

Vulgarización y deterioro del derecho democrático

MARCELO ALEGRE*

Moisés leía los mandamientos a su pueblo:

- ...No desear la mujer del prójimo.

Se oye una protesta general.

Moisés aclara: - Eso dice la ley, esperemos a ver que dice la jurisprudencia.

(Anónimo)

1. Introducción.

En las siguientes notas me propongo examinar diversos significados posibles de los términos “vulgarización del derecho”, intentando calificar los distintos fenómenos que podrían ser casos de vulgarización como deseables, indeseables o neutros. Finalmente, indagaré acerca de qué significa “deseable” cuando nos referimos a un orden jurídico democrático. El objetivo es mostrar que la tesis de la vulgarización, para ser relevante, debe referirse al deterioro del derecho en términos filosófico-políticos, debe distinguirse de otros males con los que podría ser asociada, y que la afirmación de que determinado orden jurídico sufre un proceso de vulgarización tiene implicancias que exceden el ámbito de lo jurídico.

La razón principal por la que desconfío de la utilidad de la tesis de la vulgarización,¹ es que sospecho que ella puede potencialmente encubrir, detrás de la denuncia de males innegables, la defensa de una concepción equivocada del derecho. El peligro es que los anti-vulgarizadores usen los casos en que los tribunales actúan de manera abiertamente arbitraria, o inconsistente, o caprichosa, como muestra de lo que sucede cuando renunciamos a la idea de la autonomía del derecho, o que usen los casos en que los jueces aluden burdamente a razones de justicia o equidad para dar por probada la inadecuación de una visión no-positivista del derecho. En consecuencia, el diagnóstico de los anti-vulgarizadores exige mayor precisión. Debemos darles la razón respecto a que los fallos que les preocupan son espantosos, pero debemos resistir firmemente la tentación de creer que la alternativa es creer en la desconexión entre el derecho y la justicia, o entre los principios constitucionales y el resto del orden jurídico. En definitiva, el riesgo es que por temor a la vulgarización se termine defendiendo una visión incorrecta del rol de los jueces, de los juristas, y de la enseñanza del derecho.

* Profesor Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Universidad de Palermo.

¹ Debo confesar que antes de saber de qué se trataba este asunto de la vulgarización, ya la palabra me provocaba suspicacias por sus resonancias elitistas. Sin embargo, uno de los temas recurrentes de los denunciadores de la vulgarización es la supuesta arrogancia de los juristas no-positivistas, que –supuestamente– reclaman para sí el acceso a la verdad moral. Más adelante trataré de mostrar que la objeción fracasa por varias razones. Ahora pienso que la anti-vulgarización corre el riesgo de aparecer como elitista, y además, de serlo.

2. ¿Qué es la vulgarización del derecho?

Últimamente he oído y leído acerca de diversos peligros, tendencias, riesgos, etc., que caracterizarían al derecho moderno, a la acción de algunos jueces, a los estudios teóricos del derecho, a la visión de las sociedades en general acerca de lo jurídico. El término “vulgarización” ha estado asociado a algunos de estos fenómenos. Tal vez todos estos rasgos tengan una única raíz, y en definitiva sean todos partes de lo mismo. Preliminarmente, sin embargo, me parece útil despejar el terreno. La lista que sigue es incompleta. Me apresuro a aclarar que la definición sugerida por los organizadores, que se ajustaría a lo que Andrés Jana llama “derecho fundamentalización”, no recoge otros rasgos que podrían ser vistos como “vulgarizadores”. En particular, algunos amigos me han llamado la atención sobre la posibilidad de un derecho constitucional vulgarizado, que es algo diferente a la “derecho fundamentalización” por cuanto implica ya no una extensión impropia del razonamiento constitucional, sino un rasgo del derecho constitucional operando en sus propios confines. Aquí van, pues, algunas tendencias que podrían, en principio, ser vistas como “vulgarizadoras” del derecho.

a. ¿Sobreconstitucionalización?

Francisco Laporta ha señalado como uno de los factores causantes de la “crisis de la ley” a lo que llama la “sobreconstitucionalización”,² y que se caracteriza por una pérdida de legitimidad de las normas sub-constitucionales a favor de las constitucionales. En consecuencia, “la ley está en permanente interinidad y en una posición subalterna, porque es interpretada y contemplada no por sí misma sino como una suerte de sospechosa permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución.”

Hay dos tipos de consideraciones que podrían respaldar este proceso. Por un lado, como señala Laporta, un crudo positivismo, que diría simplemente que la Constitución es la norma superior del sistema. Por otro lado, la atribución de ciertas características a la Constitución que la harían preferible a la legislación ordinaria, por ejemplo, la idea de que la Constitución encarna ciertos principios básicos de justicia. Laporta, además de sugerir los problemas metaéticos que presupone dicha posición, reitera las objeciones contramayoritarias que pueden dirigirse contra la práctica del control de constitucionalidad de las leyes, objeciones que suenan más fuerte a medida que dicho control se vuelve rutinario.

La sobreconstitucionalización, es decir, el uso exagerado de argumentos constitucionales para limitar o invalidar la legislación ordinaria, es cuestionable desde una perspectiva democrática. La razón es que el ideal del autogobierno se debilita cuando la autoridad de las mayorías se ve recortada excesivamente en favor de los cuerpos que tienen la competencia de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. La conclusión acerca de si existe exageración o abuso en el ejercicio de dicha competencia dependerá de un análisis complejo, respecto del cual conviene tener presente dos salvedades: en primer lugar, se debe explicitar qué concepción se tiene acerca de estas prácticas contramayoritarias. Si uno se opone a ellas de raíz,³ entonces el problema no es la sobreconstitucionalización, sino, simplemente, la constitucionalización. Ahora bien, en segundo lugar, si admitimos algún espacio para estas prácticas, el análisis no puede prescindir de consideraciones sustantivas. No alcanza con enumerar la cantidad de decisiones invalidantes

² Francisco J. Laporta, “Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa* 22 (1999), 321-330.

³ Para un detallado argumento en contra de cualquier grado de control de constitucionalidad, ver Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, (Oxford University Press, 1999).

durante un determinado período. Se debe entrar al fondo de cada asunto antes de concluir que se está forzando o abusando de una competencia institucional.

En tercer lugar, conviene no dar fácilmente por sentado lo que muchas veces se asume sin más, a saber, que es propio de la adjudicación constitucional una cierta laxitud interpretativa, una amplia discreción en la aplicación de los principios constitucionales. La idea de que el control de constitucionalidad implica per se el más amplio arbitrio político, es una idea muy discutible que está presupuesta por muchos de los opositores al control judicial de constitucionalidad. En efecto, si el control de constitucionalidad es pura política, ¿por qué asignar dicha tarea a los jueces, que están tan alejados de la representación democrática? Por el contrario, no pienso que exista en el ámbito constitucional un margen mayor para la discrecionalidad que el que existe en otros terrenos del derecho, y creo también que cualquier teoría plausible de la interpretación constitucional debe ser una teoría democrática de la constitución, es decir, una teoría que imponga restricciones fuertes al ejercicio del poder de control constitucional, y que sea marcadamente deferente respecto de los cuerpos democráticos.

La sobreconstitucionalización, pues, es un peligro tangible, aunque antes que vulgarizar al derecho, tiende a hacerlo más elitista y menos democrático.

b. ¿"Derecho fundamentalización"?

Los juristas discuten si los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones democráticas vinculan al estado o también a los particulares en sus relaciones entre sí. En estas discusiones acerca del efecto "horizontal" de los derechos fundamentales (directo o indirecto) o "vertical", quienes asumen una postura más reticente en cuanto a la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado lo han hecho en nombre de la necesidad de preservar la "identidad del derecho privado", su "lógica" interna.⁴ El derecho privado combinaría sabiamente tradición y cambio, racionalidad y equidad, de acuerdo a una racionalidad propia, incompatible con la lógica de los derechos constitucionales. Por ejemplo, estos derechos, son formulados en forma abstracta, lo que los tiñe de vaguedad y ambigüedad, siendo que el derecho privado se caracteriza por su precisión en la determinación de las esferas exclusivas –los derechos subjetivos– de los agentes sometidos a su regulación.⁵

La vulgarización así entendida, consistiría en la desvirtuación del derecho privado por medio de la introducción de ciertos derechos constitucionales como argumentos para resolver problemas del ámbito privado.

Hay razones para poner en duda la supuestas "ventajas" del derecho privado, lo que a su vez nos llevaría a adjudicarle menos valor a la preservación de la esfera del derecho privado frente a las exigencias de la aplicación directa de los derechos fundamentales. En este terreno el derecho de familia es una buena muestra de que lo privado puede ser el reino de la opresión y la violencia, no de la equidad, la racionalidad

⁴ Sigo el lúcido análisis de Andrés Jana Linetzky, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Los derechos fundamentales* (SELA 2001, Editores del Puerto, 2003), pp. 53-70. Como contrapunto de la perspectiva de Jana es útil leer la contribución de Víctor Ferreres Comella en el mismo volumen, "La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares", pp. 41-52.

⁵ Jana Linetzky, *op. cit.*, p. 66 citando a su vez a Enrique Barros, "Lo público y lo privado en el derecho" en *Revista de Estudios Públicos*, Vol. 81, 2001, p. 23 y "Relación jurídica y derechos subjetivos" (Apuntes), Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 12.

dad y el cambio reflexivo. Lo mismo sucede en otros ámbitos del derecho privado, como los contratos o el derecho de daños. Visto en su mejor luz, la introducción de principios constitucionales en el derecho privado es parte de la modernización democrática de la sociedad.

La razón más fuerte, a mi juicio, para resistir la idea de la impermeabilidad del derecho privado a los derechos fundamentales parte del reconocimiento de que el derecho privado, tanto como el público, regula el uso de la fuerza del estado. El estado está obligado a tratar a todos los miembros de la sociedad bajo ciertos estándares de justicia (el requerimiento de que muestre “igual respeto y consideración”, por ejemplo, es uno de esos estándares), y los derechos fundamentales son una especificación de estos estándares. Cualquier pretensión de limitar estas obligaciones que pesan sobre el estado debe hacer referencia a aquellos principios básicos de moralidad política. No afirmo que no existan tales argumentos, simplemente sostengo que deben, para pretender “derrotar” a los derechos fundamentales, asumir la forma de argumentos acerca de las obligaciones del estado democrático.

Por supuesto, los derechos fundamentales pueden ser aludidos en forma absurda en argumentos de derecho privado (alguien puede basarse en el derecho a la igualdad para exigir que el estado le consiga una pareja atractiva como la de su vecino, por ejemplo). En contraste, los derechos fundamentales debieran ser concebidos como construyendo las instituciones básicas de la sociedad (sean “públicas” o “privadas”), de manera estructural y no particularizada.

Se alega que la incorporación creciente de argumentos de principio para resolver problemas jurídicos, puede aumentar la incertidumbre. Jana señala que éste es uno de los inconvenientes de la horizontalidad directa: “[U]na vez que los derechos constitucionales tienen directa aplicación en la solución del conflicto tienden necesariamente a controlarla, haciendo irrelevante las normas legales que en ausencia de ellos decidirían la disputa, y los casos terminan siendo adjudicados por decisiones basadas fundamentalmente en argumentos de principio”.⁶

Si un orden jurídico se vuelve impredecible, eso es malo. Pero, ¿qué razón tenemos para suponer que este peligro es mayor cuando los principios y derechos constitucionales juegan un rol en la resolución de disputas de derecho privado? En primer lugar, creo incorrecto suponer que el enfoque tradicional del derecho privado no se base en razonamientos “de principio”. Como se ha denunciado repetidamente, antes bien, se trata de que las consideraciones valorativas tienden a disfrazarse u ocultarse tras el velo de operaciones interpretativas asépticas. En segundo lugar, la virtud de la predecibilidad debe ser puesta en su justo lugar. Muchas veces, los derechos fundamentales de naturaleza constitucional, o aquellos derechos reconocidos por tratados internacionales de derechos humanos modifican lo que, en su ausencia, habría sido el curso predecible de ciertas prácticas y decisiones judiciales. Afortunadamente, por cierto, ya que ciertos derechos fundamentales obligan a repensar prácticas intocables por siglos, en beneficio de grupos postergados, minorías explotadas, etc. En tercer lugar, existe el peligro de juzgar ciertas posturas (por caso, la que defiende la eficacia directa de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho privado) teniendo en cuenta decisiones u opiniones disparatadas. Prohibir un libro porque, en la lista constitucional de derechos tutelados la honra figura en cuarto lugar y la libertad de expresión, en el lugar decimosegundo, es una tontería, no una muestra de la debilidad de la doctrina de la eficacia horizontal directa.⁷

⁶ Op. cit., p. 67.

⁷ Op. cit., p. 68.

c. ¿Deformalización?

Podríamos pensar que la vulgarización del derecho alude a la pérdida de su carácter formal. De las mil nociones posibles de formalidad, quisiera mencionar dos. La primera se basa en la noción de razones exclusionarias de Joseph Raz. La segunda, en la noción de formalismo de Frederick Schauer.

Para Raz, las reglas operan como razones exclusionarias, ya que excluyen ciertas consideraciones de nuestro razonamiento práctico.⁸ Si las autoridades y los ciudadanos apelaran a un razonamiento práctico desembozado ante cada oportunidad de actuar, la vida social sería bastante más caótica que lo que actualmente es. El derecho cumple la función de eliminar de nuestro razonamiento práctico ciertas consideraciones. Por el contrario, si ante cada situación en la que el derecho nos ordenara cierto curso de acción, nos embarcáramos en un balance de razones a favor y en contra para decidir si habremos de obedecer o vulnerar la norma, las funciones coordinadoras y pacificadores del derecho se perderían. Por ejemplo: un profesor de filosofía del tercer mundo se pregunta si debe permitir que sus alumnos fotocopien *Facticidad y Validez*, en violación de las normas de derecho de autor. Como está seguro de que Habermas es más rico que el promedio de sus alumnos, decide permitirlo. Otro ejemplo: el pasajero de un taxi resuelve no pagar su viaje, y, en vez de eso, escapar y luego entregar ese importe a un mendigo, que sin dudas lo necesita más que el chofer estafado. (También podemos imaginar a un juez “vulgarizador-deformalizador” que absuelve al pasajero).

Los ejemplos anteriores apuntan a uno de los peligros de todo sistema jurídico, el finalismo, es decir, la tendencia a resolver los problemas jurídicos teniendo en cuenta la solución concluyentemente mejor en cada caso en particular. Como trataré de explicar en la siguiente sección, se trata de un problema más general, que tiene repercusiones letales para el derecho.

Otra noción interesante de formalismo es la de Frederick Schauer.⁹ Este autor califica de formalista a “un proceso de toma de decisiones que distingue y prioriza el mandato literal de la norma jurídica más aplicable localmente, de y por sobre algún resultado presuntamente mejor que se podría alcanzar considerando un rango más amplio de factores”.¹⁰ Schauer expone una noción más densa de formalismo, ya que en su concepción éste incluye también una tesis interpretativa, el literalismo. En principio, podrían existir formalistas no literalistas. Bastaría con creer en el carácter excluyente de las reglas, y por lo tanto oponerse a una ampliación (o al menos a una ampliación excesiva) del “rango de factores” a tener en cuenta por el decisor, sin apoyar una teoría literalista de la interpretación. Sin embargo, me parece útil mencionar la variante literalista del formalismo porque sospecho que mucho de lo que molesta en ciertas tendencias que se señalan como vulgarizadoras es el desapego por una interpretación literal de las normas, en favor de una interpretación más laxa que acude a consideraciones morales o políticas “externas” a las normas.

Un orden jurídico decente debe eludir el finalismo, (la actitud consistente en convertir el mejor curso de acción en la solución jurídica de cada caso) por las mismas razones por las que el consecuencialismo de actos lleva a conclusiones inaceptables. Por caso, nadie iría a un hospital, por miedo a que le arranquen sus órganos para salvar un cierto número de vidas, y nadie firmaría contratos, ya que su cumplimiento

⁸ Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975.

⁹ Frederick Schauer, “Formalism”, 97 Yale L. J. 509-548.

¹⁰ Op. cit.,

estaría supeditado al cálculo particularizado de costos y beneficios a cargo de cada contratante, etc. Ésta es la contribución invalorable, creo, de "Two concepts of rules", el viejo artículo de Rawls:¹¹ las razones que fundamentan una práctica no necesariamente coinciden con las razones que fundamentan cada instancia particular de la práctica. Uno de los ejemplos de Rawls es el sistema penal. Según él, las críticas a la concepción utilitarista del castigo se dispararían si se tuviera en cuenta esta distinción entre razones que justifican una práctica (el sistema penal) y razones que justifican instancias específicas de la práctica (cada imposición de una pena). Así, ya no podría acusarse a los utilitaristas de permitir el castigo a los inocentes si a través de este castigo se alcanzaran fines valiosos (como pacificar a una sociedad enloquecida por una seguidilla de crímenes irresueltos). Aquello que sirve como fin orientador del sistema en su totalidad (disminuir la comisión de delitos, supongamos) no es lo que debe guiar al juez en el caso concreto (según Rawls, aquí cabría recurrir a razones no prevencionistas).

Esta idea es el germen de otra idea importante en Rawls, la de correr el foco de la filosofía moral y política hacia las instituciones básicas de la sociedad. La teorización de la justicia debe dejar de lado la preocupación por diseñar un listado completo de deberes morales como guía de nuestras acciones individuales, para pasar a pensar los principios que deben regir las instituciones fundamentales de la vida social, es decir, aquellas que condicionan de forma más indeleble nuestro futuro. El propósito de estas instituciones, entonces, puede no coincidir con las razones que deben guiar cada acción de las que se desarrollan en el marco de dichas instituciones. En este punto quisiera dar otro ejemplo: la discusión entre penalistas acerca de la justificabilidad o no de diferenciar entre la tentativa fracasada y la exitosa. Suele acusarse a los sistemas penales que disminuyen la pena en el caso de tentativas frustradas de violar el principio de igualdad ante la ley. Creo que esto es un error, y que la distinción rawlsiana entre instituciones e instancias individuales de la práctica institucional explica en qué consiste el error. La acusación de violar la igualdad ante la ley debe dirigirse contra la práctica general de penar más gravemente a los delitos con resultado que a los delitos frustrados. Por supuesto, dos personas que cometen exactamente la misma acción han de recibir penas diversas, pero lo mismo sucede con dos personas que realizan la misma apuesta en la ruleta en momentos distintos. Del mismo modo, en el ámbito del derecho de daños, dos personas que realizan la misma maniobra imprudente pueden terminar en situaciones diferentes, si solamente una de ellas atropella a alguien como resultado de esa maniobra. Si ex ante existen razones (epistémicas, de eficiencia institucional, etc.) para incorporar la suerte causal en el conjunto de factores determinantes de la consecuencia jurídica de ciertas acciones, y estas razones no incluyen intenciones discriminatorias, entonces la constatación posterior de que ciertas personas sufrirán consecuencias más gravosas que otras no tiene la relevancia moral que los "subjetivistas" le atribuyen.

De todas formas, creo que quienes piensan en la deformalización como sinónimo de vulgarización, piensan en casos menos sofisticados. Fernando Atria me ha dado (en conversación) el ejemplo de un señor que se oponía al aumento de ciertas contribuciones obligatorias al sistema de salud en Chile sobre la base de que violaba su derecho de propiedad. La idea sería que el mal de la deformalización que acecha al derecho consiste en que los ciudadanos digan lo que quieran como fundamento para desobedecer al derecho, o, más grave aún, que los jueces u otros funcionarios digan lo que quieran como fundamento para sus decisiones. Sin embargo, debo hacer notar, que en el ejemplo de Atria, no se trata de negar el carácter exclusionario de las reglas. En efecto, para que estemos ante un caso de deformalización en este

¹¹ John Rawls, "Two concepts of rules" (1955), en J. Rawls, *Collected Papers*, Samuel Freeman (Ed.), Harvard University Press, 1999), pp. 20-46.

sentido, el agente debe incorporar a su razonamiento práctico razones *que sean en sí mismas plausibles*. Lo aparentemente paradójico del seguimiento de reglas se manifiesta en la exclusión de consideraciones razonables. Las otras (las razones disparatadas o absurdas, como la objeción del conservador del ejemplo de Atria) ya están excluidas del razonamiento práctico, sea formal o no.

La apelación constante a razones sustantivas para resolver casos individuales hace imposible la emergencia de instituciones fuertes. El casuismo finalista no puede ser el proyecto de una sociedad democrática. Pero igualmente peligroso es el formalismo ciego. Si delibero cada vez que termino de comer acerca de si me resulta útil o conveniente lavarme los dientes, (casuismo finalista) es posible que pierda tiempo que podría aplicar mejor en otras cosas. Por lo tanto, es razonable que me fije una regla (lavarme los dientes después de comer) a la que trate de sujetarme de manera más o menos automática (formalismo razonable).

Pero si mi casa se incendia, haría bien en salir corriendo sin lavarme los dientes. Del mismo modo, los ciudadanos hacen bien en desobedecer y rebelarse contra leyes injustas, y los funcionarios y jueces tienen la obligación de morigerar esas normas, y, en ciertos casos, de desconocerlas. Superado cierto umbral de injusticia, el disvalor de la violación debe confrontarse en pie de igualdad con el disvalor del cumplimiento de la norma injusta. ¿Cómo debemos juzgar la aceptación por parte del generalato argentino actual (sea que se lo vea como un cambio de doctrina o como reconocimiento de lo que siempre fue la doctrina correcta) de que no solo delinque quien da órdenes inmorales sino también quien las cumple? ¿Acaso es un ejemplo de deformalización o vulgarización?

d. ¿Desacralización?

Hay quienes creen que el derecho se vincula, en algún punto, con lo sagrado. La pérdida de temor por los aspectos sagrados del derecho, entonces, podría verse como una forma de vulgarización. La institución de la unión civil entre personas del mismo sexo, ha sido descrita como una violación del carácter sagrado del matrimonio (lo mismo se ha dicho y dice contra la ley de divorcio).

e. ¿Desritualización?

Una postura vinculada con la descrita en el punto anterior, vería con preocupación la tendencia a la desaparición de ciertos rituales y procedimientos. Si creemos que los rituales son importantes para fortalecer ciertas identidades de grupo, o para remover ciertas cuestiones de la agenda pública (cuestiones divisivas, por ejemplo), podríamos resistir la tendencia moderna a simplificar prácticas, instituciones y actos jurídicos.¹² Alternativamente, podría verse a esta tendencia con buenos ojos, con lo que ésta sería una acepción positiva del término vulgarización.

¹² Vázquez Pando describe la "vulgarización interna" como una "simplificación de las formalidades, así como el desdibujamiento de las diferencias existentes entre las figuras afines o relacionadas..." Vázquez Pando, Fernando Alejandro, *La formación histórica del sistema monetario mexicano y su derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, serie C: Estudios históricos, núm. 75, VIII+916 pp.

f. ¿Decadencia estética?

El derecho puede ser objeto de apreciación estética desde varios puntos de vista. Puede apreciarse en él su simplicidad, su claridad de lenguaje, su elegancia en la resolución de problemas, la forma en que enriquece otros discursos sociales, etc. Estos factores pueden ser objeto de deterioro. El derecho puede recurrir a un lenguaje tosco, críptico, los códigos pueden volverse redundantes, los abogados pueden ir transformándose en personajes cada vez menos interesantes, más incultos, etc. La constitución argentina, luego de la reforma de 1994, fue calificada por el diario *La Nación*, como una constitución “obesa y deforme”, en referencia, entre otras modificaciones, a la incorporación de varios tratados de derechos humanos con carácter constitucional. Críticas similares se han dirigido contra la nueva constitución brasileña. La crítica central, en estos casos, no es estética, ya que apunta a lo indeseable –en términos políticos- de tener constituciones detallistas y sobreabundantes, pero creo que también hay una sugerencia acerca de la belleza de los textos simples y despojados. Por supuesto, quien no crea que el derecho es una práctica hecha para el deleite estético podría desechar estas preocupaciones.

g. ¿Pérdida del carácter científico del derecho?

La vulgarización también puede referirse al creciente abandono del paradigma de la ciencia jurídica. Creo que esto está detrás de los resquemores de muchos civilistas ante el avance de la perspectiva constitucional sobre los problemas de derecho privado. La tradición de la dogmática continental¹³ tiende a reposar sobre la idea de una separación nítida entre derecho y política. La tarea de los juristas y jueces, según esta tradición debe verse como una actividad despolitizada. Es al legislador a quien incumbe formular las apreciaciones de orden político. Por el contrario, los juristas deben limitarse a sistematizar el derecho, llenar los vacíos y lagunas, y deducir las conclusiones que se siguen de los enunciados explícitos del orden jurídico. La tarea interpretativa que los juristas y jueces desarrollan es, bajo este paradigma, neutral desde el punto de vista valorativo. Ellos no vuelcan (¡lo contrario sería anatema contra la ciencia jurídica!) sus creencias valorativas en su actividad interpretativa. La vulgarización, en este caso, consistiría en la tendencia de los jueces en sacar “de la galera” soluciones al gusto de su paladar político. La línea entre derecho y política se vuelve difusa, y la actividad de los juristas pierde sus reglas, su disciplina, su método específico.

La historia puede verse de otra manera sin embargo. Podría ser que las sociedades modernas están demandando de los operadores jurídicos mayor claridad y menos oscurantismo. Podría ser que estén en crisis terminal los intentos de fundamentar soluciones jurídicas en interpretaciones “científicas” del derecho que disfrazan de aséptica metodología lo que son opciones valorativas del intérprete. O tal vez, ambas tendencias se están desarrollando al mismo tiempo. Por un lado aumenta la arbitrariedad judicial, y por el otro la demanda de justicia ya no se satisface con teorías jurídicas “científicas” –es decir, pretendidamente neutrales-.

¹³ Carlos Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974. Tal vez ésta ya no sea una descripción vigente de la dogmática actual. Ver, por ejemplo, Christian Courtis y Alberto Bovino, “Por una dogmática conscientemente política” en C. Courtis, (Compilador) *Desde otra mirada*, (Buenos Aires, Eudeba) 2001, pp. 183-222.

h. ¿Desnacionalización?

Así como en el caso de la vulgarización del derecho romano, alguien podría pensar que el derecho se vulgariza cuando pierde características propias y tiende a converger o mezclarse con instituciones y normas importadas o transplantadas. La jurisdicción internacional en materia de juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos, ha sido criticada sobre la base de que significa un quiebre al estado de derecho. Podría traducirse la crítica en el lenguaje de la vulgarización: la (vulgar) sed de justicia atropella el principio jurídico de territorialidad. Otros ejemplos menos dramáticos los provee el derecho comercial con la incorporación de categorías importadas. Por caso, cada vez hay más contratos en la Argentina que se refieren a la “culpa grave”, que es una noción propia del derecho anglosajón. Vulgarmente hablando, todos entendemos qué quiere decir. Sin embargo nuestros códigos no reflejan la distinción entre culpa grave y normal. Pero nuevamente aquí es necesario aplicar buen juicio para discriminar el snobismo de la evolución, y el progreso del colonialismo jurídico.

3. ¿Cómo se mide el deterioro del derecho democrático?

Derecho Democrático y Justicia.

Porque creo que la acepción más relevante de “vulgarización” es la que se asocia con la pérdida o erosión del carácter formal del derecho, quisiera sugerir un modo a través del cual la democracia armoniza con el grado de formalidad necesario en el derecho. Recordemos una vez más que el formalismo del derecho se manifiesta en la clausura a la apelación de buenas razones, es decir, razones que serían admisibles de no ser por ciertas reglas jurídicas. El derecho democrático provee una justificación formidable para esta clausura: el pueblo autogobernado ha resuelto que las razones admisibles para la toma de decisiones sean las que surgen de las normas jurídicas. Democracia y formalidad (en este sentido) no son excluyentes. La apelación a consideraciones sustantivas para desconocer o morigerar el alcance de una norma, debe incluir una ponderación positiva de las decisiones democráticas corporizadas por las normas en análisis.¹⁴ Cuando un juez moldea a su gusto la legislación para acomodarla a sus preferencias políticas, el mal en ciernes no es la deformalización o la vulgarización, sino la usurpación del poder.

La exigencia de ubicar la tesis de la vulgarización en el contexto filosófico-político de una tesis acerca del derecho y la justicia, acarrea otra consecuencia. Si la vulgarización es una forma de deterioro del derecho, afirmar que cierto orden jurídico está en proceso de vulgarización es algo realmente fuerte, por la siguiente razón: es intuitivamente implausible sostener que el derecho de una sociedad determinada está en proceso de deterioro, sin que eso implique que esa sociedad está deteriorándose. El derecho es la columna vertebral de una sociedad, por lo tanto es imposible que su degradación no se transmita a la sociedad, o que, alternativamente, no sea el reflejo de una degradación social, o ambas cosas a la vez.

Esa es la diferencia entre el derecho y, digamos, el rugby. Yo puedo decir que el rugby argentino está en decadencia, sin que implique nada respecto de la sociedad argentina. En cambio, la afirmación de que

¹⁴ Al modo del razonamiento escalonado de Carlos Nino. Ver, por ejemplo, *Derecho, Moral, y Política*, Ariel, Barcelona 1993.

el derecho argentino está en decadencia, necesariamente implica que *la Argentina* está en decadencia. Por lo tanto, si alguien afirma que el derecho chileno se está vulgarizando, y si con eso quiere decir que está sufriendo un deterioro, debería explicar de qué manera se relaciona ese deterioro con el progreso (o la decadencia) *general* de Chile, o explicar por qué el derecho es como el rugby, una actividad insularizada del resto de la vida social.

4. Rodrigo Correa y la Vulgarización.

El Profesor Rodrigo Correa ha propuesto un provocativo análisis (no como tesis concluyente sino como propuesta de investigación) de lo que llama vulgarización por constitucionalización. Me interesa mostrar por qué su propuesta contribuye a consolidar mis suspicacias respecto de la idea de vulgarización, y creo que entrar en diálogo con un expositor de la tesis puede iluminar mejor un terreno aún oscuro y poco señalado. Correa entiende como constitucionalización lo que Favoreu llama “constitucionalización-transformación”, es decir, la transformación que la jurisprudencia constitucional produce en el resto del derecho. A su vez, entiende por vulgarización, siguiendo a los romanistas, la tendencia funcionalista que sujeta al derecho a las necesidades sociales o económicas, y la tendencia “moralizante”, que desborda las formas en nombre de la justicia. La relación entre constitucionalización y vulgarización no es necesaria,¹⁵ pero Correa entiende que se da en Chile. Correa expone dos ejemplos. El primero es el de la errática jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la prescripción adquisitiva de tiempo breve, la que incluye decisiones que declaran inconstitucional un decreto, regulando esta institución con base en el derecho constitucional de propiedad. Lo que motiva a la Corte, según Correa, es un deseo crudo de hacer justicia. El segundo ejemplo es la decisión del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional el tratado de adhesión al Tribunal Penal Internacional. Luego de señalar que la argumentación constitucional es más complicada que la legal, por depender de modo más directo de consideraciones morales generales, Correa hace alusión, por un lado, a la falta de una dogmática constitucional, vacío cuya responsabilidad adjudica primariamente a los académicos, y por otro lado, a un espíritu antiformalista, denunciado en su tiempo por Weber, que antepone fines morales o económicos a las categorías jurídicas formales. Según Correa, el problema del vulgarismo es que al socavar las formas se erosiona la libertad, que es el ideal que debe primar en sociedades plurales éticamente. Afirma luego que las normas deben adaptarse a las expectativas morales cambiantes, pero sin atropellar las formas. Como ejemplo de este tipo de adaptación, alude positivamente al artificio utilizado en Chile, en ausencia de divorcio conyugal, para anular matrimonios, probando mediante testigos que el domicilio conyugal era falso, con la consiguiente invalidez de la actuación del juez de registro. Concluye criticando la tentación de subordinar las formas a los principios morales y reivindicando un rol menos arrogante de los abogados, como expertos en las formas.

Una de las debilidades de la tesis de la vulgarización es su extrema ambigüedad. Esta ambigüedad se deriva del uso de términos cuyo alcance resulta muy impreciso. En efecto, ¿quién puede oponerse a la primacía de las formas, mientras no se nos aclare exactamente qué se quiere decir por “forma”? Del mismo modo, la desconfianza respecto de la apelación a principios morales puede estar justificada, si es que se entiende por “principios morales” las convicciones personales de cada juez, o las ideas morales de moda. He dicho que la oposición nítida entre forma y sustancia es engañosa. El propio Correa respalda la

¹⁵ No es claro en su trabajo el carácter constitucionalizador de la codificación del siglo XIX. En la sección I se lo niega, pero luego se lo afirma al comienzo de la sección III.

primacía de las formas en el valor moral de la libertad. En verdad hay otros valores que también cuentan a favor de ciertos estándares usualmente defendidos en nombre del formalismo. La “moralidad interna del derecho” de León Fuller expresa esta idea, según la cual la forma del derecho implica una cierta regularidad, congruencia, generalidad, etc., y no es difícil entender que hay razones morales para defender estos rasgos. Pero uno no puede, entonces, recurrir a consideraciones morales sin aceptar la lógica expansiva del razonamiento moral.

En el trabajo de Correa, la tesis de la vulgarización parece reducirse a un subconjunto del fenómeno jurídico, el de las decisiones judiciales. En efecto, si la vulgarización es la sujeción del derecho a los fines sociales y de justicia, entonces no parece haber nada criticable en el hecho de que los legisladores se “vulgaricen”, es decir, que legislen prestando atención a las consecuencias de las normas y a su ajuste con las exigencias de justicia. Lo mismo se aplica a la enseñanza del derecho. En mi opinión resulta urgente que nuestras facultades de derecho incorporen los avances modernos en filosofía moral y política, (entendiendo que Correa está de acuerdo, en cuanto lamenta la falta de una academia constitucional sofisticada) y también que profundicen el conocimiento de los estudiantes en áreas como la economía y la sociología. El “entrenamiento en la forma, producto de [la] educación jurídica” que reivindica Correa, se muestra cada vez más insuficiente en el mundo actual, en que el derecho se ha transnacionalizado, y se ha venido incrementando exponencialmente su interrelación con la economía y con las expectativas de cambio democráticas.

Respecto de los casos con los que Correa ilustra su posición, me apresuro a declarar que si la vulgarización es lo que trasuntan las decisiones sobre prescripción de la Corte Suprema, estamos ante la incorporación innecesaria de una palabra nueva (vulgarización) en lugar de la que usualmente se aplica a estos casos, que es arbitrariedad. Resolver un caso hoy en un sentido y mañana en otro es arbitrario, con independencia de que se lo haga en nombre de los derechos constitucionales. No se trata de vulgarización por constitucionalización sino, en todo caso, por arbitrariedad. Tampoco veo muy claro que la motivación en estos casos sea vulgarizadora en el sentido de una búsqueda desordenada de hacer justicia. El caso del Tribunal Constitucional, por el contrario, no persigue la justicia sino la impunidad.

Detengámonos por un momento en el último caso, el del divorcio “a la chilena”. El prestigio de las instituciones de mi país no pasa por su mejor momento, pero me atrevo a sugerir que es preferible la solución que nuestra Corte Suprema dio al tema del divorcio vincular en el caso “Sejean”,¹⁶ en el que directamente declaró inconstitucional la prohibición de divorcio vincular. Éste es un caso de constitucionalización (no sé si también de vulgarización) justificado. Lo que me resulta dudoso es que el artilugio del ámbito chileno sea un caso que cuente en favor de las formas. Si imperaran las formas por sobre el fondo, es decir, por sobre las razones elementales de justicia, ¿no correspondería que fueran presos los testigos que declaran falsamente sobre el domicilio de los novios al momento del casamiento? El hecho de que no se los persiga, muestra, según mi perspectiva, una derrota de las formas, no su triunfo. En otras palabras, creo que este artilugio para eludir la falta de divorcio vincular es una muestra del “espíritu literario” de Tocqueville que refiere Correa, que hace pesar “lo ingenioso y nuevo más que lo verdadero”.

Quiero mostrar por qué la idea de Correa de respaldar la forma en la libertad está en tensión con la forma en que fundamenta su tesis anti-vulgarizadora. En primer lugar, si la forma se funda en la libertad,

¹⁶ *Sejean* (CS 27-12-86)

debemos preguntarnos si es posible que surja algún conflicto entre el seguimiento de las formas y el compromiso con la libertad. Si no es posible, la tesis se vuelve irrefutable y poco significativa. Simplemente hemos redefinido la libertad como la sujeción a las formas. Resulta interesante que una variante de esta idea, si Correa quisiera sujetarse a esta alternativa, la provee cierta interpretación de la moral kantiana, según la cual los principios morales se derivan de la pura forma del razonamiento práctico. Pero moralizar la forma no parece ser una estrategia atractiva para defender su primacía, dado que Correa pretende, desde el inicio, cuestionar la moralización del derecho. La alternativa es aceptar que puede haber un conflicto entre la forma y la libertad, es decir, que es concebible que en ciertas situaciones el seguimiento de las formas (cualquiera sea el significado de esto) vulnere seriamente la libertad. Si en estos casos nos quedamos con la forma no puede ser en nombre de la libertad. Si el apoderado de uno de los dos partidos principales sufre un accidente y llega a la oficina de oficialización de candidaturas un minuto después de vencido el plazo legal, no aceptaríamos que se nos diga que habrá un solo candidato presidencial por quien votar, y esto en nombre de la libertad. Por lo que creo que en tal caso, la forma deberá subordinarse a la libertad.

Pero este es solo el comienzo de los problemas. Porque, siguiendo a Dworkin, hay dos formas de entender la libertad. Una es la libertad como poder (Dworkin la llama “licencia”). Es la noción de libertad que lleva a Isaiah Berlin a hablar de la libertad de torturar. Bajo esta noción, si una sociedad prohíbe la tortura, o las violaciones, o los secuestros extorsivos, el resultado es que hay menos libertad, porque ya no somos libres de torturar, secuestrar, etc. Esta no puede ser la libertad que Correa tiene en mente como respaldo de las formas, por la sencilla razón de que esta libertad no se refiere a algo valioso.¹⁷ La lucha por la libertad no ha sido la lucha por el poder de hacer cualquier cosa, como matar, robar o violar. De modo que debemos entender la libertad como valor, es decir, como algo que vale la pena defender, como algo que nos hace mejores como personas y como sociedad. Esto nos obliga a construir una noción más compleja de libertad, y para hacerlo no hay más remedio que incorporar los “patéticos postulados morales” de Weber, defender una teoría de la democracia, en síntesis, explicitar nuestras nociones filosófico-políticas. Esto no es arrogancia, sino humildad. Es reconocer que detrás de las soluciones a los problemas jurídicos más profundos hay principios valorativos en pugna. La opción, una vez más, no es entre moralizar o no, sino entre transparencia u opacidad, entre mostrar nuestras barajas valorativas o esconderlas bajo el ropaje de un supuesto razonamiento formal, axiológicamente neutral. ¿Crea esta transparencia un problema de convergencia? En otras palabras, en sociedades divididas éticamente como las nuestras, ¿lleva el reconocimiento del componente inescapablemente moral del razonamiento jurídico a la disgregación y la anarquía? Creo que este temor se basa en el prejuicio de que resulta imposible una convergencia en valores morales mínimos. La relativa estabilidad de las democracias constitucionales modernas son evidencia de la debilidad de esta idea.

Si la forma sirve a la libertad, y la libertad no debe entenderse como simple poder, entonces precisamos una noción de libertad que sea al mismo tiempo significativa y ampliamente aceptable. La mejor alternativa, a mi juicio, es la de entender la libertad como el conjunto de derechos de las democracias liberales modernas. Cuando hablamos de libertad, pues, creo que estamos hablando de los derechos políticos y civiles de la modernidad, de la libertad de expresión y conciencia, de asociación, de elegir y ser elegidos, etc. Ésta es la forma más plausible de reconstruir la idea de libertad expuesta por Correa. Si estoy

¹⁷ Ronald Dworkin, “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2004 24(1):1-37.

en lo cierto, de esto se siguen al menos dos conclusiones que afectan la tesis de Correa, una menos problemática que la otra. La primera, y menos problemática, es que la libertad contemporánea es la igual libertad, o la libertad de los iguales. El valor fundamental es la igualdad antes que la libertad.

La segunda conclusión, y la que me parece más perturbadora para la posición de Correa, es la siguiente: la noción de libertad con mayores posibilidades de ser compartida en sociedades complejas (además de la mejor) es la de libertad como el conjunto de derechos constitucionales. Si la forma se justifica por servir a la libertad, entonces el respeto a la forma exige la constitucionalización del derecho, precisamente en el sentido expuesto por Correa, ya que los derechos constitucionales son la base última sobre la que reposan las formas.

Por lo tanto, la defensa de las formas, si está basada en la libertad, colapsa en la constitucionalización. En otras palabras, si nuestra guía es la libertad, nuestro programa debe ser la constitucionalización del derecho, no su negación.

5. Epílogo

La tesis de la vulgarización exige mayores precisiones. He intentado enumerar diversas interpretaciones posibles de lo que significaría un proceso de vulgarización jurídica. Tal vez la versión más plausible no sea distinguible de la vieja defensa del carácter formal del derecho (esto no es una crítica, ya que en este terreno todas las ideas son antiguas). Pero si la formalidad del derecho (suponiendo que sea posible elucidar qué significa eso) es una garantía de libertad, entonces la constitucionalización -entendida como la transformación del derecho para hacerlo compatible en su totalidad con los principios de la democracia constitucional- es un efecto deseable. Si por vulgarización se entendiera este proceso, no sería un fenómeno cuestionable. Si por vulgarización se entiende la tendencia a la arbitrariedad y a la resolución azarosa de casos por parte de ciertos órganos judiciales, entonces la tesis resulta difícilmente controvertible, pero carece de demasiado interés.

Respecto de otras lecturas posibles del significado de vulgarización, resumo mi punto de vista insistiendo en que el derecho no es un objeto artístico, ni un legado de los dioses, ni un conjunto hueco de formas o procedimientos, ni una construcción científica, ni un archipiélago de esferas desconectadas unas de las otras, ni un producto cultural para la adoración nacionalista. El derecho democrático está al servicio de la justicia y su deterioro o su progreso debe medirse por cuánto se acerque o se aleje de ese ideal.

Evitemos toda vulgaridad, pero no renunciemos a estas convicciones.