales y partidarias. Esta norma es tan poderosa que sobre ella se edifica gran parte del sistema republicano: la independencia judicial es el arreglo institucional escogido para controlar los abusos de poder y para garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Lamentablemente, estas funciones excelsas no pueden cumplirse si no se modifican las normas sociales subyacentes que determinan el desempeño del Poder Judicial. La magistratura debe reconvertirse en un cuerpo compacto y relativamente homogéneo, que defienda con uñas y dientes su ámbito de incumbencia profesional, y que resista con vehemencia los avances de los poderes políticos. Se necesita crear una nueva ortodoxia en torno al oficio judicial, una comunidad epistémica que ilumine al resto del sistema de justicia.⁷² Los propios jueces y juezas deben ser los encargados de revertir la crisis de confianza que afecta su legitimidad y que condiciona la aceptación

⁷¹ Al respecto, cf. Gascón Inchausti y Sánchez López, *op. cit.*, p. 85.

⁷² En este sentido, cf. Böhmer, *op. cit.*, p. 201. Para el autor, la comunidad epistémica debería conformarse “alrededor de un acuerdo generalizado sobre lo que manda la ley y sobre los procesos para aplicarla o identificarla en casos de desacuerdo, que permita que las desviaciones respecto de ese acuerdo sean criticadas en forma general por sus miembros”.

social de sus decisiones. Las prácticas extravagantes deben ser desalentadas públicamente. Las irregularidades y prevaricaciones ya no deben ser toleradas, al igual que la participación de las personas juzgadoras en la tertulia política. Por otra parte, la magistratura debe excluir a los *free-riders*, es decir, a los jueces y juezas que desean parasitar la institución y utilizarla para reivindicar su ideología política o sus preferencias coyunturales.

Mientras persista esta cultura de gobierno, lo más sensato es moderar nuestras expectativas respecto del Poder Judicial. Con algunos ajustes, podríamos lograr un sistema más previsible de resolución de conflictos entre particulares, en el que se diriman cuestiones no relevantes en términos políticos. Se trata de una aspiración importante para un país en vías de desarrollo, que debe generar confianza en los actores económicos y fomentar inversiones productivas de mediano y largo plazo.⁷³ Dicho esto, sin embargo, hay pocos argumentos para confiar a los tribunales la protección última de nuestros intereses más preciados o para esperar que ellos llamen a rendir cuentas a los poderosos. En estas condiciones, la independencia es implausible. Quizás llegó la hora de asumir esta realidad y de explorar mecanismos institucionales complementarios que apunten y fortalezcan el Estado de derecho.⁷⁴

I. Bibliografía

Arballo, Gustavo, “Memoria y balance del Neoconstitucionalismo”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 18, núm. 2, 2020.

Bellamy, Richard, “The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy”, *Political Studies*, vol. XLIV, 1996.

⁷³ Ese escenario sería preferible a otro de “justicia fallida”. Con esto aludo a una situación catastrófica en la que los poderes políticos impiden cubrir el número mínimo de cargos necesarios para que la magistratura funcione. Frente a esa carencia, el poder judicial ya no puede concluir los procesos en trámite, ni adjudicar las pretensiones de las partes de modo definitivo. Sobre esta cuestión, cf. Nußberger, Angelika, “Zur Lage der Gerichtsbarkeit”, en Holterhus et al. (eds.), *Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität*, Tübinga, 2022, p. 11 y ss. (en especial, p. 27).

⁷⁴ Cf. Huq, *op. cit.*, p. 1120 y ss.

- Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo III, Buenos Aires, 2014.
- Böhmer, Martín, “*Lusus Naturae*”, en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011.
- Burnett, Ian, “Institutional Independence and Accountability of the Judiciary”, *Israel Law Review*, vol. 55, núm. 3, 2022.
- Chiasoni et al. (eds.), *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, 2021, Cham, Springer.
- Dyzenhaus, D. et al. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Fiss, Owen, “The Right Degree of Independence”, en Stotzky, Irwin (ed.), *Transition to Democracy in Latin America. The Role of the Judiciary*, Nueva York, Routledge, 1993.
- Fontana, David y Huq, Aziz, “Institutional Loyalties in Constitutional Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, núm. 1, 2018.
- Gardner, John, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, 2012.
- Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, 2013.
- Garoupa, Nuno y Ginsburg, Tom, “Reputation, Information and the Organization of the Judiciary”, *Journal of Comparative Law*, vol. 4, núm. 2.
- Gascón Inchausti, Fernando y Sánchez López, Bárbara, “Independencia judicial y formación de los jueces: un vínculo difuso”, en Nieva Fenoll et al. (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Madrid, 2019.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Buenos Aires, 2004.
- González Bertomeu, Juan F., “Gobierno unificado, gobierno dividido. Una teoría del control judicial y la división de poderes”, en Rivera (h) et al. (eds.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. I, Buenos Aires, 2014.
- Groß, Thomas, *Die asymmetrische Funktionenordnung der demokratischen Verfassung – Zur Dekonstruktion des Gewaltenteilungsgrundsatzes*, Der Staat, vol. 55, 2016.

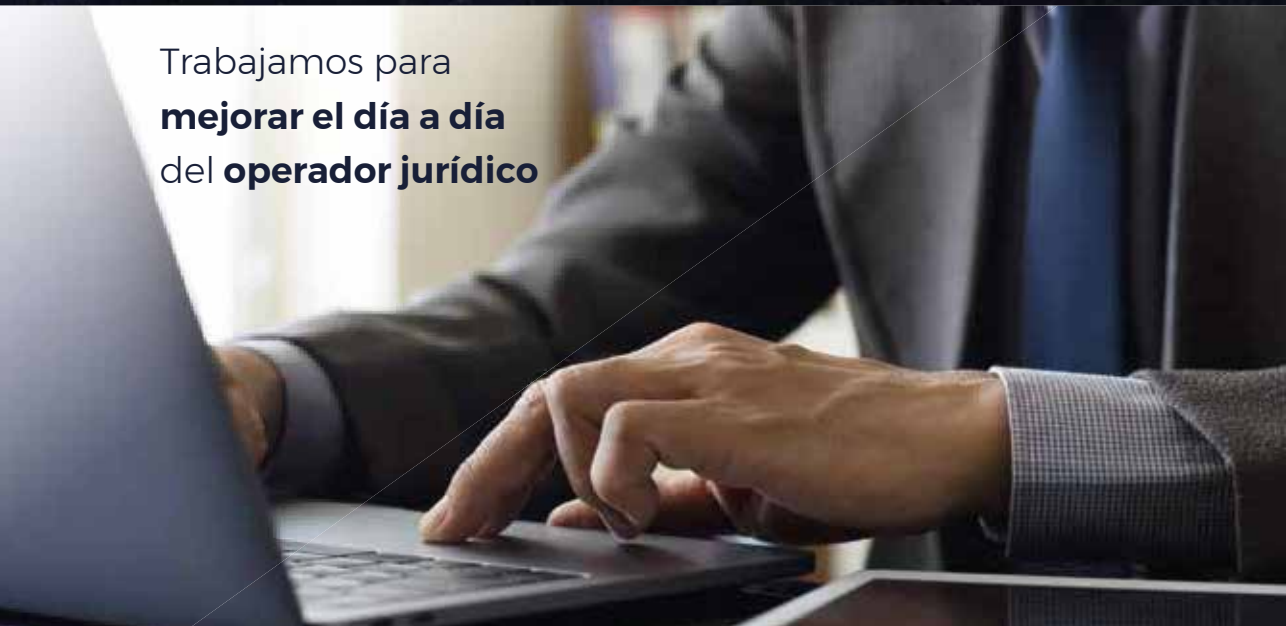
- Guastini, “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, vol. 43, 2015.
- Guidi, Sebastián, “Independencia y responsabilidad en el Consejo de la Magistratura: guía para una conversación difícil”, *Jurisprudencia Argentina*, vol. 2022-I.
- Gutmann, Jerg y Voigt, Stefan, “Judicial Independence in the EU: a puzzle”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 49, núm. 1, 2020.
- Haissiner, Martín y Pastor, Daniel, “Hacia la duración limitada del oficio judicial”, en *Letra: Derecho Penal*, Año IV, número 7, 2018.
- Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, Madrid, 2015, Ensayo 51.
- Hayo, Bernd y Voigt, Stefan, “Explaining de facto Judicial Independence”, *International Review of Law and Economics*, vol. 27, núm. 3, 2007.
- Holterhus et al. (eds.), *Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität*, Tübinga, 2022.
- Horn, Hans-Detlef, “Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung. Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates”, *Archiv des Öffentlichen Recht*, vol. 127, 2002.
- Huq, Aziz, “Why Judicial Independence Fails”, *Northwestern University Law Review*, vol. 115, núm. 4, 2021.
- Ibáñez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, 2015.
- Kavanagh, Aileen, “The Constitutional Separation of Powers”, en Dyzenhaus, D. et al. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Kuch, David, “Gewaltenteilung”, en Hilgendorf et al. (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlín, 2021.
- Leiter, Brian, “The Roles of Judges in Democracies: A Realistic View”, en Chiasoni et al. (eds.), *Judges and Adjudication in Constitutional Democracies: A View from Legal Realism*, 2021, Cham, Springer.
- Levinson, Daryl y Pildes, Richard, “Separation of Parties, Not Powers”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2006.
- Melton, James y Ginsburg, Tom, “¿Does De Jure Judicial Independence Really Matter? A Reevaluation of Explanations for Judicial Independence”, *Journal of Law and Courts*, vol. 2, núm. 2, 2014.

- Mesko et al. (eds.), *Trust and Legitimacy in Criminal Justice. European Perspectives*, Cham, Springer, 2014.
- Nanzer, Alberto, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Madrid, 2021.
- Nieva Fenoll et al. (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Madrid, 2019.
- Nußberger, Angelika, “Zur Lage der Gerichtsbarkeit”, en Holterhus et al. (eds.), *Die schwache Gewalt? Zur Behauptung judikativer Autorität*, Tübinga, 2022.
- Posner, Richard, “The Role of the Judge in the Twenty-First Century”, *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006.
- Rivera (h) et al. (eds.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. I, Buenos Aires, 2014.
- Roberts, Julian y Plesnicar, Mojca, “Sentencing, Legitimacy, and Public Opinion”, en Mesko et al. (eds.), *Trust and Legitimacy in Criminal Justice. European Perspectives*, Cham, Springer, 2014.
- Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011.
- Sagüés, Néstor, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2007.
- Tyler, Tom, *Why people obey the law*, Princeton, 2006.
- Vermeule, Adrian, “Selection Effects in Constitutional Law”, *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005.
- Villalonga Torrijo, Cristián, “Analizando el modelo del juez racional. Reflexiones sobre la teoría de la jurisdicción en el neoconstitucionalismo”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, núm. 3, 2019.
- Waldron, Jeremy, “Separation of Powers in Thought and Practice?”, *Boston College Law Review*, vol. 54, 2013.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

A close-up photograph of a person's hands in a dark suit and blue tie, typing on a laptop keyboard. The background is blurred, showing an office setting.

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 +52 1 55 65502317

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

prime.tirant.com/mx/

