

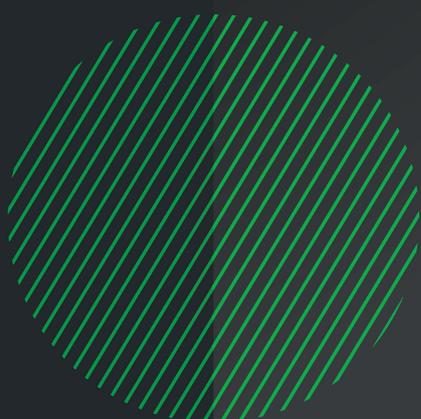
#2

HOMENAJE A
GARZÓN VALDÉS



NOMEN IURIS

REVISTA EN DERECHO
Y ARGUMENTACIÓN



2020



Universidad Nacional de Córdoba
Facultad de Derecho. Secretaría de Posgrado.
Maestría en Derecho y Argumentación.

Directores

Dr. Ernesto Garzón Valdés

Dr. Hugo O. Seleme

Comité editorial

Dra. Marcela Aspell

Dra. Dora Barrancos

Dr. Ricardo Caracciolo

Dr. Edgardo García Chiple

Dr. Jorge Malem

Dr. José Luis Martí

Dra. Laura Pautassi

Dr. Carlos Rosenkrantz

Dr. Roberto Saba

Edición

Ab. Ercilia Adén

Ab. Alejandro Berrotarán

Ab. Melisa González Trillo

Mgter. María de los Ángeles Nallin

Dra. Adriana L. Vercellone

Diseño de tapa

Ab. Melisa González Trillo

Contacto

nomeniuris@derecho.unc.edu.ar

<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/nomeniuris/>

https://www.facebook.com/revistanomeniuris/?ref=br_rs

Obispo Trejo 242, CP5000, Córdoba Argentina. TEL: +54 9 351 4332069 / 4332135

Contenidos	Pág.
<i>Prólogo</i>	1
<i>Sección ARTÍCULOS</i>	
1. Modelos de discreción judicial: versión de Hart y críticas de Kennedy. Por Sofía Pezzano	3
2. Ponderabilidad de vidas en casos de estado necesidad. Por Ignacio Ruiz Moreno	19
3. “Acceso a la vivienda digna: ¿sueño o derecho? Algunas reflexiones desde la perspectiva de las teorías críticas del derecho”. Por Cecilia Inés Mateos	40
<i>Sección MAESTRÍA EN DERECHO Y ARGUMENTACIÓN</i>	
1. Prólogo. Para Ernesto. Por <i>Manuel Atienza</i>	55
2. A Ernesto Garzón Valdés. Por <i>Ernesto Abril</i>	58
3. Números y casos trágicos. Un homenaje a Ernesto Garzón Valdés. Por <i>Guillermo Lariguet</i>	69
<i>Directrices para autores y formato</i>	82

PRÓLOGO

Con el objetivo de ser un espacio de transferencia de conocimiento y de divulgación de producción académica de calidad, en el año 2018 surgió la Revista *Nomen Iuris* en el marco de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Este segundo número de la revista consta de dos secciones. La sección de Artículos está compuesta por tres trabajos de dos abogadas y un abogado de la Universidad Nacional de Córdoba que cursaron la Maestría en Derecho y Argumentación.

Diferentes concepciones del concepto de discreción judicial son abordadas en el artículo “Modelos de discreción judicial: versión de Hart y críticas de Kennedy” de Sofia Pezzano. En este texto se reconstruye la concepción hartiana en torno a la actividad de decisión judicial y se la contrasta con el modelo presentado por Duncan Kennedy. A partir del diálogo entre ambos autores se concluye que los tipos de explicación que cada uno intenta realizar sobre la actividad judicial difiere en cuanto plano de análisis. A su vez, se destaca que, a pesar de los aportes distintivos de la teoría de Kennedy, este autor no presenta un modelo de alternativo de discreción judicial.

En “Ponderabilidad de vidas en casos de estado necesidad”, Ignacio Ruiz Moreno se pregunta acerca de la posibilidad de recurrir a la causa del estado de necesidad, en el ámbito de la dogmática penal, para justificar la acción de matar inocentes con la finalidad de salvar a un número mayor de ellos. A lo largo de este artículo, el autor presenta los principales argumentos ofrecidos a favor y en contra de esa posición, para concluir que, tomando como base el respeto a la vida, la libertad y la igualdad, en los denominados casos trágicos es posible justificar la acción homicida con la finalidad de evitar un mal mayor.

En el artículo titulado “Acceso a la vivienda digna: ¿sueño o derecho? Algunas reflexiones desde la perspectiva de las teorías críticas del derecho”, Cecilia Inés Mateos presenta un análisis del concepto de imaginario social desarrollado por las teorías críticas del derecho vinculado con los derechos humanos y específicamente con el derecho a la vivienda digna. Siguiendo a Marí, la autora sostiene que el concepto de imaginario social se utiliza para explicar el fenómeno del poder. Expone que se inserta dentro del discurso del orden y que está integrado por “montajes de ficción, soportes mitológicos y prácticas extradiscursivas” que hacen posible la reproducción del discurso del orden. Su función es operar en el fondo común y universal de los símbolos, seleccionando los más eficaces y apropiados a las circunstancias de cada sociedad, para hacer marchar el poder. (Marí, 1986: 98). Y lo hace a través de la interpelación a las emociones, la voluntad y los deseos. Una vez presentado el concepto de imaginario social, la autora se adentra en la recepción constitucional y convencional del derecho a la vivienda y su delimitación conceptual. Finalmente, expone como la idea de la vivienda forma parte del imaginario social, presentándose como un sueño y un anhelo más que como un derecho cuyo cumplimiento puede ser exigido. De esta manera este imaginario social cumple su misión de ser funcional al poder y a las elites.

En la sección de la Maestría en Derecho y Argumentación se publican tres artículos enviados por profesores que han compartido importantes pasajes de la vida académica de Ernesto Garzón Valdés y, en esta oportunidad, deciden rendirle un homenaje.

El texto de Manuel Atienza reproduce el discurso presentado al recibir la medalla de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Dicha carta nos ayuda a recordar la trayectoria personal y calidad humana de Ernesto Garzón Valdés a lo largo de estos años. Por su parte, Ernesto Abril repasa sus antecedentes e influencias intelectuales, centrándose especialmente en sus contribuciones tanto en el campo de la filosofía como en la formación de recursos humanos. El detalle respecto de su trayectoria en diversas Universidades del mundo nos acerca a entender el compromiso de un profesor que generosamente dedicó su tiempo y esfuerzo a la comunidad académica, y ha dejado un invaluable legado en nuestra Facultad. Finalmente, el texto de Guillermo Lariguet se introduce en el debate que la deontología y el consecuencialismo han sostenido en torno a la importancia de los números como criterios rectores acerca del bien y la corrección humana. Particularmente, discute la posición que Ernesto Garzón Valdés defendió en su artículo “¿Cuentan los números en las decisiones morales?”. En dicho texto, Garzón niega que pueda justificarse quitar una vida cuando se trata de salvar a tantas personas más, hipótesis que sólo puede ser derribada cuando se cuenta con el consentimiento de la víctima. Por su parte, Lariguet reinterpreta en clave de dilema los casos y ejemplos que sobre los que dicha versión deontológica se apoya, procurando encontrar algunas inconsistencias. Entre sus conclusiones, el autor se inclina por una respuesta que da cuenta de los irremediables sacrificios que algunas elecciones enfrentan, reconociendo así tanto la intuición moral de salvar cuantas vidas se pueda como el residuo moral que dichas decisiones dejan.

Agradecemos inmensamente a los autores y autoras que colaboraron con sus trabajos como así también a los evaluadores y evaluadoras que participaron en este número. Invitamos a quienes estén interesados a leer los trabajos presentados y a contribuir con este espacio colectivo de trabajo enviando sus artículos para próximas publicaciones.

MODELOS DE DISCRECIÓN JUDICIAL: VERSIÓN DE HART Y CRÍTICAS DE KENNEDY

MODELS OF JUDICIAL DISCRETION: HART'S VERSION AND KENNEDY'S CRITIQUES

*Por Sofía Pezzano **

Resumen: El presente trabajo se centra en el concepto de discreción judicial. Se realiza una breve presentación de las distintas formas de entender la discreción de los/as jueces/zas desde el punto de vista descriptivo, en las diferentes teorías. El principal interés es analizar lo que entiende Herbert Hart por discreción judicial y poner a dialogar su modelo con la teoría crítica del derecho en su versión norteamericana (Critical Legal Studies), y particularmente con la posición del autor Duncan Kennedy, quien plantea una crítica novedosa a las teorías jurídicas tradicionales y a la forma de entender el rol de los/as jueces/zas y las decisiones judiciales, que no ha tenido gran impacto en la teoría del derecho contemporánea. Se busca determinar si es posible sostener la posición de Kennedy como modelo alternativo de discreción judicial o si ya es abarcada por otros modelos existentes en la teoría jurídica.

Palabras clave: Discreción judicial, decisión judicial, interpretación jurídica, H.L.A. Hart, Duncan Kennedy.

Abstract: This paper focuses on the concept of judicial discretion. A brief presentation is made of the different ways of understanding the discretion of judges from the descriptive point of view, in the different theories. The main interest is to analyze what Herbert Hart understands by judicial discretion and to dialogue his model with the critical theory of law in its North American version (Critical Legal Studies), and particularly with the position of author Duncan Kennedy, who poses a novel critique of traditional legal theories and the way of understanding the role of judges and judicial decisions, which has not had a great impact on the theory of contemporary law. It seeks to determine whether Kennedy's position can be upheld as an alternative model of judicial discretion or whether it is already covered by other existing models in legal theory.

Key words: Judicial discretion, judicial decision, legal interpretation, H.L.A. Hart, Duncan Kennedy.

* Abogada (UNC).

Trabajo recibido: Mayo 2019; aceptado: septiembre 2019.

Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación

ISSN 2618-3641

Nº 2, 2019

Introducción

El debate acerca de qué debe entenderse por discreción judicial, si existe y en qué medida, está aún abierto en la filosofía del derecho, y se vincula a las distintas teorías acerca de la interpretación jurídica y de la determinación/indeterminación del lenguaje.

Un autor clave dentro del positivismo jurídico, que elaboró la teoría conocida como teoría “intermedia” o teoría de la “vigilia” es Herbert L. A. Hart, quien en su libro “El concepto de derecho” (1961), en lo que aquí interesa, realiza una distinción entre los casos que se presentan ante los tribunales para su solución: casos fáciles y casos difíciles. Considera que en los primeros los/as jueces/zas se limitan a *aplicar* el derecho, y no tienen discreción interpretativa alguna¹, simplemente aplican la norma al caso concreto de forma automática. En cambio, en los casos difíciles “la interpretación elegida será el resultado de una decisión discrecional acerca de la extensión o referencia de los conceptos expresados por los términos generales” (Guastini, 2012:44). Eso se debe, afirma Hart, a que el derecho es lenguaje, y éste es parcialmente (in)determinado, ya que existe una zona de penumbra en la que, debido a limitaciones estructurales del lenguaje, la indeterminación no puede eliminarse².

Frente a esta teoría, considerada una postura *moderada* o *intermedia*, existen dos teorías que se enfrentan a la misma, pero en extremos totalmente opuestos. Por un lado, las teorías formalistas o teorías del “noble sueño”, que consideran que el derecho (y el lenguaje) *siempre* está determinado, es decir, que cada texto se encuentra provisto de un único significado objetivo. En este sentido, la interpretación se reduce a descubrir ese significado preexistente, y, en lo que hace a la actividad judicial, “*no existe espacio alguno para la genuina discreción interpretativa, en el sentido que las decisiones judiciales que se adhieren al significado objetivo del texto son correctas mientras que cualquier otra decisión no lo es*” (Guastini, 2012:43).

Por otro lado, las teorías escépticas o teorías de la “pesadilla” que consideran, en su versión más radical, que el derecho (y el lenguaje) *nunca* está determinado y que, por lo tanto, los textos carecen de significado alguno previo a la interpretación, la que se convierte en un acto de voluntad, en lugar de uno de conocimiento. Aquí, la discreción interpretativa deviene inevitable, y distinguir entre respuestas correctas e incorrectas carecería completamente de sentido (Guastini, 2012:43). Las versiones más extremas del escepticismo suelen identificarse con la afirmación “*el derecho es lo que los jueces dicen que es*”.

Duncan Kennedy, filósofo norteamericano, adscribe a la llamada “Teoría Crítica del Derecho” en su versión norteamericana, conocida como “Critical Legal Studies” (en adelante CLS), y esboza una teoría de la interpretación y de la discreción judicial que suele ser identificada como una variante del escepticismo, aunque no toma la vía del

¹ En este trabajo, se utilizará “interpretación” para hacer referencia a la interpretación en abstracto, es decir, la atribución de un significado a un texto (T significa S). Se reservará la palabra “aplicación” para la interpretación en concreto, es decir, para hacer referencia a la inclusión de un caso particular a una clase de casos regulados por una norma (el hecho H es un caso de homicidio). Para profundizar en esta clasificación véase Guastini, R. (2012) El escepticismo ante las reglas replanteado. *Revista Discusiones*, 11, pp. 27-57. Recuperado de: http://revistadiscusiones.com/wp-content/uploads/2016/12/Discusiones_XI_El_escepticismo_en_la_int.pdf, pp. 27-31.

² Para ampliar sobre este tema véase el Capítulo VII en Hart, H.L.A (1961). *El concepto de derecho*, (Genaro Carrió, trad.), Abeledo Perrot, Buenos Aires.

relativismo escéptico y, en realidad, se diferencia en cuestiones que resultan centrales (Moro, 2013:9).

Los CLS nacen como corriente jusfilosófica a fines de los años setenta en Estados Unidos, nutridos del realismo jurídico americano, el neomarxismo y el posmodernismo. Se basan en la negación de cualquier noción objetiva, neutral, racional y apolítica del derecho, de la actividad judicial y, en general, del discurso jurídico (Mesa, 2002:10).

El objetivo de Kennedy es realizar una crítica desde la izquierda a los pilares básicos de las teorías jurídicas tradicionales, a la enseñanza del derecho, y a la forma de comprender la tarea judicial. Aquí solo se desarrollará el último punto.

El presente trabajo se centra en la teoría de la interpretación jurídica de Herbert L.A. Hart, particularmente en lo que el autor entiende por discreción judicial, y en las críticas que le realiza Duncan Kennedy desde su particular forma de entender la actividad de decisión judicial, con la finalidad de determinar si es posible sostener la posición de Kennedy como modelo alternativo de discreción judicial o si ya es abarcada por otros modelos existentes en la teoría jurídica. Antes de entrar en el análisis las teorías señaladas, se presentan brevemente las distintas formas en que se habla de discreción en la teoría del derecho.

Discreción: modelos de decisión judicial

No se pretende exhaustividad en la enumeración y análisis de todas las formas de entender la discreción judicial dentro de la teoría jurídica, pero puede resultar útil para ilustrar la gran variedad de formas existentes, un trabajo de Ricardo Caracciolo denominado “Paradigmas de decisión judicial” (2012), donde identifica, a partir del análisis de los principales autores, diversas formas, algunas compatibles entre sí y otras contradictorias, de las que se habla de discreción judicial en la literatura jurídico-filosófica.

Antes de avanzar en el mencionado análisis, resulta pertinente señalar una ambigüedad de la palabra *decisión*. En determinadas ocasiones se utiliza para hacer referencia al *acto* de decidir de los/as jueces/zas que dan una solución a un caso concreto planteado, y otras veces se utiliza para hacer referencia a la *norma*, resultado del acto, que expresa la solución normativa (Caracciolo, 2012:66).

Ahora bien, ¿cómo se llega desde el concepto de decisión judicial al concepto de discreción? Según el *paradigma clásico* de decisión judicial, la tarea de los/as jueces/zas consiste en tornar operativas normas objetivas de carácter condicional, que vinculan clases de circunstancias a consecuencias normativas. Es decir, aplican normas generales y abstractas al caso concreto. El paradigma nos ofrece dos criterios de corrección o justificación de las decisiones de los/as jueces/zas: un criterio de *legalidad material* (decisión-norma), que depende de su contenido, es decir, sirve para determinar si las decisiones judiciales se corresponden con normas generales y abstractas que pertenecen al sistema jurídico; y un criterio de *legalidad formal* (decisión-acto), que depende del comportamiento de los/as jueces/zas, es decir, del cumplimiento de las normas de competencia de ese sistema jurídico. Para satisfacer ambos criterios de corrección, pareciera que es necesario suponer que el derecho es determinado y objetivo, es decir, que existen normas generales que dan solución a todos los casos y que es posible

identificarlas sin recurrir a criterios personales de quienes deciden. Los/as jueces/zas se limitan a identificar la norma general aplicable al caso y a tornarla operativa en la dimensión empírica, su contenido no depende de ellos/as (Caracciolo, 2012:67). En otras palabras, no ejercen discreción interpretativa cuando deciden un caso, se limitan a descubrir un significado preexistente y a aplicarlo al caso concreto de manera automática. Sin embargo, otras teorías sostienen que sí hay discreción en el proceso decisonal de los/as jueces/zas.

Las críticas que se le pueden realizar al modelo planteado por el paradigma clásico dependen de la función que se le atribuya al mismo: descriptiva, conceptual o normativa (Caracciolo, 2012:68). Este trabajo se limita al análisis de la dimensión descriptiva, es decir, se asume que lo que el paradigma clásico hace cuando estructura su modelo de decisión judicial es describir lo que *de hecho* hacen los/as jueces/zas cuando deciden los casos concretos que se le presentan. De este modelo descriptivo existen dos versiones: la versión *moderada*, que no pretende afirmar que en todos los casos los/as jueces/zas actúan de esa manera; y la versión *fuerte*, que sostiene que siempre se comportan así. Aquí se analiza la primera de ellas.

En contraposición a este modelo del paradigma clásico, existen otros que afirman que las decisiones judiciales son, de hecho, discrecionales. Aquí se impone analizar en qué sentido son discrecionales. Caracciolo (2012) identifica, en lo que aquí interesa³, cinco maneras de entender la discreción desde una perspectiva descriptiva.

Una primera forma, es considerar que consiste en la *posibilidad empírica* de decidir entre alternativas. Dentro de este abanico de alternativas puede encontrarse la opción correcta según el criterio de legalidad material mencionado anteriormente, por lo cual este tipo de discreción (D1) siempre existe, en tanto que los/as jueces/zas siempre tienen esa posibilidad fáctica. Este modelo de discreción no otorga un criterio de corrección normativo. La amplitud de este modelo, como se verá más adelante, permite compatibilizarlo con una diversidad de teorías de la discreción que pueden resultar hasta incompatibles entre sí. Sería entonces compatible con el modelo clásico descriptivo en su versión moderada, en la medida que este último, como se señaló anteriormente, no pretenda afirmar que *siempre* las juezas actúan conforme a su modelo (Caracciolo; 2012:75).

En segundo lugar, la discreción puede entenderse como la *posibilidad normativa* (es decir, facultad o autorización conferida por una norma) de elegir entre un conjunto previamente determinado de alternativas posibles. Este sentido de discreción (D2) es también compatible con el modelo clásico, en tanto las alternativas se encuentran determinadas de manera previa y general en las normas aplicables al caso (Caracciolo, 2012:79). Sin embargo, se trata de algo *contingente*, puesto que depende de que en un sistema jurídico determinado exista una norma que autorice a decidir de esta manera. Decidir sobre cualquiera de las alternativas sería correcto, pero que están determinadas en la norma.

En tercer lugar, otro sentido de discreción es el que deriva de la existencia de una norma que faculta a los/as jueces/zas a decidir el contenido de sus sentencias, pero *sin restricción*

³ Caracciolo menciona distintas formas de entender estos sentidos de discreción si nos paramos desde las tres perspectivas, no se limita simplemente a la dimensión fáctica-descriptiva, sino que incluye también a la normativa y la conceptual. Considera que las consecuencias de las críticas a las distintas concepciones son completamente diferentes según la dimensión considerada. Véase Caracciolo, R. (2012). Paradigmas de decisión judicial. *Revista Brasileira de Filosofia*, 61 (238), p. 69.

alguna. A diferencia del anterior, no hay acá un marco de alternativas posibles. Este sentido (D3) no es compatible con el paradigma clásico en cuanto no cumple con el criterio de legalidad material, aunque sí cumple con el de legalidad formal, en tanto existe una norma de competencia que autoriza a los/as jueces/zas a actuar discrecionalmente (Caracciolo, 2012:80). Igual que el caso anterior, es *contingente*.

En cuarto lugar, puede sostenerse que el derecho es indeterminado debido a la textura abierta del lenguaje y que para algunos casos *no existe ninguna solución* que pueda extraerse del contenido general del mismo, y que esta indeterminación, por ser intrínseca a la naturaleza del lenguaje, no puede eliminarse totalmente. Cuando esto sucede, se sostiene que los/as jueces/zas tienen discreción en un sentido *fuerte* (D4). Tal como afirma Caracciolo,

vale la pena aclarar que ‘discreción’ en este sentido significa que los jueces no pueden, de hecho, decidir conforme al derecho. Esto es, se ubica en la misma dimensión empírica que la discreción D1 en el sentido de que su existencia no depende de una facultad, autorización o delegación concedida por normas (Caracciolo, 2012:83).

Lo que se quiere decir con el calificativo “fuerte” para esta forma de entender la discreción judicial, es que los/as jueces/zas no pueden, de hecho, aplicar el derecho, porque no existe una solución para ese caso particular, se trata de una imposibilidad fáctica. La discreción aquí no depende de una facultad otorgada por una norma, ni depende de que exista, de hecho, un sistema jurídico que para determinados casos no provea una solución, ya que afirma que la indeterminación, aunque sea potencial, es intrínseca, inherente al lenguaje. Si ese es el caso, el paradigma clásico es imposible de sostener. Esto implica que, si lo/as jueces/zas tienen discreción en este sentido, el paradigma clásico debe descartarse, al menos parcialmente, como forma de describir la actividad judicial ya que es fácticamente imposible que se comporten tal como tal paradigma señala (Caracciolo, 2012:83).

El último sentido de discreción (D5) es el que desarrolla Ronald Dworkin en su teoría del derecho. El autor considera que es posible eliminar la indeterminación generada por el lenguaje a través de la utilización de los estándares normativos llamados “principios”, que permiten arribar a respuestas jurídicamente correctas. Siguiendo el razonamiento del autor,

el derecho así entendido, no vendría a depender del lenguaje si es que semejantes razones son datos de alguna realidad que hay que capturar mediante las proposiciones correctas del derecho... Actuar discrecionalmente significa aquí – dice Dworkin– deliberar a la hora de usar un principio para arribar a la solución determinada por el derecho (Caracciolo, 2012:85).

La relevancia de este sentido de discreción surge de distinguir entre normas y principios. Los principios, según Dworkin, funcionan como directivas *prima facie*, lo que significa que no suministran una respuesta única al caso concreto. Hay dos maneras de entender qué significa esto, que llevan a dos formas distintas de entender la discreción en este sentido: 1. Los principios sirven para determinar las reglas implícitas aplicables al caso: los “principios” funcionan como solución provisoria, son solo el punto de partida inicial para determinar la solución al caso concreto que se presenta ante los/as jueces/zas, quienes, aplicándolos, deben determinar cuál es la regla que se encuentra implícita y que otorga una solución al caso. Una vez logrado esto, corresponde generalizarla a todos

aquellos casos similares. La discreción en este sentido tendría el objetivo de indicar cuáles son las pautas generales incorporadas implícitamente en las normas. Esta primera versión es compatible con el paradigma clásico, puesto que se trata, al fin y al cabo, de la aplicación de reglas generales. 2. Los principios tienen un determinado peso en cada caso concreto: muchos principios pueden aplicarse al mismo caso y llevar a soluciones *prima facie* distintas entre sí. Los/as jueces/zas deben resolver cuál debe prevalecer en función de su *peso* en el caso concreto, a través de un *balance de razones*. La discreción en este sentido consiste en determinar el peso de los principios en el caso concreto. La solución puede⁴ ser distinta para cada caso, lo que hace que esta forma de entender la discreción en el sentido “D5” sea incompatible con el ideal de legalidad material asociado al paradigma clásico (Caracciolo, 2012:87). La razón de esta incompatibilidad es que se elimina la posibilidad de determinar de antemano la solución jurídicamente correcta porque cada balance que realizan los/as jueces/zas lleva a una respuesta particularista, que no puede generalizarse a todos los casos.

Presentados estos cinco sentidos de discreción desde el punto de vista descriptivo, a continuación, se analizará qué dice Hart acerca del proceso de decisión judicial, qué entiende por discreción, y si se identifica con alguno de los sentidos presentados en este punto. Luego, se contrastará con la posición de Duncan Kennedy, se presentarán y se analizarán las críticas que le realiza.

Posición de Hart

Es sabido que la empresa de Hart en “El concepto de derecho” (1961) es descriptiva. Se desarrollan brevemente algunas nociones del capítulo VII de la obra mencionada (Hart, 1961:155 y ss.), donde el autor explica la relación entre derecho y lenguaje.

Hart considera que hay dos formas de comunicar pautas de conducta por medio del lenguaje. Una es a través del *ejemplo*, o el precedente, y otra es a través de *normas generales*, o la legislación. El primer caso puede dar lugar a mayores problemas de indeterminación, ya que puede generar dudas acerca de qué es lo que se tuvo en cuenta al expresar la pauta de conducta, lo que lleva a que queden abiertos campos de posibilidades. Esto se ilustra fácilmente con el ejemplo que utiliza el mismo autor sobre el padre que le enseña a su hijo que hay que sacarse el sombrero al ingresar a la iglesia, y se lo enseña realizando la acción. El hijo, observando el accionar del padre, puede no saber si lo importante es solamente sacarse el sombrero, o si también es relevante hacerlo con la mano izquierda, hacerlo en la esquina de la iglesia, o en la puerta, etc. Este tipo de indeterminación se eliminaría comunicando la pauta de conducta a través de la formulación de una regla general: “al ingresar a la iglesia hay que sacarse el sombrero”.

El segundo caso, es decir, la comunicación de pautas a través de normas generales, parece ofrecer mayor certidumbre. Sin embargo, Hart sostiene que en todos los casos “*hay un límite, inherente a la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar*” (Hart, 1961:157). Con esto, se refiere a que el lenguaje es relativamente indeterminado, y que esa indeterminación puede reducirse, pero no eliminarse, puesto que es una característica estructural (no contingente) del mismo.

⁴ Puede suceder que se llegue casualmente a la misma solución.

El autor distingue, entonces, entre casos fáciles y casos difíciles. Estos últimos son aquellos en que no resulta claro si las expresiones generales del lenguaje se aplican o no, ya que solo exhiben algunas características del caso obvio, pero no todas. La actividad interpretativa puede disminuir, pero nunca eliminar, estas incertidumbres.

Los/as encargados/as de resolver estos casos, los/as jueces/zas, deben decidir si

el caso se asemeja ‘en grado suficiente’ al caso típico, en aspectos ‘relevantes’. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección (Hart, 1961:159).

En la gran mayoría de los casos la aplicación de la regla será automática, pero en algún punto de su aplicación puede ser indeterminada, tendrá *textura abierta*, lo que implica una falta de certeza sobre el significado en la zona marginal. La actividad judicial que se da dentro del área de textura abierta es, a entender del autor, *creadora* (Hart, 1961:167).

Resulta importante aclarar en este punto que Hart afirmó, luego de críticas⁵ que le realizaron a su noción de discreción *fuerte*, que de ninguna manera la actividad creadora de derecho que deben realizar los/as jueces/zas cuando no hay ninguna solución prevista en las reglas se asemeja a la función de una legislatura. Se trata, afirma el autor, “de poderes intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas” (Hart, 2000:56). Estas limitaciones a las que están sujetos/as surgen, principalmente, del hecho de que el poder jurídico creador solo pueden ejercerlo en el caso concreto, por lo que no podrían establecer grandes reformas al derecho. Con respecto a las críticas que consideran que su modelo lleva a la arbitrariedad de los/as jueces/zas en su actividad productora de derecho, el autor afirma que quien decide “*siempre debe tener una razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consciente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores*” (Hart, 2000:56). Sin embargo, inmediatamente después añade que, si se satisfacen estos requisitos, aún es posible que se llegue a soluciones diferentes a las que llegaría otro/a juez/a que se enfrenta a la resolución de casos difíciles similares. Es decir, que un mismo caso podría ser resuelto en diferentes sentidos.

Por último, resulta pertinente hacer una mención del artículo “Discrecionalidad”, de Hart. Si bien se trata de notas del autor publicadas luego de su muerte, por su claridad y su simpleza resultan adecuadas para ilustrar lo que Hart entiende por discreción. En primer lugar, sostiene que el ejercicio de la discrecionalidad requiere de discernimiento, y se distingue de una mera elección. Elegir discrecionalmente implica asumir algún principio como justificación de tal elección, implica la posibilidad de dar razones de tal elección (Hart, 2014:90). En este sentido, sostiene que

parece que la discrecionalidad ocupa un lugar intermedio entre las elecciones dictadas por el puro capricho personal o momentáneo y aquellas realizadas en aplicación de métodos claros para alcanzar objetivos definidos o para adecuarse a reglas cuya aplicación al caso concreto resulta evidente (Hart, 2014:92).

⁵ Hart en el “Post scriptum al concepto del derecho” (2000), en el punto que trata específicamente la discreción judicial, responde a las críticas de Dworkin, quien considera que siempre existe una respuesta jurídicamente correcta y que, cuando no surge explícitamente de las normas, debe acudir a los estándares implícitos que él llama principios para obtenerla. Por lo tanto, los/as jueces/zas nunca crean derecho. Además, Dworkin le reprocha a Hart que su descripción de la actividad judicial respalda un régimen antidemocrático. Para ahondar en estas críticas véase Dworkin, R. (1989). El modelo de las normas I. En Dworkin, R. (1989) *Los Derechos en Serio*, cap. 2, Barcelona: Ed. Ariel.

En segundo lugar, sostiene que cuando hay discrecionalidad, la elección no está determinada por principios que puedan formularse *ex ante*. Es decir, si los principios son claros y determinan de manera muy concreta lo que debo hacer, no podríamos decir que en esa elección se ejerce la discrecionalidad.

El autor señala, a partir de un ejemplo de la vida cotidiana, una serie de características que comparten todas las decisiones discrecionales. Entre ellas, menciona: (i) ante las diferentes alternativas, no hay una que sea correcta o equivocada; (ii) no hay un objetivo claro definido de antemano; (iii) pueden preverse las consecuencias probables de la decisión adoptada, pero no tendremos certeza de las consecuencias; (iv) pese a que hay determinados valores en juego, no existen principios o reglas claras que determinen la importancia relativa de esos valores; (v) la decisión no puede ser calificada como correcta o incorrecta; (vi) si la decisión fuese cuestionada, quien la tomó puede defenderse justificando la misma (señalando cómo la adoptó y las razones para hacerlo) y/o reivindicando los resultados (Hart, 2014:92 y ss.).

Finalmente, Hart sostiene que aceptamos en nuestros ordenamientos jurídicos este tipo de decisiones debido a que nos encontramos con dos limitaciones objetivas: por un lado, la ignorancia relativa de los hechos (no podemos saber por adelantado todas las circunstancias posibles en las que puede originarse un problema de aplicación de una regla) y, por otro lado, la indeterminación relativa de los objetivos (frente a determinados casos, tendremos que ponderar entre intereses en conflictos y concretar el objetivo de las reglas) (Hart, 2014:94).

10

Entonces, Hart considera que, cuando el derecho no ofrece ninguna solución a determinados casos, quien debe decidir *crea* derecho, limitado/a por el caso concreto y por lo que “haría un legislador consciente”, acudiendo a sus creencias personales y a lo que razonablemente considera que es la mejor solución (Hart, 1961:59). Reconoce que el sistema jurídico en su totalidad le sirve como guía, pero éste no plantea ninguna solución concreta al caso, sino no sería necesaria la actividad creadora.

Para concluir, es posible afirmar que la posición de Hart acerca de la decisión judicial es compatible parcialmente con el paradigma clásico: *algunas* decisiones de los/as jueces/zas se corresponden con la descrita por el modelo clásico (las que se dan en los casos fáciles o en el núcleo claro de significado). En el resto de los casos, los que se encuentran en la zona de penumbra, las decisiones judiciales son discrecionales. La existencia de estos casos difíciles lleva a que sea imposible para los/as jueces/zas cumplir con el ideal del paradigma clásico. A esta forma híbrida de discreción, la define Caracciolo bajo el sentido D4, desarrollado en el punto anterior.

Algunas consideraciones generales sobre los CLS

Suele ubicarse a Kennedy, y en general al movimiento CLS, dentro de las teorías escépticas o relacionárselo con afirmaciones simplistas tales como “el derecho es política”⁶ (Tushnet, 1991:1539). Sin embargo, aunque el rol de la ideología⁷ en la

⁶ El mismo Kennedy manifiesta estar en desacuerdo con estas posiciones, y sostiene que le parecen ingenuas y que involucran el mismo tipo de negación que las posiciones que sostienen que el derecho es *Nomen Iuris*, *Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación* ISSN 2618-3641 N° 2, 2019

actividad de decisión judicial resulta central en sus desarrollos, esta forma de describirla es una caricaturización de la teoría crítica norteamericana.

En primer lugar, cabe señalar que las teorías críticas en general, y los CLS en particular, son corrientes heterogéneas, cuyos autores y autoras utilizan soportes teóricos y metodológicos diversos, y se ocupan de una serie de problemas muy variados pertenecientes a distintos campos de estudio (Pérez Lledó, 1996:4). Esta diversidad es un punto central en los CLS, ya que en las bases del movimiento se ubica la crítica a la idea de una teoría totalizante y de una metodología única, sin aspirar al desarrollo de un método correcto. Sin embargo, pueden mencionarse algunos supuestos comunes:

- (i) El derecho es indeterminado: las reglas contienen lagunas, redundancias, contradicciones y ambigüedades sustanciales, que no son excepcionales, sino todo lo contrario. Los/as operadores/as jurídicos/as inevitablemente se enfrentan a decisiones.
- (ii) El derecho contribuye a la desigualdad social: a pesar de la indeterminación, los críticos consideran que las decisiones de los/as jueces/zas son predecibles ya que, a través de un análisis histórico, socioeconómico y psicológico, es posible determinar que existen patrones de decisión vinculados al poder y los privilegios. El derecho resguarda el *statu quo*.
- (iii) Naturalización y legitimación del derecho: el derecho aparece frente a los ojos de los observadores externos, e incluso de los internos, como un sistema de reglas objetivo y justo, lo que lleva a sostener la *necesidad jurídica* de las decisiones judiciales (“los/as jueces/zas deciden así porque lo dice la ley”), despojándolas de aspectos políticos e ideológicos.

Algunos de los autores que conformaron inicialmente el movimiento son Duncan Kennedy, Robert M. Unger, Morton Horwitz, Karl Klare, Mark Tushnet, Mark Kelman, entre otros. Dentro del mismo movimiento, se incluyen corrientes feministas críticas, teóricos preocupados por el rol de la raza en el derecho, autores preocupados por el rol de las estructuras económicas en el derecho, teóricos de influencia posmodernista, corrientes del radicalismo cultural, etc. (Tushnet, 1991:1517), lo que demuestra su heterogeneidad.

Duncan Kennedy es uno de sus precursores y considerado autor representante del movimiento CLS. Sus trabajos de teoría general, minoritarios dentro de su obra, se centran en realizar una crítica a la forma tradicional de entender al derecho y, principalmente, a la actividad judicial. Así, problematiza la dicotomía entre la aplicación y la creación del derecho (Kennedy, 2013:105), estableciendo que siempre es plausible para un/a juez/a trabajar en pos de la obtención de un resultado determinado, sin estar violando el “deber de fidelidad al derecho”. El resultado de ese trabajo, por lo general, se encuentra motivado por preferencias ideológicas, utilizadas estratégicamente, aunque no necesariamente de forma consciente. Más bien, introduce la idea de que los/as jueces/zas son *semiconscientes*, es decir, que actúan con *mala fe*, a través de la negación, lo que implica que niegan el carácter ideológico y problemático de su rol, manteniendo el

totalmente determinado y que la ideología es ajena al mismo. Véase Kennedy, D. (2013), Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, p. 65.

⁷ Kennedy toma la definición de ideología de Habermas. Sostiene que es “un proyecto de universalización, es decir, la aserción de una concepción controversial de la justicia... que sus adeptos defienden como provechosa para el interés general.” (Kennedy, 2010:95).

componente político en una suerte de secreto, que todos conocen pero que nadie está dispuesto a admitir (Kennedy, 2013:53). En este mismo sentido, realiza una crítica de los derechos, sosteniendo que la idea de derechos en sí misma no conlleva una connotación intrínsecamente progresista ni conservadora, y que considerar a los derechos como algo universal también es parte de la negación que mencionaba anteriormente (Kennedy, 2002:83).

Por otro lado, Kennedy utiliza la fenomenología para poner el centro de atención en las vivencias de los/as operadores/as jurídicos/as, más que en preguntas ontológicas acerca de qué es el derecho. En este sentido, realiza críticas a las teorías de Hart y Kelsen sobre la distinción entre casos fáciles y difíciles, y sobre el modo que tienen estos autores de entender a la discreción judicial. Kennedy sostiene que es el/la mismo/a juez/a quien trabaja para crear la indeterminación de los casos, que no es algo dado o intrínseco tal como lo entienden los autores mencionados. Es decir, su trabajo se encuentra centrado en el análisis de la actividad del intérprete (Kennedy, 2013:92).

Posición de Kennedy respecto a la discreción judicial y críticas al modelo hartiano

Kennedy (2013) considera que la actividad de decisión judicial es emprendida *estratégicamente*⁸: el/la intérprete tiene frente a sí un caso concreto, una controversia que debe resolver, y un conjunto de materiales jurídicos⁹, que funcionan como límite¹⁰. Allí comienza el *trabajo jurídico*.

En primer lugar, realiza una *aprehensión inicial* de los materiales, de lo que el sistema normativo exige, según el caso que se le presenta, y luego realiza un trabajo tendiente a que una nueva aprehensión de ese conjunto normativo se corresponda con las preferencias personales, ideológicas o extrajurídicas que el/la juez/a pueda tener. Sostiene que “las elecciones estratégicas consisten en decidir cómo desplegar el trabajo de investigación y razonamiento jurídicos” (Kennedy, 2013:31). A través de este trabajo, el/la intérprete buscará argumentos que producirán el efecto de *necesidad jurídica*, y hará que parezca ante los ojos del público que esa era la solución exigida por las normas que se aplican al caso y que el/ella se limitó a aplicarlas automáticamente al caso concreto.

El autor sostiene que el éxito (o fracaso) que tenga en ese trabajo es independiente de la actividad decisoria en sí. El trabajo jurídico estratégico existe, y está orientado por el resultado al cual quiere llegar el/la juez/a, pero no es condición necesaria que ese

⁸ No pretende sostener que *todos/as* los/as operadores/as jurídicos/as se comportan de la misma manera, sino que siempre *es posible* para el/la juez/a adoptar una actitud estratégica, aunque nunca *es necesario*. Véase Kennedy, D. (2013), Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, pp. 30-32.

⁹ Con “materiales jurídicos”, Kennedy se refiere al conjunto de materiales (fuentes) que son considerados relevantes para establecer el significado de la norma aplicable a los hechos. Esto incluye el diccionario, el diccionario jurídico, la doctrina y todo el cuerpo de normas jurídica válidas, principios, debates legislativos, jurisprudencia, etc. Alude a lo que se conoce tradicionalmente como *fuentes del derecho*. Véase Kennedy, D. (2013), Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, p. 30.

¹⁰ Funcionan como límite, pero de ninguna manera determinan con exclusividad el resultado, sino que éste es determinado por los materiales en interacción con las estrategias argumentativas de los/as juristas, que persiguen determinados objetivos. Pero no se puede prescindir de los materiales jurídicos, son una parte de la determinación. Véase Kennedy, D. (2013), Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, p. 30.

resultado sea logrado. Puede fracasar, y si esto sucede, el comportamiento estratégico seguirá siendo central en el proceso decisorio de quien interpreta.

Otra característica no menor del modelo planteado por Kennedy, es que ese comportamiento estratégico de los/as jueces/zas no es ni necesariamente consciente, ni explícitamente ideológico. Con respecto a lo primero, Kennedy introduce la categoría de comportamiento *semiconsciente*, es decir, que el/la intérprete se niega¹¹ a sí mismo/a el actuar de este modo, funciona como un *sesgo*. En relación con el segundo punto, el autor considera que es posible sostener que el/la juez/a tiene una preferencia o motivación determinada, sin decir con esto que adscribe a determinada ideología como proyecto, se trata más bien de una predisposición a elegir de determinada manera, no de ser necesariamente activista respecto a determinada ideología política, aunque pueden existir estos casos (Kennedy, 2013:37).

Concretamente, las críticas que realiza el autor al modelo planteado por Hart pueden clasificarse en tres categorías: (i) Ausencia de criterio para distinguir entre casos claros y casos dudosos, (ii) La discreción no implica necesariamente legislación judicial, (iii) Cognición y discreción no son las únicas alternativas.

En el primer punto, Kennedy (2013), con respecto a la distinción de Hart entre casos claros y casos difíciles (al igual que Kelsen en su “teoría del marco”), sostiene que la afirmación del autor de que las normas tienen un núcleo de significado claro -donde el derecho está determinado y quien decide simplemente realiza una operación de cognición del significado preexistente, aplicándolo al caso concreto a través de una operación sencilla y automática en la que hay una sola respuesta correcta- y una zona de penumbra -donde se debe decidir discrecionalmente- omite explicar cuál es el criterio, si es que lo hay, para saber si un caso es *fácil* o *difícil*, o lo que es lo mismo, si forma parte del núcleo de significado claro o si, por el contrario, se encuentra dentro de la zona de penumbra.

Hart considera que es inevitable la existencia de un área de indeterminación, y que todos los casos están siempre ubicados en alguna de las dos áreas (en el núcleo claro o en la zona de penumbra), y que esto el/la juez/a sencillamente lo aprehende al momento de decidir. Por el contrario, Kennedy sostiene que el/la intérprete cuando decide un caso discrecionalmente, previamente “explícita o implícitamente encuadra la situación como una en la cual hay un conflicto o una laguna que lo exime de su deber elemental de aplicar una norma clara cuando los hechos encajan claramente dentro de sus definiciones” (Kennedy, 2013:89). Esto quiere decir que, según el autor, esta determinación o indeterminación del significado de los enunciados normativos es resultado de un trabajo realizado por el/la juez/a, no es intrínseca al lenguaje, no se da objetivamente, sino que “en todos los casos, el intérprete trabaja para crear o deshacer la determinación, más que simplemente para registrarla o vivirla como algo dado por la situación” (Kennedy, 2013:92).

¹¹ Sostiene que lo/as jueces/zas se niegan a sí mismos y al público el rol de la ideología. Lo que entiende por negación lo toma de la teoría psicoanalítica desarrollada por Freud y reformulada por Anna Freud. Se trata de un mecanismo psicológico en virtud del cual el intérprete rechaza la cosa negada, pero sin ser esto una actitud convencional, consciente, ni un error, sino una representación equivocada de los deseos o necesidades, que, si fuesen reconocidos explícitamente, harían experimentar a esa persona la sensación de angustia. Véase Kennedy, D. (2013), Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, p. 53 y ss.

En segundo lugar, Kennedy (2013) considera que Hart se equivoca al afirmar que todo lo que no es mera aplicación automática del derecho, es legislación judicial. Por un lado, considera que existen muchos casos intermedios, en que la jueza modifica algún punto de la normativa, sin necesidad de crear una nueva. Por otro lado, porque los contextos institucionales en que se desarrolla la actividad judicial y la actividad legislativa son muy diferentes, y no pueden simplemente asimilarse (Kennedy, 2013:116).

Por último, Kennedy (2013) señala que existe una tercera vía entre conocer un significado preexistente y crearlo discrecionalmente. Se trata de lo que el autor denomina *trabajo jurídico*, desarrollado anteriormente.

Resta analizar si el modelo de discreción judicial (la tercera vía) planteado por Kennedy se ajusta a alguno de los modelos de discreción judicial desarrollados por Caracciolo, y en caso afirmativo, a cuál de ellos.

El único de los modelos en el cual podría encajar de alguna manera la visión de Kennedy sobre la discreción es en el “D1”, es decir, la *posibilidad empírica* de decidir entre alternativas. Esto es, los/as jueces/zas, a través del trabajo jurídico estratégico pueden adaptar sus decisiones a lo que ellos/as deseen obtener con las mismas, y decidir entre distintas alternativas.

Cabe resaltar que el modelo “D1” no establece ningún criterio de corrección normativa. Por este motivo, pueden incluirse dentro de este modelo teorías muy variadas. Un formalista, por ejemplo, no podría negar que existe una posibilidad fáctica de decidir entre diversas alternativas, aunque considere que una de ellas será la correcta, y el resto equivocadas. Un escéptico tampoco negaría esto, y aceptaría que cualquier decisión puede ser tomada puesto que no hay criterio de corrección. Kennedy sostiene que las elecciones estratégicas, “consisten en decidir cómo desplegar el trabajo de investigación y razonamiento jurídicos...Cualquier operador jurídico, abogado o juez, puede influir en lo que el derecho ‘es’ realizando trabajo jurídico” (Kennedy, 2013:31). La teoría de Kennedy, como se afirmó anteriormente, al intentar responder cómo el/la juez/a vivencia el derecho, parte de la meta de identificar las estrategias a través de las cuales quienes aplican el derecho *pueden* mantener sus creencias de que “están cumpliendo con su deber de fidelidad interpretativa, a pesar de que sus acciones ‘moldean’ o ‘mueven’ el derecho en una dirección ideológica o en otra” (Kennedy, 2013:30). En otras palabras, el cuerpo de materiales jurídicos es el conjunto de fuentes con el que el/la juez/a se encuentra cuando tiene que resolver un caso, y a partir de allí, el/la intérprete puede (posibilidad de hecho) orientar sus decisiones a través del trabajo jurídico y moldear esos materiales según sus preferencias, incluso aunque no sea totalmente consciente de tales acciones.

Con respecto al sentido “D2”, es decir, la *posibilidad normativa* de decidir entre alternativas autorizadas por la norma, Kennedy no podría estar menos de acuerdo: él considera que, si bien las normas (o, mejor dicho, los materiales jurídicos en general) imponen algún tipo de límite a la decisión de los/as jueces/zas, no es en virtud de las mismas que ellos/as tienen la posibilidad de actuar estratégicamente, sino que es *a partir* de ellas. Recordemos, hay una aprehensión inicial de los materiales jurídicos existentes, y una nueva aprehensión que se logra a partir del *trabajo jurídico*. En otras palabras, las normas (y demás materiales jurídicos) son el punto de partida para la actividad judicial,

son en cierta medida un límite, pero no uno normativo (entendido como autorización o prohibición de actuar de determinada manera), sino un límite material (delimitan el campo sobre el cual recae la decisión, de la misma manera que lo hacen los hechos, es decir, el campo de lo fácticamente posible).

Con respecto al sentido “D3” caben las mismas conclusiones, la posibilidad no deriva de una autorización normativa. Asimismo, el sentido “D4” queda descartado ya que es justamente el sentido que sostiene Hart, que Kennedy se ocupa de cuestionar.

Por último, el sentido “D5” tampoco podría adaptarse al modelo de Kennedy, puesto que los principios, como directrices, tal como los entiende Dworkin, vendrían a funcionar como guías que orientan al juez hacia la única respuesta correcta. Kennedy no acepta la idea de una única respuesta correcta para cada caso. Asimismo, el autor sostiene que los/as jueces/zas tiene discreción en sentido fuerte en todos los casos, por oposición a la discreción en sentido débil que sostiene Dworkin.

En conclusión, el modelo de discreción “D1” es el único que permite sostener la teoría de Duncan Kennedy, ya que es el único lo suficientemente amplio para ser adaptado a su concepción de la actividad judicial. Sin embargo, ninguno de los modelos presentados por Caracciolo capta la idea de “trabajo jurídico”.

Evaluación de las críticas de Kennedy

Se presentaron tres puntos centrales en los que Kennedy ataca a la teoría hartiana de la discreción judicial. Ahora se analizarán cada una de estas críticas para ver si es posible sostenerlas.

En lo que respecta a la crítica (i), Kennedy sostiene que Hart no brinda un criterio para distinguir entre los casos fáciles y los difíciles. No obstante, Kennedy sostiene que el problema de la indeterminación jurídica no es un problema de corte semántico, sino que la actividad decisora de los/as jueces/zas es independiente de las características del lenguaje. Esto puede significar que, *aunque* el lenguaje sea claro, los/as jueces/zas pueden, a través del *trabajo jurídico*, hacer que parezca que no lo era, y decidir de otra manera. Esto no niega la tesis sobre el lenguaje de Hart, ni la existencia de discreción fuerte sostenida por él, solo identifica otras causas de esa indeterminación. También puede significar que *nunca* es claro el lenguaje, lo que permite que decidan de cualquier manera. Esto sí se opone a la concepción del lenguaje que defiende Hart. Sin embargo, pareciera que Kennedy se inclina por no pronunciarse sobre las características del lenguaje.

Lo relevante en este punto es que, aunque Kennedy sostiene en la crítica que Hart no da un criterio para determinar cuándo un caso es fácil y cuándo es difícil, en realidad lo que está haciendo es afirmar que la determinación o indeterminación del lenguaje no puede ser el criterio para determinar si un caso es fácil o difícil, ya que esto puede ser modificado con el trabajo jurídico. Es decir, niega que el problema sea semántico, pero esto no puede llevar a desconocer que Hart sí otorga un criterio para la distinción.

Con respecto a la crítica (ii), se señaló anteriormente que Hart no identifica a la actividad creadora de los/as jueces/zas con la actividad legislativa. De hecho, se ocupó específicamente de aclarar esto, luego de las críticas que Dworkin le realizó al *Concepto de Derecho*. Entonces, no es una crítica que pueda mantenerse ya que Hart estaría de

acuerdo con las afirmaciones de Kennedy vinculadas a la diferencia entre la actividad judicial y la legislativa.

Con respecto a la crítica (iii), considero que Kennedy no logra claridad en la explicación de cómo esa tercera vía se podría aplicar. No queda claro a qué se refiere el autor con *trabajo jurídico* como una vía intermedia entre cognición y discreción interpretativa. Si esto significa que los/as jueces/zas deciden el significado de los términos de las normas, no implica una novedad, ni una vía diferente a la que plantean las teorías escépticas. Si significa que usan técnicas interpretativas diferentes y que su uso no está reglado por lo que al aplicarlas se puede llegar a distintas interpretaciones, simplemente estaría explicando una de las posibles causas de la imposibilidad de determinar de antemano la respuesta correcta. Es posible que la novedad de la teoría de Kennedy con respecto a la actividad interpretativa radique allí: en las causas que llevan a los/as jueces/zas a interpretar los textos normativos de diferentes maneras. Pero esto no puede llevar a afirmar la existencia de una tercera vía.

En realidad, Kennedy no hace más que tirar agua al molino de los escépticos: el autor afirma que quienes interpretan pueden crear, a través del trabajo jurídico, la determinación o indeterminación semántica de los textos, pero esto no es otra cosa, en la práctica, que sostener que el significado es *siempre* indeterminado, solo que *algunas veces* quienes interpretan lo hacen pasar como único y determinado, como *necesario*, pero no deja de ser una opción dentro de todos los significados posibles. Lo que podría diferenciar su propuesta de las teorías escépticas es la explicación del autor de por qué los/as jueces/zas hacen esto, más que describir su forma de decidir, se trata de dar cuenta de las razones psicológico-causales (Orunesu, 2012) de por qué deciden así y no de otra manera.

Conclusiones

Las empresas de los autores desarrollados en el presente trabajo, son, pese a que ambos pretenden en algún punto describir la actividad judicial, muy diferentes, por ello resulta tan difícil compararlos. Los CLS buscan dar una explicación de los *motivos* por los cuales los jueces deciden como deciden, es decir, una explicación psicológica-causal, y Hart busca *identificar* por qué, en virtud de las características del lenguaje, los jueces tienen discreción, es decir, de las razones fácticas que los llevan a la misma. Los planos de análisis son distintos, pero podría decirse que, como punto en común, ambos parten desde la perspectiva de quienes vivencian el derecho.

Hart, por un lado, busca definir qué es el derecho e intenta abarcar todos los aspectos de lo que él considera una práctica social, y dentro de este objetivo, desarrolla el proceso decisorio de los/as jueces/zas. La empresa de Kennedy es, podría decirse, mucho menos ambiciosa, ya que se centra en un aspecto de la práctica jurídica: en la actividad judicial. Lo que busca es simplemente dejar en evidencia que las teorías jurídicas son ingenuas al negar o simplemente dejar de lado el rol de la ideología. En ningún momento pretende afirmar que todos/as los/as operadores/as jurídicos/as se comportan de la manera que él señala, sino que es una posibilidad que está presente, y que no puede dejar de tenerse en cuenta.

Lo diferente de sus objetivos tiene una explicación, y es que tanto Kennedy como los CLS en general no creen en la idea de una teoría totalizante, y parte de sus críticas a las teorías tradicionales tienen como punto central ese postulado.

Uno de los supuestos básicos del modelo hartiano, que Kennedy no comparte, es que el derecho, conformado por lenguaje, es intrínseca, estructural o naturalmente indeterminado, y que esto no puede eliminarse a través de la actividad interpretativa de los/as jueces/zas, aunque sí reducirse. En cambio, Kennedy sostiene que esa indeterminación o determinación no depende del lenguaje en sí, sino de la actividad de quien interpreta, que trabaja estratégicamente para crearla o deshacerla, según sus intereses o preferencias personales. Propone considerar a ese “trabajo jurídico” una tercera vía interpretativa, más allá de las dos que se utilizan en la teoría jurídica, que son la asignación discrecional de un determinado significado a un texto, por un lado, y la identificación o descubrimiento de ese significado que preexiste a la interpretación, por otro lado. Este punto, considero, es el que lleva a los autores a conclusiones tan disímiles, y ninguno de los dos estaría dispuesto a ceder y modificar ese supuesto, ya que toda su teoría se vería socavada.

Asimismo, se observó que ninguno de los modelos de discreción judicial desarrollados por el Profesor Caracciolo, abarca la idea de trabajo jurídico que desarrolla Kennedy. Esto es relevante, porque Caracciolo pretendía identificar todas las formas de discreción que se utilizan en la teoría jurídica actual, y no tuvo en cuenta esta. Sin embargo, hemos visto que la teoría desarrollada por Kennedy no alcanza para ser un modelo independiente del resto, ya que, por un lado, analiza la actividad judicial desde una perspectiva psicológica-causal, distinta a las teorías descriptivas que se desarrollaron, y por otro, si se la quisiera asimilar a una teoría descriptiva no se alejaría mucho de las teorías escépticas.

A pesar de ello, sí hay algo que reconocerle a Kennedy, y en general al movimiento CLS: la introducción de la ideología como categoría explicativa de las decisiones judiciales, aunque esto no sea suficiente para considerar que existe una tercera vía interpretativa.

Bibliografía

- CARACCIOLO, R. (2012). Paradigmas de decisión judicial. *Revista Brasileira de Filosofia*, 61 (238), pp. 65-90.
- DWORKIN, R. (1989). El modelo de las normas I. En Dworkin, R. (1989) *Los Derechos en Serio*, cap. 2, Barcelona: Ed. Ariel.
- GUASTINI, R. (2012). El escepticismo ante las reglas replanteado. *Revista Discusiones*, 11, pp. 27-57. Recuperado de: http://revistadiscusiones.com/wp-content/uploads/2016/12/Discusiones_XI_El_escepticismo_en_la_int.pdf, consultado el 10/04/2019.
- HART, H.L.A (1961). *El concepto de derecho*, (Genaro Carrió, trad.), Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- (2014). Discrecionalidad, (Juan Ramón de Páramo, trad.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, pp. 85-98.
- KENNEDY, D (2002). “La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies”, en Brown, W. y Halley, J. (ed.), *Left legalism/ Left Critique*, Duke University Press, NC, EE.UU. Recuperado de: <http://duncankennedy.net/documents/La%20critica%20de%20los%20derechos%20en%20cls.pdf>, consultado el 21/02/2019.
- (2013). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- MORO, G. (2013). “Introducción”, en *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- MESA, D.A. (2002) Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo: el movimiento Critical Legal Studies. *Revista Criterio Jurídico*, 2, pp. 129-159, Recuperado de: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/viewFile/202/912>, consultado el 12/02/2019.
- ORUNESU, CLAUDINA (2012). *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A. (1993). *El movimiento “Critical Legal Studies”*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, España.
- TUSHNET, M. (1991) Critical Legal Studies: A Political History, *Yale Law Journal*, 100, pp. 1515-1544.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución – No Comercial – Sin Obra Derivada 4.0 Internacional

PONDERABILIDAD DE VIDAS EN CASOS DE ESTADO NECESIDAD

PONDERABILITY OF LIVES IN CASES OF STATE OF NECESSITY

*Por Ignacio Ruiz Moreno **

Resumen: ¿Es correcto matar inocentes para salvar un número mayor de ellos? En la dogmática penal se discute respecto de si esa acción homicida puede justificarse por la causa del estado de necesidad. Tomando como base el respeto a la vida (como bien jurídico máximo, inconmensurable), la libertad (nadie puede ser utilizado como un mero medio para un fin) y la igualdad (ninguna vida vale más que otra), se cuestiona que, en esos casos, sea posible o moralmente correcto identificar un interés preponderante, que es propio del instituto del derecho de referencia: mal mayor a evitar. Este artículo intenta reproducir los principales argumentos de esa discusión y brindar razones para sostener que, en casos trágicos, sí es posible la construcción de un interés preponderante cuya preservación, justifique la acción homicida.

Abstract: Is it right to kill innocent people to save a larger number of them? In criminal legal dogmatic it is discussed if that homicidal action can be justified by the cause of the state of necessity. Based on respect for life (as a maximum, immeasurable legal good), freedom (no one can be used as a mere means to an end) and equality (no life is worth more than another), it is questioned that, in those cases, it is possible or morally correct to identify a preponderant interest, which is typical of the institute of reference: greater harm to avoid. This article attempts to reproduce the main arguments of that discussion and provide reasons to argue that, in tragic cases, it is possible to build a preponderant interest whose preservation justifies the homicidal action.

Palabras clave: estado de necesidad; ponderabilidad de vidas; consecuencialismo; deontologismo; dignidad humana.

Key words: state of necessity; ponderability of lives; consequentialism; deontology; human dignity.

* Magister en Derecho y Argumentación (UNC) y Especialista en Derecho Penal (UNC). Email: ignaruizmoreno@gmail.com

Trabajo recibido: Abril 2019; aceptado: Noviembre 2019.

Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación

ISSN 2618-3641

N° 2, 2019

Introducción

No toda conducta penalmente típica es ilícita. Algunas pueden ser justificadas penalmente, excluyéndose su antijuridicidad y declarándoselas “conformes a derecho”¹.

Dentro de las causales de justificación existe el estado de necesidad, cuyo fundamento es la protección del “interés preponderante”: será correcta la conducta que evite un mal mayor que el causado.

Usualmente no existen problemas en determinar el interés preponderante cuando el bien a sacrificar no es una persona (ej. se daña la propiedad para salvar vidas). Pero si la acción salvadora recae en una vida humana, por el respeto a su valor supremo y a la dignidad en el trato como iguales y libres, se discute si se puede construirse un “interés preponderante” que justifique la acción de matar para salvar.

La discusión gira en torno a si, por los valores de imponderabilidad y no cuantificabilidad de las vidas (no se puede medir el valor de las vidas y, por lo tanto, ninguna vale más que otra) y de prohibición de su instrumentalización (no utilizar las vidas como un mero medio para conseguir un fin), puede justificarse un actuar homicida salvador.

Esto aún en escenarios de estado de necesidad trágicos llamados de “comunidad de peligro”², donde: 1- sobre todas las personas pesa un mismo peligro de muerte del que no todas pueden salvarse; 2- el destino fatal no puede evitarse, por lo menos no para todos; 3- un tercero ajeno al peligro (no lo provocó, ni lo afecta), puede tomar un curso de acción salvador sólo de algunos, matando a otros; y 4- al tercero salvador, por su posición³, no le es indiferente velar e intervenir por la protección de las personas involucradas, y no lo une un vínculo personal⁴.

Ejemplo paradigmático de estos casos es el del avión secuestrado por terroristas: en su interior hay pasajeros inocentes; los secuestradores van a estrellar la aeronave en un centro urbano donde hay otros inocentes; y sólo derribándolo se puede salvar a éstos últimos pero ello implicaría, con seguridad, la muerte de todos los tripulantes del avión.

Este trabajo se ocupará de explorar las razones que aceptan o descartan la justificación penal en estos casos. Si ante conflictos trágicos de vidas puede existir un interés prevaleciente que autorice la realización de la acción de matar para salvar; y si éste, a su vez, puede respetar los valores de “vida”, la “libertad” e “igualdad”.

¹ Parto de no cuestionar que la función de las causas de justificación es seleccionar aquellos comportamientos que –aun siendo típicos– no requieren una prohibición penal, toda vez que *disminuyen* la dañosidad social cualificada que haría necesaria tal prohibición bajo pena (Günther, 1995).

² También llamados casos con “posibilidad asimétrica o unilateral de salvación”.

³ Por su rol, por ejemplo el Jefe de Seguridad Aérea, está a cargo de tomar la decisión de derribar o no el avión dirigido a un centro urbano. No le es indiferente la decisión. Está bajo su responsabilidad.

⁴ Estas aclaraciones valdrán para excluir casos de estado de necesidad donde se actúa para conservar la propia vida o la de un allegado (la discusión de si esos son casos justificados o disculpados excede la pretensión de este trabajo). Como así también excluir casos de *estado de necesidad defensivo* (la acción salvadora recae en la esfera de intereses protegidos de la persona de donde emana/proviene el peligro amenazante). Aquí interesan los casos de *estado de necesidad agresivo*, donde la acción del auxiliante afecta la esfera jurídica protegida de un sujeto ajeno a la fuente del peligro amenazante (tercero *inocente*) (cf. Vila, 2011).

Posturas que se ocupan del supuesto vidas vs. vidas

La discusión respecto a la posibilidad de existencia de un interés preponderante en estos casos se enmarca entre dos concepciones que buscan la respuesta moralmente correcta a este problema del Derecho Penal:

1- La primera, mayoritaria en la doctrina penal, denominada *deontológica*, se focaliza en la conducta en sí, con independencia de sus resultados, y descarta la posibilidad de construir un interés preponderante justificador en estos casos. Ésta se basa en el imperativo kantiano de respeto a la dignidad en el trato como libres e iguales de las personas, y entiende que no puede justificarse un actuar que utilice una vida como un “mero” vehículo para un fin (“prohibición de instrumentalización”). Niega también que se usen ponderaciones cualitativas (una vida no vale más que otra –“prohibición de valoración”-) o cuantitativas (muchas vidas no valen más que pocas –“prohibición de suma”-) para construir un interés preponderante justificador.

2- La otra, minoritaria, llamada “consecuencialista”, no tiene en miras la conducta en sí sino sus consecuencias: es correcto lo que maximice resultados buenos, en el sentido de mayor cantidad de bienes salvados⁵. A su vez, parte de considerar que el Derecho debe mostrar pleno respeto por la igual importancia de todas las vidas. Por lo cual debe ser correcta la conducta que más vidas salve. Así, admite la construcción de un interés preponderante justificador en base a ponderaciones cuantitativas: mayor cantidad de vidas salvadas.

Concepción deontológica-kantiana

Esta concepción se apoya sobre el principio Kantiano de buscar el bienestar no como una meta, sino como guía en la actitud de las conductas. Según la lectura de Dworkin, Kant toma a la vida como un valor objetivo, que se refleja en la humanidad de toda otra persona, por lo cual “debemos tratarnos a nosotros mismos como un fin en sí mismo y, por lo tanto, por autorrespeto, debemos tratar también a todos los demás como fines en sí mismos”, y nunca como un mero fin para un resultado (2014: 372). De esto surge un imperativo de respeto a la dignidad de las personas, con independencia de las consecuencias de las acciones⁶, y se construyen⁷ los siguientes postulados:

- 1- Ninguna vida puede ser utilizada como un mero vehículo para un fin (prohibición de instrumentalización).
- 2- Ninguna vida vale más que otra (prohibición de valoración).
- 3- Muchas vidas no valen más que una (prohibición de suma).

⁵ Consecuencialismo puro o no utilitarista: esta postura no encuentra “lo bueno” en el placer o bienestar que causa una conducta (lo que sería utilitarismo), sino en la mayor cantidad de bienes protegidos que provoque la conducta.

⁶ Según Greco, “el respeto ante la dignidad humana es una consideración deontológica (en sentido kantiano) que, por tanto, es completamente independiente de la consideración de las buenas y malas consecuencias de su respeto” (2007: 16).

⁷ Dworkin decía que “las teorías filosóficas más influyentes deben su influencia no al vigor o la contundencia de sus argumentos sino al impacto imaginativo de sus conclusiones... es el caso Kant. Los principios muy generales expuesto por éste han tenido enorme influencia... Su vigorosa advertencia de que debemos tratar a los otros como fines y nunca como un mero medio se repite día a día en argumentos jurídicos y morales de gran parte del mundo” (2014: 326).

Así, esta concepción se opone a utilizar la vida de un ser humano como un mero vehículo (instrumento) para obtener un resultado deseado. Sostiene que resulta moralmente reprochable utilizar a una persona como un objeto para obtener un fin, con independencia de qué tan loable sea el fin pretendido.

Niega la justificación del actuar salvador de un tercero en casos de comunidad de peligro, toda vez que se sacrifica personas *para* salvar a otras. Las priva de su dignidad, las instrumentaliza. Aun cuando igual hubiesen muerto, en forma inmediata.

Esta concepción admite la ponderación cualitativa entre intereses de distinta entidad (ej. vida vs. propiedad). Pero siendo *vidas* el valor en juego, no admite ponderaciones: cualitativas, *prohibición de valoración* de cualidades de vida: ej. un anciano *vale* menos que un niño; o cuantitativas, *prohibición de suma*, basadas en el número de bienes jurídicos afectados, ej. vida vs. vidas⁸.

Argumentos morales de la concepción deontológica-kantiana

A continuación se enumeran los principales argumentos morales que la concepción deontológica-kantiana utiliza para justificar las prohibiciones de instrumentalización, valoración y suma en casos de estado de necesidad justificantes.

i- Instrumentalizar es privar de dignidad

Ni la vida ni la integridad física “puede[n] instrumentalizarse por nada, ni siquiera como medio para salvar la vida o la integridad física de otra persona” (Mir Puig, 2007: 465). Instrumentalizar la vida de una persona equivale a privarla de su dignidad humana, lo que es inadmisibles en un Estado de Derecho respetuoso de la libertad e igualdad, y nunca podría ser declarado conforme a derecho –justificado–.

En tal sentido, Roxin entiende que “El Derecho no puede aceptar que se sacrifique a unos pocos inocentes para salvar a muchas personas” (1997: 686)⁹.

Existe una *prohibición de jugar con el destino* (Schmidt¹⁰). El Derecho no puede justificar la intervención en un curso causal mortal derivándolo de la persona que lo acecha a otra.

⁸ Distinciones extraídas de Wilenmann von Bernath (2016).

⁹ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán utilizó ese argumento en la sentencia del 15/2/2006, declaró la inconstitucionalidad del apartado de la Ley de Seguridad del Aire que permitía derribar aviones secuestrados por terroristas con personas inocentes en su interior. Sostuvo que no se puede invocar el estado de necesidad justificante a esos casos, aunque ello fuese necesario para salvar la vida de miles de personas, toda vez que contravendría la dignidad humana de sus pasajeros inocentes, al utilizarlos como mero medio para lograr un fin (Según cita de Sánchez Defauce, 2014: 16). Aclara Rodríguez de Santiago, que el Tribunal Constitucional Alemán declara la inconstitucional de la norma del derribo por ser incompatible con el derecho a la vida y la dignidad de las personas, “en la medida en que dicha autorización afecte a sujetos distintos de los secuestradores”, enténdase: que afecte a pasajeros inocentes. Dice que “la Sentencia sí que acepta y utiliza una argumentación ponderativa para llegar a la conclusión de que el precepto no sería inconstitucional si únicamente permitiera derribar un avión en el que sólo se encuentren los que pretenden utilizar el aparato como arma contra las personas en tierra” (2006: 260-261)

¹⁰ Según análisis de Ortiz de Urbina (2011).

Ello implicaría instrumentalizarlas, privarlas de su dignidad, lo que es inadmisibles en un Estado de Derecho respetuoso de la libertad e igualdad.

ii- Fundamentación centrada en el derecho a la vida - valor intrínseco de la vida

El Estado no puede desconocer el valor que toda persona tiene por sí misma (Sánchez Dafaue, 2014). Son inadmisibles las cuantificaciones o graduaciones cualitativas y cuantitativas. Incluso en supuestos de comunidad de peligro (Roxin, 1997).

La vida tiene un valor inconmensurable, imponderable, no pasible de menoscabos graduales: se goza de vida o no. Diferente a otros bienes esenciales –como la integridad corporal o la libertad de movimiento–, que sí pueden ser graduados.

Según el análisis de Wilenmann von Bernath, la postura deontológica-kantiana toma a la vida como “condición de posibilidad del ejercicio de cualquier clase de interés o, en general, de posiciones jurídicas... la privación de la vida implica lógicamente la privación de la creación de cualquier clase de interés posterior”, lo que explica su inconmensurabilidad, y por consiguiente su “imponderabilidad” (2016: 8).

Según ello la vida tiene una estructura “ontológica”, inconmensurable. Particularidad que impide la justificación de su privación por razones de necesidad, de conveniencia.

iii. Prohibición de valoración temporal – pendiente resbaladiza

La certeza de muerte no puede justificar el homicidio de inocentes. La protección de la vida y la dignidad no puede depender de la duración de la existencia física de la persona¹¹.

Si se mata a una persona porque “de igual forma morirá”, se abandonaría el principio de que toda vida humana merece ser protegida (v.gr.: incluso la vida de un condenado a morir merece protección jurídica). Y “ya no sería explicable de modo plausible por qué no iba a ser lícito incluso *fuera* de los supuestos de comunidad de peligro matar p.ej. a un moribundo para poder mantener con vida a otras personas trasplantándoles órganos de aquel” (Roxin, 1997: 689, la cursiva me pertenece).

Aquí se utiliza el argumento de la “pendiente resbaladiza”, donde admitir cierto postulado para un caso implica que debe admitirse para otros, hasta llegar a casos no deseados.

iv. Prohibición de contar vidas como meras partidas contables

Incluso admitiéndose la diferencia cuantitativa en las consecuencias, el Derecho no puede admitir que las vidas humanas sean consideradas como meras partidas contables de un saldo global (Welzel, según el análisis de Ortiz de Urbina, 2011). Existe un

¹¹ Este argumento también fue utilizado por el Tribunal Constitucional Alemán en la declaración de inconstitucionalidad del apartado que autorizaba el derribo de aviones secuestrados por terroristas con pasajeros inocentes dentro.

“fundamento ético que prohíbe someter a la vida humana a un cálculo ponderador”, utilizándolas como meras partidas contables (Roxin, 1997: 689).

v. Imposibilidad de certeza de muerte

No se puede saber con exactitud el destino fatal de las personas inmersas en un escenario de comunidad de peligro. Que “una situación matemáticamente segura de estar condenado a la muerte es sólo una construcción intelectual; en la realidad nunca se puede saber con seguridad lo que ocurrirá” (Roxin, 1997: 689).

La base misma de los casos de comunidad de peligro (hipotéticos, improbables, de laboratorio), contiene la dificultad de no asegurar que “todos fueran a morir”. Y sin certeza de destino fatal común a todos, no puede justificarse la muerte de unos para salvar a otros.

Argumentos dogmáticos de la concepción deontológica en contra de la justificación

i- Falta de interés preponderante

En estos casos se excluye la justificación por estado de necesidad, dado que nunca puede hablarse de un bien de valor superior. Todas las vidas humanas son por principio y de manera inamovible iguales ante el Derecho (Welzel y Schmidt¹²).

ii. No hay un *medio adecuado*

La justificación penal del estado de necesidad requiere que se haya utilizado un medio “adecuado” para la obtención de un fin reconocido por el ordenamiento (teoría del fin). “Matar” nunca lo sería. Aún si con ese actuar se salvaran vidas. No es un medio correcto para conseguir un fin justo. Esto equivale a decir que: “adecuado” implica “no matar”.

iii. Imposibilidad de imponer una obligación de sacrificio por solidaridad

Este argumento gira en torno a que si se asume (como lo hace la mayoritaria literatura actual) que el “interés preponderante” es el fundamento del actuar en estado necesidad agresivo justificante¹³, la “contrapartida de la justificación otorgada al autor es, naturalmente, el deber de tolerar impuesto al titular del bien sacrificado, que se ha denominado también ‘deber de solidaridad recíproca’” (Bacigalupo, 1986: 372; en mismo sentido: Silva Sánchez, 1982; y Balbo La Villa, 1994). Así, el “interés preponderante” y el

¹² Según el análisis de Ortiz de Urbina, 2011: 183

¹³ Recordemos que definimos a los casos de necesidad agresivos como aquellos donde la persona sobre quien recae la acción salvadora no tuvo ningún tipo de responsabilidad en la generación del peligro amenazante.

“deber de solidaridad”¹⁴ son la legitimación moral del estado de necesidad agresivo justificante (Bacigalupo, 1986).

Ahora, ese “deber de solidaridad” no es suficiente para imponer un deber de tolerar un sacrificio de la propia vida. No pueden imponerse obligaciones de sacrificio fundados en la solidaridad, en pos de un beneficio supra-individual. Ello contravendría las bases de un Estado de Derecho respetuoso de la libertad e igualdad, donde si bien excepcionalmente por razones de solidaridad puede aceptarse que se justifique por estado de necesidad el perjuicio de un bien individual disponible (ej. la propiedad) en protección de otro mayor (ej. la vida), nunca podría justificarse la obligación de tolerar la propia muerte en base a esas razones (Wilenmann von Bernath, 2016; Hönle, 2010¹⁵).

Postura consecuencialista

Esta postura admite la ponderación de vidas en casos de estado de necesidad. Manda a fomentar que se den en el mundo la mayor cantidad de consecuencias “buenas”: las conductas deben ser juzgadas como “correctas o incorrectas” según propendan a lograr esa maximización de resultados “buenos”.

Ahora, como es sabido, su éxito o fracaso depende de cómo se defina “lo bueno”. Y en dicha tarea existen varias posturas, dentro de las que se encuentran el *utilitarismo* y el *consecuencialismo puro* (o consecuencialismo “no utilitarista”)¹⁶. Ambas son usadas por la dogmática penal para admitir la utilización de criterios de ponderación en casos de estado de necesidad donde son vidas humanas las enfrentadas.

25

Consecuencialismo utilitarista

Esta vertiente surge del “bienestarismo”, teoría del valor donde algo está más o menos justificado según el bienestar que cause en términos de felicidad o placer¹⁷, y del criterio

¹⁴ Que las esferas jurídico individuales pueden ser franqueadas excepcionalmente (la regla es su protección), bajo ciertos límites (que no recaiga sobre un bien jurídico indisponible: ej. la propiedad) y por razones de “solidaridad” (en pos de la protección de un interés “supra” individual). Sólo bajo esas circunstancias, se puede imponer un deber de tolerar una intromisión a una esfera jurídica individual, afectándola en pos de la preservación de un interés colectivo superior: ej. por “solidaridad” se puede imponer la obligación de soportar que una inundación sea direccionada a un campo de mi propiedad y perder las cosechas, si esa es la única alternativa para evitar que miles de familias mueran ahogadas.

¹⁵ “Nuestra praxis moral conoce solamente deberes de solidaridad muy restringidos. No hay un deber de sacrificar la propia vida para la salvación de otros seres humanos, ni siquiera en las relaciones de cuidado más estrechas” (p. 15).

¹⁶ Existen otras vertientes consecuencialistas que buscan definir lo bueno, sin embargo ninguna es utilizada por la dogmática penal para resolver estos casos. La perfeccionista, por ejemplo, define “lo bueno” según lo “valioso”. parte de que existe una forma de vida que se considera valiosa y el diseño de las instituciones –y la interpretación del Derecho– deben promoverlo. El moralismo, por otro lado, encuentra lo “bueno” en la aplicación del código moral que represente a la sociedad que lo impone. A ambas corrientes se les critica, entre otras cosas, no ser respetuosas de la libertad e igualdad: pretenden imponer, por medio del Derecho, una forma de vida o código moral. Por lo cual estas posturas fracasarían en intentar justificar matar inocentes para salvar a otros, dado que en sus definiciones de “lo bueno” no respetan la igualdad y la libertad.

¹⁷ Enseña Dworkin que la concepción filosófica del bienestar toma a las personas como mercancías que pueden medirse. Dicen que hay *vidas buenas*, y estas se miden según el bienestar que causen. Habría tres formas de medir el bienestar: 1- si existe excedente de placer del que goza respecto del dolor que sufre; 2- *Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación* ISSN 2618-3641 N° 2, 2019

consecuencialista de decisión de corrección de las conductas¹⁸: es correcta la conducta que conlleve a maximizar el placer o felicidad de la mayor cantidad de ciudadanos posible.

Esta postura, al buscar maximizar la utilidad en la producción de felicidad, admitiría realizar ponderaciones cualitativas en la búsqueda del interés preponderante. Sin importar el número de personas salvadas/sacrificadas, decidiría su corrección en base al “bienestar” que la acción salvadora reporte para la mayor cantidad de ciudadanos posible.

En términos utilitaristas la justificación del derribo del avión secuestrado se definiría según el bienestar (utilidad) que implique: si el derribo produce un mayor o menor placer o felicidad para un mayor número de individuos.

Consecuencialismo puro o no utilitarista

Esta versión del consecuencialismo, a la que adscribe una parte minoritaria de la dogmática penal¹⁹, considera correcta la conducta que maximice consecuencias buenas, siendo ellas las que protejan la mayor cantidad posible de bienes; sin efectuar ponderaciones cualitativas, sino solo cuantitativas.

Según el consecuencialismo puro, definido en esos términos, ante un conflicto de bienes de igual naturaleza, como en el caso que nos ocupa (vida vs. vida), es justificada la conducta que salve “más cantidad” de bienes de los que sacrifica –ponderación cuantitativa–.

En cambio, si el actuar salvador vulnera la misma cantidad (o más) de los bienes que salva, no podría ser justificado. Casos donde sólo puede existir la una eventual disminución o exclusión de reproche penal por el ilícito cometido por medio de un estado de necesidad exculpante (Ortiz de Urbina, 2011; Luzón Peña, 2012).

Esta posición sopesa las vidas en juego y justifica la conducta que evita más muertes de las que causa. Si el Derecho pretende prevenir muertes, ante un caso de estado de necesidad trágico con vidas en conflicto, debe justificarse la acción que salva más vidas de las que sacrifica: con su intervención se reduce la cantidad de muertes que se producirían.

Argumentos del consecuencialismo puro

Para justificar la ponderación cuantitativa de vidas, utiliza los siguientes argumentos:

según las cantidad de ambiciones que realizar en relación a las frustraciones; y 3- según la capacidad de las personas para lograr lo que quieren. Afirma Dworkin, que “ninguna de estas conocidas concepciones filosóficas del bienestar puede representar una base plausible para una moral personal o política”, dado que los conceptos de bienestar y vida son conceptos interpretativos, y la gente discrepa en torno a la concepción correcta de lo que hace buena una vida (2014: 336).

¹⁸ Las conductas deben juzgarse según las consecuencias: es correcta la que lleve al mejor de los estados.

¹⁹ Luzón Peña (2012), Ortiz de Urbina (2011), entre otros.

i. Minimización de la pérdida - *Males* de distinta entidad

El actuar que sacrifica unas vidas para salvar otras en un escenario de comunidad de peligro es un caso de estado de necesidad justificante, toda vez que pese a estarse ante bienes en colisión de igual valor (vidas vs. vidas), se está ante *males* de distinta entidad. Los números/consecuencias sí deben tenerse en cuenta al realizarse la ponderación y justificarse el actuar “no porque cause un mal que no es superior al que evita, sino porque evita un mal superior al que causa” (Ortiz de Urbina, 2011: 187).

En los casos trágicos de necesidad, quien puede “minimizar” la pérdida de vidas por medio de una conducta típica (homicidio), actúa justificadamente.

En una situación donde todos tienen un destino muerte impuesto por un curso de acción fatal, la conducta del tercero que interviene adelantando ese indefectible e inmediato resultado de unos para salvar a otros, maximiza el salvamento de bienes en conflicto y nos lleva mejor de los estados posibles, por lo que debe ser declarada conforme a derecho. En un sentido consecuencialista, esa acción constituye la alternativa más sensata, minimiza las consecuencias de la tragedia que la situación implicaba para todos (Wilenmann von Bernath, 2016).

Así, ante un conflicto “trágico” de vidas, donde el curso causal fatal indefectible es ajeno y no controlable por quien realiza la acción salvadora, su actuar en pos de salvar la mayor cantidad de vidas supone un mal cuantitativamente menor que su no intervención. Se está ante una situación de necesidad donde el rasgo de “destino fatal” para todas las vidas hace sea justificada la conducta que intervenga para salvar unas.

27

ii. No instrumentalización

En casos de comunidad de peligro el actuar del tercero no afecta la dignidad de las personas en el trato como libres. En estos supuestos las vidas ya se han visto comprometidas por un curso de acción fatal inminente y común a todas, y su actuar no significa una instrumentalización.

El tercero no “juega con el destino” de las vidas. No asigna un destino muerte a unas personas para salvar a otras. Ese destino trágico inminente y común para todos “ya estaba dispuesto” y no era controlable ni evitable por él. Sólo actúa en pos de minimizar las consecuencias de aquella situación trágica, adelantando lo inevitable, sin imponer un resultado que antes no pesara sobre esas vidas (Ortiz de Urbina, 2011; Luzón Peña, 2012).

No ocurriría lo mismo fuera de los casos de comunidad de peligro, donde el mal acechante no fuese “común” y “previo”. Así, por ejemplo, en supuestos como el del trasplante de órganos, donde no existe un curso fatal “común”, el actuar del agente sí implica una instrumentalización, al evitar una muerte valiéndose de la vida de otras personas, sobre las que pesaban otros destinos, también fatales e inmediatos, pero independientes entre sí. O bien el en conocido caso del aguadagujas, donde el tren sin frenos es desviado del carril que transita a otro para que atropellará a menos personas; supuesto donde se jugaría con el destino, al trasladar un peligro que acechaba a unos a otros que, “previamente”, no.

iii. Una vida no es igual a varias vidas

Existe una diferencia cuantitativa entre una vida y varias vidas. Y “es el respeto a cada una de las dignidades individuales el que exige que se le otorgue un peso individualizado en la decisión. Negar esto es afirmar que todas valen lo mismo, no en el sentido de que ninguna valga más que otra, lo cual es aceptado, sino en el sentido de que una de ellas vale tanto como todas las demás juntas” (Ortiz de Urbina, 2011: 191).

No aplicar un criterio cuantitativo de salvar la mayor cantidad de vidas posible es no tomar al valor “vida” en serio, lo que es exigido por la gravedad de la situación (Dworkin, 2014).

Críticas a los argumentos de la concepción deontológica-kantiana*Críticas a argumentos morales*

i. Crítica al argumento de instrumentalizar es privar de dignidad

Este argumento es la base de la concepción kantiana y no es discutido por la extendida doctrina. Lo que sí es controvertido es que se aplique para casos de comunidad de peligro. Como ya vimos, según la postura consecuencialista, en esos casos no se instrumentaliza a las personas y por tanto no se las priva de su dignidad en el trato como libres.

En los escenarios de comunidad de peligro, al haber una previa afectación de las personas a un curso de acción fatal e indefectible, el tercero no impone un resultado muerte a unos para salvar a otros. Ya estaba dado. Su acción sólo disminuye el daño en curso.

En estos casos la “dignidad” de las personas ya había sido comprometida por el curso de acción fatal común. El tercero salvador, no es responsable del destino muerte. Con su actuar no instrumentaliza a las personas, no las priva de su dignidad, sino que reduce cuantitativamente el resultado dañoso en curso.

ii. Crítica al argumento de la vida como valor inconmensurable

Según criterios cuantitativos de ponderación como propone el consecuencialismo puro, en la justificación de casos de estado de necesidad trágicos con comunidad de peligro no se desconoce el valor que toda persona tiene por sí misma. Por el contrario, es el respeto de cada una de las dignidades personales el que impone que se otorgue un valor cuantitativo a la decisión en esos casos (Luzón Peña, 2012; Ortiz de Urbina, 2011).

Por otro lado, el argumento de la imposibilidad de realizar ponderaciones en base al carácter de “inconmensurable” del valor vida llevaría a justificar casos que afecten la dignidad en el trato como libres. Por ejemplo, extraer compulsivamente sangre u órganos no vitales (ej. un riñón, un pulmón) de personas fuera de peligro para salvar la vida de

otro, con tal de proteger la “preservación de la vida como valor inconmensurable”. Supuesto que, intuitivamente, no debería justificarse.

Según el análisis de Wilenmenn von Bernath el argumento del valor inconmensurable de la vida asume que sólo la perspectiva individual del portador del bien jurídico es relevante. Lo que es una explicación circular del problema: “Se trata de justificar, desde la perspectiva directa del afectado, una obligación de tolerar la muerte por otro. Esta es precisamente la razón por la que la ‘incomensurabilidad’ de la vida afecta del todo a la posibilidad de tomar en cuenta el número de vidas en juego al construir un interés preponderante” (2016: 30).

Para el titular del bien jurídico su vida siempre lo será “todo”. Si el problema se ve sólo desde su óptica no podría hablarse de un interés preponderante de su muerte para salvar otras vidas. Es necesaria la determinación del balance final por parte de un sujeto observador, un tercero ajeno al conflicto que, según su enfoque, pueda decidir si la acción “salvadora” ejecutada implica un daño menor y, por tanto, protege un interés preponderante.

Desde esta perspectiva, ajena a la del propio afectado, la “vida” no tiene particularidades especiales que puedan justificar su imponderabilidad (Wilenmenn von Bernath, 2016²⁰).

Vale recordar que en el caso de comunidad de peligro que aquí tratamos ese es el escenario: un tercero, desvinculado, es quien decide intervenir en el curso causal fatal que acecha a otros. Y es desde su enfoque deberá decidirse si su acción estuvo justificada, según haya actuado motivado en preservar la mayor cantidad de vidas posible.

Así, si bien la “perspectiva de la víctima” puede explicar la prohibición de valoración por características, no es suficiente para explicar la “prohibición de suma”, dado que sí existen buenas razones para aceptar criterios cuantitativos de ponderación: preservación de vidas.

iii. Crítica al argumento de la pendiente resbaladiza

Aceptar la justificación de homicidios en casos de estado de necesidad de comunidad de peligro, no lleva a justificar homicidios “fuera” de esos casos.

El argumento de la “pendiente resbaladiza” no es convincente de por sí, sino sólo si es “probable que el paso dado por el reconocimiento de la excepción en cuestión lleve a un estadio ulterior y, además, que ese estadio ulterior sería moralmente inaceptable” (Wilenmenn von Bernath, 2016: 42). Ese paso posterior inaceptable (después de aceptar sumar vidas en casos de “comunidad de peligro”) sería matar a una persona “fuera” del supuesto de comunidad de peligro, con el fin de salvar a otras. Pero no hay nada en la admisión de la cuantificación (suma de vidas) en casos de “comunidad de peligro” que haga pensar que se extienda a esos otros casos “no” trágicos o “sin” comunidad de peligro (ej. quitar órganos a un moribundo para trasplantárselo a otros pacientes que sin ello no vivirían –no hay comunidad de peligro–; o matar a alguien que no está bajo

²⁰ “... la pretensión de que la vida es epistemológica o axiológicamente inconmensurable para su titular se torna irrelevante en relación a las ponderaciones y evaluaciones que la propia sociedad puede hacer. El concepto mismo de vida no tiene potencial de fundamentación para justificar que sólo la perspectiva de los individuos debe ser tomada en cuenta” (Wilenmann von Bernath, 2016: 18).

ningún peligro *para* salvar a otros –caso no trágico–). Ese salto de razonamiento no está justificado.

iv. Crítica a la prohibición de considerar vidas como meras partidas contables

Este argumento alega que existe un valor ético que reusa que el Derecho admita que vidas humanas sean consideradas como “meras partidas contables” de un saldo global, incluso existiendo diferencias cuantitativas de resultados (mal menor).

Ahora, se le critica que las ponderaciones cuantitativas persiguen un *valor ético* de la preservación de la vida. Que no puede ser contraria a derecho una conducta que tienda a disminuir un daño mayor inevitable de vidas humanas (Luzón Peña, 2012; Ortiz de Urbina, 2011). Y que desde la perspectiva del tercero salvador es inevitable que las vidas sean “contadas”, ya que sólo así podrá decidir qué acción salva más vidas, ante una situación de estado de necesidad trágico con comunidad de peligro (Wilenmann von Bernath, 2016).

Existen casos donde el Derecho muestra que las vidas sí deben contarse: casos de colisión de deberes donde, por ejemplo, una persona con obligaciones de rescate de cumplimiento alternativo, debe efectuar la que le permita salvar más vidas. El caso aquí relevante de derribo de aviones secuestrados parece que nos posiciona en esa disyuntiva. Donde el sujeto “debe” tomar el curso de acción que le permita salvar más vidas.

Este enfoque distinto, el del agente en necesidad (ej. el Jefe de Seguridad Aérea que puede derribar el avión secuestrado) es el que debe contar a la hora de decidir o no la justificación de su actuar.

Si se encuentra obligado a proteger a los afectados por la fuente de peligro común, la decisión de su actuar debería ser efectuada según qué optimiza el cumplimiento de sus obligaciones de protección: debe “contar” vidas.

Por lo cual, si las personas a sacrificar indefectiblemente van a morir –de todos modos iban a morir– y su acción homicida puede salvar otras vidas, debería realizarla, toda vez así se optimizaría el cumplimiento de su obligación de protección, reduciéndose la cantidad de muertes que el curso fatal tenía en marcha.

Incluso deben “contarse” vidas en el caso de que su acción tenga el riesgo de que mueran igual o más cantidad de personas que las implicadas en el peligro común. Este sería el caso de que por la cercanía del avión a otros centros urbanos la acción del derribo contiene un previsible riesgo²¹ de impactar en ellos y terminar causando más muertes que las antes destinadas por el curso de acción fatal.

Para ese supuesto, al producirse un daño igual o mayor al que iba a producirse por el curso fatal previo, la conducta no puede ser declarada conforme a derecho, por no disminuir el mal en curso. Sólo podría subsumirse de un estado de necesidad exculpante, donde eventualmente se aminore o excluya el reproche penal por el injusto penal cometido.

²¹ Con “previsible riesgo” intento referirme a que es un caso de *dolo eventual*: el agente se representa el resultado dañoso como probable, y si bien no quiere que suceda, lo acepta y actúa de todos modos. Distinto sería el caso si los daños colaterales no hubieran sido previsibles, toda vez que el hecho se transformaría en culposo, y el reproche penal cambiaría.

v. Crítica al argumento de imposibilidad de certeza de muerte

Este argumento confunde planos. Mezcla lo dogmático-conceptual con la posibilidad de conocimiento empírico. Lo arduo, dificultoso o improbable que puede ser probar una indefectible fatalidad no es suficiente para descartar el problema normativo en sí. Como tampoco que se trate de casos hipotéticos o improbables. De hecho, es posible que existan esos casos y que no haya duda de sus circunstancias fácticas²².

*Críticas a argumentos dogmáticos*i. Crítica al argumento de la *falta de interés preponderante*

Según este argumento en conflicto entre vidas se excluye la aplicación del estado de necesidad justificante porque todas las vidas son iguales ante el derecho y, por lo tanto, no puede hablarse de un interés preponderante, un valor superior.

A esto se puede responder que aun siendo todas iguales (prohibición de valoración cualitativa, no discutida), existe una diferencia cuantitativa entre una y varias, que se traduce un valor superior, preponderante, suficiente para aquella causal de justificación.

Una vida no puede valer igual que muchas. No en términos cuantitativos (Luzón Peña, 2012; Ortiz de Urbina, 2011).

Como todas las vidas son iguales ante el derecho, una no puede “valer” más que otra. Y si existe una disyuntiva de salvar a pocas o muchas de una situación trágica, la opción correcta debería ser salvar la mayor cantidad posible. Justamente en respeto a cada una de sus dignidades individuales.

ii. Crítica al argumento de que matar no es un “medio adecuado” para un fin justo

En contra de este argumento puede decirse es falso decir que “matar” siempre es disvalioso. Un actuar homicida puede ser correcto tanto en casos de legítima defensa como en circunstancias de estado de necesidad con “comunidad de peligro”, donde sobre todos pesaba un mismo curso fatal previo.

Si matar “nunca” puede ser un medio adecuado, no se podría justificar el actuar de quien mata en legítima defensa. Acción homicida que, pese a su gravedad, sí puede resultar adecuada, conforme a derecho, según las circunstancias del caso²³.

Y, conforme lo dicho, en casos de comunidad de peligro matar sí puede ser un medio adecuado para conseguir un fin justo: no hay un disvalor en esa conducta, dado que de hecho todos iban a morir; es la única forma de salvar vidas.

²² Ej. caso de siamesas con diagnóstico médico de certeza de muerte inminente en caso de no ser operadas para separarse; pero que a su vez hay un diagnóstico médico de certeza de muerte que de ser separadas una de ellas no vivirá. Este es un caso real (siamesas Jodie y Mary) extraído de Rachels (2006).

²³ Haber actuado en defensa propia o de un tercero ante una agresión ilegítima. No haber provocado, en forma suficiente, la situación de peligro. Haber utilizado, en la defensa, un racional respecto de la agresión. *Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación* ISSN 2618-3641 N° 2, 2019

iii. Crítica al argumento de imposibilidad de imponer una obligación de sacrificio por solidaridad

Este argumento tiene, al menos, estos problemas:

1- Al igual que en la fundamentación centrada en el derecho a la vida, aquel “deber de tolerar” es una observación parcial del problema. Es sólo el punto de vista de la víctima, lo que lo torna circular: si sólo importa la visión de la víctima, obviamente que será injusto obligarla a tolerar el accionar (Wilenmann von Bernath, 2016).

El análisis de la justificación de la muerte no puede centrarse en los intereses individuales del sujeto sobre quien recae la acción. Si bien en un Estado de Derecho respetuoso de la igualdad y libertad no pueden imponerse obligaciones de tolerar el propio sacrificio por solidaridad, todavía resta preguntarse si puede justificarse el actuar del tercero que en casos de estado de necesidad actúa en base al número de vidas que puede salvar.

2- El “deber de tolerar” una intromisión a una esfera individual para justificar un estado de necesidad sólo funciona para casos que no son de comunidad de peligro vitales; para casos de estado de necesidad agresivo generales, en el sentido de que no son vidas humanas los bienes en conflicto. Casos donde el actuar del tercero significa imponer al afectado un peligro que antes no le pesaba sobre un bien conmensurable (ej. la propiedad) con el fin de evitar otro mayor; y que tendrá el deber de soportar, toda vez que reporta beneficios supra-individuales. Por ejemplo: desviar una inundación a un campo sembrado para evitar que arrase con residencias habitadas, sacrificándose la propiedad del dueño del campo (bien disponible) en pos de salvar las vidas/integridad física de los residentes. En este ejemplo de estado de necesidad “general” (en el sentido de que no son vidas humanas los bienes contrapuestos) se impone un destino perjudicial al dueño del campo que antes no pesaba sobre él, en base a un deber de solidaridad supra-individual que habilita, en forma excepcional, a vulnerar su esfera individual en pos de la preservación de un interés mayor.

En cambio, en los supuestos de comunidad de peligro vitales no nos encontramos ante esos casos. Aquí la fundamentación no surge del deber de tolerar de parte del titular del bien afectado, sino exclusivamente de la protección de un “interés preponderante” (disminución del mal). Al ser un supuesto de comunidad de peligro (destino fatal, inminente, previo y común a todos) el destino muerte no es impuesto por el tercero, y por tanto no es modificado para que unos mueran y otros no. No se impone al afectado un deber de tolerar un destino distinto de que ya tenía. No se pide al afectado que soporte un peligro que le era extraño, que asuma una situación de muerte nueva que deba tolerar. El tercero, en vistas a evitar un daño mayor, interviene en aquel curso fatal ya impuesto, y anticipa el resultado que se iba a producir, para impedir un daño mayor.

Así, aquella imposición de una obligación de sacrificio por solidaridad en casos de comunidad de peligro no es tal. El tercero no impone un destino fatal que ya no pesara sobre la persona y que por solidaridad deba aceptar. Ya dado aquel destino, actúa movido por la preservación de un interés preponderante.

*Críticas a argumentos morales de la concepción consecuencialista**Críticas al utilitarismo*

El utilitarismo consecuencialista en su búsqueda de “lo bueno” sólo pondera la importancia de los bienes en juego en base a la utilidad en términos de bienestar, y no según el número de vidas a salvar. Lo que podría devenir en resultados intuitivamente injustos, que nieguen la autonomía de las personas, la libertad y la igualdad²⁴.

Permitiría realizar ponderaciones cualitativas: salvar a una persona feliz, dejando morir a muchas infelices (mayor placer), a una instruida antes que muchas analfabetas (mayor utilidad). Según ésta las personas pasan a formar parte de un cálculo de utilidades, lo que es inadmisibles por el Derecho (Chiesa, 2011; Luzón Peña, 2012; Ortiz de Urbina, 2011).

A esas críticas pueden sumarse algunas objeciones desarrolladas por Lorenzo (2011):

1- Objeción técnica. Existe una dificultad para calcular las utilidades interpersonales, dada la falta de una medida valorativa de validez general, que permita saber qué reporta más o menos utilidad social (v.gr.: qué cosecha representa más bienestar para los vecinos).

2- Objeción normativa. Se le critica al utilitarismo obviar la autonomía del individuo (libertad, dignidad), la que no puede pasarse por alto al justificar las injerencias en las esferas jurídicas individuales. Al utilitarismo sólo le importa el beneficio global de una acción para la sociedad, prescindiendo de las repercusiones que pueda tener para sus miembros el sacrificio de sus derechos en pos del bienestar general.

3- Objeciones técnico-dogmáticas. Al prescindir el utilitarismo de la autonomía individual, y sólo fijarse en la mayor satisfacción del interés general, se acarrearán problemas con la configuración habitual de la causa de justificación, como la provocación del estado de necesidad, la distinción entre estado de necesidad defensivo y agresivo, etc. Para el utilitarismo sería indiferente, por ejemplo, que el titular del bien mayor (a salvar, destruyéndose el de otro, menor) sea el responsable de la amenaza inminente.

Crítica al consecuencialismo puro

Si bien considero que esta es la posición que debe mantenerse, su argumento de “mayor cantidad de bienes jurídicos salvados” es insuficiente para justificar la muerte de personas en casos de estado de necesidad. A ello necesariamente, como sostiene Luzón Peña, debe agregarse un límite en la dignidad personal²⁵: la no instrumentalización de las personas

²⁴ Se critica al modelo utilitarista penal de las justificaciones diciendo que: “aunque la sociedad en su conjunto resulte beneficiada con la preservación de un bien mayor de un individuo a costa del sacrificio de un bien menor de otro, el Estado no puede permanecer indiferente ante esa utilización de ciertos individuos en provecho de otros e indirectamente de la sociedad en su conjunto” (Nino, 1980: 476).

²⁵ En este sentido afirma que es fundamental “meritar la previa afectación” o no por peligro de los bienes en conflicto. No es lo mismo un bien jurídico intacto, que no esté en peligro, que un bien jurídico en peligro, dañado o destruido. La prioridad va disminuyendo en ese orden. A su vez, añade el autor que existe un límite a la ponderación en la dignidad de la persona. Afirma que hay consenso en que la dignidad humana es un límite infranqueable a la actuación en estado de necesidad y la ponderación de intereses. No *Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación* ISSN 2618-3641 N° 2, 2019

(2012). Circunstancia que existirá sólo si es un caso de “comunidad de peligro”, donde las personas comparten un mismo curso fatal e inminente.

Así, si una conducta salva una mayor cantidad de vidas pero no respeta la dignidad de las personas en su trato como libres, por instrumentalizarlas, asignándoles un destino trágico que antes les era ajeno, no puede ser declarada conforme a derecho (v.gr.: caso del aguardagujas). Al igual que tampoco podría justificarse el homicidio de personas sobre quienes pesan distintos cursos fatales inminentes, ajenos entre sí, independientes (v.gr.: caso del trasplante de órganos).

Conclusiones

Entiendo que debe justificarse el actuar de quien mata a inocentes para salvar a otros si se trata de un caso de estado de necesidad con “comunidad de peligro”, donde la acción homicida “disminuye” la cantidad de muertes a producirse. Tal conducta no menosprecia el valor de la vida, ni la dignidad en el trato como libres e iguales.

De las posturas que se ocupan de discutir estos casos estados de necesidad con vidas en juego, considero que debe seguirse al consecuencialismo puro, pero con un límite en la dignidad personal. Ésta brinda una respuesta coherente con la protección de aquellos valores.

Del imperativo kantiano se derivan prohibiciones de valoración e instrumentalización, que son por demás valiosas. El Derecho no puede justificar conductas que no las respeten. Utilizar a una persona como un “mero medio” para un fin es una violencia a su consideración como persona autónoma, a su trato como libre, lo que no puede ser considerado correcto. Al igual que tampoco puede serlo un trato desigual en base a consideraciones intrínsecas de la persona, como raza, religión, sexo, etc.

Así, un saldo positivo de intereses (consecuencialismo puro) no es suficiente para la justificación de una acción típica realizada en estado de necesidad. Necesariamente, el interés preponderante de la conducta debe respetar la libertad e igualdad.

En tal sentido, es sabido que la ponderación de intereses es un escenario más amplio que una mera comparación de bienes en conflicto. Se deben considerar otras circunstancias relevantes que la mera comparación jerárquica o cuantitativa de bienes²⁶. Hay casos

se puede efectuar una intervención en estado de necesidad que vulnere directamente la dignidad personal, pese existir intereses *prima facie* superiores (ej. vidas en peligro de otras personas) (Luzón Peña, 2012).

²⁶ Luzón Peña señala que al instituto del estado de necesidad no le interesa salvar el bien más valioso, sino sobrellevar el conflicto de la mejor manera posible, justificándose la conducta que nos lleve al “menor de los males posibles” (Luzón Peña, 2012: 430)

En misma línea de pensamiento Silva Sánchez dice que al estado de necesidad interesa “solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del ‘statu quo’, es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél”. Afirma que al hablarse de males y no de bienes, se “encierra una cuestión de vital importancia. Porque frente a un planteamiento causal naturalístico anclado en la mera ponderación de bienes lesionados, una perspectiva valorativa, como es la que corresponde a un término del cariz de ‘mal’, debe examinar la pluralidad de aspectos y elementos concurrentes en la situación” (Silva Sánchez, 1982: 665).

donde pese a existir bienes preponderantes, la acción salvadora no puede ser justificada por no ser un medio adecuado para resolver el conflicto de intereses²⁷.

Una conducta que pese a salvar más vidas de las que sacrifica, lo hace a costa de la dignidad siempre será un “mal mayor” para la sociedad. Si se acepta traspasar ese límite se abre una caja de Pandora, una pendiente resbaladiza²⁸, en la cual se tendrían que justificar casos que intuitivamente no estaríamos dispuestos, como matar a una persona para sacarle sus órganos y así salvar a cinco (jugar con el destino) o torturar a una persona para conseguir x fin²⁹, o matar a personas de x religión por x motivo.

Así, nunca podrá haber un “interés preponderante” justificador del estado de necesidad si se actúa en base a ponderaciones cualitativas o instrumentalización de personas. Sin perjuicio de que en el caso en concreto puedan salvarse más bienes, el mal causado será mayor: provoca un estado del mundo disvalioso, donde se permite quebrantar la dignidad.

No toda vulneración a la vida implica una vulneración a la dignidad.

La anterior consideración parte de la base de que no toda acción homicida ataca la dignidad humana. Pueden distinguirse conductas que además de vulnerar la vida, también quebrantan la dignidad. La diferencia está en si se utiliza a la persona como un *mero* instrumento para un fin o no, o si se afecta el trato como iguales. Se puede quitar la vida a alguien sin, *adicionalmente*, instrumentalizarla como un mero medio para un fin, o sin hacerlo en base a consideraciones cualitativas de su valor. Como, también, vulnerarse la dignidad humana y no la vida (ej. torturar con determinado fin).

Así, como señala Hörnle (2010) pueden diferenciarse homicidios donde se lesiona la dignidad, como por ejemplo derribar el avión porque en los pasajeros de su interior son de x raza o x religión o incultos, o porque traerá menos costos económicos; de otros donde el matar sólo obedece a un motivo cuantitativo de salvar a una mayor cantidad de personas, sin franquearse, adicionalmente, la dignidad: en los que no se impone un curso fatal inminente e indefectible que antes no pesara; ni se toma la acción en base a

²⁷ “En otras palabras: la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses” (Bacigalupo, 1986: 378-379)

²⁸ Aquí el argumento de la pendiente resbaladiza sí funciona, ya que si se vulnera la dignidad en estos casos, después no existe razón para que se vulnere en otros.

²⁹ Existe amplio consenso en que la tortura atenta contra la dignidad humana (Greco, 2007). No obstante lo dicho, comparto con Mariona Llobet Anglí que si bien el torturar no puede ser justificado mediante estado de necesidad, casos como el del *ticking bomb* sí pueden ser justificados mediante legítima defensa de terceros, sólo si se dan determinadas circunstancias: que el torturado sea responsable del mal que amenaza a terceros; que el mal sea inminente; que inocentes estén en peligro de muerte; que sea la única forma de evitar el mal. Bajo esas circunstancias, el caso se asemeja a la estructura de cualquier legítima defensa de terceros, que es “estructuralmente idéntico a aquél en el que un sujeto está a punto de apretar el dispositivo de una bomba y un agente de la autoridad le tiene a tiro” (Mariona Llobet Anglí, 2010: 23.) Caso que sería también idéntico en estructura al supuesto donde en el avión secuestrado por terroristas que se dirige a un centro urbano sólo se encuentren en su interior *culpables*, y no pasajeros inocente. En estos casos es de aplicación la legítima defensa de terceros, donde la situación de defensa necesaria “requiere intervenir en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto penalmente competente por la fuente de peligro amenazante” (Balbo Lavilla, 1994: 263.), es el agresor quien debe cargar con las consecuencias del curso lesivo que él mismo ha generado responsablemente, lo que lo diferencia con el estado de necesidad, ya que el crimen se comete contra la persona que ha infringido la ley atacando a otros.

consideraciones cualitativas de las personas. Condiciones que reúne el matar inocentes en supuestos de “comunidad de peligro”.

Armonía del consecuencialismo puro con límite en la dignidad y el imperativo kantiano

Kant decía “actúa de tal manera que utilices a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, en todo momento como un fin y nunca meramente como instrumento”³⁰.

De esto surgen deberes de tratos como iguales (prohibición de valoración³¹) y libres (prohibición de instrumentalización³²), imperativos que no son controvertidos por la dogmática penal. Pero no una restricción de “contar vidas” (prohibición de suma: varias vidas no valen más que pocas), postulado que la doctrina dominante construye, a raíz del imperativo kantiano, para denegar la justificación de estos casos.

Considero que prohibición de suma es una errada derivación de la de valoración (si “ninguna vida vale más que otra”, entonces “muchas vidas no valen más que una”); que sólo puede tener sentido si es leída en términos cualitativos (“como ninguna vida vale más que otra, entonces una vida alfabeta no vale más que muchas analfabetas”).

Ahora, ese postulado no tiene sentido en términos cuantitativos, de suma. Como señala Luzón Peña (2012), hay un error lógico en considerar que si una vida no vale más que otra, entonces muchas vidas valen igual que una.

Este yerro podría traducirse en “si uno es igual a uno, entonces uno es igual a mil”. En términos proposicionales: $1 \leftrightarrow 1 \rightarrow 1 \leftrightarrow 1000$; lo que ostensiblemente no respeta las reglas de un razonamiento correcto.

Lo que surge del imperativo kantiano es la prohibición de valoración, que también vale para prohibir sumas de valoraciones: no puede justificarse el actuar de un tercero desvinculado que ante la situación trágica decide salvar a muchos alfabetos antes que a pocos analfabetos. Pero no una prohibición de suma netamente cuantitativa, desprovista de valoraciones cualitativas. Por lo cual, si nos interesa el trato de las personas como iguales, no debe negarse que más vidas valen más que pocas. Esto en la medida de que el razonamiento sea efectuado en términos cuantitativos, y no cualitativos.

De esto puede concluirse que en el caso que nos ocupa los números (consecuencias) sí pueden tenerse en cuenta en la construcción de un interés preponderante justificador, y esto no vulnera, necesariamente, el trato imparcial y de todas las personas y sus autonomías.

Las razones del consecuencialismo puro con límite en la dignidad, en casos de comunidad de peligro, brinda una respuesta consecuente con el respeto a la vida, la libertad e igualdad, al justificar la conducta de matar para salvar vidas.

Sin realizar valoraciones cualitativas declara correcta la conducta que maximice el resultado de mayor cantidad de vidas preservadas. Lo que es armonioso con el respeto a

³⁰ Cita extraída de Hörnle (2010: 18).

³¹ “... como en la persona de cualquier otro...”.

³² “... y nunca meramente como instrumento.”

la igualdad y al valor vida (entendido como bien de mayor importancia, inconmensurable); y con el trato el trato como libres: el tercero, en esos casos, no instrumentaliza a las personas; no asigna o transfiere un mal de unos a otros; sólo interviene en un curso causal trágico previo y común, y aminora sus consecuencias.

Así, existen buenas razones para justificar el derribo de un avión secuestrado a punto de impactar con un centro urbano o todo otro supuesto³³ de comunidad de peligro donde la conducta salvadora no verse en trasladar el peligro de una esfera a otra “para” salvarla, sino que sólo verse en minimizar el daño que en curso sobre todas las esferas individuales.

Por el contrario, no deberían justificarse casos fuera éstos, como el del trasplante de órganos o el del agudagujas (o el desvío del avión hacia otro centro urbano donde hubiera menos personas), donde sobre las personas no pesa un peligro común.

Bibliografía

ARMAZA GALDOS, Julio E. (1993). “El estado de necesidad justificante”, Anuario de Derecho Penal, Alicante, disponible en: [«http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_04.pdf»](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_04.pdf)

BACIGALUPO, Enrique (1986). Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, Buenos Aires, Ed. La Ley.

----- (1999). Derecho penal, Parte general, 2da. Ed., Bs. As. Ed. Hammurabi.

BALBO LA VILLA, Francisco (1994). Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad”, Barcelona, Passim.

BOUZT, Andrés, CANTARO, Alejandro S. y NAVARRO, Pablo E. (2007). “El fundamento Jurídico de un Derecho de Necesidad”, Discusiones N° 7, pp. 113-153.

CHIESA, Luis E. (2011). “La Mignonette”, en Sánchez Ostiz, P. (Coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Lay, Madrid.

CORTÉS DE ARABIA, Ana M. (2005). “Causas de justificación”, en Lascano, Carlos J (Dir), Derecho Penal, Parte General, 1ed., Córdoba, Advocatus, Córdoba, Lección 12, pp. 441-467.

DE LA RUA, Jorge y TARDITTI, Aida (2014). Derecho Penal. Parte General, Tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi.

DWORKIN, Ronald (2014). Justicia para erizos, 1era. Ed, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho.

FRISCH Wolfgang (2016). “Derecho penal y solidaridad”, InDret 4, Barcelona, disponible en [«http://www.Indret.com/pdf/1255.pdf»](http://www.Indret.com/pdf/1255.pdf)

³³ Por ejemplo: la operación de siamesas.

- GARRIDO, Aleksandro P. (2016). “La lucha antiterrorista y el nuevo sistema de seguridad internacional tras el 11 de septiembre: ¿una consecuencia lógica?”, *Foro int [online]*, vol.56, n.4, pp.941-976, disponible en: [«http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44534.pdf»](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/12/doctrina44534.pdf)
- GRECO Luis (2007). “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs”, *InDret*, 2, Barcelona, disponible en: http://www.Indret.com/pdf/423_es.pdf
- GÜNTHER, Hans-Ludwig (1995). “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, trad. Luzón Peña, en Luzón Peña/Mir Puig (Coord.), *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho penal*, Pamplona, Ed. Aranzadi, p. 45.
- HÖRNLE, Tatjana (2010). “Matar para salvar muchas vidas”, *InDret*, 2, Barcelona, disponible en: [«http://www.Indret.com/pdf/744_es.pdf»](http://www.Indret.com/pdf/744_es.pdf)
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel (2006). *Derecho penal del enemigo*, 2° ed., Madrid, Thomson.
- JÖRG Luther (s.f.). “Razonabilidad y dignidad humana”, disponible en: [«http://www.ugr.es/~redce/REDCE7pdf/13JorgLUTHER.pdf»](http://www.ugr.es/~redce/REDCE7pdf/13JorgLUTHER.pdf)
- LLOBET ANGLI, Mariona (2010). “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, *InDret*, Barcelona, disponible en: [«http://www.raco.cat/index.php/Indret/article/viewFile/226143/307716»](http://www.raco.cat/index.php/Indret/article/viewFile/226143/307716)
- LUZÓN PEÑA, Diego M. (2012). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2° ed., Valencia, Tirant.
- MARTÍN LORENZO, María (2011). “Los límites de la justificación o reivindicación de un espacio para las excusas”, *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Eds. del Puerto 2009/B.
- MIR PUIG, Santiago (2007). *Derecho Penal Parte General*, 7° ed., Barcelona, Reppertor.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2011). “Caso de los intermediarios en secuestros”, en Sánchez Ostiz, P. (Coord), *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, capítulo 26, Madrid, La Ley.
- (2006). “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?”, en *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, disponible en: [«https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ponderacion-extrema-justificable-tortura-323919»](https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ponderacion-extrema-justificable-tortura-323919).
- NILSEN, Kevin B. (2016) “Ley de derribo. Necesidad y conveniencia. Entre la demagogia punitiva y el riesgo real”, *Revista de Pensamiento Penal*, Buenos Aires, disponible en: [«http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/doctrina42874.pdf»](http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/doctrina42874.pdf)

- NINO, Carlos (1980). Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Buenos Aires, Astrea.
- NÚÑEZ, Ricardo C. (2009). Manual de Derecho Pena, Parte General, 5ta. Ed, actualizada por Spinka, R., Córdoba, Lerner.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (2011). “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en Pablo Sánchez Ostiz (Coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, Madrid, La Ley, capítulo 8, pp. 177-192.
- PAWLIK, Michael (2015). “Una teoría del estado de necesidad exculpante”, InDret, 4, Barcelona, disponible en: «<http://www.InDret.com/pdf/1175.pdf>»
- RACHELS, James (2006). Introducción a la filosofía moral, traducción de Gustavo Ortiz Millán, México, 1ra Ed. Español Fondo de Cultura Económica.
- ROIG Miguel A. y RUIZ Carlos Alb. (2006). “La valoración de la vida humana”, InDret, 4, Barcelona, disponible en: «<https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122203/169323>»
- ROXIN, Claus (1997). Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Trad. Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Ed. Civitas S.A.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M. (2006). “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autoriza a derribar el avión secuestrado para acometer un atentado terrorista, una cuestión de principios”, Revista española de derecho constitucional, nº 26, Madrid, disponible en: «<file:///C:/Users/ignar/Downloads/REDC77.010.pdf>»
- SÁNCHEZ DEFAUCE, Mario (2014). “El abatimiento de un avión secuestrado”, InDret, 4, Barcelona, disponible en: «<http://www.Indret.com/pdf/1076.pdf>»
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1982). “Sobre el estado de necesidad en el derecho penal español”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo III, p. 671, Madrid.
- VILA, Ivó Coca (2011). “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo”, InDret 1, Barcelona, disponible en: «<http://www.InDret.com/pdf/789.pdf>»
- WILENMANN VON BERNATH, Javier (2016). “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, InDret 1, Barcelona, disponible en: «<http://www.InDret.com/pdf/1201.pdf>»



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons

Atribución – No Comercial – Sin Obra Derivada 4.0 Internacional

“ACCESO A LA VIVIENDA DIGNA: ¿SUEÑO O DERECHO? ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO”

*ADEQUATE HOUSING ¿DREAM OR RIGHT? SOME REFLECTIONS ON THE BASIS OF
CRITICAL LEGAL STUDIES*

*Por Cecilia Inés Mateos **

Resumen: El presente artículo tiene por objeto analizar el concepto de imaginario social desarrollado por las Teorías Críticas del Derecho, para vincularlo con el derecho a la vivienda digna. Específicamente, se toma en consideración el desarrollo efectuado por Enrique Marí y se estudian los alcances del derecho humano a la vivienda a partir de su recepción constitucional. Así, se pone de relieve la creencia ampliamente difundida de que el acceso a la vivienda es un sueño o un anhelo. Finalmente, se analiza qué repercusión tiene esta creencia en el efectivo cumplimiento de dicho derecho humano.

Palabras claves: Teorías Críticas del Derecho – Imaginario social – Derechos Humanos - Derecho a la vivienda digna.

Abstract: This paper aims to analyse social imaginary term developed by Critical Legal Studies to link it with the right to adequate housing. Specially, it considers the idea of social imaginary developed by Enrique Marí. This article also researches the right to adequate housing as provided for Argentine Constitution. Thus, it highlights the belief that adequate housing is a dream or a yearning. In the end, we analyse how this belief impacts in that human right fulfilment.

Key words: Critical Legal Studies - Social imaginary – Human rights - Right to adequate housing.

* Abogada (UNC). Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC). Miembro del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES). Auxiliar Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Agradezco al Dr. Horacio J. Etchichury por los debates y discusiones sobre el derecho a la vivienda que contribuyeron al desarrollo de las ideas y argumentos plasmados en este artículo y al Dr. Andrés Rossetti por las críticas y aportes realizados a una versión preliminar de este trabajo. Por supuesto, los errores y defectos que aún subsisten son de mi exclusiva responsabilidad.

Trabajo recibido: Septiembre 2019; aceptado: abril 2020.

Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación

ISSN 2618-3641

Nº 2, 2019

Introducción

Las llamadas Teorías Críticas del Derecho aparecieron a fines de la década de los sesenta en siglo XX ligadas al post-estructuralismo¹. Surgieron como respuesta al agotamiento de los paradigmas clásicos que hasta ese momento y con diversas modalidades habían dominado el análisis de la ciencia del derecho: el positivismo y el iusnaturalismo. Dado que dichas corrientes no lograban explicar acabadamente el fenómeno jurídico, los representantes del nuevo movimiento plantearon una fuerte crítica a ellas y sostuvieron el estrecho vínculo entre el derecho, la política y el poder.

Cada una de las vertientes del movimiento enfocó la crítica en un aspecto diferente. Es por ello por lo que no es posible hablar de una única teoría crítica, ya que no existe un único modo de conocer el derecho. Como sostiene Cárcova (2003), comprender el fenómeno de la juridicidad implica dar cuenta de una parte de la interacción humana que, para tornarse progresivamente más inteligible, exige tener presente, a la manera de un horizonte de sentido, el resto de la interacción humana. Para ello es necesario la multi y la transdisciplinariedad. Es decir, para comprender íntegramente el complejo fenómeno jurídico debe recurrirse a otras disciplinas tales como la ética, la economía, la sociología y la psicología, entre otras. Así las Teorías Críticas del Derecho se piensan a sí mismas como un conjunto de problemáticas entrelazadas, pero en algún sentido también son abiertas.

En Argentina, se presentaron los primeros estudios representativos de este movimiento en 1975 en el Congreso Internacional de Filosofía Jurídica, celebrado en la Universidad de Belgrano. Entre los representantes de la misma debemos mencionar a Enrique Marí, Alicia Ruiz, Ricardo Entelman y Carlos María Cárcova.

Los críticos argentinos tienen un especial interés por el estudio del complejo fenómeno del poder. Particularmente, en la base de su preocupación por el tema se hallaba una cuestión epistemológica. Necesitaban recurrir a categorías teóricas que les permitieran dar cuenta de los anclajes del derecho con las formas históricas de la socialidad. Para esto les resultaban inútiles las que les proveían las teorías tradicionales. Sostenían, entonces, la necesidad de desarrollar una teoría de la ideología que considerara los niveles del imaginario social y su articulación múltiple con el mundo de las normas, las prácticas institucionalizadas, el saber de los juristas y las representaciones de los súbditos. Para cumplir con dicho objetivo se basaron en categorías provenientes del materialismo² (Cárcova, 2003).

En este contexto, y a partir del desarrollo de las teorías críticas en Argentina, el presente artículo tiene por objeto vincular el concepto de imaginario social con los derechos

1 El "Postestructuralismo" surge en los años 60 en Francia y toma como punto de partida los presupuestos fundamentales de la Teoría del lenguaje del Estructuralismo aunque incorpora una fuerte crítica a dicho movimiento. Los principales referentes son Foucault, Lacan, Althusser y Derrida. Ver Moebius (2012).

2 En efecto, la teoría crítica argentina tiene una filiación materialista ya que considera el objeto de la ciencia del derecho en su proceso de producción y no como producto ya terminado. Además se tiene en cuenta cómo la ideología y el poder se manifiestan en su constitución (Assef, 1998). Ver también Marí (1990).

humanos, en particular con el derecho a la vivienda. Para alcanzar el objetivo propuesto se realizará el análisis conceptual propio de la filosofía analítica. Dicho análisis involucra la pretensión filosóficamente ambiciosa de que la teoría capte aquello que es esencial a cierto tipo de concepto o práctica, es decir, las características necesarias para que una práctica o institución justifique la etiqueta en cuestión (Morales Luna, 2016). Por ello, en primer lugar, se sintetizarán las nociones vinculadas con el imaginario social, a partir fundamentalmente del desarrollo efectuado por Enrique Marí. Entonces, se analizarán los alcances del derecho humano a la vivienda a partir de su recepción constitucional. A continuación, se tomará en consideración el imaginario social que subyace al derecho a la vivienda digna, que la considera un sueño o una aspiración. Finalmente, se intentará demostrar cómo dicho imaginario opera a la hora de asegurar efectivamente el acceso a la vivienda digna.

El concepto de imaginario social

Los orígenes del concepto de imaginario social los encontramos en los desarrollos de Lacan que consideraba que toda la realidad humana se organizaba en tres órdenes: lo simbólico, lo imaginario y lo real³. Estas ideas son retomadas por Castoriadis que desarrolla el concepto de imaginario social en el ámbito de las ciencias sociales. Para este autor un imaginario social es una construcción socio-histórica formada por el conjunto de instituciones, normas y símbolos que comparte un determinado grupo social y, pese a su carácter imaginado, opera en la realidad ofreciendo tanto oportunidades como restricciones para el accionar de los sujetos (Miranda Ospino, 2014). De este modo, Castoriadis (1997, p.9) afirma que “las significaciones imaginarias sociales crean un mundo propio para la sociedad considerada, son en realidad ese mundo: conforman la psique de los individuos”.

El imaginario social entonces es planteado como una alternativa a la idea de ideología tan desarrollada por los críticos en general. En realidad, los imaginarios sociales contribuyen a sustentar una determinada ideología.

En nuestro país, este concepto fue desarrollado por Marí (1986) quien sostuvo que el imaginario social forma parte del dispositivo del poder en las sociedades modernas junto con el discurso del orden y la fuerza. Es decir, utiliza el concepto de imaginario social para explicar el fenómeno del poder.

Ahora bien, para comprender íntegramente el concepto de imaginario social desarrollaremos también el de discurso del orden y el de la fuerza.

El discurso del orden “pertenece al ámbito cognoscitivo, al de la teoría y las representaciones racionales” (Marí, 1986, 97). Sirve para legitimar el dispositivo del poder y está integrado por reglas de justificación. En este lugar, encontramos la ciencia del derecho, por lo que “predominan el análisis de conceptos, los criterios descriptivos y

³ Lacan introduce la idea de “lo simbólico, lo imaginario y lo real” en una conferencia que dicta en París el 8/07/1953 en la primera reunión científica de la Sociedad Francesa de Psicoanálisis. Ver Lacan (2005). Para este autor lo real se refiere a la cosa en sí; el imaginario se vincula con el individuo y la construcción de su identidad y lo simbólico se relaciona con el lenguaje y el ordenamiento de la sociedad.

clasificatorios de las conductas que las normas prohíben o autorizan, la lógica de los directivos y la gramática de los operadores deónticos” (Marí,1986,97). Además, el discurso del orden es el espacio de la ley. Allí la fuerza se apropia de los mecanismos de obediencia y control social del derecho que se conocen con el nombre de coerción, coacción y sanción. De este modo “la ley es fuerza-razón en un doble sentido: razón en cuanto al tipo formal de las estructuras lógicas que comunican la fuerza, y razón en cuanto en ella y a través de ella se producen las operaciones ideológicas de justificación del poder” (Marí, 1986, 97).

Ahora bien, este discurso del orden se inserta en “montajes de ficción, soportes mitológicos y prácticas extradiscursivas” (Marí, 1986: 93) que integran lo que se denomina “imaginario social” y hacen posible la reproducción del discurso del orden. Específicamente es el lugar de las ideologías teóricas y prácticas. La función del imaginario social es operar en el fondo común y universal de los símbolos, seleccionando los más eficaces y apropiados a las circunstancias de cada sociedad, para hacer marchar el poder (Marí, 1986: 98).

Como ya vimos el discurso del poder interpela a la razón, en cambio, el imaginario social lo hace a las emociones, a la voluntad y los deseos. “Es un topos herográfico y teofánico sagrado por su función, aunque no siempre por su origen, pero con efectos seculares muy pragmáticos en lo social” (Marí, 1986, 98). Se trata de rituales vinculados con el deseo, la agresión y la seducción que suministran esquemas de comportamientos rígidos y repetitivos para conectar las conductas con los fines perseguidos por el poder (Marí, 1986).

Los componentes del imaginario social ejercen una función pragmática ya que se integran en formas sociales de vida. Son actividades en las cuales el juego del lenguaje de los legistas es una parte. El imaginario social se vincula con signos alegóricos y anagógicos procedentes tanto de los fantasmas profanos como de la religión. Sin embargo, la combinación de estos signos con la fuerza y el discurso del orden no es irracional. Por el contrario, expresa la más alta racionalidad del dispositivo del poder como condición de reproducción ideológica de la infraestructura económica de una formación social (Marí, 1986).

Ahora bien, el imaginario social es una praxis en el sentido de la teoría aristotélica⁴ y de la marxista⁵. Esta praxis social implica la creación de vínculos entre los códigos y el mundo. Es allí donde aparecen los “fantasmas” y la subjetividad humana. Cabe aclarar que la palabra fantasma a la que alude Marí en su obra no evoca al producto de una imaginación incontrolable o irracional. En cambio, utiliza la expresión al modo de la

4 Aristóteles distingue entre tres conceptos: *praxis*, *kinesis* y *poiesis*. En particular la praxis es la actividad inminente del ser humano. Es la acción que es fin en sí misma, es decir, no está limitada por un fin distinto de ella misma. (Yarza, 1986)

5 El concepto de praxis le permite a Marx fundar la concepción materialista de la historia. Es un término complejo ya que se refiere a la actividad humana en la que se articulan tres cuestiones: un determinado conocimiento de la realidad social, una crítica radical a dicha realidad y un proyecto para su transformación. (Gonzalez, 1991).

reflexión freudiana⁶. Es decir, por fantasma entiende un escenario imaginario en el que se encuentra el sujeto y que representa la realización de un deseo inconsciente (Marí, 1986).

De esta manera, en el imaginario social se conectan el deseo y el poder. En este sentido, el poder requiere de determinadas condiciones sociales que le aseguren su reproducción. Dichas condiciones se vinculan con lo psíquico a través del imaginario (Marí, 1986).

Los críticos sostuvieron que el campo del imaginario social había sido descuidado por la teoría política, sea iusnaturalista o positivista. Estas se preocuparon por construir sus propias significaciones de lo divino o lo natural o de la justificación racional, en lugar de reflexionar críticamente sobre su funcionamiento (Marí, 1986). Esto es sumamente problemático ya que en el imaginario social anidan las ideologías que impulsan al poder y por ello es fundamental analizarlo.

En este punto cabe aclarar que, en determinadas circunstancias históricas de revolución contra el poder, estas ideologías tienden a perder su eficacia o disminuir su valor conceptual. Sin embargo, en épocas de sociedad normal, estas ideologías actúan espontáneamente. Ellas sirven para armonizar el poder en el sentido de que homogeneizan y cohesionan a la sociedad (Marí, 1986).

Marí (1986) sostiene, en esta línea, que “las formas del imaginario social decoran el poder en el sentido de que lo embellecen y cubren de ornamentos, y en el sentido del decoro, de fijar el régimen de respeto y reverencia, de gravedad, y dignidad que reclama el poder” (p. 104). Esto le permite al poder ocultar la violencia que ocasionó para conseguirlo.

Finalmente, el tercer elemento que integra el dispositivo del poder es la fuerza. Esta es constitutiva del poder. Sin embargo, debe articularse con los otros dos elementos que integran el dispositivo del poder para no frustrarse, ya que ellos son los garantes de la continuidad del poder conquistado gracias a la fuerza. En definitiva, dentro del dispositivo del poder, el discurso del orden y el imaginario social, transforman la fuerza en verdadero poder (Marí, 1986)

El Derecho a la vivienda y su reconocimiento constitucional

Dado que el objetivo del presente artículo es vincular el concepto de imaginario social desarrollado por los críticos con el derecho humano a la vivienda digna, resulta relevante analizar el reconocimiento constitucional del mismo para delimitar sus alcances.

En primer lugar, es importante resaltar que el derecho a la vivienda digna está reconocido expresamente en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. En efecto, dicho artículo es el único que sobrevive de la frustrada constitución de 1949, en virtud de la reforma del gobierno de facto de 1957. Así la mencionada disposición constitucional en su tercer párrafo textualmente dice:

⁶ El concepto “fantasma” es polisémico. La Teoría Psicoanalítica de Freud da cuenta de las implicancias de los fantasmas en la vida del sujeto como una actividad creadora. Ver al respecto Freud, S. (2019). *Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación* ISSN 2618-3641 N° 2, 2019

“El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

De esta manera se incorporaron al texto constitucional una serie de derechos sociales vinculados a la condición de trabajador. En este sentido se ha dicho que la vivienda aparece en su faz individual asociada a la necesidad de un trabajador y su familia de gozar de un lugar en el cual desarrollar su vida (Ricciardi, 2016).

Por su parte, con la reforma a la Carta Magna de 1994 se le otorgó jerarquía constitucional a una serie de tratados de derechos humanos en virtud del artículo 75 inciso 22. Dichos instrumentos originados en el derecho internacional reconocen expresamente el derecho a una vivienda digna. Así entre otros podemos mencionar: el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷; el artículo 5 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial⁸; el artículo 14.2.h de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁹; el artículo 27.3 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁰ y el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Este último establece: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

En este punto debe tenerse en cuenta que por imperativo del ya mencionado artículo 75 inciso 22 dichos tratados internacionales tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”. Mucho se ha analizado el alcance de dicha expresión y una parte importante de la doctrina constitucional entiende que dichas condiciones incluyen la interpretación que de ellos hacen los organismos internacionales encargados de monitorear la aplicación de cada instrumento.

7 Artículo 17: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

8 Artículo 5: En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:(...) e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:(...) iii) El derecho a la vivienda (...).

9 Artículo 14: (...) 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: (...) h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

10 Artículo 27: (...) 3. Los Estados Parte, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Es por esa razón que resultan relevantes para entender el alcance del derecho a la vivienda consagrado en el art. 11.1 del PIDESC las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante indistintamente Comité o Comité DESC). Específicamente, con relación al derecho aquí estudiado existen dos: la Observación general N° 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto) y Observación general N° 7: El derecho a una vivienda adecuada (Desalojos forzosos).

Si bien ambas resultan interesantes para entender los alcances del derecho a la vivienda digna, a los fines del análisis propuesto no centraremos en la primera de ellas. Así en el punto 7 se establece “el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”. Por su parte en el punto 8 se desarrollan los requisitos para considerar una vivienda como adecuada. Ellos son: a) seguridad jurídica de la tenencia; b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) asequibilidad; f) lugar y g) adecuación cultural.

También el Comité hace referencia a las medidas que cada Estado debe tomar a los fines de la satisfacción del derecho a la vivienda. Pone el énfasis en dar prioridad a los grupos más desaventajados y resalta que los medios apropiados para lograr su realización dependen de las circunstancias de cada Estado parte. Sin embargo, insta a dichos Estados a adoptar una estrategia nacional de vivienda.

Asimismo, establece que los Estados para cumplir con las obligaciones que les impone el ya mencionado artículo 11.1 deben demostrar que han tomado todas las medidas que son necesarias para evaluar la importancia de la falta de hogares y la vivienda inadecuada dentro de su jurisdicción. En este punto resulta útil destacar que el propio Comité entiende que tales medidas no necesariamente deben provenir solo del sector público si no que es posible combinarlas con otras apropiadas del sector privado. Finalmente, el organismo destaca la importancia de disponer de recursos jurídicos internos para proteger el derecho a la vivienda más allá del reconocimiento constitucional que algunos Estados parte -como el nuestro- tienen del mencionado derecho.

Ahora bien, para comprender el alcance del derecho a la vivienda debe tenerse en cuenta la particularidad que tiene de pertenecer a la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales. No resulta sencillo conceptualizar a este grupo de derechos humanos ya que está integrado por un subconjunto heterogéneo con estructuras normativas y modalidades jurídicas diversas. Muchos juristas han utilizado esta dificultad para quitarles la fuerza propia de los derechos. Sin embargo, se debe considerar que son verdaderos derechos, reconocidos constitucionalmente y, sin lugar a duda, exigibles por todo aquel que sufra un menoscabo relacionado con ellos.¹¹

Para intentar precisar el concepto, resulta útil citar a Laporta (2004), quien sostiene que existen cuatro tipos de derechos sociales y determina qué alcance tiene cada uno de ellos. Estos son:

11 Entre otros sostienen tal afirmación Abramovich, V. y Courtis C. (2002); Alexy, R. (2007); Etchichury (2013) Laporta, F. (2004) y Rossetti, A. (2010) y (2015).

- a) Libertades: que implican la protección normativa de un ámbito de acción frente a las interferencias del estado o de los particulares.
- b) Derechos de prestación: que le permiten a su titular exigir que se le entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos.
- c) Derechos a ciertas posiciones o *status* legales: Se trata de normas que le reconocen a sus titulares cierto *status* jurídico al que el ordenamiento le confiere algunos derechos o privilegios.
- d) Derechos a un bien público: Se trata de aspiraciones a la existencia de estados de cosas buenas o deseables.

En este planteo, el derecho a la vivienda digna aparece como un derecho de prestación en virtud del cual el sujeto tiene un título que le permitiría reclamar al Estado la entrega de una vivienda. Sin embargo, no se desconoce que esta categoría particular de derechos de prestación no está exenta de controversias. En particular, corresponde precisar que la satisfacción del derecho a la vivienda digna no exige solo la entrega de una vivienda "llave en mano", es decir no necesariamente implica la entrega de un derecho de propiedad. Existen otras alternativas y diseños de políticas públicas que permiten la satisfacción del derecho sin que ello implique la entrega de un bien en propiedad¹².

Por otra parte, uno de los principales problemas a resolver es que su violación se produce por omisión de las acciones necesarias para satisfacerlo y como consecuencia de ello, existen dudas acerca de quién es el sujeto obligado a cumplirlo. Las respuestas a este problema son variadas e incluso hay quienes a partir de las dificultades que se plantean concluyen que no es un verdadero derecho sino meras aspiraciones a estados deseables de cosas.

Así surgieron amplios debates en torno a la discusión sobre si los derechos sociales, entre ellos el derecho a la vivienda, son derechos operativos y exigibles judicialmente o si, en cambio, se reduce a un derecho programático. Es decir, se discutió si es posible reclamar judicialmente al Estado frente a su incumplimiento, independientemente de si existe una reglamentación específica que lo regule. En particular, debe precisarse que la ley a la que refiere el artículo 14 bis de la Constitución para reglamentar entre otros el derecho a la vivienda nunca fue sancionada. Esta distinción resulta problemática por diferentes motivos. En primer término, la doctrina no se pone de acuerdo en la determinación de un criterio definido para distinguir ambas categorías. Algunos consideran que depende de la necesidad de reglamentación; otros, en cambio, que está en juego una cuestión presupuestaria y finalmente hay quienes consideran que los profundos desacuerdos entorno a esta categoría de derechos justifica un tratamiento diferenciado. Sin embargo, estos argumentos resultan rebatidos si consideramos que en nuestro sistema jurídico

12 Ricciardi (2016) pone como ejemplo de otras alternativas para satisfacer el derecho a la vivienda, el análisis de Yujnovsky sobre políticas habitacionales en entre 1955 y 1981: "(...) el Estado intervenía en el sistema económico afectando a la producción, a la comercialización y uso de la vivienda, por ejemplo, a través de las regulaciones y acciones respecto de la tierra (forma de subdivisiones, usos, expropiaciones, reservas, etc.); a través de medidas para el sector productivo (créditos, impuestos, fomento de materiales y sistemas constructivos, etc.); incluyendo aquí al sector externo (aranceles de importación de materiales, de tecnologías, etc.); a través de estímulos financieros al sistema bancario; de políticas de precios (control de alquileres)".

todos los derechos se ejercen en las condiciones fijadas por la ley; todos ellos, incluso algunos civiles y políticos, requieren partidas presupuestarias para hacerlos efectivos y en torno a ellos existen también profundas discrepancias¹³.

Si bien esta categorización presenta ciertas dificultades, la calidad programática no puede usarse como criterio para considerar ineficaz el derecho a la vivienda. Esto se debe a que todos los derechos tienen un grado de eficacia como límite a los poderes o como fuente de obligaciones y por tanto, ninguno es totalmente ineficaz o inexistente (Etchichury, 2013). Finalmente, en este punto corresponde precisar que la Corte Suprema en oportunidad de resolver un caso paradigmático en materia de derecho a la vivienda¹⁴ desarrolló el concepto de “operatividad derivada”¹⁵, para justificar su intervención¹⁶.

Ahora bien, entre derechos programáticos y operativos no puede ser utilizada como un modo de volver ineficaz el derecho a la vivienda, corresponde entonces considerar que el mismo es exigible judicialmente. En este sentido la propia Constitución brinda en el artículo 43 la herramienta necesaria para exigir y asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en ella sin hacer distinción alguna respecto a las diferentes categorías de derechos. Abramovich y Curtis (2009) consideran que un elemento central en la definición de la noción de derecho es el recurso a la protección judicial en caso de que el bien que se pretende tutelar sufra alguna afectación. De esta manera, en virtud del reconocimiento constitucional de la acción de amparo, el derecho a la vivienda digna es justiciable y, en consecuencia, todo aquel que sufra un menoscabo vinculado al mismo puede exigirle al Estado su efectivo cumplimiento. Es decir, es posible obtener el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho a la vivienda (Abramovich y Curtis, 2009).

Vivienda e Imaginario Social

A partir del desarrollo teórico hasta aquí efectuado intentaremos dar cuenta de la aplicación de las categorías analizadas a una situación concreta. Específicamente, centraremos nuestra atención en la idea de imaginario social. En particular, nos interesa considerar y analizar el imaginario social que subyace o está implícito en el derecho humano a la vivienda digna.

En este sentido, y para comenzar, corresponde afirmar que existe una creencia ampliamente difundida en la sociedad de que el acceso a la vivienda digna y propia forma parte de un “sueño”, un “anhelo” o una “expectativa” de los ciudadanos. De esta manera, esta idea semiconsciente es el imaginario social que condiciona las expectativas de los sujetos y que unida a un discurso del orden resulta funcional a un determinado grupo que constituye una élite (los poderosos, los que más tienen, los propietarios).

13 Un análisis detallado de esta discusión se encuentra en Etchichury, H. (2013).

14 Fallo “Q. C.” (2012): “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. 24/4/2012. Fallos, 335:452.

15 Fallo “Q. C.” (2012): Considerando 12: “Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial”.

16 Para un análisis detallado del fallo mencionado ver Etchichury, H. (2017) y Vita, L. (2013).

Así, detrás de la idea de la vivienda existe una creencia de que se trata de un anhelo al que todos los miembros de la sociedad aspiran alcanzar en algún momento de su vida. Vemos, entonces, como este imaginario social cumple su misión de ser funcional al poder apelando a la simbología de los sueños, de lo onírico. Recurrir a esta metáfora hace que no se lo considere como un derecho. Esto implica, por consiguiente, que no se lo piense con la lógica de los derechos, y, por lo tanto, que no se le reclame al Estado su efectivo cumplimiento.

Este imaginario social interpela a las emociones, a los deseos y a la voluntad. Es por ello que, al considerar el acceso a la vivienda como un sueño o un anhelo, se pone énfasis en que su obtención dependerá del esfuerzo personal de cada individuo o familia. En consecuencia, en este esquema el Estado no tendría ninguna responsabilidad en su efectiva realización.

La existencia de esta creencia vinculada al acceso a la vivienda puede apreciarse en los medios de comunicación que con el mensaje que emiten a través de sus noticias, no hacen más que reproducir este imaginario social. Esto resulta provechoso para un selecto grupo y excluye del goce concreto de este derecho a una enorme cantidad de ciudadanos.

Baste, solo a modo de ejemplo, mencionar algunos de los titulares de diferentes diarios con distinta línea editorial que al presentar noticias vinculadas a planes de vivienda públicos o nuevas modalidades de préstamos hipotecarios, utilizan la metáfora del sueño: “Fondos para el sueño de la casa propia” (Diario Página 12, 2015), “El sueño de la casa propia estaba negado para muchos argentinos” (Fucaraccio, 2017), “Cumplir el sueño de la vivienda propia (La Nación, 2009), “La forma más simple de cumplir con el sueño de la casa propia” (La voz, 2017), “El sueño de la casa propia: las 8 claves del nuevo Procrear” (La nueva, 2017). Estos son solo algunos ejemplos que sirven para sustentar las ideas que aquí se desarrollan.

Ahora bien, esto no es solo fomentado por los medios masivos de comunicación sino que también se puede advertir que en las páginas oficiales del gobierno se recurre a este imaginario. Por ejemplo, bajo el título “Más familias cumplen el sueño de la casa propia” publicado el 28/01/2018, se dan a conocer una serie de políticas públicas vinculadas con créditos hipotecarios. También resulta interesante mencionar las palabras que el ex presidente argentino publicó en una nota de opinión en el diario El día de La Plata: “Hay sueños particulares, que algunas personas tienen y otras no. Y hay sueños que muchos compartimos: tener una vida plena acompañados de nuestros afectos, contar con un trabajo que nos motive y nos permita desarrollar nuestros talentos, y sentir que nuestro esfuerzo vale la pena porque construye aquello que queremos lograr, como tener una casa propia” (Macri, 2017).

En este punto entonces, vemos que el imaginario social que considera a la vivienda como un sueño resulta funcional a quienes pretenden quitarle su fuerza obligatoria como derecho humano. Al verlo de este modo, la vivienda entra a jugar el juego del mercado, al cual solo algunos (muy pocos) pueden acceder y así excluye a un número considerable de personas que son las que incluso se encuentran en peores condiciones. Además, al no ser percibida como un derecho no se activan los mecanismos constitucionales tendientes a lograr su efectivo cumplimiento.

Etchichury (2017) señala que la consagración de un derecho implica que su goce no depende de los mercados y que su ejercicio no está sujeto a tener un determinado poder adquisitivo. Así la vivienda no debería ser considerada una mercancía distribuida por el mercado sino por criterios de distribución política a partir de mecanismos de deliberación y decisión institucionalizados.

Sin lugar a dudas, la provisión por parte del estado de una serie de servicios de bienestar se ha visto como una tensión entre Estado y mercado, ya que no es indiferente que algo sea ofrecido por el Estado, como servicio público, o por el mercado siguiendo criterios mercantiles (Rey Pérez, 2015).

En este contexto, existen determinados bienes que por la relevancia que tienen en la sociedad no pueden ser objeto del tráfico mercantil. En general, parece que hay acuerdo en que la educación o la salud pertenecen a tal categoría. Ahora bien, eso no ocurre con la vivienda. Sin embargo, es interesante resaltar que el derecho a la vivienda pertenece a la misma categoría que el derecho a la salud y a la educación. Resulta curioso, entonces, que así como la mayoría de la sociedad repite su anhelo por la vivienda propia, no ocurre lo mismo en relación a los otros dos derechos. Así es disparatado hablar del “sueño del hospital público” o del “sueño del banco de escuela”. Esto ocurre porque el imaginario que sustenta a estos dos derechos es, por lo menos en nuestro país, diferente al que subyace al de la vivienda. Entonces, “la vivienda continúa siendo un bien cuyo canal natural de distribución es el mercado, mientras se admiten ciertas políticas subsidiarias, focalizadas, para casos extremos. Bajo este planteo, el derecho es la excepción y el mercado la regla” (Etchichury, 2017, p. 25)

Cabe aclarar que lo hasta aquí desarrollado no significa que instituciones distintas al estado no puedan jugar un papel con relación al derecho a la vivienda. Sin embargo, el estado debe ser responsable de delimitar, poner las condiciones y garantizar la igualdad en el acceso a los servicios sociales, la mayor calidad posible y un aprovechamiento eficiente de los recursos (Rey Pérez, 2015).

Asimismo, como ya se dijo con anterioridad la función de los imaginarios sociales es operar a nivel de los símbolos y generar un cierto comportamiento en la sociedad para cumplir determinados fines. Es decir, el imaginario favorece ciertas conductas en la sociedad que cumplen con los fines que persigue el poder. En este contexto, producir y reproducir la idea de sueño, anhelo o aspiración vinculado al lugar donde la persona desarrolla su vida, hace que no se pongan en marcha los mecanismos para reclamar su cumplimiento por parte del Estado. Es decir, los individuos al considerar que la vivienda depende de su esfuerzo personal no activan las herramientas que el propio ordenamiento jurídico le provee para lograr su satisfacción.

Así las cosas, podríamos pensar que el hecho de que el acceso a la vivienda sea percibido por la sociedad como un sueño no tiene ninguna influencia en el efectivo cumplimiento del mismo como derecho. El problema es que la realidad y las estadísticas indican lo contrario. Baste recorrer cualquier ciudad para observar la enorme cantidad de personas que se encuentran en situación de calle. En relación a las estadísticas según la Subsecretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, en el país existe una necesidad habitacional de 1.345.016 unidades de las que en la actualidad solo hay en construcción 81.003 (Fernández Blanco, 2017).

Todo esto demuestra que en algún punto es importante considerar qué ideas están vinculadas al acceso a la vivienda ya que existe una gran cantidad de personas que no lo pueden hacer efectivo. En cierto sentido el déficit habitacional está sostenido por esas ideas. Esto ocurre con independencia de que, desde el punto de vista formal, el derecho a la vivienda esté reconocido por el ordenamiento jurídico argentino.

Reflexiones finales

El análisis efectuado en este trabajo demuestra el importante aporte que las Teorías Críticas realizan en el ámbito del derecho. El fenómeno jurídico es sumamente complejo y es por ello que resulta conveniente efectuar el análisis transdisciplinario que proponen estas teorías. En esta línea, intentamos dar cuenta del concepto de imaginario social que forma parte del dispositivo del poder en las sociedades modernas. Específicamente nos centramos en aquel que subyace o está implícito en el derecho humano a la vivienda digna.

En este sentido, se demostró la existencia de una creencia ampliamente difundida en la sociedad de que el acceso a la vivienda digna y propia forma parte de un “sueño”, un “anhelo” o una “expectativa” de los ciudadanos. Vimos que esta idea semi-consciente condiciona las expectativas de los sujetos y unida a un discurso del orden resulta funcional a una determinada élite. Recurrir a la simbología de los sueños hace que no se lo considere como un derecho y, por lo tanto, que no se le reclame al Estado su efectivo cumplimiento. Esto lleva, en definitiva, a que una gran cantidad de personas no puedan gozar plenamente del derecho a la vivienda a pesar del amplio reconocimiento normativo que lo sustenta. Esto podría hacernos pensar que las declaraciones de derechos consagradas por la legislación no tienen ningún sentido. Sin embargo, esto no es correcto ya que deben servir como una herramienta de lucha. En esa lucha resulta fundamental, considerar cuál es el imaginario que predomina en la sociedad para poder combatirlo y cambiarlo, sin perder de vista que está en juego la dignidad de amplios sectores vulnerables de la sociedad.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, España: Trotta.
- (2009) Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En C. Courtis y R. Ávila Santamaría (Ed.), *La protección judicial de los derechos sociales* (pp.3-29). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- ALEXY, R. (2007). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- ASEFF, L. (1998) “La teoría crítica en la Argentina”. *Doxa*. N. 21, vol. 2. ISSN 0214-8876: 21-32.

- CÁRCOVA, C.M. (2003) Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*. (38): 187-204
- CASTORIADIS, C. (1997). El Imaginario Social Instituyente. *Zona Erógena*. (35). Recuperado de <http://www.ubiobio.cl/miweb/webfile/media/267/Castoriadis%20Cornelius%20-%20El%20Imaginario%20Social%20Instituyente.pdf>
- CSJN (2012) “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. 24/4/2012. Fallos, 335:452.
- Cumplir el sueño de la vivienda propia. (18 de julio de 2009). *La Nación*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/1151727-cumplir-el-sueno-de-la-vivienda-propia>
- El sueño de la casa propia: las 8 claves del nuevo Procrear. (11 de marzo 2017). *La nueva*. Recuperado de <http://www.lanueva.com/nota/2017-3-11-17-49-0-el-sueno-de-la-casa-propia-las-8-claves-del-nuevo-procrear>
- El sueño de la casa propia. (24 de diciembre 2016). *Diario Clarín*. Recuperado de www.clarin.com/arq/inmobiliario/sueno-casa-propia_0Hk3HcY4g.html
- ETCHICHURY, H. (2013). *Igualdad desatada: la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina*. Córdoba, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba.
- (2017). Derecho a la vivienda: exigibilidad, dificultades y desacuerdos. En M. Benente y F. Thea (comp.), *Derecho a la vivienda y litigio estructural* (pp. 17-49). José C. Paz, Argentina: Edunpaz.
- FERNANDEZ BLANCO, P. (4 de agosto de 2017) Aceleran las obras para terminar con las viviendas sociales. *La Nación*. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/economia/aceleran-las-obras-para-terminar-viviendas-sociales-este-ano-nid2049925>
- Fondos para el sueño de la casa propia. (21 de noviembre de 2015). *Diario Página 12*. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-286596-2015-11-21.html>
- FREUD, S. (2019). La interpretación de los sueños. Traducido por A. Padrón. Madrid, España: Editorial Verbum.
- FUCARACCIO, A. (01 de octubre de 2017). El sueño de la casa propia estaba negado para muchos argentinos. *La Capital*. Recuperado de <https://www.lacapital.com.ar/la-ciudad/el-sueno-la-casa-propia-estaba-negado-muchos-argentinos-n1479690.html>
- GONZÁLEZ, L. (1991) El concepto de praxis en Marx: la unidad de ética y ciencia. *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. (Nº. 19-20). 195-226
- LACAN, J. (2005) *De los nombres del padre* (Traducido por N. González). Buenos Aires, Argentina: Paidós (1953).

La forma más simple de cumplir con el sueño de la casa propia. (25 de agosto de 2017). *La voz del interior*. Recuperado de <https://www.lavoz.com.ar/espacio-publicidad/la-forma-mas-simple-de-cumplir-el-sueno-de-la-casa-propia>

LAPORTA, F. J. (2004). Los derechos sociales y su protección jurídica: Introducción al problema. En J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. De Páramo y L. Prieto Sanchís (coord.), *Constitución y Derechos Fundamentales* (pp. 297-325). Madrid, España: CEPYC.

MACRI, M. El sueño de la casa propia. (9 de abril de 2017). *El día*. Recuperado de: <https://www.eldia.com/nota/2017-4-9-2-13-10-el-sueno-de-la-casa-propia>

MARÍ, E. (1986). Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. (3), 93-111

----- (1990). *Elementos de epistemología comparada*. Buenos Aires, Argentina: Puntosur.

Más familias cumplen el sueño de la casa propia (28 de enero de 2018) Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/noticias/mas-familias-cumplen-el-sueno-de-la-casa-propia>

MIRANDA OSPINO, E. A. (2014). El imaginario social bajo la perspectiva de Cornelius Castoriadis y su proyección en las representaciones culturales de Cartagena de Indias. Recuperado de <http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/1966/1/EL%20IMAGINARIO%20SOCIAL%20BAJO%20LA%20PERSPECTIVA%20DE%20CORNELIUS.pdf>

MOEBIUS, S. (2012). Postestructuralismo y ciencias sociales. En E. de la Garza Toledo y (Eds.) Leyva, G. *Tratado de Metodología de las Ciencias Sociales: Perspectivas actuales*. México: Fondo de Cultural Económica, UAM.

MORALES LUNA, F. (2016) Métodos en la Teoría del Derecho. En Lariguet, G. (Comp.) *Metodología de la Investigación Jurídica. Propuestas contemporáneas* (pp. 157-166). Córdoba, Argentina: Editorial Brujas.

REY PÉREZ, J. (2015). Una reflexión sobre las formas de garantizar los derechos sociales en el siglo XXI. En S. Ribotta y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria* (pp. 243-273). Madrid, España: Dykinson.

RICCIARDI, M. V. (2016) El derecho a la vivienda digna y adecuada. Una aproximación. En R. Gargarella y S. Guidi (coor.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria* (pp. 145-172). Buenos Aires, Argentina: La ley.

ROSSETTI, A. (2015). ¿Mínimos o Proporciones? Reflexiones sobre el cumplimiento y respeto de los derechos (sociales). En S. Ribotta y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y Miseria*. Madrid, España: Dykinson.

ARTÍCULOS

VITA, L. (2013): “El modelo de Estado social de derecho y el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre vivienda”, *Papeles de trabajo*, núm. 11, pp. 57-76. Buenos Aires, Argentina: Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

YARZA, I. (1986) “Sobre la praxis aristotélica”, *Anuario Filosófico*, (19). 135-153



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución – No Comercial – Sin Obra Derivada 4.0 Internacional

PARA ERNESTO *

Por Manuel Atienza **

Querido Ernesto:

Desde que me encomendaron, hace un par de semanas, la tarea (el honor) de recibir en tu nombre la medalla de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo he estado pensando en cuál sería la mejor forma de cumplir con el encargo y he optado (como puedes comprobar) por el género epistolar. Tiene la ventaja de que me permite expresar lo que quiero expresar en un tono próximo y sin solemnidad; o sea, en el estilo que tú habrías utilizado si la dichosa caída de hace unos días no te hubiese impedido estar ahora con nosotros.

La medalla es un reconocimiento a una exitosa y sorprendente empresa intelectual a la que en su día te empujó (pero fue un empujón amable y yo diría que casi consentido) nuestro común amigo Celestino Pardo y que luego, en seguida, contó con el apoyo de muchos otros registradores, juristas y amigos, y muy particularmente, claro, con el de Isabel de la Iglesia. Digo “exitosa” porque la Fundación Coloquio Jurídico Europeo ha celebrado ya más de 50 seminarios en los que han participado algunos de los juristas (en el sentido amplio de la expresión) más reconocidos e influyentes no sólo de Europa, sino también de América; seminarios que luego han dado lugar a una estupenda colección (con un elegante diseño que se le debe a Antonio Pau) que ha tenido además una réplica en Latinoamérica. Y lo de “sorprendente” tiene que ver con el hecho de que esa empresa de altos vuelos jurídicos no tenga su centro en la universidad, sino en una entidad básicamente vinculada con la práctica del Derecho: en el Colegio de Registradores de España. Como a ti te gusta repetir, España ha cambiado mucho en las últimas décadas; en más de un aspecto somos un país respetable y capaz de llevar a cabo tareas inimaginables en muchos otros.

Cuando, hace unos días, me puse a pensar en el contenido de esta carta, me vino a la cabeza el recuerdo de cuando te conocí, en el aeropuerto de Barajas, en septiembre de 1976. Yo había ido a buscarte con Elías Díaz. Apareciste –venías de Alemania- con una cartera –un portafolios- y una maleta y, después de saludarnos, me ofrecí a ayudarte con alguno de los dos bultos, pero tú te negaste a ello de manera enérgica y, por supuesto, con la cordialidad y elegancia que, uno diría, forma parte consustancial con tu persona. He contado muchas veces esta anécdota (alguna vez incluso me la habrás oído en un acto como éste), porque me parece que define muy bien uno de los rasgos más característicos de tu personalidad y que encaja con toda exactitud en lo que Ortega y Gasset llamaba hombre noble, en el sentido de esforzado o excelente, y que contraponía al hombre-masa, al hombre vulgar. He acudido a mi ejemplar de *La rebelión de las masas* para buscar una cita apropiada y no me ha costado encontrarla (aunque sí leerla: la tipografía de los libros de la Colección Austral sí que se corresponde con la España de otros tiempos):

* Texto leído en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, con sede en Madrid, con ocasión de la concesión de la medalla de la Fundación a Ernesto Garzón Valdés. El profesor Garzón Valdés es fundador y presidente de esa institución.

** Profesor de Filosofía del Derecho (Universidad de Alicante). Director en revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Director del Master en Argumentación Jurídica de Alicante.

“[E]l hombre selecto o excelente está constituido por una íntima necesidad de apelar de sí mismo a una norma más allá de él, superior a él, a cuyo servicio libremente se pone. Recuérdese que al comienzo distinguíamos al hombre excelente del hombre vulgar diciendo que aquél es el que se exige mucho a sí mismo, y éste, el que no se exige nada, sino que se contenta con lo que es y está encantado consigo. Contra lo que suele creerse es la criatura de selección, y no la masa, quien vive en esencial servidumbre. No le sabe su vida si no la hace consistir en servicio a algo trascendente. Por eso no estima la necesidad de servir como una opresión. Cuando ésta, por azar, le falta, siente desasosiego e inventa nuevas normas más difíciles, más exigentes, que le opriman. Esto es la vida como disciplina –la vida noble-. La nobleza se define por la exigencia, por las obligaciones, no por los derechos. Noblesse oblige”.

Realmente es como si Ortega estuviera pensando en ti en el momento en que escribía esas líneas (más o menos, en el mismo año de tu nacimiento; hacia 1927). A través de todos estos años en los que he tenido ocasión de compartir tantas cosas contigo, he podido ver muchas veces repetida esa escena de la maleta: la negativa a recibir una ayuda en relación con algo que tú podías hacer por ti mismo y, en cambio, tu disposición a ayudar a los otros por pura generosidad o, para decirlo con las expresiones de Ortega, porque la vida noble te exigía eso: verte a ti mismo como titular de obligaciones hacia los demás, no de derechos; a ti, en fin, la vida no te ha sabido sin el servicio a una causa trascendente que en tu caso cabría llamar “la salvación intelectual de los jóvenes”. Hasta incorporaste a tu léxico personal ese lenguaje escatológico que a algunos nos hacía tanta gracia: “Fulano se ha salvado, ha conseguido un buen puesto de profesor en...”; “hay que salvar a Zutano, ¡es un tipo tan inteligente!”. Y por lo que se refiere a otro de los rasgos que aparece en la caracterización de Ortega, el de una vida de disciplina, recuerdo, en alguna de mis estancias en el apartamento de la Hohenzollernstrasse, en Bad-Godesberg, que la regla que te autoimpusiste de traducir al menos dos páginas al día no dejabas de cumplirla ni siquiera cuando llegabas de madrugada de alguno de tus extenuantes y frecuentes viajes; yo creo mucho –solías decir- en el trabajo de la hormiguita: poco a poco se puede conseguir mucho. Lema que te aplicaste, también de manera implacable, para trasladar tu biblioteca personal –de unos cuantos miles de volúmenes- a la casa de Delia: todavía te recuerdo todas las tardes saliendo del apartamento con un par de bolsas repletas de libros.

Esta semana me ha tocado hablar en la clase de Filosofía del Derecho de Hobbes y como hago siempre –y trato de que lo hagan también los estudiantes, pero cada vez con menor éxito: el “Plan Bolonia” sigue adelante con su implacable labor de zapa- he vuelto a leer algunos pasajes de *El Leviatán*. Y me he encontrado con la formulación del principio de gratitud que para él constituye nada más y nada menos que una ley de naturaleza, la cuarta:

“[Q]ue un hombre que reciba beneficio de otro por mera gracia se esfuerce para que aquel que lo haya dado no tenga causa razonable para arrepentirse de su buena voluntad”.

No forma parte, desde luego, del ideario de la “vida noble” orteguiana. La razón hobbesiana (la que está por detrás de sus leyes de naturaleza) es más bien su antítesis, y de ahí la explicación que Hobbes da de esa ley: “*pues nadie da más que con la intención de procurarse a sí mismo un bien, porque el dar es voluntario, y en todo acto voluntario el objeto es para todo hombre su propio bien. Por tanto, si los hombres ven que quedarán frustrados, no habrá comienzo de benevolencia o confianza ni, por consiguiente, ayuda mutua*”.

Bueno, por suerte, hoy sabemos que ese rasgo antropológico tan agudamente percibido por Hobbes (y que ha pasado a conformar la identidad central del homo oeconomicus) tiene sus excepciones; o sea, no somos, o no somos del todo, maximizadores de utilidades. Y ese “fallo” de la racionalidad económica es lo que ha permitido, entre otras cosas, que muchos hayamos podido gozar de la ventaja de contar con un maestro como tú, que lo has sido tanto en el terreno de lo intelectual como en el de la vida en general.

Por lo demás, sé muy bien que tú estás completamente de acuerdo con la regla práctica que se sigue de la ley hobbesiana: debemos mostrar gratitud hacia aquellos de quienes recibimos beneficios sin pedirnos nada a cambio; y que lo único que considerarías objetable es que su justificación no vendría (o no vendría solamente) de la racionalidad instrumental (a lo Hobbes), sino (sobre todo) de la racionalidad propiamente moral, que para ti significa fundamentalmente la moral kantiana. He contado también muchas veces una anécdota que refleja muy bien ese deber de gratitud que constituye igualmente un rasgo señero de tu personalidad. Permíteme que la repita aquí. Cuando en 1974 el peronismo autoritario y de derechas te expulsó del servicio diplomático (de la embajada de Bonn en donde eras agregado) y te quedaste en Alemania literalmente en la calle, recibiste en seguida un telegrama de Theodor Viehweg en el que el autor de *Tópica y Jurisprudencia*, que era a la sazón catedrático en la Universidad de Maynz, con la que tú colaborabas, te anunciaba que te enviaba su sueldo completo del mes “por razones de amistad”. Desde entonces has tenido ese telegrama enmarcado y colgado en la pared, enfrente de tu mesa de trabajo, aunque estoy seguro de que no habrías necesitado de esa ayuda visual para sentirte agradecido de por vida por ese gesto.

En fin, como puedes imaginarte, no he traído esta anécdota a colación para sugerirte que hagas con la medalla que yo estoy recibiendo ahora en tu nombre lo mismo que con el telegrama de Viehweg. Hay además una diferencia considerable entre esas dos situaciones puesto que, para decirlo ahora con Hobbes, el “comienzo de benevolencia” está en este caso en ti y no en quienes te entregan la medalla. Aunque, pensándolo bien, quizás pudiéramos invertir en esta ocasión las cosas (el orden de los deberes) y recordarte que nos debes algo: volver a estar pronto aquí, en este Colegio de Registradores, presidiendo una nueva sesión del Coloquio Jurídico Europeo.

Espero (esperamos todos) que te recuperes muy pronto y, para utilizar el argentinismo que tantas veces te he oído pronunciar, muchos *cariños* para Delia y un gran abrazo para ti.

* * *

A ERNESTO GARZÓN VALDÉS

*Por Ernesto Abril **

Resumen: Este artículo, en un nuevo homenaje al Profesor Dr. Ernesto Garzón Valdés, persigue tres objetivos fundamentales. El primero de ellos, es informar a los profesionales que egresaron a la fecha en la “Maestría en Derecho y Argumentación”, como a los que en la actualidad la cursan o bien, los que lo harán en el futuro, sobre los aportes efectuados por el profesor homenajeado en la producción de un profundo cambio en la formación de los juristas de nuestra Facultad y entre ellos, en la creación y aprobación de la citada Maestría por la autoridad nacional competente. El segundo objetivo, busca fundamentar la veracidad de la proposición que indica que son muchos aquellos profesores integrantes de diversos claustros docentes en nuestra Facultad que desconocen las importantes contribuciones que Garzón Valdés llevó a cabo desde la época en que sólo era un adscripto en el Instituto de Filosofía del Derecho desde el año 1956. Finalmente, propongo evaluar sus contribuciones tendientes a la enseñanza y acompañamiento personal de todo aquel profesional o alumno que se acercó al mismo con el interés de incrementar su conocimiento y capacidad en el desarrollo de la Filosofía del Derecho, Moral y Política

Palabras Claves: Ernesto Garzón Valdés, desempeño académico, Filosofía del Derecho Moral y Política, Maestría en Derecho y Argumentación.

Abstract: This article in a new tribute to Professor Dr. Ernesto Garzón Valdés, pursues three fundamental objectives. The first of these is to inform the professionals who graduated to date in the "Master of Law and Argumentation", as those who currently attend or those who will do so in the future, on the contributions made by the professor honored in the production of a profound change in the education of jurists of our Faculty and among them, in the creation and approval of the aforementioned Master by the competent national authority. The second objective seeks to substantiate the truth of the proposition that indicates that there are many professors who are members of various teaching faculties in our Faculty who are unaware of the important contributions that Garzón Valdés made from the time he was only a member of the Institute to Philosophy of Law since 1956. Finally, I propose to assess his contributions tending to the teaching and personal accompaniment of all that professional or student who approached the same with the interest of increasing their knowledge and ability in the development of the Philosophy of Law, Morals and Politics

Key Words: Ernesto Garzón Valdés, academic performance, Philosophy of Moral and Political Law, Master of Law and Argumentation.



* Dr. en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor Titular jubilado a cargo de la Cátedra “C” de la Asignatura: “Introducción al Derecho” y Adjunto Jubilado con relación a la Cátedra B de “Filosofía del Derecho”, Facultad de Derecho, UNC. Investigador Categoría I en CONEAU.

Introducción

Este homenaje al Maestro Garzón Valdés pretendo dirigirlo a profesionales que han egresado hasta la fecha en la Maestría en Derecho y Argumentación; también hacerlo respecto de quienes llevan a cabo en la actualidad el cursado de esos estudios de posgrado y, en definitiva, a todos aquellos que pretendan hacerlo en el futuro. Es mi deseo proporcionar conocimiento acerca de lo mucho que debemos al mismo por su dedicación y esfuerzo al producir profundos cambios en la formación de los juristas, mediante una acabada comprensión de los actuales desarrollos de los estudios de Filosofía del Derecho, Moral y Política.

Como lo indico, también existe una segunda razón para ello y se dirige a producir en aquellos profesores que integran los más diversos claustros de nuestra Facultad, una objetiva información que los lleve a comprender la importancia de sus diversas contribuciones respecto de la Filosofía del Derecho, Moral y Jurídica y con ello, facilitar no sólo la enseñanza jurídica de grado, sino también colaborar en una mejor aplicación de la argumentación y por ende, de la práctica interpretativa de las muchas reformas operadas actualmente en diversas leyes, en especial por su peso relevante en el plan de formación, de aquellas que se dedican a la enseñanza del Derecho Privado, sin excluir otras asignaturas como Derecho Penal, Constitucional, Laboral y otros.

Por último, estimo importante por la estatura académica de Ernesto Garzón Valdés, en la medida de mis posibilidades, describir las diversas acciones que emprendió para acompañar a todo aquel alumno o profesional que, con especial y sincero deseo de incrementar sus conocimientos del Derecho, tomaba contacto con él. Esta situación se verifica cuando el actual Director de esta Maestría, en un último homenaje al mismo, expresó textualmente:

“Me encontraba desarrollando mi tesis de doctorado y Ernesto había sido invitado a dictar un curso en la Universidad Nacional de Córdoba. Como suele suceder en esos casos, la información sobre el profesor visitante era transmitida de manera más veloz por los mecanismos informales de comunicación que teníamos los estudiantes que por los institucionales de la universidad. Las versiones sobre nuestro visitante eran un tanto confusas. Algunas decían que era un profesor alemán, otras sostenían que era español” (Seleme, 2017).

De modo que es pertinente recordar que en la última etapa de mi carrera de grado, y como consecuencia del plan vigente en 1970 y problemas edilicios en el sector de aulas de nuestra Facultad, los prácticos obligatorios de la asignatura Filosofía del Derecho se desarrollaban en aulas del Colegio Monserrat. Fue durante el desarrollo de ellas, que el Profesor Santiago Monserrat, posiblemente con el objeto de evaluar mi desempeño en el estudio del material bibliográfico, me requirió realizar una sinopsis del pensamiento de Thomas Wurtemberger. Fue por esa razón que al concurrir a la Biblioteca de nuestra Facultad y tener en mis manos ese ensayo, encontré una afirmación del autor del mismo que nunca había escuchado durante el desarrollo de mis estudios de grado. En su ensayo el citado filósofo, expresaba lo siguiente:

“Tanto en la formulación de las exigencias del derecho natural como en la fundamentación de la investigación jurídica sobre conocimientos antropológicos, hay que cuidarse de cualquier absolutización de los puntos de vista individuales. La tarea más urgente de una consideración antropológica en la jurisprudencia y la filosofía del derecho, es la elaboración cuidadosa de algunas categorías esenciales de pensamiento

con cuya ayuda pueda lograrse en el futuro concebir, de una manera más fecunda que la actual, la importancia permanente del derecho para la existencia humana y la vida social comunitaria” (Wurtemberger, 1967).

No concluyó allí mi sorpresa sino que también mi asombro se incrementó al corroborar que Ernesto Garzón Valdés, en calidad de *Adscripto al Instituto de Filosofía y Sociología de esta Facultad*, no sólo había traducido ese Ensayo sino muchos otros.¹

De modo que antes de finalizar el cursado de la carrera fui estudiando con detenimiento toda esta bibliografía, que finalmente me permitió comprender la medida de su relevancia para llegar a entender el fenómeno del Derecho, que durante gran parte del desarrollo de la carrera había sido ignorada por los profesores con quienes cursé la mayoría de las asignaturas del sistema curricular. Fue así que -con esta información y mi especial interés por continuar con su estudio- comencé a preguntar cuál era el lugar donde el profesor aquí homenajeado llevaba a cabo actividades propias de esa materia.

A su tiempo, la Señora Lucia Fass -a cargo de la Secretaria del Instituto- me informó que dado su desempeño en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación, su actividad docente como Director del Seminario se realizaba en sede de la biblioteca de ese Instituto, todos los días sábados en horas de la mañana.

Fue así que al concurrir a ese Instituto con el fin de lograr autorización para sumarme al desarrollo del Seminario en cuestión, fui recibido por el Profesor Garzón Valdés que al escuchar mi interés por la Filosofía jurídica, aceptó gentilmente que me integrara al mismo. Así llegue a comprobar que, con habitualidad, concurrían profesionales que -sin ser abogados- mostraban un especial interés en la filosofía práctica. Recuerdo hoy que ellos eran, entre otros, la Socióloga Dra. Lucia Barragan; el lógico Profesor Dr. Horacio Fass y los economistas Hugo Lofranco y Miguel Arrechederreta. El Profesor Garzón Valdés en esa primera ocasión, leía y comentaba un libro de Francis Bacon² y al finalizar con ese tema, sugirió para los futuros encuentros comenzar con idéntica tarea, pero abordando el estudio del libro de Evert Willem Beth, *Los fundamentos de la Matemática*, cuestión que la mayoría aceptó.³

¹ Cito sus otras traducciones: KELSEN, HANS (1956): *¿Qué es la Justicia?*; KELSEN, HANS (1958): *¿Qué es la teoría pura del derecho?*; RUDOLF STAMMLER, (1958): *La esencia del Derecho y de la Ciencia del Derecho*; WELZEL, HANS (1962): *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico*; RADBRUCH, GUSTAV (1963): *La Naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*; WOLF, ERIK (1965): *El origen de la Ontología jurídica en el Pensamiento Griego* (dos tomos); VILLEY, MICHEL (1966): *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*; BRUSIIN, OTTO (1969): *La objetividad de la jurisdicción*, todas efectuadas por Garzón Valdés en su calidad de Auxiliar de Investigador y Profesor *Adscripto* del Instituto de Filosofía del Derecho de esta Facultad. Luego su tesis doctoral (1970): *Derecho y “Naturaleza de las Cosas” – Análisis de una nueva versión del Derecho Natural en el Pensamiento Jurídico Alemán Contemporáneo* (Dos tomos); para continuar con: WIDAR CESARINI SFORZA (1973): *Filosofía de la Relación Jurídica*; VERDROSS, ALFRED (1973): *Derecho Natural primario y derecho natural secundario* y finalmente, AZARETTO, MARÍA ISABEL (1973): *Una lógica del realismo*.

² Según recuerdo se usaba un libro en idioma inglés escrito por Francis Bacon conocido como el *Novum organum* o *indicaciones relativas a la interpretación de la naturaleza*, que data del año 1620.

³ BETH, EVERT W. (1968): *The foundations of mathematics. A study in the philosophy of science*, Ámsterdam, Norte-Holland.

La constitución de la nueva Cátedra de Filosofía del Derecho

Con el tiempo, Garzón Valdés logró conformar un equipo que se dedicó al desarrollo de actividad en una nueva Cátedra de Filosofía del Derecho que, originariamente, se integró con el Profesor Dr. Ricardo Alberto Caracciolo, como encargado de la misma y también por Carlos Ernst y quien suscribe -después de obtener ambos sus títulos de Abogados y de realizar un intenso periodo de formación “ad-honorem”-. Con su constancia de siempre, Garzón Valdés logró que la autoridad académica –concretamente el Decano Smith- nos reconociera la categoría de Auxiliares Docentes de Primera y, de ese modo, seguir colaborando durante sus continuos viajes a Buenos Aires con el dictado de clases de esa asignatura.⁴ Posteriormente, también se incorporó al equipo docente, con la misma condición, el Abogado Jorge Malem Seña.

A pesar de su actividad en el Ministerio de Relaciones Exteriores que sólo le permitía, como se expresó, venir a esta ciudad los sábados en el conocido tren llamado “Rayo de Sol” procedente de la ciudad de Buenos Aires, toda esta tarea local fue también generada, organizada y dirigida por el propio Dr. Garzón Valdés. Con su esfuerzo y gestión personal, el grupo logró consolidarse con el tiempo. La actividad que se desplegaba consistía en el dictado de la asignatura con un programa discutido y elaborado por la comunidad de Cátedra al cual, Garzón Valdés incorporaba constantemente nuevo material de estudio. Parte de ese indispensable material didáctico usado para la enseñanza de grado se agrupaba conforme a los temas que constituían un elemento indispensable del estudio de cada unidad del programa de la asignatura. Sin embargo, el mismo era distinto a los conocidos “Manuales de Cátedra”, que eran elaborados con base en el contenido de las clases magistrales de cada titular de la Cátedra. Esto así, porque para lograr un mejor conocimiento de la materia, el mismo se integraba, en sus partes sustanciales, con fuentes primarias vinculada a diversos capítulos de Teoría y Filosofía del Derecho extraídos, por ejemplo, de *La Teoría Pura del Derecho* (1960) de Hans Kelsen; *Sobre el Derecho y la Justicia* de Alf Ross; y *El concepto de Derecho* de H.L.A. Hart.

Es importante señalar que en cada oportunidad al llegar a esta ciudad de Córdoba, el Profesor Garzón Valdés portaba una importante cantidad de libros que, con el tiempo, llegó a conformar una de las mejores bibliotecas de Filosofía del Derecho de Latinoamérica. No recuerdo con exactitud la cantidad de ellos, pero lo cierto es que paulatinamente se incorporaron y llegaron a ocupar la totalidad de los anaqueles que rodeaban el Salón colindante a la Secretaría del Instituto de Filosofía de esta Facultad, lugar que hoy ocupa la Dirección General del Área de Enseñanza (Bedelía).

Con los mismos horarios de los días sábados, fuimos incorporando a alumnos que se destacaban en cada uno de los Cursos Teóricos-Prácticos y mostraban especial interés en la materia. Paulatinamente, Garzón Valdés sugirió –y todos aceptamos– que para realizar una evaluación con ecuanimidad, durante varios encuentros con diversas lecturas propias de la Filosofía del Derecho, nos reuniéramos para evaluar el progreso de cada alumno que concurría a los mismos. De este modo, tanto Garzón Valdés como el resto del equipo de Cátedra, daban sus fundamentos sobre la calificación que merecía cada alumno y en caso afirmativo, luego el Profesor Garzón Valdés le informaba que la comunidad de Cátedra coincidía en aprobarlo en la Asignatura. Esa forma de evaluación

⁴ Se nos designó como Ayudantes de Primera en la Cátedra de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC y nos desempeñamos desde abril de 1974 hasta junio de 1976 en que se los declaró cesantes por Resolución No. 100/1976 del Decano Interventor Militar de apellido Lujan.

era toda una novedad para su tiempo dado que el alumno carecía de conocimiento que era evaluado en cada una de sus intervenciones, lo que hizo más interesante todos los debates.

En lo personal, sabía conversar con Garzón Valdés sobre mi interés en profundizar en un conocimiento no sólo teórico sobre el Derecho, sino también de aquel que además procurara agregar más datos empíricos para conocer el Derecho con mayor profundidad. Sobre esta cuestión Garzón no compartía esa modalidad entendiendo con serios argumentos que sin teoría era imposible cualquier investigación de ese tipo, la que habitualmente se realizaba en la asignatura Sociología Jurídica. Sin embargo, Garzón no sólo respetó mis deseos, sino que expresamente sugirió que en el año 1972 comenzara a cursar estudios en la Escuela de Sociología para Graduados, dependiente del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, de esta Facultad, que era dirigida por el Profesor Dr. Juan Carlos Agulla.

A partir del año 1973, Garzón Valdés se hizo cargo de la Dirección General de Política del Ministerio de Relaciones Exteriores, pero siguió a cargo del Departamento de Asuntos Culturales del mismo. En ese ámbito supo tender muchos puentes hacia varios países latinoamericanos, pero con el paso de los días, la posibilidad de concretar otros proyectos se tornó compleja. Fue así, que en enero de 1974 la máxima autoridad del Ministerio de Relaciones Exteriores dispuso su traslado como Ministro Plenipotenciario a la ciudad de Bonn, Alemania y antes de emprender su viaje y comunicarnos su situación inestable en ese cargo, me hizo entrega de un sobre de papel madera que contenía, nada menos que su traducción del libro de *Sociología Jurídica* de Theodor Geiger, realizada con su pequeña letra y escrita con lápiz. Sinceramente con la tristeza de todos quienes componíamos efectivamente la Cátedra, acudimos a despedirlo al Aeropuerto para, a los pocos días, tomar conocimiento que el 27 de marzo de ese año, nuestro Maestro había sido expulsado del Servicio Exterior.⁵

De modo que, a partir de esa fecha comenzó un largo e injusto exilio de quien generó las modalidades básicas de la cátedra que, hasta ese momento, había logrado fundar quince bibliotecas argentinas en el exterior y creado seis museos de arte contemporáneo argentino, en otras tantas capitales latinoamericanas. A su vez, por esa triste decisión del gobierno, no pudo generar su deseo de tender un puente hacia otras Universidades de América, mediante un intercambio de profesores entre todas aquellas que hubieran aprobado su realización.

En esta difícil situación nos mantuvimos a cargo del dictado teórico práctico de la asignatura dentro del periodo comprendido entre abril de 1974 hasta junio de 1976, fecha en la que el Decano Militar Interventor de esta Facultad dictó la Resolución N° 100/1976 que nos declaró cesantes en los cargos docentes que detentábamos, sin justificación valedera alguna y comenzar así nuestro duro exilio interno que nos impedía no sólo concluir los cursos iniciados en ese año, sino cualquier tipo de actividad docente en la Facultad de Derecho, en especial en la sede de la biblioteca tanto general como propia del Instituto.

⁵ Decisión injusta adoptada por quien ejercía el cargo máximo dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores, es decir, Alberto J. Vignes por Resolución Ministerial N° 434/1974.

El retorno a un Régimen Democrático y a la actividad universitaria

Al tiempo de la caída de la dictadura militar, concretamente en el Año 1984, quien ejercía el cargo de Decana Normalizadora ordenó la reincorporación del Profesor Dr. Ricardo Caracciolo a la Cátedra de Filosofía del Derecho y en conjunto con el Profesor Carlos Ernst, se nos pidió que con el mismo carácter dictáramos dos cursos teóricos de ese año en la Asignatura Introducción a la Filosofía. Luego de lograr acuerdo con quien dirigía interinamente la Cátedra respecto de llevar a cabo las clases mediante la bibliografía que considerábamos adecuada⁶, aceptamos hacerlo durante ese año y que luego, se nos restituyera con el mismo grado académico a la citada Cátedra de Filosofía del Derecho.⁷

Simultáneamente, pudimos comprobar que la biblioteca que había logrado constituir Garzón Valdés dentro del Instituto de Filosofía había sufrido un total deterioro, abandono y saqueo ilícito.⁸

Con fecha 12 de agosto de 1984, Ernesto Garzón Valdés regresa al país luego de permanecer fuera durante más de diez años. Al llegar a esta ciudad de Córdoba tuvo conocimiento de que la Decana de esta Facultad Profesora Dra. Berta Kaller de Orchansky había dispuesto su reincorporación al Instituto de Filosofía del Derecho, junto a otros miembros, entre los cuales figuraba su ex Secretaria Señora Lucy Fass, para lo cual le hizo entrega del documento que así lo establecía.

En el año 1985 fui designado para ocupar el cargo de Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra “B” de Filosofía del Derecho desde abril de 1985 hasta el 11 de marzo de 1986 por Resolución Decanal N° 729/1986. De esta manera, habiéndose llamado a concurso para ocupar el cargo de Profesor Titular y Profesores Adjuntos en las Cátedras de Filosofía del Derecho, el Profesor Dr. Ricardo Alberto Caracciolo ganó el mismo y fue designado como tal a cargo de la misma Cátedra y por su parte, el Profesor Carlos Ernst y quien suscribe, ganaron los cargos de Profesores Adjuntos, asignados a idéntica Cátedra.⁹

Garzón Valdés retornó a Alemania pero no dejó de visitar Argentina y en especial, esta Facultad, donde dictó una relevante cantidad de conferencias abordando temas sobre temas de Filosofía del Derecho, pero en estas ocasiones dedicados con mayor énfasis a temas de Filosofía Moral y Política. Fue así, que se organizaron los conocidos Encuentros de Filosofía del Derecho que durante este tiempo se llevaron a cabo en el Complejo Vaquerías de Córdoba; en SADAF Buenos Aires; y en la Facultad de Derecho

⁶ Nuestra propuesta consistía en utilizar los capítulos más pertinentes del libro de John Hospers *Introducción al análisis filosófico*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1982.

⁷ Resolución N° 640/1984 del Consejo Normalizador los reintegra a la docencia luego de la cesantía dispuesta por la dictadura militar y se les asigna como docente auxiliar de primera en la Asignatura Introducción a la Filosofía.

⁸ Garzón aludió a este desgraciado hecho afirmando que eran los libros que en muchas oportunidades había adquirido con su propio peculio en la Librería ABC de Buenos Aires y cuyos montos, mediante diversos trámites le eran restituidos por Josefina Antonelli, antigua empleada de esta Facultad. Afirmando para concluir que: “Gracias a esta forma de refinanciación logró tener una buena biblioteca saqueada en los tiempos del proceso. En la década de los 90 se inició una causal penal a causa de esta apropiación ilícita” (GARZÓN VALDÉS, 2000: 119-120). Igualmente, en página 146 del mismo libro, dejó expresado: “Los libros de Derecho que dirigía – aludiendo a los citados en notas de pie de página 3 y 4 del presente -, fueron retirados de las librerías y desmantelada la biblioteca de su instituto en Córdoba (tal vez por contener obras tan “subversivas” como *The foundations of Mathematics* de E. W. Beth” (p. 146)

⁹ Resolución del Honorable Consejo Superior de esta Universidad de Córdoba N° 65 de fecha 11/03/1986.

la Universidad de Mar del Plata. Para llevar a cabo estas sucesivas reuniones anuales fue fundamental la colaboración como Coordinadores de los Profesores Eugenio Bulygin (UBA) y Mario Portela (UNMDP).

De este modo, se llegó al año 1990 durante el cual, por razones laborales, el Profesor Dr. Ricardo A. Caracciolo se encontraba con licencia dando clases en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra en la ciudad de Barcelona, España. Por tal motivo, fui designado como Profesor Titular Interino de la Cátedra "B" de Filosofía del Derecho, desde el mes de noviembre de 1990 y hasta el mes de marzo de 1993, según Resoluciones del H.C. Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales No.171/1990; N° 244/1991; y N° 40/1992.

Fue dentro de ese periodo y, especialmente, luego de una reunión de toda la Comunidad de la Cátedra con el Profesor Dr. Carlos Santiago Nino –especialmente invitado para dictar una conferencia vinculada a la reforma constitucional– le requerimos su opinión de dedicar alguno de los Encuentros de Filosofía del Derecho que llevábamos a cabo en el Complejo de Vaquerías, a profesores destacados en la materia. Nino no sólo mostró su conformidad sino que nos sugirió que el primero de ellos se dedicara a rendir un homenaje merecido al Profesor Dr. Ernesto Garzón Valdés, lo que todos los integrantes de la Cátedra aceptaron sin más.

De esa forma, se trabajó detenidamente sobre la organización del evento que finalmente, contó con la adhesión de las autoridades del Departamento de Graduados de nuestra Facultad y, del mismo modo, del Rectorado de la Universidad. Logramos de esa forma reservar las instalaciones del Complejo Vaquerías para llevar a cabo un Simposio Internacional sobre Derecho, Moral y Lógica, en su homenaje al mismo. Tal Simposio se llevó a cabo durante el mes de septiembre de 1992 con la estrecha colaboración de todos los docentes de la Cátedra interinamente a mi cargo, Profesores Carlos Ernst, Patricia J. Coppola y Silvina Ramírez, quienes además contaron con la colaboración de los Profesores Doctores Eugenio Bulygin (UBA) y Jorge Malem Seña (UPF). Durante su realización, se presentaron y expusieron 22 ponencias, a saber: ALBERT CALSAMIGLIA (“Derecho y Transición a la Democracia”, UPF); RICCARDO GUASTINI (“Invalidéz”); LETIZIA GIANFORMAGGIO (“La igualdad y otra Validación de la diferencia y tutela de la minoridad”); OTA WEINBERGER (“¿Dos “Deberes” Distintos? Reflexiones para una fundamentación de la ontología de las normas”); HUGO LOFRANCO (“A propósito del argumentar “Contrario Sensu”); FRANCISCO SALMERÓN (“Ética y Política en Bertrand Russell”); ALBERTO JUÁREZ (“El problema del fundamento de la Validez del Derecho desde la perspectiva Filosófica”); CARLOS PEREDA (“La aplicación de las leyes y los usos determinantes del esquema regla-caso”); ROBERTO J. VERNENGO (“Deberes descriptivos y Deberes Prescriptivos”); LUIS VILLORO (“Sobre relativismo cultural y universalismo ético- En torno a las ideas de Garzón Valdés”); JAVIER DE LUCAS (“Democracia y derechos humanos: Los derechos de las minorías”); HARTMUT KLIEMT (“Sobre la justificación de un estado mínimo de bienestar” y “Reglas de cambio y gobierno limitado - Un ensayo en honor de Ernesto Garzón Valdés”); DANIEL MENDONÇA (Actos derogatorios y normas derogatorias”); JOSEP AGUILÓ REGLA (“Derogación, rechazo y sistema jurídico”); ENRICO DICIOTTI (“Las Razones de la Tolerancia”); PAOLO COMANDUCCI (“Sobre el problema de la tolerancia, en el margen de un texto de Garzón Valdés”); LEÓN OLIVE (“Identidad Colectiva Homogeneidad y Dinamización”); RICARDO CARACCILO (por UPF) “El argumento de la creencia moral”); ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO (“El problema de Hispanoamérica y la enseñanza de los clásicos hispanos de la Filosofía del Derecho”); MANUEL ATIENZA

(“La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés: El sistema E.G.V.”), TECLA MAZZARESE (“Lógica difusa y toma de decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista”), JORGE MALEM SEÑA (“Pornografía y Feminismo Radical”) y EUGENIO BULYGIN por STANLEY L. PAULSON (“Principio de la economía cognitiva de Mach como medio para evaluar la tesis de normatividad.”). Al finalizar el Simposio, se hizo presente una delegación de docentes alemanes, presidida por el Profesor Dr. WERNER KRAWIETZ, que le entregó al Profesor Homenajado una prueba de galera del libro que parte ellos habían realizado en su homenaje como muestra de agradecimiento por todas las traducciones de artículos de su lengua al castellano efectuadas por Garzón Valdés, tanto en Argentina como en la propia Alemania. De este modo, luego de ceder la palabra al profesor homenajeado, se procedió al cierre del Simposio. La comunidad de la Cátedra que llevó a cabo ese evento académico no sólo quedó sorprendida por la gran cantidad de académicos que concurrieron e incluso con la comprensión que tuvieron muchos profesores argentinos que cedieron su palabra, para dejar que docentes provenientes de tan lejanos países pudieran exponer ponencias. Es importante decir, que el esfuerzo se justificó porque quedó totalmente acreditada la relevancia internacional del profesor homenajeado.

Los dos tomos de ponencias fueron llevados a España para hacer posible que fueran objeto de publicación y difusión por intermedio del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, gestión que llevó a cabo el Profesor Dr. Jorge Malem Seña. Sin embargo, por diversos y justificados motivos no fue posible lograr el propósito y por eso, luego de un tiempo, nos fueron entregados los dos tomos que contienen todas las ponencias originales señaladas precedentemente.¹⁰

Con posterioridad fueron muchas las visitas realizadas a esta Facultad por el Profesor Garzón Valdés con el fin de continuar con la exposición de diversos artículos de su autoría. Sin embargo, cabe ahora recordar que en una de esas visitas el Profesor Garzón Valdés manifestó su deseo de organizar y llevar a cabo una carrera de posgrado en el ámbito de nuestra Facultad, cuestión que mereció varias propuestas y mucha colaboración por parte del Profesor Dr. Ricardo Alberto Caracciolo y otros Profesores de su Cátedra. Luego de considerar la posibilidad de su viabilidad, conforme los requerimientos de CONEAU dentro del Ministerio de Educación de la Nación, el proyecto privilegió el estudio de la relación entre la Filosofía del Derecho y la Argumentación jurídica. De ese modo, se llevó a cabo la pertinente justificación de llevar a cabo esa carrera de posgrado y se presentó el proyecto a la consideración del H.C. Directivo de la Facultad para lo cual se propuso que su Dirección Académica se encontrara a cargo de Garzón Valdés acompañado por quien suscribe. El mismo fue aprobado por Resolución del H.C. Directivo N°159/2005 y posteriormente, también mereció la aprobación del H.C. Superior de la Universidad Nacional de Córdoba N° 338/ 2005; el Dictamen favorable N° 247/2007 de la Comisión Nacional de Evaluación; y su definitiva Acreditación Universitaria Nacional por Resolución de CONEAU N° 855/2010 y en la actualidad cursan esos estudios profesionales que integran la séptima cohorte de la misma.

¹⁰ Resulta importante destacar que si algún profesor o alumno de la Maestría en Derecho y Argumentación tiene interés en lograr copia de alguna de esas ponencias puede solicitarlo en la Secretaría de Posgrado de la Facultad para que, a su tiempo, dejar allí la copia requerida.

Mis últimas reflexiones

Para concluir este artículo, deseo destacar el fuerte empeño que animó todas las actividades académicas de Garzón Valdés en el ámbito de nuestra Facultad. En especial, ponderar su esfuerzo por incrementar la vigencia de un espíritu universitario libre, sin dejar de fomentar una profunda mejora de la calidad científica y filosófica dentro de la misma. Como pocos académicos de su estatura promovió debates sobre sus inquietudes filosóficas siempre llevados a cabo en un ámbito racional y tolerante, para generar la reflexión de los jóvenes estudiantes.

Tengo la seguridad personal que tal afán de mejora y rigor respecto de los futuros proyectos de investigación, se acreditan con su creatividad a la hora de idear escenarios de cultura, reflexión y debate como forma no sólo de fundamentar sus propias investigaciones sino de colaborar con aquellas que no les pertenecían. En ese ámbito, su extremada dedicación a la actividad académica nos muestra su ilimitada generosidad al cooperar en los resultados de indagaciones que se ponían a su consideración.

Sus escritos más conocidos muestran su preferencia por ensayos breves, de carácter conceptual o reflexivo. De todos ellos, disponemos hoy de importantes recopilaciones, que nos permite ver con precisión la evolución del pensamiento respecto de sus preocupaciones filosóficas.

En primer lugar, aquellas destinada a temas de filosofía y teoría del Derecho en sentido estricto, y cabría señalar entre ellas varios aportes fundamentales. Compartir su profundo conocimiento de la teoría alemana de la naturaleza de la cosa como forma del pensamiento jurídico. Finalmente, dentro de la teoría del Derecho, su aporte respecto del problema de las limitaciones legales del soberano contiene sutiles explicaciones lógicas, jurídicas y políticas, que aún no han sido superadas (GARZÓN VALDÉS, 1993, 1983).

En una segunda etapa en su obra se percibe su gran pasión por el destino de América Latina, y especialmente, el de Argentina. En esa pasión se entrelazan no solo su curiosidad intelectual y vocación de filósofo sino una sincera preocupación por su patria, incluso desde la perspectiva de miembro del Servicio Exterior de su país (GARZÓN VALDÉS, 2000).

Su tercera etapa de reflexión resulta más amplia, y está dedicada a cuestiones de filosofía moral y política en sentido estricto, así como también a argumentos teóricos e institucionales vinculados con ellas. En la misma, con el sólo propósito de ejemplificar, pienso que es relevante su libro *Instituciones Suicidas* (2000) donde analizó los límites específicos de las instituciones cuando los argumentos apuntan únicamente a una justicia meramente procedimental. Otro de sus libros, que tituló *Calamidades* (2004), contiene una meditación profunda sobre cuestiones éticas y políticas enlazadas a la ética y las políticas actuales que muestran tendencia a la uniformidad; con los efectos negativos del terrorismo de Estado, la corrupción y la guerra. Se tratan de calamidades que, como bien aprecia Garzón Valdés, son distintas a las catástrofes, al mostrar no sólo sus enormes discrepancias conceptuales y sutiles argumentos que permiten proporcionar al lector un nuevo enfoque respecto de sus diferencias, a tal punto que torna difícil continuar con su investigación si se desconoce lo que Garzón Valdés puso al descubierto.

Todo esto vuelve a presentarse como una verdad difícil de refutar en artículos dedicados a la cuestión de la estabilidad de los sistemas políticos; la desobediencia civil; el paternalismo y su justificación; los límites de la democracia y el famoso «coto vedado»;

los deberes positivos generales; y el concepto de tolerancia, entre otros. Por tal motivo, sugiero a egresados y estudiantes de la carrera que no dejen de recurrir a ellos, cuando tengan dificultades a la hora de llevar a cabo sus tesis de Maestría. Esto así, porque como supo decirlo Robert Nozick:

“Alguien “tiene una filosofía” –como decimos vulgarmente- cuando tiene una visión reflexiva de lo que es importante, una visión de sus principales metas y fines y de los medios apropiados para alcanzarlos. Una visión coherente de los objetivos y las metas pueden ayudar a guiar la vida de alguien sin ser invocada explícitamente” (NOZICK, 1997: 235).

Y yo sinceramente creo, que esa es la visión de nuestro querido Maestro y las metas y fines que propuso para llevar a cabo esta carrera de posgrado

Bibliografía

- GARZÓN VALDÉS, E. (1990). Consenso, Racionalidad y Legitimidad. *Revista Isegoría* (2): 13-18.
- (1991). La Paz Republicana. *Enrahonar* -Barcelona- (17): 15-29.
- (1992). *No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de Tolerancia*, México, ITAM.
- (1993). Las limitaciones jurídicas del soberano. *Derecho, ética y política* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales): 181-200.
- (1993). Hermann Heller y John Austin: Un intento de comparación. *Derecho, ética y política*: 157-180.
- (1996). El Enunciado de Responsabilidad. *Revista de la Facultad de Derecho de Alicante, Revista Doxa* (19).
- (1998). Diez mandamientos para la vida universitaria. *Revista Isonomía* (9).
- (1998). ¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?. *Claves de Razón Práctica* 88 (diciembre de 1998): 18-26; y *Revista Doxa* 21 (II): 145-166.
- (2000): *Instituciones Suicidas – Estudios de ética y política*, México DF, Biblioteca Iberoamericana de Ensayo, Paidós, UNAM DE México y Facultad de Filosofía y Letras, editorial Paidós.
- (2000). *El Velo de la Ilusión – Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- (2003) Lo íntimo, lo privado y lo público. *Revista Claves de Razón Práctica* (137).
- (2003). Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del "coto vedado" a nivel internacional, *Derechos y libertades: Revista del*

Instituto Bartolomé de las Casas, DyL (12, año VIII).

----- (2004). *Calamidades*, Barcelona, España, Gedisa.

----- (2000). 30 minutos de Filosofía del Derecho Viejos y Nuevos Problemas. *ISONOMÍA* (28, Abril 2008): 7-25.

----- (2010). La democracia representativa y sus restricciones. Publicado como clase inaugural al recibir el título de Doctor Honoris Causa en la Universidad de Palermo, el 26 oct. 2010 en la ciudad de Buenos Aires. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=d95_iBRclfY

----- (2013). El futuro de la Democracia. *Serie de Conferencias Magistrales (15)* Instituto Federal Electoral, México DF,

GARZÓN VALDÉS, E, y LAPORTA, F. (eds.) (1996). *El Derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta-CSIC-BOE: 441- 453.

SELEME (2017). La cara oculta de la corrupción. *Revista de la Facultad “Homenaje al Profesor Ernesto Garzón Valdés”* Vol. VIII (2, Nueva Serie II).

NOZICK, ROBERT (1997). *Meditaciones sobre la vida*, Barcelona, España, Gedisa Editorial.

WURTEMBERGER, T. (1967). *Persona y Ley Jurídica – Contribución a una futura Antropología del Derecho*, Traducción y notas bibliográficas de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, Dirección geral de Publicaciones, UNC.

* * *



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución – No Comercial – Sin Obra Derivada 4.0 Internacional

NÚMEROS Y CASOS TRÁGICOS. UN HOMENAJE A ERNESTO GARZÓN VALDÉS *

NUMBERS AND TRAGIC CASES. A TRIBUTE TO ERNESTO GARZÓN VALDÉS

*Por Guillermo Lariguet ***

Resumen: Este trabajo expresa un homenaje al filósofo argentino Ernesto Garzón Valdés. Para esto, la pesquisa se centra en uno de los ensayos del filósofo: “si cuentan los números en las decisiones morales”. Los pasos de mi trabajo serán los siguientes. En primer lugar, argumentaré que el filósofo subestima el carácter trágico del derribo de aviones (tema central de su artículo). En segundo lugar, señalaré que, frente a casos como el de derribo de aviones, un deontologismo, como el profesado por Garzón Valdés, del estilo “nunca pueden sacrificarse unos pocos para salvar muchos” puede ser irrazonable. Hay otras formas de deontologismo que no tienen por qué estar reñidas con cierta dosis de consecuencialismo. Añadiré a esto que, en casos como el del derribo de aviones, no es tan obvio que el “cálculo numérico” esté fuera de lugar o se halle completamente injustificado.

Palabras clave: Garzón Valdés, deontologismo, consecuencialismo, casos trágicos, derribo de aviones.

Abstract: The present work expresses a tribute to the Argentinean philosopher Ernesto Garzón Valdés. With relation to this purpose, my research focuses on one of the essays of the Garzón Valdés: if they count the numbers in moral decisions. The steps of my paper will be as follows. In the first place, I will argue that Garzón Valdés underestimates the tragic character of the shooting down of airplanes (central theme of his article). Secondly, I will point out that, in the face of cases such as the shooting down of airplanes, a deontologism, like the one professed by Garzón Valdés, of the style "you can never sacrifice a few to save many" can be unreasonable. There are other forms of deontologism that do not have to be incompatible with a certain dose of consequentialism. I will add to this that, in cases such as the attack to airplanes, it is not so obvious that the "numerical calculation" is out of place or completely unjustified from a moral point of view.

Kew words: Garzón Valdés, deontologism, consequentialism, tragic cases, shooting down of airplanes.

* Agradezco a los Doctores Lucas Misseri y Julio Montero sus observaciones críticas a una versión anterior de este trabajo. Asimismo, a Ramiro Moyano por sus correcciones. Este trabajo ha sido posible a Conicet y al apoyo complementario de los siguientes financiamientos. De la SECYT (Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad Nacional de Córdoba), de un PIP (de Conicet), ambos proyectos dirigidos por Hugo Seleme y referidos a la evaluación moral de las instituciones públicas. También a un CAID de la Universidad del Litoral referido a los fundamentos filosóficos de la democracia, dirigido por Jorge de Miguel y a la agencia española de investigación con un proyecto dirigido por Juan Antonio García Amado referido a los conflictos de derechos, tipologías, razonamientos y decisiones (DER2016-74898-C2-1-R.).

** Dr. en Derecho y Cs. Sociales, Investigador Independiente de Conicet. Vice Director del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Vice Director del Programa de Ética y Teoría Política de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Asociado de Ética, Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Premio Konex al mérito en humanidades, en la disciplina ética, 2016. Correo: gclariguet@gmail.com

“En el medio de un dolor incomparable, se recostó, se quedó dormido, y su sueño fue visitado por un pastor que contaba las ovejas que iban a morir”. Del libro de las encerronas.

Preludio

Este trabajo nació como un homenaje dirigido a Ernesto Garzón Valdés. Pero ahora se tornó en un *dobles* homenaje. El joven filósofo que me lo solicitó a comienzos de 2017, para un volumen colectivo que iba a estar dedicado a Ernesto, se llamaba Mariano Martín. Era un filósofo que trabaja en la Universidad de Cuyo, Mendoza, y cuya investigación central versaba sobre el canon analítico en la historia de la filosofía política contemporánea.

Durante varios meses del 2018, le escribí a su dirección de correo electrónico para saber cómo marchaba el proceso de edición de la obra. Extrañamente, Mariano ya no respondía mis mails. El día domingo 18 de noviembre de 2018, buscando información suya en google, encuentro una noticia aterradora: Mariano, junto a su esposa, su hijita de 3 años, y un bebé de meses, habían fallecido en un accidente de ruta, el día 30 de diciembre de 2017. Mariano, junto a su esposa, ambos profesores en la Universidad de Cuyo, se dirigían ese día a una localidad de la Pampa, de la que era oriundo Mariano, a celebrar el 31 de diciembre de 2017. Con dolor, me di cuenta que había estado escribiendo a un filósofo ya muerto hacía meses. En mi mente se amontonaron muchos pensamientos y emociones: de perplejidad, de angustia, de sentido de pérdida, de futilidad frente a ciertas preocupaciones que son, después de todo, vanas. También percibí con estupor que mi trabajo de homenaje a Ernesto, estaba enhebrado con una reflexión sobre los casos trágicos. Y que, en cierto sentido, lo que le había ocurrido a Mariano y su familia se encasillaba en lo que, en un lenguaje ordinario, también se llamaba “tragedia”. Quiero entonces con este trabajo rendir también homenaje al difunto filósofo Mariano Martín.

70

Introducción

Constituye para mí un honor, y una fuente de alegría, contribuir con un homenaje más que justificado, a la figura del maestro ERNESTO GARZÓN VALDÉS. Desde luego, y por fortuna, dada la magnitud intelectual de Ernesto, este no es su primer homenaje. Pero qué refrescante es saber que, con motivo de cumplir sus noventa años, Ernesto sea una vez más homenajeado.

En una obra tan vasta como la de Ernesto (computando principalmente sus artículos numerosos) siempre es posible identificar fuentes de reflexión. ERNESTO GARZÓN VALDÉS es ya un “clásico” de la filosofía práctica. Y por esto me atrevo a afirmar que seguiremos por mucho tiempo hablando de su obra.

En lo personal, es muy difícil encontrar datos que no se conozcan ya sobre Ernesto y que refieran no solamente a su excelencia intelectual sino también moral (Malem Seña, 1987: 399-411). En este último aspecto, Ernesto es conocido por su generosidad intelectual, especialmente con las jóvenes generaciones de filósofos. Al respecto, cuento una

anécdota personal. En enero de 2006, lo encontré, como era de esperar, en la Universidad Pompeu Fabra a la que él ha asistido regularmente por años para dictar sus seminarios. Me encontraba allí haciendo una estancia corta de formación posdoctoral. Le conté, en el bar de la Facultad de Derecho, que estaba empezando a trabajar sobre los casos trágicos. Fue entonces que me recomendó la lectura de los *An Essay in deontic logic and the general theory of action* de George H. von Wright (libro que él, como parte de su labor incansable de traductor, había traducido también al español). Este trabajo, mostraba el modo en que el autor finés abordaba la lógica de los dilemas morales. Precisamente este libro es una de las fuentes citadas en el artículo de ERNESTO GARZÓN VALDÉS (2009^a: 14-24) sobre el que me propongo reflexionar. Me refiero a su breve trabajo titulado “¿Cuentan los números en las decisiones morales?”.

En el artículo pre-citado, ERNESTO GARZÓN VALDÉS se formula dicha pregunta con relación al fundamento que quepa dar a decisiones morales que deben adoptarse en el contexto de dilemas morales (o como él también dice, “encerronas” morales). Sin necesidad de ofrecer un experimento mental, ERNESTO GARZÓN VALDÉS parte de la siguiente situación fáctica: el 11 de enero de 2005, el *Bundestag* alemán aprobó una ley que autorizaba el derribo de aviones capturados por terroristas que se dirigieran a centros urbanos con la intención de causar la muerte de un número de personas considerablemente mayor en todo caso que los pasajeros del avión (sobre este punto puede consultarse Ríos Vega, 2009: 187-225). El experimento es crucial para pensar el alcance de los llamados “dilemas morales”. Y ello con independencia del dato según el cual, el 15 de febrero de 2006 el primer senado del Tribunal Constitucional Alemán declaró la inconstitucionalidad de la norma. Como recuerda ERNESTO GARZÓN VALDÉS, el 22 de febrero de 2006 la дума estatal de Rusia aprobó una ley de seguridad aérea similar. Es decir, pese a la “contingencia” de los ejemplos (el alemán y el ruso), hay aquí un problema conceptual profundamente debatido en ética normativa. El dilema moral se puede formular así: ¿Cuentan los números en la moral? Si la respuesta es afirmativa, entonces está justificado moralmente derribar el avión pues pesan más las muchas víctimas de los centros urbanos que la menor cantidad de víctimas (los pasajeros y terroristas del avión). Si la respuesta es negativa, entonces está injustificado derribar el avión. Ello así porque “todos los agentes morales cuentan igual”, todos tienen igual dignidad y ningún individuo puede ser sacrificado en aras de metas colectivas (por ejemplo, salvar una población urbana).

La respuesta que el profesor ERNESTO GARZÓN VALDÉS otorga al dilema moral es una reformulación de la tesis kantiana (por tanto, deontologista) según la cual cada individuo tiene un valor supremo, que no es equivalente a “precio” y que no es comparable con otros individuos. Cada individuo es un fin en sí mismo, por lo cual, no puede ser instrumentalizado (ser un medio) por otros.

Luego de ensayar en el texto citado con diversas alternativas deontologistas y consecuencialistas, ERNESTO GARZÓN VALDÉS defiende una forma de deontologismo –de índole kantiana– según la cual debe tenerse en cuenta el “consentimiento de las víctimas”. Por ejemplo, en este sentido, podría existir un formulario universal que cada potencial pasajero debería llenar, antes de volar, asintiendo que, entre los posibles riesgos, está el que el avión sea tomado por un grupo terrorista. Algo así como el “consentimiento informado” de la medicina.

En efecto, la posición menos objetable para ERNESTO GARZÓN VALDÉS (2009: 24) es la que requiere, en aras de la asunción de riesgos, como la que entraña el terrorismo, una forma de “calamidad” según Ernesto, el consentimiento de la víctima. Así, su

dignidad no sería lesionada y no se requeriría el cálculo numérico. Frente a la posibilidad *inevitable* de riesgo, lo moralmente aconsejable, sostiene ERNESTO GARZÓN VALDÉS, es aceptar y *consentir* los mismos. Esto no lesiona ni la igualdad ni la dignidad, es decir, no lesiona derechos individuales fundamentales (Garzón Valdés, *ibídem*).

Presentado el esquema esencial de ideas de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, en este trabajo haré lo siguiente. Primero, en la **sección 2**, argüiré sobre la necesidad de hacer hincapié en un aspecto un tanto soslayado por el autor. Me refiero al carácter “trágico” del caso del derribo de aviones (sobre el rasgo trágico de ciertos casos, Lariguet, 2008 y 2011). Sostendré que la idea de lo trágico es esencial para captar el problema moral esencial que sugiere el ejemplo del derribo de aviones. Hecho esto, en la **sección 3**, pasaré al problema de la fundamentación moral defendida en forma prevaeciente por ERNESTO GARZÓN VALDÉS. Aquí mantendré que la fundamentación propugnada por el homenajeado –basada en un deontologismo fuerte¹ - genera ciertas dudas debido a su formulación (sobre un deontologismo “fuerte” y uno “suave”, véase Anderson Schuh, 1992: 281-285). Además, señalaré que, frente a casos como el de derribo de aviones, un deontologismo del estilo “nunca pueden sacrificarse unos pocos para salvar muchos” puede ser irrazonable. Hay otras formas de deontologismo que no tienen por qué estar reñidas con cierta dosis de consecuencialismo (Sinnot Armstrong, 2015). Añadiré a esto que, en casos como el del derribo de aviones, no es tan obvio que el “cálculo numérico” esté fuera de lugar o se halle completamente injustificado. En la **sección 4**, cierro con unas breves palabras finales.

Los casos trágicos

La idea según la cual hay –o puede haber- casos trágicos es una herencia griega antigua. Fueron, especialmente, Sófocles, Esquilo y Eurípides los que, con diversos matices diferenciadores, plantearon en sus construcciones teatrales la posibilidad conforme la cual pueden ocurrirle a los agentes morales males *inevitables*. Frente a tales males, para estos pensadores no *había nada que hacer que pudiese evitar un ‘bad ending’*. No se podían prever estos casos ni tampoco evitar la destrucción que conllevaban. No había, tampoco, remedio racional alguno para enfrentarlos. Cuando, por ejemplo, Agamenón tiene que tomar la decisión de si no matar a Ifigenia, su hija, y así cumplir con su deber de proteger su hija y, por el otro lado, la decisión como estadista de propender a que los barcos zarpen para Troya, ciudad que él debe sitiarse como jefe de la expedición militar, la pregunta que anda rondando es esta: ¿cuál de estos caminos estará libre de males? La respuesta es rotunda: ninguno. Por más que se afanase en su búsqueda, Agamenón no podía encontrar, dado el estado de situación trágico en que se hallaba, una salida no dolorosa y un fundamento racional para encontrar la mejor salida posible. Su situación era dilemática, pero en sentido estricto: ambas alternativas, a vida de Ifigenia, y su deber como jefe militar y rey, eran mutuamente exhaustivas y excluyentes. Y, por el principio del tercero excluido no se hallaba una salida racional con “todas las letras”, es decir, la posibilidad de “escapar entre los cuernos” de dicho dilema.

Los ejemplos clásicos griegos podrían multiplicarse. También, si siguiésemos la reconstrucción de Raymond Williams (2014) podríamos hallar ejemplos modernos. Y si leyésemos a George Steiner (2012) podríamos comprender el carácter profundamente

¹ El deontologismo fuerte es parte de la tradición judeo-cristiana y también, obviamente, Kant es un deontologista fuerte. Los “suaves” podrían ser autores como Sir David Ross que admiten la categoría de obligaciones “prima facie” (al respecto, Schuh, *ibídem*).

destrutivo, imprevisible y deletéreo que estos casos trágicos pueden tener. Precisamente, un núcleo conceptual central a la idea de caso trágico es que el mismo levanta una barrera blindada a la hora de encontrar soluciones moralmente correctas, soluciones con fundamentos racionales a salvo del debate moral intenso, de la controversia irresoluble. Cualquier opción parece mala. Y, cuando acaso fuera posible identificar un mal menor, una posible respuesta sería que tales males, por acaecerle a personas, no existen, pues los males que involucran vidas humanas son “incomparables”. La noción de que un mal puede reputarse “menor” presupone, por definición, que tal mal es comparable. Pero, si hay vidas humanas en juego, portadoras de “igual dignidad”, como sustenta ERNESTO GARZÓN VALDÉS, de vidas que, parafraseando a Immanuel Kant, no tienen precio, entonces, la noción de mal menor viene a ser una ficción que encubre la imposibilidad de respuesta correcta para tales casos. Esto es entre otras cuestiones, lo que hace trágicos a estos casos. Tales casos, serían el muro que impide pasar a respuestas aceptables. Nos arrinconan, o como dice ERNESTO GARZÓN VALDÉS al final de su artículo, nos “acorralan”, nos ponen contra la pared, no hay salida pues; con otras palabras, y hablando el lenguaje de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, hay encerronas. Y en las encerronas, por definición, no hay salida alguna.

Si lo anterior es un buen resumen de lo trágico, parece que la tragedia nos enfrenta con un residuo de irracionalidad inevitable en la vida humana. Tal residuo es el que enfrentamos, a posteriori los filósofos, con la idea de que es posible encontrar “fundamento racional” a nuestras decisiones morales, incluso si las mismas circundan a un caso trágico. Lo que el trágico diría es que tales fundamentos son ficciones que encubren nuestra precariedad y vulnerabilidad (Nussbaum, 1995) frente a la mala suerte, al azar, que *nos puso* en una situación trágica.²

73

Ahora bien, la lección de los casos trágicos, si fuese admitida con pasividad, podría ser profundamente destructora de la esperanza en respuestas aceptables a nuestros dilemas morales. Y, por supuesto, también profundamente disruptiva de nuestras rutinas de confianza; de confianza desplegada frente a los casos de dilema que se nos plantean como objeto de análisis o, peor aún, como objeto de decisión.

Según George Steiner (ibídem), una lección central de los casos trágicos es que estos no admiten respuesta racional alguna; son reluctantes a las mismas. Son, en mis palabras, los residuos ineliminables de irracionalidad. ¿Irracionalidad que habría que admitir como filósofos y como personas con contrito silencio? Si nuestra respuesta fuese que debemos guardar silencio, entonces, se articularía un monumental *fatum mahometanum* conforme al cual, como vio Kant, nuestra razón se mostraría como “perezosa” frente a cierto tipo de casos recalcitrantes para la operación de la denominada razón práctica. Esto implica que, dado que las cosas son de un modo inevitable (el *fatum mahometanum*), entonces no cabe hacer nada. Lo último sería la activación, pues, de la razón perezosa.

Como filósofos, y como personas identificadas con ciertos compromisos firmes a lo largo de una cierta línea de tiempo, buscamos las maneras de enfrentar de la manera más airosa posible los casos trágicos. Ello implica una actitud vital de “no cruzarse de brazos”. ¿Pero, es esta actitud vital o pragmática, racional? ¿‘Racional’ en el sentido de normativamente exigible? Si la respuesta es negativa ello ocurre porque aceptamos que los casos trágicos no admiten ningún tipo de respuesta correcta.

² Dejo a un lado de la discusión el caso de las encerronas en que nosotros mismos nos hemos puesto debido a decisiones imprudentes o negligentes.

Pienso que las cuestiones sobre tragedia y racionalidad pueden girarse varias veces como hacemos con las monedas. Y, así, podemos encontrar otra alternativa, otra manera de entender la lección de los trágicos. Según esta manera, no debemos cejar en la búsqueda de “fundamentos” para nuestras decisiones morales. Esto es lo que hace ERNESTO GARZÓN VALDÉS. El artículo objeto del presente análisis constituye un muestrario de casi todas las respuestas morales que se han elaborado, del lado deontologista y consecuencialista, para encontrar fundamento racional a una respuesta determinada para ciertos casos trágicos. El empeño puesto en la búsqueda de respuestas fundadas es una manera de no caer en el *fatum mahometanum*. Pero es algo más: es una manera de “mirar” lo trágico de otra manera. Según esta mirada, la lección de lo trágico es doble: por una parte, es verdad que los casos trágicos nos “encierran” pero, por el otro lado, no es verdad que “nunca” podamos hacer nada en absoluto. Esto por lo siguiente: muchos casos trágicos, el del derribo del avión sería una subclase de lo que tengo en mente, admiten *algún* tipo de respuesta fundamentada racionalmente (sea como sea que entendamos *ahora* el término “racionalmente”). Tal respuesta implica, lógicamente, que puede haber casos trágicos “con respuesta” y no casos “sin respuesta” como diría George Steiner cuando se refiere a la lección de lo trágico. Pero que haya respuesta no implica que los males a los que lleva un caso trágico sean inevitables. Un rasgo conceptualmente necesario respecto de la noción de caso trágico es que los males resultan “inevitables”. Sin embargo, en esta otra alternativa que estoy presentando, tal rasgo de inevitabilidad no obtura la posibilidad conceptual de encontrar una respuesta (con fundamento) que busque “aminorar” o “morigerar” el mal o males que entraña el caso de que se trate. Puede, según esta perspectiva, haber “respuestas fundadas” para los casos trágicos. Pero tales respuestas tendrían que asumir, por la definición de trágico, cierto tipo de *sacrificio inevitable*. Tal sacrificio tiene como resultado un *residuo* moral o jurídico (según el caso). La idea de *residuo* muestra que la respuesta a un caso trágico no opera *full sense*. Una respuesta es “full sense” cuando no deja *residuo* significativo alguno. Empero, en un caso trágico, la decisión por la respuesta A, se encuentra prohibida por B. La decisión a favor de B, queda prohibida por A. La idea es que no se puede saltar el cerco del dilema trágico sin hacer algo prohibido por la moral. Pero, no obstante, según la otra alternativa que estoy delineando de cara a comprender la lección de lo trágico, el que haya caminos prohibidos no implica, lógicamente, que no haya prohibiciones menos gravosas que otras. La búsqueda de “fundamento” para nuestras decisiones morales no sería, por lo tanto, un *sinsentido*. Supondría, pues, la búsqueda, la lucha del hombre, diría yo, por encontrar razones (esto son los fundamentos) que permitan, si acaso fuese posible, morigerar, mitigar, minimizar, etc., el “impacto deletéreo” de los casos trágicos.

74

En la búsqueda de fundamentos, ERNESTO GARZÓN VALDÉS se sitúa en cierta posición “deontologista”. Solamente en dos oportunidades, ERNESTO GARZÓN VALDÉS habla de lo “trágico” para calificar la situación del derribo de los aviones. Como kantiano, ERNESTO GARZÓN VALDÉS se encuentra, pienso, más cerca de Platón que de los trágicos griegos. En *La República* Platón, como sabemos, cree que la lección de los trágicos no solamente es engañosa, sino que es “mentirosa”. “*Tres veces lejos de la verdad están*”, dirá. El platonismo frente a los casos trágicos es una medida disolvente: la razón práctica prohíbe pensar en su sola posibilidad. Permitir que crezca en nuestras mentes la idea de lo trágico, sería una manera de destruir lentamente nuestras sociedades y erosionar, poco a poco, sus fundamentos normativos.

En contra de Platón, creo que los casos trágicos han ocurrido, ocurren y ocurrirán. En una palabra, es lógicamente posible que ocurran. En términos aristotélicos, en cambio, pienso que podemos aprender de lo trágico. Aristóteles creía que de la poesía trágica

podíamos aprender lecciones morales verdaderas y profundas. La recreación de las mismas permite no solamente la “catarsis moral” (Trueba Atienza, 2000). Es decir, la “purificación”, la eliminación de los venenos de la inmoralidad *inevitable* en nuestras cabezas cuando, por ejemplo, nos “representamos” la posibilidad de los casos trágicos. Si en Platón los trágicos corrompen la mente (en su caso, el “alma racional”), en Aristóteles, ser espectadores de representaciones teatrales trágicas, puede ayudarnos a ver qué conductas deberíamos evitar y qué conductas deberíamos emular. En el fondo, esta es la idea subyacente de “virtud moral” en la propuesta del Estagirita.

En otros términos: si estamos atentos, los casos trágicos nos dicen qué deberíamos hacer para que los mismos no tengan lugar o no se repitan.³ Esta visión aristotélica es perfectamente armónica con la búsqueda de fundamentos para nuestras decisiones morales. No es, por lo tanto, una parálisis moral, la que es propia del *fatum mahometanum*. Hay, en ocasiones, *sacrificios inevitables* que hacer. Pero se trata de encontrar fundamentos para aquellos sacrificios que tornen menos grave el caso.

En resumen, frente a la alternativa según la cual la lección de los casos trágicos es que no hay respuesta fundamentada alguna, la otra alternativa es que, siendo conscientes del mal inevitable, buscamos fundamentos para que los males sean lo *menos gravosos* posible para nuestra vida moral.

El consentimiento de las víctimas: ¿deontologismo versus consecuencialismo?

En la sección anterior, he estado delineando un tipo de alternativa sobre la que ERNESTO GARZÓN VALDÉS parece ofrecer reparos. Hablar, como yo lo acabo de hacer, de minimización, morigeración, etc., del mal que entrañan los casos trágicos parece compatible con una tesis que ERNESTO GARZÓN VALDÉS no comparte. Esta es la siguiente: la idea de mal menor (minimizado o morigerado) presupone comparación. Pero el deontologismo liberal de ERNESTO GARZÓN VALDÉS proscribiera la comparación. Por el “principio de humanidad” kantiano, cada individuo es un fin en sí mismo, no puede ser un medio para otros. Sacrificar, por ende, a los pasajeros del avión, en virtud de un número, equivale, según entiendo a ERNESTO GARZÓN VALDÉS, a poner precio y comparación, allí donde no hay precio ni comparación.

Sin embargo, creo que si ERNESTO GARZÓN VALDÉS acepta lo que se sigue del tipo de dilema moral que involucra su ejemplo del derribo de aviones, no puede hacer otra cosa que calificar la situación de trágica. Ahora bien, admitir tal cosa no implica una posición inocua para el análisis conceptual. Es ahí donde cobra sentido la sección anterior del presente trabajo.

Convengamos en que un caso trágico importa un desafío extraordinario para la denominada ética normativa, esto es, para la ética ocupada en reflexionar sobre algún

³ Por ejemplo, dado que mucho del terrorismo que conocemos pertenece al mundo islámico, una manera de aliviar la carga terrorista, posiblemente, exigiría invadir menos, por parte de fuerzas occidentales, tierras islamistas e imponerles cánones de vida occidentales o sojuzgando y matando su propia población en virtud de intereses económicos o culturales más o menos implícitos. Esto no implica caer en algo así como en una teoría nueva de los dos demonios. Pero es un hecho que Occidente, a través de EEUU y fuerzas aliadas ha cometido crímenes contra la humanidad respecto de naciones como Irak, Afganistán, Siria, etc. Y que, además, nadie niega el trato inhumano de Europa, en general, para con los refugiados provenientes de países islámicos, refugiados que vienen huyendo de guerras en las que interviene EEUU y sus aliados.

tipo de fundamentos para la moral.⁴ ERNESTO GARZÓN VALDÉS no parece dar cuenta de dicho desafío, más bien, aunque menciona solamente dos veces el término trágico, parece “saltar” la cuestión. No es lo mismo hablar de dilemas morales, encerronas, etc., “a secas” que de dilemas trágicos. Una lección de estos dilemas, que no mencioné antes, pero que sí presupuse, es la “humildad”. El escenario moral en que nos movemos no es cualquier tipo de escenario. En este, si es genuinamente trágico, los males son *inevitables*. Si, por caso, el ministro de defensa da la orden (fundada en la norma pre-citada al comienzo) de derribar el avión habrá morigerado el mal (la población urbana que es mayor en cantidad se habrá salvado). No obstante, aquí el sacrificio ha sido inevitable. Ha ocurrido, después de todo un mal. La decisión del ministro de defensa no ha podido ser “full sense”. Hay un *residuo*: el clamor de los pasajeros del avión. Es verdad que la moral prohibiría el sacrificio de los pasajeros, pero, ¿en cuál escenario? En un caso ordinario es claro. Pero, ¿en un escenario *extraordinario*? El caso del avión ocupado por terroristas configura un escenario *extraordinario*.⁵ Si no cupiese, por hipótesis, la posibilidad de que un avión militar, por ejemplo, desvíe el avión cooptado por los terroristas y lo obligara a descender pacíficamente en un aeropuerto alternativo, no queda más remedio que tomar una decisión que lamentaremos. Hay un dato que no es menor: “de todas formas”, el avión va encaminado, por órdenes de los terroristas, a estrellarse en tierra. De acuerdo con esta aclaración del ejemplo, los pasajeros –y los terroristas- van a morir “de todos modos”. El tema es si podemos salvar la población urbana que es cuantitativamente mayor. Si, por caso, el ministro de defensa obrara como el botánico *Jim*, del ejemplo del filósofo Bernard Williams⁶, ello implicaría que no accionaría el derribo, lo “omitiría”, pero el impacto práctico se daría: morirían no sólo los pasajeros del avión sino un número considerablemente mayor de la población urbana.

A tal punto la situación es trágica, que el ministro de defensa se encuentra decidiendo en el marco de un “estado de necesidad” (situación extraordinaria). Lo más sensato parece entonces derribar el avión (siempre que, repito, no haya podido desviárselo y hacerlo aterrizar en algún lado seguro). Hasta el padre del deontologismo moderno, como es Kant, admite en su *Metafísica de las Costumbres*, el *ius necessitatis*. El mismo, posibilita una fundamentación, que no excluye, todo lo contrario, más bien, el sacrificio, el residuo, la destrucción parcial y, por supuesto, agrego yo, la tristeza moral por lo que se tuvo que decidir. Y digo “lo que se tuvo” en un sentido “mixto” de la palabra, semejante a la idea de “acciones mixtas” de las que hablaba Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*. Son aquellas en que, por ejemplo, el ministro “decide” derribar el avión, pero en otro sentido “tuvo” que decidir así, pues parecía lo más sensato. Las acciones mixtas suponen, pues, una “mezcla” de libertad y coacción.

En mi opinión, la razón que fundamenta la decisión del derribo es “numérica”. Pero no es exactamente porque cuenten “más unas personas que otras”. Esto es un error conceptual. ERNESTO GARZÓN VALDÉS cree que con el consentimiento de las víctimas logra dar con el fundamento idóneo que, además, tiene la virtud de evitar el cálculo numérico. Empero, yo creo que el cálculo es inescapable. Es la misma situación

⁴ Harina de otro costal es si la fundamentación debe entenderse en términos del “fundamentismo cartesiano” o del *holismo quineano*. En la misma línea, otro asunto es si hay un solo fundamento, o varios. No discuto estos tópicos aquí. Véase, al respecto, Gustavo Ortiz Millán, 2009: 293-310.

⁵ Aunque, por desgracia, el terrorismo “en tierra” es un dato cada vez más frecuente. El que utiliza aviones se hizo famoso en 2001 con las *Twin Towers*.

⁶ El caso concretamente es el de un científico, *Jim*, que al pasar por un lugar de Sudamérica manejado por el dictador Pedro, éste último le dice a *Jim* que, si mata a un indio, de entre una fila de 20, salvará a 19. *Jim* sigue caminando: mueren los 20 indios. El ejemplo mental era usado por Williams para poner en aprietos al utilitarismo de actos. Véase Williams, 1973: 93-100.

trágica la que explica que este es el mejor fundamento. Es, desde luego, un *fundamento trágico*. Nadie puede celebrar la decisión de derribar el avión. Pero es el tipo de acción mixta más racional. Y lo es por una razón numérica: salvamos así más vidas.

El hecho de computar la relevancia de los números no hace de mí un consecuencialista “a secas”. No creo, como es el caso de ciertos utilitaristas, que no haya casos trágicos genuinos. La idea de que, a veces, es mejor salvar la mayor cantidad de vidas posibles, no elimina la cuota de sacrificio y residuo moral que aplica al caso del derribo de aviones. El sacrificio parece sensato, pero no es un *sacrificio celebratorio*. En todo caso, la aplicación de un cómputo a este caso sugiere la presencia de un consecuencialismo “trágico”, si se me permite la expresión. No es “la” respuesta correcta según *todas las cosas consideradas*. Esto último es imposible por razones conceptuales. El caso, *qua trágico*, siempre presupone una salida en algún sentido prohibida por la “moral ordinaria”. La *reflexión crítica* es la que lleva a pensar que, dado el contexto trágico, es mejor salvar la mayor cantidad de vidas posibles. Se trata de una respuesta *justificada* por un pensamiento moral crítico. Pero tal respuesta no es “la” respuesta. Esto porque la aglomeración lógica de las dos alternativas (salvar más vidas derribando el avión, o no derribar el avión permitiendo el sacrificio de muchas vidas) supone que ambas son mutuamente exhaustivas y excluyentes. Si hubiera posibilidad lógica de escapar entre los cuernos del caso trágico, este resultaría conceptualmente disuelto. Tal cosa ocurriría, si la experiencia permitiera, por ejemplo, que el avión sea conducido en forma segura a tierra. Lo cual se daría si los terroristas aceptaran esa propuesta estatal. Por la lógica radical que tiene el terrorismo, sin embargo, esta vía parece difícil. Además, si lo fuera, podría suponer *negociar* con terroristas, lo cual podría sentar un precedente moral y jurídico complicado de cara al futuro.

Lo que acabo de señalar acaso podría comprenderse mejor después de ver la película *Silence* de Martin Scorsese.⁷ Este film retrata la vida de los jesuitas cuando llevaron su acción evangelizadora a Japón. La historia se centra en dos personajes, dos jesuitas portugueses: el padre Ferreyra (Liam Neeson) y el padre Rodrigues (Andrew Garfield). Según el relato filmico, llega la noticia a Portugal de que el padre Ferreyra ha apostatado. Y lo ha hecho debido a que él y sus fieles japoneses han sido torturados. Rodríguez viaja a Japón para saber la verdad. Allí se encuentra con la persecución de los cristianos. Todos son torturados y muertos en condiciones de extrema crueldad. Para resumir: en cierto momento, Rodrigues es capturado. Si él no apostata de su fe, día por día irán siendo torturados y masacrados sus fieles. Él sufre indeciblemente. Se mantiene en la posición de no apostatar (como en el ejemplo de Williams, él, como Jim, sigue de largo y mueren personas). En un momento crucial, Ferreyra lo visita en su prisión. Le cuenta que apostatar es la “mejor solución”, incluso es lo que Jesús haría, lo que un buen cristiano debería hacer. Debido a su negativa a apostatar, cada día son torturados en formas perversas, y luego masacrados, los fieles cristianos de Rodrigues en un número cada vez más exponenciado. Finalmente, Rodrigues apostata y logra salvar a los cristianos que quedaban.⁸

⁷ Basada en la obra del escritor *Shusaku Endo*.

⁸ Como me recuerda Lucas Misseri, la iglesia católica está asentada en el apóstol Pedro que *negó tres veces* a Cristo. La apostasía puede ser sincera o simulada. Rodríguez inclusive podría haber negado en forma simulada. Esto, por supuesto, sería un problema serio para un genuino cristiano guiado por el mandato de no mentir, de ser sincero con los demás y consigo mismo. Pero, en cualquier caso, no rechazo el hecho de que para Rodrigues sea trágico tener que renunciar en forma pública a su fe. Es como alterar la propia “identidad moral” de manera trágica (peor si tal identidad sea concebida rígidamente o en forma *o no parfitiana*). Pero más trágico resulta dejar que muchísimas personas que le son fieles a él, sean torturadas y asesinadas.

Nadie le pidió consentimiento a Rodrigues, como pide ERNESTO GARZÓN VALDÉS. Más aún, Rodrigues decidió. Pero “tuvo” que decidir en un sentido lo menos lesivo posible. Seguro llora su decisión, pero “hasta Jesús habría hecho esto”, le dice Ferreyra. Hasta el momento de decidir apostatar, Rodrigues era un cristiano fanático, recalitrante.

Hay también un deontologismo extremo o recalitrante. Aquel según el cual los números no cuentan *nunca*. Pero hay otros deontologistas (Ferreyra convencido y Rodrigues al final de la película) para los cuales no solamente importa el “deontos”, también importan las consecuencias. No se trata solamente siempre de lo que Weber llamó una “ética de las convicciones”, también se trata, como Weber también vio, de una “ética de la responsabilidad”. A veces, tenemos que analizar nuestros deberes y no lo podemos hacer en forma cerrada a posibles consecuencias. Esto es algo que han aceptado filósofos tan diferentes como Richard Hare (1999) y Karl Otto Apel (Maliandi, 2009: 21-34).

Cuando ERNESTO GARZÓN VALDÉS dice que hay que pedir consentimiento se ubica en un escenario demasiado utópico. Según él, podría ser posible trazar una analogía con la estrategia de Rawls de un “velo de ignorancia”. Muchos podrían pensar que si reflexionáramos sobre esta situación detrás de un velo de ignorancia que nos impidiera saber si seremos la gente del avión o la gente del centro urbano, parece muy plausible pensar que adoptaríamos el principio de derribar el avión, dado que moriremos de todos modos. Sin embargo, la articulación del velo no eliminaría, como sostengo aquí, el “carácter trágico” del caso. No es lo mismo estar decidiendo detrás de un velo hipotético –libres de ataduras fácticas- que decidiendo en situaciones trágicas reales. Incluso, diría más: detrás de la petición de ERNESTO GARZÓN VALDÉS (2009b) de solicitar el consentimiento de posibles víctimas frente a estas “calamidades”, hay, en contra de lo reflexionado por ERNESTO GARZÓN VALDÉS, un interés más que relevante por lo numérico. La intuición filosófica más poderosa es que, cuando *no queda más remedio*, hay que *salvar a más gente que a menos*. Y esto implica, ni más ni menos, que tener que contar, que enumerar.

78

En mi opinión, el consentimiento es una forma soterrada también de validar la intuición numérica. No se trata, repito, de que todos los individuos, en cuanto “dirigidos a un postulado reino de los fines”, no tengan el mismo valor moral, una igual dignidad. Se trata de que, a veces, hay que decidir en marcos horrorosos, que no son ni los que pertenecen al mundo kantiano puro, ni al estar detrás del velo de la ignorancia rawlsiano. Nadie querría, en su sano juicio, ser torturado o morir en un avión en esas condiciones. Nadie celebra estas decisiones “mixtas” como aquellas que tendría que adoptar el ministro de defensa ruso o alemán. Por el contrario, lo correcto, desde el punto de vista de una ética de la virtud, sería que se debe sentir uno triste por lo ocurrido. Regodearse en el mal es ser un vicioso. Lamentarse por lo que no hubo más remedio es ser un virtuoso. No podemos, incluso el virtuoso lo sabe, eliminar la mala suerte moral por completo. Tenemos que convivir con el peligro, el riesgo, de existir. En suma: con la posibilidad del sacrificio inevitable.

Por otra parte, la decisión del ministro de defensa podría entenderse en los términos del “doble efecto”. Su intención es “salvar los miles de vidas del centro urbano”, el mal mayor, para lo cual, tiene que destruir el avión. El ministro, claro que calcula consecuencias, pero esto no lo vuelve un deontologista que traicionó las propias filas. Muchos deontologistas, incluso el propio Kant, aceptan el estado de necesidad. También

admiten que los principios, a veces, puedan ser excepcionados.⁹ Al hacer tal cosa, no hay un deontologismo versus un consecuencialismo. Lo que hay, es una alianza, de bandos aparentemente irreconciliables, como el deontologismo y el consecuencialismo en aras de lo más sensato: salvar la mayor cantidad de vidas posibles en el marco extraordinario de lo trágico. Creer que esta concepción ética abre la puerta al argumento de pendiente resbaladiza, me parece una exageración, cuando no un sofisma. Las condiciones excepcionantes no son de cualquier clase. Vienen delimitadas por un elenco de situaciones extraordinarias de ribetes trágicos.

Harina de otro costal, sin embargo, es si es lícito torturar a un hombre que ha puesto una bomba en la ciudad y no quiere decir dónde está. Cesar una vida, por ejemplo, mediante el derribo instantáneo de un avión, acorta la vía de un lento sufrimiento. Casi se podría pensar que la gente del avión morirá en el acto, por la fuerza de la explosión. Pero hacer sufrir a alguien por un tiempo significativo entraña un problema trágico más grave que aquel que discutimos sobre el derribo de aviones.¹⁰ No sé en este momento qué decir de la eventualidad de la tortura. A lo mejor existen, por fuera del cálculo, “absolutos morales” y la prohibición de la tortura podría estar incluida dentro de tales absolutos. Lo que no me cabe duda, es que este sería también un caso trágico, terriblemente trágico, más trágico que el de derribo de aviones.

A modo de breve cierre

Para finalizar, solamente me resta agradecer profundamente al difunto Mariano Martin que, originalmente, me propuso realizar un homenaje al querido ERNESTO GARZÓN VALDÉS.

79

Por supuesto, sin la energía entusiasta del Profesor Hugo Seleme, causa vibrante de este homenaje en *Nomen Iuris*, y de la ayuda valiosa de la Dra. Adriana Vercellone, junto con la colaboración del becario de Conicet, Alejandro Berrotarán, mi homenaje a Ernesto, hubiese quedado archivado en alguna carpeta de mi computadora. Esto hubiese sido un motivo adicional de pena para mí. Ello es así, porque la vitalidad del pensamiento de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, junto a su fecundidad teórica, nos obliga a pensar con detalle cuestiones prácticas sustanciales. Y este pensamiento, si no se visibiliza, no permite que sigamos dialogando de viva voz con un maestro como él. Esta afirmación, creo, forma parte de una verdad filosófica más profunda, de esa que hace de ERNESTO GARZÓN VALDÉS un “clásico” vivo.

Si aquí he deslizado algunas posturas críticas frente a su ya mencionado escrito es porque intento seguir fielmente las líneas de acción por la que una y otra vez el maestro ERNESTO GARZÓN VALDÉS ha bregado; líneas vinculadas a la necesidad de leer críticamente a los miembros que forman parte de *nuestra* comunidad filosófica.

⁹ Otros deontologistas prefieren la reconstrucción según la cual Kant admitiría que los principios morales o categóricos sean “especificados” (mediante la cláusula de excepciones admisibles). Véase Crelier, 2011, pp. 11-31. Según otros autores, Crelier solamente mostraría la compatibilidad de Kant con los dilemas epistémicos o aparentes. Véase Vargas y Arango, 2013, pp. 251-261. En materia ética, un conspicuo representante de tesis especificacionistas es Richardson, 1990, pp. 279-310. En el ámbito jurídico, sobre todo constitucional, Moreso (2010, pp. 826-829) ha defendido el especificacionismo. En Moreso, 2016, pp. 225-228, se defiende un expansionismo de las razones sensible a los contextos decisionales.

¹⁰ ERNESTO GARZÓN VALDÉS *aliviana su ejemplo del derribo de aviones cuando columbra la posibilidad de que todo avión tenga un sensor explosivo puesto por cada Estado que se active frente a actos de terrorismo. Y que, además, exista paralelamente un sensor pre-explosivo que lance un gas anestésico que evite angustia y dolor físico en los pasajeros.*

ERNESTO GARZÓN VALDÉS siempre ha impulsado decididamente la necesidad de que construyamos una sólida comunidad filosófica ibero-latino-americana. Un requisito, para ello, es leer y tomar en serio a nuestros colegas de la misma lengua.

Frente a las tesis de ERNESTO GARZÓN VALDÉS no se puede permanecer nunca indiferente. No hay mejor homenaje para un filósofo que someter a escrutinio sus ideas-fuerza. Espero que estas breves líneas brindadas estén a la altura del homenajeado.

Bibliografía

ANDERSON SCHUH, SANDRA (1992). Hard and soft deontologism, *The Journal of Value Inquiry*, 26: 281-285.

CRELIER, ANDRÉS (2011). La reflexión moral kantiana y el problema del conflicto de deberes, *Praxis Filosófica*, N° 33, Cali: 11-31.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO (2009). ¿Cuentan los números en las decisiones morales?, *Claves de la Razón Práctica*, Vol. 192: 14-24.

----- (2009b). *Calamidades. La responsabilidad ante la atrocidad humana*, Barcelona, Gedisa.

----- (2006). ¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?, en Bulygin, E. (2006), *El positivismo jurídico*, México, Fontamara.

HARE, RICHARD (1999). ¿Podría Kant haber sido un utilitarista?, En R. Hare, *Ordenando la Ética, Una clasificación de las teorías éticas*, Barcelona, Ariel.

LARIGUET, GUILLERMO (2008). *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*, Prólogo de Manuel Atienza, Lima, Palestra.

----- (2011). *Encrucijadas morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, Prólogo de René González de la Vega, Madrid, Plaza y Valdés.

MALEM SEÑA, JORGE (1987). Ernesto Garzón Valdés: apuntes biográficos y reseña bibliográfica, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, Alicante: 399-411.

MALIANDI, RICARDO (2009). “La tarea de fundamentar la ética en Karl Otto Apel y en la ética convergente”, *Acta Bioethica*, N° 15: 21-34.

MORESO, JOSÉ. J. (2010). Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos, *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*: 826-829.

----- (2016). Complicaciones morales y estructuras constitucionales, en *Conceptos y Valores Constitucionales*, Lorenzo Peña y Txetxu Ausín (coords.), Madrid, Plaza y Valdés: 225-228.

NUSSBAUM, MARTHA (1995). *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Madrid, La balsa de la Medusa, Visor.

- ORTIZ MILLÁN, GUSTAVO (2009). Variedades de fundacionismo y antifundacionismo ético: un mapa, *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, Madrid: 293-310.
- RICHARDSON, HENRY (1990). Specyfing norms as a way to resolve concrete ethical problems, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 19 (4): 279-310.
- RÍOS VEGA, LUIS EFRÉN (2009). ¿Matar inocentes para salvar a otros?, *Derechos y libertades*, 21: 187-225.
- SINNOT ARMSTRONG, WALTER (2015). Consequentialism, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> accedido el 18 de diciembre de 2018.
- STEINER, GEORGE (2012). *La muerte de la tragedia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- TRUEBA ATIENZA, CÁRMEN (2000). *Poesía y filosofía en la poética de Aristóteles*. México DF, Signos Filosóficos.
- VARGAS, GABRIEL EDUARDO Y ARANGO, PABLO (2013). Crelier: Sobre Kant y los dilemas morales. *Praxis Filosófica*, N° 66, Cali: 251- 261.
- WILLIAMS, BERNARD (1975). “Negative responsibility and two examples”. En J. J. C Smart and B. Williams, *Utilitarianism: for and against*, Cambridge, Cambridge University Press: 93-100.
- WILLIAMS, RAYMOND (2014). *Tragedia Moderna*, Barcelona, Edhasa.

* * *



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución - No Comercial - Sin Obra Derivada 4.0 Internacional

Directrices para autores y formato

Extensión: Los artículos no deberán sobrepasar la cantidad de 20 páginas.

Forma del escrito: El escrito debe confeccionarse en Word para Windows, papel tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio.

La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del autor o autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés (máximo de 15 renglones); d) Palabras-clave en español e inglés (máximo cinco expresiones).

Abreviaturas y otros signos:

- Todas las abreviaturas que se empleen deberán estar expresadas en forma completa la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocarán en itálica, salvo que se empleen letras griegas.
- Las siglas, al igual que los años no llevarán punto. Por ejemplo: ANSESS, AFIP, CSJN, TSJ, 2000, 2010.
- Los títulos no llevarán punto.
- Las expresiones “artículo”, “decreto”, “resolución”, “inciso”, “disposición”, “instrucción” y “ley” irán en minúscula y desarrolladas.
- Si se usan comillas dentro de un texto mayor que ya está entrecomillado, las comillas encerradas deberán ser simples.
- Para destacar palabras o textos se usará itálica (no negrita, no subrayado).
- Los números de las normas no llevarán punto. En cambio sí lo llevarán los números de los expedientes y las cifras monetarias.
- Las locuciones latinas no castellanizadas y los extranjerismos deberán figurar en itálica.

Tablas y figuras: Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

Citas y referencias bibliográficas:

- La citas y referencias se efectuarán siguiendo las normas APA 6th.
- Para las citas en el texto se debe consignar:
 - apellido del autor y la fecha de la obra se incluyen en paréntesis dentro de la oración.
 - Si la oración incluye el apellido del autor, sólo se escribe la fecha entre paréntesis. Ejemplo: “Viadero (2007) informa que un análisis de más de doscientos estudios evidencia la correlación entre la enseñanza de destrezas sociales y el mejoramiento del desempeño escolar”.

- Si no se incluye el autor en la oración, se escribe entre paréntesis el apellido y la fecha. Ejemplo: “Un análisis de más de doscientos estudios evidencia la correlación entre la enseñanza de destrezas sociales y el mejoramiento del desempeño escolar (Viadero, 2007).”
- Al final del texto, se elaborará la lista de bibliografía completa en orden alfabético, con los siguientes datos: nombre completo del autor, año de publicación entre paréntesis, título en bastardilla si se trata de un libro o entre comillas si se trata de un artículo o publicación periódica, editorial y lugar de publicación (si corresponde), tomo, capítulo, número o volumen, páginas. Ejemplo:

Blake, Michael. (2001). “Distributive justice, state coercion, and autonomy”, *Philosophy & public affairs*, 30(3), 257-296.

List, Christian, and Philip Pettit (2011). *Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents*. Oxford University Press Oxford.

- En las citas de jurisprudencia se consignará: Tribunal, “Autos” (siempre entre comillas), Sala, fecha, publicación, página. Ejemplo: TSJ Cba, Sala Laboral, “Vivas, Raúl c/Perkins Argentina S.A.”, abril 25-983, La Ley Córdoba, 984-516.
- Las citas electrónicas indicarán la página web y la fecha de consulta.

Publicación

Digital; Anual; de acceso gratuito en el sitio <http://revistas.unc.edu.ar/>

Idioma

Castellano