

MOTIVACIÓN, FRATERNIDAD Y ESTADO DE DERECHO: UNA PROPUESTA FUNCIONALISTA (Y QUIZÁ MORAL)

Alberto PUPPO*

Personne ne peut rester en soi: l'humanité de homme, la subjectivité, est une responsabilité pour les autres, une vulnérabilité extrême.¹

Le sessioni de' tribunali sono pubbliche. I giudici deliberano in segreto. Le sentenze si pronunziano ad alta voce, e sono motivate sul fatto, e sulla legge, e non mai sull'autorità, né su gli esempi.²

Publicity therefore draws with it, on the part of the judge,—as a consequence if not altogether necessary (since in conception at least it is not inseparable,) at any rate natural, and in experience customary, and at any rate altogether desirable—the habit of giving reasons from the bench.³

La motivation de l'arrêt litigieux ne permet donc pas d'établir si cette question a été considérée comme non pertinente, ou comme relative à une disposition claire ou déjà interprétée par la CJUE, ou bien si elle a été simplement ignorée... Ce constat suffit pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.⁴

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹ Lévinas, Emmanuel, "Sans identité", *Humanisme de l'autre homme*, París, Fata Morgana, 1972, p. 109.

² Artículo 222. *Costituzione del popolo ligure*, sancionada el 2 de diciembre de 1797.

³ Bentham, Jeremy, "The Introductory View of the Rationale of Evidence, and Rationale of Judicial Evidence", *The Works of Jeremy Bentham*, Nueva York, Bowring, 1962, p. 357.

⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Dhabbi c. Italia*, 8 de abril de 2014.

SUMARIO: I. *Introducción: había un escéptico genovés y un maestro...* II. *Reflexiones preliminares sobre libertad e igualdad.* III. *Fraternidad: ¿el cerdito con la casa de ladrillos?* IV. *Estado de derecho: una propuesta minimalista.* V. *La práctica social de dar razones y la institucionalización del primer juez.* VI. *La práctica de dar razones (buenas o malas) como buena razón.* VII. *Razones no censurables, jueces últimos y riesgo de arbitrariedad.* VIII. *Dar y exigir razones: el fundamento cooperativo de las decisiones no arbitrarias.* IX. *Conclusión: Estado de derecho y fraternidad.*

I. INTRODUCCIÓN: HABÍA UN ESCÉPTICO GENOVÉS Y UN MAESTRO...

La obra de Rodolfo Vazquez toca una infinidad de aspectos centrales tanto para la filosofía del derecho como para la filosofía política y moral. Estos aspectos han sido tratados tanto en su dimensión analítica como en su dimensión genuinamente normativa. Entre los conceptos analizados en varias de sus contribuciones destaca la noción de Estado de derecho, ésta relacionada, por los menos indirectamente, con la noción de dignidad humana, ella también objeto de un acercamiento magníficamente analítico.

En términos normativos, para decirlo de forma burda, Estado, derecho y dignidad humana son valores fundamentales, ambos dignos de ser fomentados, el primero, y protegidos, el segundo. Fomentado porque el Estado de derecho es algo que se construye, mientras, según opiniones algo comunes, la dignidad es una característica que define al ser humano por ser humano, más allá e independientemente de sus actuaciones.

Dadas estas premisas, esto es, dos conceptos fundamentales, Estado de derecho y dignidad, y una atractiva postura normativa, el liberalismo igualitario, resulta tentador contribuir a este homenaje para el maestro Rodolfo haciendo hincapié en la relevancia que han tenido sus contribuciones.

Pero, más allá de las contribuciones sentadas en libros están las contribuciones, tal vez más valiosas, que surgen de conversaciones. Al respecto, entre las muchas conversaciones, una de ellas creo merezca ser erigida en homenaje. Fue una conversación, algo sorprendente dado el escepticismo de quien escribe, sobre valores, en particular sobre la fraternidad, una conversación en materia de ética, un sujeto que normalmente, en quien escribe, suscita consideraciones cínicas cuando no claramente sarcásticas. Prueba de ello, al leer la magnífica reconstrucción ofrecida por Rodolfo del concepto de dignidad, mi simpatía siempre fue hacia el bando de los escépticos.

Tales cinismo y sarcasmo, con los cuales Rodolfo me ha conocido, a mi llegada a México, en 2008, casi siempre han suscitado su sonrisa benévola

para decirme: más allá de tal actitud, late un corazón hambriento de valores, profundamente ético...

Obviamente, nadie, entre los filósofos del derecho, comete el error (salvo quizá algunos ingenuos), de correlacionar las posturas filosóficas de alguien con las creencias personales, en materias de derecho, política y moral, de aquel que las defiende. Quiero decir, un integrista religioso, al momento de escribir en materia de metaética podría sin dificultad suscribir a una metaética no descriptivista, es decir, alguien puede ser objetivista moral en su vida privada y escéptico en su vida pública: no significaría ser incoherente, como no es incoherente el boxeador que en su vida privada milita en contra de la violencia.

El escepticismo que me caracteriza obviamente se vuelve corrosivo frente a los encantadores discursos, como dicen los franceses, de los ingenuos —u obtusos— “derechosdelhombritas”. En guisa de justificación moral para mi escepticismo, me gustaría decirle a mi maestro Rodolfo, puedo invocar el mal gusto de la retórica *derechosdelhombrita*. Como decía en otro contexto el gran Gaetano Mosca: no estoy en contra de la democracia, sino de los teóricos de la democracia, ya que, se lee en un correo, la “igualdad política sin la igualdad económica es una mentira demasiado grande”.

Quizá es precisamente la importancia dada a la igualdad, así como a su hermana decimonónica, la libertad, el punto sobre el cual resulta interesante plantear un desacuerdo, por lo menos aparente.

II. REFLEXIONES PRELIMINARES SOBRE LIBERTAD E IGUALDAD

No diré nada sobre las concepciones de la libertad y la igualdad, tema del cual nunca me he ocupado. Me limitaré a algunas reflexiones estructurales.

1. *Personas libres e iguales*

El primer punto es una obviedad. Puede existir un acuerdo sobre la necesidad de tratar a todos los X de manera igual o de respetar la libertad de todos los X. En 1789, los X eran ambiguamente tanto los hombres como los ciudadanos. Los más atroces crímenes del pasado han sido precedidos por un artificio semántico, esto es, el uso de una palabra especial (muy a menudo con una connotación negativa, como cucaracha en Ruanda) para referirse a una subclase de los X. La conclusión es tanto obvia como atroz:

dado que parte de la población ya no es X, deja por lo tanto de ser libre y no ontológicamente diferente. La noción de persona, o de nacional (tal definición fue el origen del conflicto en Costa de Marfil) o de ciudadano resulta la etapa —muy a menudo ontológica— preliminar para cualquier uso de los conceptos de libertad e igualdad.

El primer punto que quiero destacar es el compromiso ontológico sobre el cual se basa el uso, incluso el más elemental, de las nociones de libertad e igualdad y, por supuesto, de las tesis normativas construidas a partir de ellas.

Las cuestiones ontológicas preliminares son a menudo capturadas por los mismos participantes del discurso “derechosdelhombrista” cuando hablan de la dignidad humana como de una propiedad en un sentido más importante que todos los derechos y libertades. Las metáforas han surgido por todas partes y en todos los idiomas, con algo en común: la irreductibilidad de la dignidad a cualquier otra propiedad, lo más cercano a la *sustancia* de los antiguos, la *esencia* de lo que es humano, la propiedad de la cual todos los humanos somos portadores.

Rodolfo, en varios de sus trabajos ha llamado la atención sobre la complejidad de esta noción y sobre su carácter central en cualquier teoría de los derechos humanos. Obviamente para un constructivista antimetafísico —así quiero caracterizar a Rodolfo— las nociones de *sustancia* y *esencia* deben parecer anacronismos, salvo si son usadas metafóricamente. La dignidad humana, como cualquier valor moral, en una óptica niniana, que Rodolfo compartiría, son artefactos humanos. Pero, hablar de artefacto humano ya está presuponiendo la noción de humanidad. Así que parece que no es tan fácil renunciar a un sólido fundamento que escape a las prácticas humanas, ya que sin él no podríamos reconocer la humanidad misma en tales prácticas.

Al mismo Nino se le ha reprochado el reingreso subrepticio de un *a priori* kantiano al momento de definir las precondiciones de la democracia, esto es —con algo de libertad (mía) interpretativa— las precondiciones para la construcción de una moral objetiva.

Así las cosas, por lo menos desde el punto de vista de aquellos que no quieren, *sic et simpliciter*, renunciar a hablar de derechos humanos, hay que fundamentar este discurso sobre una base que no sea ontológica. Como explicaré más adelante, este fue precisamente el proyecto de Emmanuel Lévinas, cansado de lo que en su momento los franceses habían bautizado “*personnalisme*”, esto es, la proliferación de ontologías dirigidas a definir el concepto de persona. Como lo sentenció un célebre texto de Paul Ricour, llegó el momento en la historia de la filosofía, por lo menos de corte francés,

en que muere el personalismo, y vuelve la persona. Quizá no precisamente “vuelve”, sino por fin “aparece”.

Lo mismo me gustaría decir —aunque sí con una fonética algo áspera— de los derechos humanos: muere el “derechosdelhombrismo”, aparecen los derechos humanos. Lejos de mi humilde contribución (la arrogancia de tal tarea). Quizá, en el contexto de esta conversación ideal, entre Rodolfo y el cínico genovés, casi como justificación, el propósito de este trabajo es justificar la desconfianza hacia los profesionistas de los derechos humanos, precisamente por la seriedad con la cual, *malgré moi*, experimento los derechos humanos.

Por lo mismo, mi intuición siempre había sido que no era un fenómeno del cual pudiese hablarse sin mancharlo con *a priori* o ideologías baratas, todo entre cuatro paredes de cristal, que aun cuando permiten elucubrar plácidamente sobre el concepto, también protegen infaliblemente de la experiencia de la humanidad y empezamos a usar el término.

Dejando para después este desarrollo, hay que mencionar la segunda dificultad relativa los conceptos de libertad e igualdad.

2. Libertad e igualdad: juegos de suma cero

La libertad y la igualdad son valores que funcionan perfectamente en el universo del individualismo metodológico. Mi libertad, mi no discriminación: todos podemos fácilmente pretender el respeto de nuestra libertad, de vestir, de expresarnos... de no ser detenidos arbitrariamente, así como la igualdad ante la ley.

La primera dificultad, relativa a la libertad, es que como los enseñan los clásicos, mi libertad tiende en forma fatal a entrar en colisión con la libertad de los demás. Mi libertad de vestirme con un uniforme nazi o de desvestirme puede entrar en conflicto con la libertad del vecino de enfrente de no verme vestido de oficial nazi o de no ver mi cuerpo desnudo. Por cada pedacito de cuerpo que tendré la obligación de cubrir, mi libertad se verá limitada, y la de mi vecino incrementada. Este ejemplo algo tosco ilustra, aun burdamente, que la libertad no es un bien que se pueda incrementar sin más. Los defensores de la libertad son muy a menudo los defensores de *ciertas libertades de ciertos sujetos*. Como lo recordaba sarcásticamente Carl Schmitt, la libertad de los mares la inventaron los ingleses para poder bombardear libremente a los turcos... O peor aún: los derechos de los participantes a un conflicto armado, en opinión de las mentes más humanistas de finales

del siglo XIX y principios del XX, manifiestamente no aplicaban a los sal-
vajes, esto es, las poblaciones colonizadas.

En este sentido hay que entender, creo, la preocupación igualitaria de
algunos liberales, como Rodolfo. La libertad sola no es suficiente: hay que
inscribirla en un contexto en donde la igualdad sea por lo menos el valor
orientador de la distribución de libertades.

Pero la igualdad sufre del mismo defecto: salvo en el estado de natura-
leza, en donde la igualdad jurídica es asegurada por la ausencia de derecho,
desde que se instaura la primera sociedad civil, desde el primer acto consti-
tuyente se crea una división entre grupos, por lo menos entre gobernantes y
gobernados. Y a partir de allí los gobernantes no paran de ejercer esta acti-
vidad propia de los humanos que consiste en crear categorías. El ejemplo de
la adopción, para tomar uno reciente, es magnífico. Sin importar a quién se
reconozca el derecho de adoptar, siempre habrá un residuo discriminatorio,
siempre habrá alguien que reivindique su estatus de igualdad respecto de
otro al cual se reconoce el derecho, o alguien escandalizado por compartir
el mismo destino normativo con otro manifiestamente (en su opinión) dife-
rente.

Si la igualdad es meramente formal, obviamente se evita esta crítica, ya
que sólo existe el compromiso de tratar a todos los X de la misma forma.
Pero desde esta perspectiva recaemos en el problema señalado: incluso el
peor de los genocidios podría ejecutarse respetando el principio de igual-
dad.

Las prácticas sociales de la libertad y de la igualdad pueden así fácil-
mente transformarse en juegos de suma cero, en donde lo que se gana por
un lado se pierde por el otro; en donde la igualdad alcanzada entre dos gru-
pos implica una discriminación entre alguno de los grupos “iguales”, y un
tercer grupo excluido, en donde la afirmación y la protección de la libertad
de mi vecino implica una amenaza para mi propia libertad, etcétera.

Esta predisposición facilita el uso demagógico de estas nociones, lo que
quizá explica el éxito —casi universal— de los discursos políticos (fórmulas
políticas diría Gaetano Mosca), por lo menos desde finales del siglo XVIII.

El punto de partida para una nueva exploración de la fundamentación
ética tanto de los derechos humanos —para los que tengan interés en ello—
como del Estado de derecho, puede buscarse en la misma época, en el mis-
mo lema que desde la Revolución Francesa ha animado tantas ideologías:
liberté, égalité, fraternité.

III. FRATERNIDAD: ¿EL CERDITO CON LA CASA DE LADRILLOS?

¿Cuál es el carácter distintivo de la fraternidad? ¿Qué debe hacer una persona, o de hecho hace, con un “hermano o hermana”, y no necesariamente con otra persona? No tratamos de igual manera a nuestros hermanos o hermanas, y a menudo no se respeta su libertad. O asumimos la igualdad y la libertad sin realmente respetarlas. ¿En qué se distingue una práctica social fraterna? Quizá con valores como la igualdad o la libertad, la brecha entre el mundo ideal y el mundo real puede ser enorme. Es bastante fácil pretender que una situación cumple con los estándares de igualdad o de libertad, pero una mirada más profunda podría demostrar que es falsa. Con la fraternidad, en un sentido, es más difícil de fingir. La fraternidad es real o no es, parece difícil imaginar una relación fraternal *prima facie* que después de un análisis más profundo revela la ausencia de fraternidad.

De aquí la imagen del cerdito: la libertad es como la casa de paja del primer cerdito; no cuesta casi nada edificar las libertades, pero —el caso de los atentados de París lo demuestra— basta con que sople fuerte el miedo y la casa de la libertad desaparece en cuestión de segundos, para que se instale el Estado policiaco. La igualdad no se construye tan fácilmente, pero por lo menos en el siglo XIX la homogeneidad de la clase burguesa (en la Europa liberal), fomentó la construcción de un (frágil) sentimiento igualitario (ante la ley), amén de la ausencia de voto para las mujeres, de la reducción en esclavitud de las poblaciones colonizadas, etcétera. Pero con las primeras crisis económicas, o simplemente con el fortalecimiento de la clase obrera, la casa de madera de la igualdad fue igualmente destrozada. Para terminar con la metáfora, podríamos decir que desde la Revolución Francesa la casa de la fraternidad todavía no termina de construirse, pero —hay que esperarlo— una vez terminada, estará para durar.

Saliendo de la metáfora: un ejemplo paradigmático de la fraternidad podría ser la relación uno-a-uno entre un *boat-people* y alguien que le brinda ayuda. Como sugiere la obra de Lévinas,⁵ es en el contexto de algunas interacciones humanas especiales que podríamos reconocer en el otro nuestra humanidad, y permitir que el otro se perciba como ser humano a pesar del trágico destino que está viviendo. Ambas personas están compartiendo una fuerte experiencia humana en la que pueden, ambos, ganar o perder su humanidad. En resumen: no puedo ser fraternal por mí mismo. Ciertamente

⁵ No pretendo en este contexto ofrecer una reconstrucción precisa de las ideas de Lévinas, sino sólo apoyarme esencialmente en algunas intuiciones del gran filósofo francés.

tal experiencia no es lo habitual, pero es sólo un ejemplo extremo para capturar la dinámica de la práctica social de la fraternidad.

Es más que legítimo sospechar que el derecho no es el contexto social natural para experimentar este tipo de fraternidad. Pero tal vez alguien podría recordar una película, *Guten Tag Ramón*, en el que dos personas (un migrante mexicano y una señora burguesa alemana) que millones de razones separan, terminan construyendo una fuerte relación humana —hay que destacar: sin hablar el mismo idioma, esto es, sin poder construir una semántica común— que probablemente merezca ser llamada *fraternidad*. Por cierto, estamos todavía bastante lejos del derecho. No estoy negando algo obvio, esto es, que tal concepto fuerte de fraternidad resulta ausente en nuestras prácticas jurídicas tradiciones; pero sí estoy sugiriendo que algunos de los temas más delicados a los cuales el derecho y los Estados contemporáneos se enfrentan y no logran solucionar; tiene que ver precisamente con los refugiados, quizá llegando en condiciones similares a los *boat-people*, y la migración internacional, perfectamente representada por la situación de Ramón en la película citada.

En otras palabras: existen dos razones fuertes que obligan a repensar temas viejos en términos de fraternidad. La primera es histórico-filosófico-política: la fraternidad aparece desde el principio, al lado de la libertad y de la igualdad, pero el mundo occidental se ha construido insistiendo sobre estos dos últimos valores y el resultado, a más de dos siglos de distancia, es precisamente la realidad a las cuales se enfrenta la sociedad contemporánea: guerras, y los flujos de refugiados que éstas generan, pobreza extrema y los migrantes que ésta provoca. No es mi intención defender una tesis fuerte, según la cual, la cultura liberal produce inexorablemente guerras y pobreza extrema. Sólo me limito a señalar que, si es el caso —como espero que sea para los defensores de los derechos humanos—, que existe una genuina preocupación por la situación de migrantes y refugiados (o desplazados internos), entonces hay que replantear el fundamento mismo de los derechos humanos. Para los que desconfían de la retórica basada en los derechos humanos y se limitan a conceptualizar y/o a promover el Estado de derecho, tendría el mismo mensaje: para conceptualizarlo, y *a fortiori*, para promoverlo hay que introducir en nuestra etapa preteórica una intuición en términos de fraternidad.

Volviendo a la razón histórica: el tercer término de la fórmula asociada a la Revolución Francesa, “*égalité, liberté, fraternité*”, se ha popularizado más en los términos de la solidaridad social a la Duguit que de fraternidad a la Lévinas. Si el concepto de solidaridad ha entrado en el *mainstream* del discurso jurídico-político y, de acuerdo con Duncan Kennedy, ha contribuido

a la segunda globalización del pensamiento jurídico, el de fraternidad, incluso si es de alguna manera relevante en la ética del discurso político, es por lo demás ausente en el discurso jurídico. Aunque sería suficiente aclarar que no estoy interpretando la fraternidad como solidaridad, creo importante dar algunas ideas acerca de la profunda diferencia entre ambos conceptos. Esto es importante, a la luz de la obra de Rodolfo, ya que él mismo atribuye un papel muy importante a la solidaridad, aunque, es su caso, en la línea —aunque no directa— de la tradición republicana y socialista francesa, esto es el la línea de Duguit, conecta de forma clara la solidaridad con la igualdad: “existe real y efectiva solidaridad cuando ésta se justifica a partir de un principio más radical, como es el de igualdad”.⁶ El mismo Rodolfo recuerda, citando a Peces-Barba, que mucho antes de la Revolución Francesa, y por cierto de Duguit, ya se distinguían por lo menos dos grandes concepciones de la solidaridad, la de los antiguos y la de los modernos:

una “solidaridad de los antiguos” y una “solidaridad de los modernos”. La primera estaría inspirada en un modelo clásico que parte desde la *filia* (amistad) aristotélica... La segunda apunta a la solidaridad como elemento de legitimidad, como principio jurídico-político y tiene sus raíces en la tradición igualitaria de Rousseau, la “ética de la simpatía” de la Escuela inglesa (Hume en especial), la idea de benevolencia kantiana, el liberalismo progresista de Mill y los aportes de Durkheim.⁷

Ni la concepción clásica ni la moderna se acercan, como veremos, al núcleo de la fraternidad. Aquí de todas formas sólo me interesa contextualizar la solidaridad al interior de una perspectiva liberal-igualitaria; a pesar de insistir sobre el hecho de que “se es solidario con quienes se encuentran en peligro o desventaja”, lo que podría hacer pensar a algo similar a la fraternidad, “la solidaridad para un liberal igualitario debe entenderse como la conciencia conjunta de derechos individuales a partir del reconocimiento de las necesidades básicas comunes”. La desigualdad es lo que se supone la solidaridad podrá reconducir a la igualdad, esto, como lo anticipé, no es sino el *humus* de cualquier política socialista de corte liberal, en donde el derecho interviene para disminuir la desigualdad en la distribución o el goce de los derechos individuales. Estos derechos son derechos humanos, así que la solidaridad interviene *después* de los derechos.

⁶ Vázquez, Rodolfo, “Principios, derechos y valores”, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 18.

⁷ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

Otra forma, no tan liberal, de retomar el último eslabón de la cadena que caracteriza la concepción moderna de la solidaridad, esto es, Durkheim (y Duguit), su portavoz en el ámbito de la teoría francesa del servicio público, quizá podría acercarlo a la solidaridad. Si el discurso de Duguit se interpreta y utiliza en clave ontológica, es decir, para proporcionar una base objetiva a las obligaciones legales, o traducido en el lenguaje de la igualdad: la solidaridad como valor fundamental que permite la disminución de las desigualdades, caemos en lo que justamente Lévinas quería evitar: un discurso esencialista. Más precisamente, tal interpretación presupone una concepción demasiado fuerte y organicista de la sociedad (derivada de Durkheim), en la cual el concepto de grupo es fundamental.

Sin descartar la importancia de dicha concepción, voy a adoptar una concepción no ontológica de la fraternidad, en el que la fraternidad no es un valor trascendente sobre el cual se construye un concepto de derecho, en el que la fraternidad no presupone la existencia de un grupo social con una pretensión identitaria o republicana o igualitaria (y con derechos oponibles a los individuos). Creo que una propuesta útil en términos de fraternidad no puede basarse en fuertes supuestos ontológicos. Mi supuesto ontológico es bastante escéptico: los seres humanos no son una gran familia en la que la fraternidad es una forma obvia de interacción. Sin embargo, esto no significa que algunas prácticas sociales no puedan ofrecer un contexto favorable para el desarrollo de algunas virtudes fraternales.

Lo que asumo es bastante escéptico: los seres humanos no son una gran familia en la que la fraternidad es una forma obvia de interacción. Sin embargo, esto no significa que algunas prácticas sociales no puedan ofrecer un contexto favorable para el desarrollo de algunas virtudes fraternales. Mi tesis en este trabajo es que podemos reconstruir la práctica social de la motivación de los actos jurídicos que afectan las vidas de sus destinatarios en la cual “algo de fraternidad”, entendida de una manera minimalista, podría surgir. Decir que la fraternidad podría surgir de la práctica de la motivación no presupone ninguna fraternidad previa: la fraternidad puede surgir como resultado de causas no fraternales.

Mi objetivo es reconocer un papel activo a cualquier sujeto que interactúa con un sistema casi-judicial, incluso en un derecho primitivo. Por supuesto, no soy ingenuo, y no estoy comprometiéndome con una afirmación empírica acerca de cómo funciona en realidad dicha interacción. Como se dijo anteriormente, sólo estoy señalando un contexto social potencial para la aparición de las virtudes y prácticas fraternales, a saber, virtudes que en mi opinión son centrales en la noción de Estado de derecho.

Parte de la pertinencia del enfoque de Lévinas para la comprensión de la práctica de la motivación, es la desigualdad que a menudo caracteriza la relación entre los jueces y las personas frente a ellos. Probablemente, la metáfora del *boat-people* es demasiado fuerte para basarse útilmente en ella, pero de alguna manera es una situación que podría terminar rápido frente a una autoridad jurídica, donde se discutirá alguna cuestión sobre la ley de refugiados o de inmigración. Es obvio que no todas las personas son vulnerables frente a los jueces: una gran corporación multinacional no comparte nada con los *boat-people*. Pero sociológicamente creo que la mayoría de la gente, en casi todos los países, se parece más al *boat-people* que a la multinacional. Una pareja en espera de una adopción, un trabajador luchando por su trabajo, un joven acusado injustamente que lucha por su inocencia, o los millones de personas luchando en asuntos banalmente civiles unas contra otras —probablemente en pie de igualdad entre ellas, pero vulnerables con respecto a la autoridad—.

Una última precisión; cuando se piensa a la práctica de dar razones es inevitable imaginarse una práctica esencialmente lingüística. Esta circunstancia vuelve sospechoso mi apoyo levinasiano: la relación con el *otro*, la experiencia ética de la alteridad no es una experiencia verbal, ni verbalizable. Un gesto que paradigmáticamente puede generar este destello de humanidad es, según Lévinas, la caricia que puede recibir o dar un individuo que se está muriendo, sin palabras, sin intenciones, sin significado aparente. Nada verbal o verbalizable, sólo el contacto físico entre una mano y una mejilla, un gesto sencillo mediante el cual ambos —el que hace y el que recibe la caricia— se reconocen como humanos, en donde la vulnerabilidad del que se está muriendo alcanza la vulnerabilidad del que, por ejemplo, un médico, aparentemente representa la solidez y la seguridad del conocimiento. Sus palabras dejan de protegerlo, pero también de distanciarlo de la humanidad del otro, y es esa caricia que rompe, como dice Lévinas, las máscaras, las cuales se construyen a través del lenguaje, durante toda nuestra vida; la máscara que, sin sorpresa, representa uno de los primeros significado del término persona; una máscara, podríamos decir, hecha de una pasta algo curiosa, una mezcla de sustancia metafísica y decoraciones sociales, una pasta que con el tiempo se hace dura, impenetrable.

Ahora bien, la práctica de dar y recibir razones, como lo explicaré en detalle más adelante, no cuenta por el contenido de las razones que se dan, sino por la relación que se establece entre los participantes; lo que importa más no es que se entiendan las razones del otro, sino que —como si fuera una caricia— se tienda el oído y se busque la voz, en donde el tono de la voz y la postura corporal contarían más del propio contenido hablado y oído.

IV. ESTADO DE DERECHO: UNA PROPUESTA MINIMALISTA

La noción de Estado de derecho se ha transformado en una de las más exitosas, ya que teóricos y actores políticos, de varios horizontes y con distintas finalidades, tienden a hacer un uso obsesivo de esta noción, unos para definir el concepto, otros para justificar su importancia, otros, en fin, que-rrán medir el estado de salud de los Estados alrededor del mundo.

Desde el punto de vista filosófico, la cuestión de la naturaleza del ideal que constituye el Estado de derecho ha caracterizado un conocido debate entre Hart y Fuller;⁸ según la política internacional contemporánea, el enunciado “hay que restablecer el Estado de derecho”, tiende a funcionar como un *mantra* neoimperialista.⁹

Que se hable de la naturaleza del ideal o de su realización social y política en cada Estado, el rasgo saliente es que existe un desacuerdo extremadamente alto sobre las propiedades definitorias del concepto, no sólo sobre cuáles son (de manera nominal), sino también sobre lo que significan (tómese como ejemplo la democracia o la independencia judicial). Esto implica, por un lado, que la cuestión sobre la naturaleza, moral o funcional, del ideal tiende a generar un diálogo entre sordos; por otro lado, implica que la empresa que consiste en medir el Estado de derecho tiende a generar conclusiones casuales, que pueden ser inocentes o en clara subordinación a un juicio moral, de aprobación o condena, sobre el Estado objeto de las mediciones.

Dado este diagnóstico, el propósito de mi trabajo es doble y recoge, creo, dos intuiciones de Rodolfo. Por un lado, hay que darle toda su importancia a aquellas características que suelen denominarse formales o procesales, inspiradas en la noción de moralidad interna del derecho de Fuller; por otro lado, hay que relacionar de manera más sustantiva el ideal del Estado de derecho con el respeto de los ciudadanos o, más optimistamente, de todos los seres humanos, sobre todo los que por no ser ciudadanos parten en situación de desventajas, los que presentan un grado mayor de vulnerabilidad. Mi propuesta tiene —espero— por lo menos una ventaja: se trata de una propuesta sencilla, leída en un primer nivel. Sólo me concentraré sobre un aspecto, la motivación de las decisiones que de modo potencial

⁸ Véase Bennett, Mark J., “Hart and Raz on the Non-instrumental Moral Value of the Rule of Law”, *Law and Philosophy*, núm. 30, 2011, pp. 603-635; Vazquez, Rodolfo, “Moral y derecho en Herbert Hart”, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*, Mexico, Porrúa-ITAM, 2005, pp. 20-32.

⁹ Mattei, Ugo y Nader, Laura, *Plunder: When the Rule of Law Is Illegal*, Oxford, Blackwell, 2008.

afectan la situación de sus destinatarios. En este sentido es una propuesta minimalista ya que, en lugar de construir una definición basada en una lista larga de propiedades definitorias, sólo analizaré una. Pero se trata también de una propuesta exigente, casi idealista, ya que sugeriré que a través de la motivación se hace patente lo que resulta fundamental en las concepciones sustantivas del Estado de derecho: el respeto de la dignidad humana. En palabras de Rodolfo: “aceptar que los individuos deben ser considerados seres autónomos y dignos es aceptar que el Estado de derecho requiere ser entendido no sólo desde un punto de vista formal sino también sustantivo”.¹⁰

A la luz de lo expuesto, sugeriré que la práctica social de la motivación puede ser reconstruida como práctica social fraternal, no porque los participantes entren en esta práctica como “hermanos”, sino porque de ella pueden generarse destellos de fraternidad, y a partir de ella puede construirse todo lo demás; o, viéndolo desde otra perspectiva, en su interior se consolida la base de todo lo demás, esto es, la humanidad de gobernantes y gobernados. En esto difiero, creo, de Rodolfo quien, siguiendo a Nino y en último análisis a Kant, piensa en los jueces como “custodios de la autonomía de los individuos”. Desde una perspectiva levinasiana, que adopto, el sujeto emergería en la relación entre quien da y quien recibe razones, no habría sujetos autónomos merecedores de razones, sino dos entes que de la práctica fraternal de dar y recibir razones saldrían elevados al rango de sujetos. En palabras sencillas: no hay nada que custodiar, ya que tal custodia presupondría alguna esencia preexistente, la autonomía como característica definitoria, como rasgo ontológico del ser humano.

Sugeriré también que mi propuesta, que concibe a la motivación como una práctica social que consiste en dar razones, permite dar cuenta de la cuestión sobre la naturaleza del ideal del Estado de derecho tanto en su versión funcional (a la Raz) como moral (a la Fuller), y potencialmente permite mediciones más precisas que brindan información relevante sobre el Estado de derecho en (entendido como estado de salud de) los Estados.

Considero inútil dedicar una sección a demostrar la ambigüedad y vaguedad de la expresión “Estado de derecho”. Asumiré que se me conceda este punto.

Asumiendo esto ya se tiene un argumento sólido para practicar una operación de reducción radical de los elementos definitorios. Esta operación, en sí misma, no elimina la ambigüedad y la vaguedad, pero delimita el campo en el cual moverse para reducirla de manera eficaz. Un primer

¹⁰ Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, Paidós-UNAM, 2001, p. 89.

acercamiento al concepto de motivación invita a tomar una situación particularmente sencilla, en donde la práctica de dar razones resulta esencial para la institucionalización de un hipotético primer juez, entendido como órgano primario de un sistema jurídico primitivo. Por “sistema jurídico primitivo”, expresión que, dada una cierta lectura de Hart,¹¹ podría parecer autocontradictoria —ya que la existencia de un sistema jurídico se refiere al momento en que del derecho primitivo se pasa a un derecho desarrollado— entiendo la situación que sigue de inmediato a la decisión de introducir, o la convergencia espontánea hacia la introducción, de la primera (pero no necesariamente la única) norma secundaria.

La elección de este primer paso podría parecer extraña, en la medida en que el concepto de motivación resulta central en el derecho positivo, en particular a través de la obligación de motivación, característica en los sistemas jurídicos contemporáneos, por lo menos de corte liberal y garantista, y muy a menudo constitucionalizada. Sin embargo, como señala Taruffo, la práctica de la motivación ha precedido la formalización generalizada, por el derecho positivo —influenciado, como fue el caso de la República de Génova, por el ejemplo francés— de finales del siglo XVIII, de la obligación de motivar.¹² Aún más, si la precedente afirmación es verdadera para algunos Estados europeos continentales, el caso del derecho inglés apoya de modo inexorable mi intuición: allí la motivación de las decisiones judiciales se ha impuesto consuetudinariamente y su centralidad en el sistema judicial¹³ —y en general, diría yo, en el constitucionalismo y el *rule of law* inglés, como resulta por lo menos de la obra de Dicey—¹⁴ hace que sea inútil la introducción de una regla que obligue a motivar.¹⁵

¹¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford-Nueva York, Clarendon Press-Oxford University Press, 1994.

¹² Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. de L. Córdoba, México, TRIFE, 2006, p. 302, evoca por ejemplo las sentencias pisanas del siglo XII “en las que, a veces, encontramos una motivación que va más allá del rígido formalismo que se ha consolidado en la práctica”.

¹³ *Ibidem*, p. 317, es probable que “embrionariamente, se advirtiera la exigencia, intrínseca al sistema de la *common law*, de precisar la *ratio decidendi* de la solución del litigio”. Por otro lado “es evidente que el sistema del *stare decisis* es posible en tanto el precedente no sea constituido por un *dictum inmotivado*, sino por uno que contenga la individualización expresa por la *ratio decidendi* sobre la que se funda la decisión.

¹⁴ Dicey, A. V., “*Introduction*” to *The Study of the Law of the Constitution*, 8a. ed., Londres, Macmillan & Co., 1915.

¹⁵ Véase Taruffo, Michele, *La motivación...*, *cit.*, pp. 302 y 316, en donde subraya que en el derecho inglés “la práctica relativamente generalizada de la motivación convive con la ausencia de una obligación impuesta al juez”, y esto desde el siglo XII.

La no coincidencia entre la práctica de la motivación y la obligación de motivar implica que “los acontecimientos históricos relativos a la motivación como elemento de la práctica judicial... representan un campo autónomo, digno de un estudio específico”,¹⁶ un campo al cual dedicaré la próxima sección.

V. LA PRÁCTICA SOCIAL DE DAR RAZONES Y LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRIMER JUEZ

Si el derecho positivo se define como derecho puesto por los hombres, no parece exagerado exigir para aquellos que pertenecen al mismo género (los humanos que han puesto el derecho) un cierto tipo de respeto. La noción de respeto tiene una fuerte connotación moral. Sin embargo, las razones para respetar pueden ser meramente estratégicas. Si el respeto no pudiera darse salvo por razones morales, toda mi propuesta, probablemente, tendería a confundirse con la teoría de la moralidad interna de Fuller, basada, en último análisis, en el deber moral de respetar la dignidad humana. Por el momento sólo necesito postular que esta forma de respeto no se debe en virtud de la naturaleza humana, sino de un banal fenómeno social (sólo en la conclusión sugeriré una versión fuerte, genuinamente moral, de mi propuesta, basándome en la noción de fraternidad de Lévinas).

En un grupo pequeño, aquellos que han sido encargados de decir el derecho —o más probable e inicialmente— de establecer sanciones —o, para evitar un innecesario reductivismo imperativista, de determinar autoritativamente los derechos y obligaciones de las partes—, no habrían podido mantener su competencia (y/o su poder) sino muy poco tiempo, y tal vez no bastante tiempo para institucionalizarse, sin tratar a los destinatarios de las sanciones con un mínimo de respeto.¹⁷

Dicho en otras palabras, en la medida en que sociológicamente se acepta la existencia de un grupo, que no es otra cosa sino el grupo no más espe-

¹⁶ *Ibidem*, p. 303.

¹⁷ O, por lo menos, si imaginamos una sociedad de castas (admitiendo que las castas existan independientemente del derecho, lo que puede dudarse), un mínimo de respeto para aquellos que pertenecen a la misma casta. Esta última precisión tiene la finalidad de aclarar un punto esencial: así como entiendo el concepto de motivación y su relación con el Estado de derecho, resulta perfectamente concebible afirmar, por un lado, la presencia de un Estado de derecho y, por el otro, simultáneamente, un contexto de extrema injusticia, por ejemplo, en el caso de una sociedad de castas —negación paradigmática del principio de igualdad—.

cificado del cual habla Hart,¹⁸ dentro del grupo, los que hacen el derecho deben respeto a aquellos que lo sufren.¹⁹ Y esto no por razones morales, por ejemplo paternalistas, sino porque no podríamos hablar de (Estado de)²⁰ derecho si, en algún momento histórico, alguna expresión de este respeto no hubiera permitido, en términos por lo menos estratégicos, la institucionalización de las autoridades jurídicas —que en un primer momento sólo debían de ser consideradas personas que toman decisiones arbitrarias pero necesarias para poner un término a una controversia cuya persistencia es quizá percibida por el grupo como más dañina que la sumisión a las decisiones potencialmente arbitrarias de ciertas personas miembros del grupo.²¹

Si llegan a institucionalizarse órganos primarios como los jueces, es porque en el grupo han encontrado algún tipo de apoyo, y necesariamente el apoyo mismo de aquellos que han sufrido algún tipo de sanción o decisión desfavorable. Imaginemos el caso en que haya existido un conflicto entre A y B. Los jueces del grupo determinan que A es responsable y lo condenan a ocho horas de trabajo forzado en beneficio de la comunidad. Si A está

¹⁸ Hart, H. L. A., *The Concept...*, *cit.*

¹⁹ Esta afirmación podría ser asociada a la idea de Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 2a. ed., Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2009, cap. 11, según la cual (el ejercicio de) la virtud del Estado de derecho tiende a limitar los daños inevitablemente provocados por el derecho, en particular —añado yo— la aplicación arbitraria de la fuerza.

²⁰ Es prudente referirse como a dos opciones posibles, ya sea a “derecho” o a “Estado de derecho”, pues dependiendo de la perspectiva teórica que se adopte, el concepto de derecho utilizado puede ser más o menos *casual*. Un concepto *casual* permite una tajante distinción con el concepto de Estado de derecho, pero un concepto más robusto de derecho tiende a confundirse con un concepto de Estado de derecho. Para decirlo en términos claros: en Fuller, por ejemplo, la moralidad interna del derecho define el concepto de derecho. Para autores positivistas, que retoman la obra de Fuller, la moralidad interna del derecho define el Estado de derecho, pero no el derecho, lo que permite decir, por ejemplo, que un derecho retroactivo, secreto, etcétera, sigue siendo derecho, aunque manifiestamente no cumpla con los requisitos más mínimos de un Estado de derecho (esto es, los requisitos formales y procesales típicos de la moralidad interna del derecho de Fuller o de la recién propuesta teórica de Waldron). Sobre el positivismo casual, véase Waldron, Jeremy, “The Concept and the Rule of Law”, *NYU Law School, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, working paper, núm. 08-50, noviembre de 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1273005>.

²¹ Una situación similar es reconstruida por Llewellyn, Karl N., “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, *Columbia Law Review*, núm. 30, 1930, p. 436, nota, cuando, acercándose a la idea de derecho como *remedies*, afirma que está asumiendo la existencia de por lo menos una regla jurídica, esto es la existencia del derecho como “a semi-specialized activity of control distinguished from other mechanisms of control; and also presupposing generalization to have set in”. Se trata, en particular, de imaginar una “special assembly held for the purpose of adjusting disputes, by say village elders otherwise without official position or authority... as one instance of its presence”.

convencido que no hizo nada para merecer tal castigo y, como él, ciertos miembros influyentes del grupo, lo más probable es que con las buenas o con las malas, los jueces dejen de ser jueces. La institucionalización supone un cierto éxito social en la tarea de juzgador. Como es imposible, frente a una controversia real, tomar una decisión sustancialmente favorable a ambas partes, la única forma de lograr el éxito es satisfacer de algún modo a la parte perdedora. Una técnica puede consistir en convencer a la parte sancionada que la sanción no es arbitraria, y que aunque las cosas hubieran podido ir de otra manera, la forma en que una cierta decisión ha sido tomada puede considerarse aceptable. Esto supone hacer el esfuerzo, en sentido amplio argumentativo, que consiste en dar razones, que parezcan buenas razones para aceptar la sanción. Estas razones no deben necesariamente ser las razones reales (si es que existen)²² de la decisión sino “aquellos elementos que sean relevantes con la finalidad de volver aceptable la decisión”.²³

Estas buenas razones no solamente pueden apaciguar a la víctima de la sanción, sino también pueden permitir a los demás miembros del grupo de aprender algo sobre las posibles consecuencias de ciertas conductas.²⁴ Esto genera expectativas, y la institucionalización puede depender de la capacidad de no traicionar arbitraria (o repetidamente) estas expectativas.

²² La intuición sobre la naturaleza *ex post* de la motivación y la no correspondencia entre las razones allí mencionadas y las razones que han realmente operado en el proceso psicológico que ha llevado a la decisión, si por un lado puede ser considerado un manifiesto del realismo estadounidense, ha sido compartida por juristas de otros horizontes, como en Italia por Calamandrei. Sobre este punto, véase Taruffo, Michele, *La motivación...*, *cit.*, pp. 108 y ss.

²³ *Ibidem*, p. 111. Respondiendo a una aguda observación de Paolo Comanducci, es necesario especificar que no estoy asumiendo que por detrás de toda decisión hay ciertas razones que las justifican, y menos que éstas sean morales. Desde otro punto de vista, es importante distinguir la razón como justificación y el hecho de dar una razón justificativa. La autoridad, siguiendo en esto, creo, a Raz, la tiene el hecho social de dar razones y no la razón en cuanto tal. Tampoco quiero reducir el derecho a una forma de argumentación. La relevancia de la argumentación, la importancia de dar razones que puedan persuadir a los involucrados es mayor durante el proceso de institucionalización del primer juez. Pero, una vez instituido, y proporcionalmente a la solidez de la institución, es de esperarse que la “bondad” de la práctica de dar razones ceda terreno frente a otros objetivos y/o valores.

²⁴ *Ibidem*, pp. 24 y 25, esto significa que los destinatarios de la motivación no son nada más las partes sino también el público en general. Para que esto sea así, hay que introducir obviamente la exigencia de publicidad (no sólo en las leyes sino incluso en las motivaciones), fundamental por ejemplo para Bentham.

VI. LA PRÁCTICA DE DAR RAZONES (BUENAS O MALAS) COMO BUENA RAZÓN

He hablado, en la sección anterior, de “buenas razones”. Al respecto es necesario precisar una distinción importante de cierta forma filosófica y/o psicológica de entender lo que es una razón. Como lo recuerda Schauer,²⁵ desde un punto de vista filosófico, existe la tendencia de pensar que tener una razón para una decisión significa *ipso facto* tener una buena razón para una decisión. Esta tendencia no aplica, por lo menos, a la motivación como práctica consistente en dar razones.

Hay que distinguir la razón de la decisión y la motivación de la decisión como razón. La razón de la decisión, si existe, es una razón para el juez. La motivación de la decisión, en cambio, no es una razón para el juez que ha tomado la decisión, sino para sus destinatarios. Más allá de las razones de la decisión y de la motivación como razón, hay que destacar la actividad misma de motivar, entendida como actividad que consiste en dar razones, como razón. Esta razón que es la motivación se compone de un conjunto de razones,²⁶ cada una de las cuales, desde la perspectiva de los destinatarios, puede ser buena o mala. En pocas palabras, los adjetivos “bueno” y “malo” aplican en cuatro momentos distintos. Aplican a las razones del juez, a la motivación como razón, a cada una de las razones cuyo conjunto constituye la motivación, y a la motivación como actividad que consiste en dar razones.

Si se acepta la crítica realista, y la no necesaria identidad entre las razones de la decisión, esto es las razones que llevan el juez a tomar la decisión que toma, y las razones que se expresan en la motivación, desde el punto de vista adoptado en este trabajo, las razones reales del juez son irrelevantes. La motivación como razón puede ser, como veremos más adelante, más o menos buena, en el sentido que puede, desde un punto de vista lógico y/o retórico, convencer en mayor o menor medida. Esta relatividad depende de dos factores, uno interpretativo y el otro valorativo. Aunque en este contexto no sea necesario introducir la noción de *ratio decidendi*, referirse a ella me permite expresar con más brevedad una idea sencilla. En la motivación, como razón *oficial* de la decisión, se esconde la *ratio decidendi*. Se esconde en el sentido en que cuál sea la *ratio decidendi* depende de su identificación por parte de los intérpretes que deben, por así decirlo, buscarla; entiendo aquí

²⁵ Schauer, Frederick, “Giving Reasons”, *Stanford Law Review*, 47, núm. 4, 1995, p. 635.

²⁶ Estas razones, siguiendo a Schauer, *ibidem*, p. 638, pueden ser entendidas como “propositions of greater generality than the conclusions they are reasons for”.

“intérprete” en sentido meramente semiótico y no jurídico: es intérprete cualquier sujeto que perciba a la motivación como signo de algo, así que las partes y el público en general son tan intérpretes como el jurista especialista de la cuestión objeto de la decisión. Ahora bien, intérpretes distintos pueden identificar diversamente la *ratio decidendi*. Una vez identificada la *ratio decidendi* pueden considerarla buena o mala, a partir de una infinidad de criterios, no necesariamente morales.

De la misma forma, cada una de las razones que componen la motivación puede ser buena o mala, y esto dependiendo de la interpretación y valoración de cada destinatario. Más allá de la diversidad individual entre destinatarios, hay que subrayar la diversidad categorial entre las clases de destinatarios (los demás jueces, la doctrina, las partes, el público en general, etcétera); una razón que tiene que ver con el sentido común tendrá más éxito entre el público general y menos entre los especialistas, etcétera.

En virtud de lo comentado, parece legítimo descartar la relevancia de la bondad con respecto a estos tres primeros elementos. Lo que permanece es entonces la actividad misma de dar razones. Independientemente de las razones que se den, de su correspondencia con las razones reales y de la capacidad real de persuasión de la motivación en su conjunto; el punto que quiero subrayar es que la actividad de motivar es buena en sí misma.

Como lo he hecho refiriéndome a la palabra “respeto”, en este caso también quiero precisar que “bueno” puede ser entendido moral o funcionalmente. Motivar es bueno como cocinar es bueno, aunque lo que se cocine no resulta ser bueno, o si a pesar de una genérica bondad algún elemento no nos resulta digerible. Cocinar puede ser bueno en virtud de un deber moral o de un simple instinto de sobrevivencia (hay que cocinar la carne para eliminar bacterias) o, como agudamente señaló Bentham, tanto por probidad como por prudencia.²⁷ Dar buenas razones es como cocinar un buen plato; por ello no hay que confundir la bondad inherente en la actividad con la bondad, contingente, del resultado.

Una última observación puede ser útil no para eliminar la ambigüedad que afecta mi uso de la palabra “bondad”, sino para distinguir con claridad dos significados, uno funcional, otro genuinamente moral. Lo que es esencial desde un punto de vista funcional en un momento (inicial) puede perder su relevancia (funcional) pero permanecer relevante desde un punto

²⁷ Bentham, refiriéndose a la actividad de dar razones, afirma: “In neither case, therefore, does a man exempt himself from a function so strongly recommended as well by probity as by prudence”. Bentham, J., “The Introductory View of the Rationale of Evidence, and Rationale of Judicial Evidence”, *The Works of Jeremy Bentham*, Nueva York, Bowring, 1962, VI, cap. 10, p. 357.

de vista genuinamente moral. Lo que podría ser definitorio de cualquier sistema jurídico, en el sentido que sin tal elemento no podría alcanzarse el desarrollo necesario para poder hablarse de sistema jurídico (una institución primaria de adjudicación), deja de ser definitorio del sistema jurídico, pero se vuelve definitorio de lo que puede considerarse un sistema jurídico virtuoso (o Estado de derecho).

VII. RAZONES NO CENSURABLES, JUECES ÚLTIMOS Y RIESGO DE ARBITRARIEDAD

Ahora bien, como destacó hace mucho Bentham,²⁸ la actividad de dar razones resulta inseparable de la responsabilidad de ciertos agentes, no solamente en las actividades políticas o judiciales, sino incluso en cualquier actividad humana. Esta actividad, sea cual sea el ámbito social, resulta más necesaria cuando se trata de autoridades cuyas decisiones o acciones no pueden ser revisadas por una autoridad superior, esto es, cuando el riesgo de arbitrariedad (y sus consecuencias) son más importantes.

En efecto, un punto muy a menudo planteado por los teóricos del (Estado de) derecho se refiere a la ausencia de control judicial sobre las decisiones del juez supremo.²⁹ En la medida en que el control judicial es considerado una garantía en contra de la arbitrariedad y, por lo tanto, un requisito del Estado de derecho,³⁰ la ausencia de tal control parecería dejarnos en las

²⁸ “In legislation, in judicature, in every line of human action in which the agent is or ought to be accountable to the public or any part of it —giving reasons is— in relation to rectitude of conduct, a test, a standard, a security, a source of interpretation”, *ibidem*, p. 357.

²⁹ Endicott, Timothy A. O., “The Impossibility of the Rule of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 19, 1999, pp. 9 y ss.

³⁰ La intuición según la cual el Estado de derecho significa ausencia de arbitrariedad puede atribuirse a Dicey, y sigue siendo un punto firme en las teorías contemporáneas. Dicey afirmó que *rule of law* significa “the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government”, p. 198. Endicott, Timothy A. O., “Adjudication and the Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, núm. 2, 2007, pp. 311-26, ha señalado que “rule of law is opposed to arbitrary government”, y “(i)n each case of arbitrariness, the defect in the law is that it is failing to control the life of the community in a way that can be distinguished from what Aristotle called the rule of people”; Waldron, por su parte, se refiere al “requirement that people in positions of authority should exercise their power within a constraining framework of public norms rather than on the basis of their own preferences or ideology”. Waldron, Jeremy, “Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?”, *European Journal of International Law*, núm. 22, 2011, pp. 316 y 317.

manos de las decisiones arbitrarias del juez supremo. Una solución posible, aunque no ideal, desde este punto de vista, sería la situación en que existen dos jurisdicciones cada una de la cual puede revisar las decisiones de la otra. Es decir, que no es necesario un regreso *ad infinitum*, en donde siempre habría, por así decirlo, una jurisdicción última.³¹

Admitiendo que en una situación embrionaria —como la que he reconstruido en este trabajo— el juez del grupo es por definición un juez supremo, el análisis de su relación con el resto del grupo puede sugerir algo interesante sobre la relación entre los jueces supremos y el grupo social en los sistemas jurídicos sofisticados. La potencial arbitrariedad de sus decisiones encuentra un límite en la reacción del pueblo, directamente o a través de sus representantes (esta segunda posibilidad presupone por cierto un cierto desarrollo de las instituciones políticas).

En último análisis, resulta ineliminable una relación que puede ser cooperativa, de franco apoyo, o de oposición entre los jueces supremos y el grupo social destinatario de sus decisiones. Tal situación está presente en la situación de nuestro ejemplo rudimentario, en el cual un grupo social confía a algunos sujetos la tarea de tomar decisiones para resolver controversias. Existen, de ambas partes, expectativas.³² Por un lado, la de los jueces relativa al acatamiento de sus decisiones (esto es, al éxito de su tarea); por el otro, la de los destinatarios de las decisiones, aquellos mismos que atribuyeron el Poder Judicial a los jueces, de no sufrir algún tipo de arbitrariedad. Ésta es, a menudo, identificada con la creación de normas por parte de los jueces que serían, luego e ineluctablemente, aplicadas de modo retroactivo.

En lo que sigue intentaré demostrar, retomando las intuiciones desarrolladas en la sección III, que entre los que deciden y el resto del grupo, o por lo menos una parte relevante de él (cuando se trata de grupos de millones

³¹ Endicott, Timothy A. O., *The Impossibility...*, *cit.*, p. 9. “It is impossible for a community to have an infinite number of courts. But an infinite *hierarchy* of courts is not impossible: that would only take two courts, each of which has power to reverse the decisions or to control the process of the other”.

³² Volveré sobre este juego de expectativas recíprocas en la última parte del trabajo, invocando, en particular, la teoría de Bratman, Michael E., “Shared Cooperative Activity”, *The Philosophical Review*, 101, núm. 2, 1992, pp. 327-341, sobre las actividades cooperativas compartidas. La aplicaré, sin embargo y contrariamente a lo que hizo Coleman. Coleman, Jules L., *The Practice of Principle: in Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2001, no a la práctica judicial que caracteriza la regla de reconocimiento hartiana, sino a la práctica social que consiste en dar y recibir razones, práctica que involucra, por un lado a las autoridades jurídicas en general —y a los jueces en particular— y, por el otro, a sus destinatarios.

de personas), directa o indirectamente destinatarios de las decisiones puede o debe establecerse lo que Bratman ha llamado una actividad cooperativa compartida.

VIII. DAR Y EXIGIR RAZONES: EL FUNDAMENTO COOPERATIVO DE LAS DECISIONES NO ARBITRARIAS

Bratman define la noción de actividad social cooperativa a partir de tres elementos:³³

1. Una responsabilidad o sensibilidad recíproca, esto es la capacidad de reaccionar a partir de las intenciones y acciones de otros agentes;
2. Un compromiso respecto de la actividad conjunta, y
3. Un compromiso de mutuo apoyo.

La actividad que en mi opinión cumple con los tres requisitos es la actividad que consiste en dar y recibir razones. Cuando dos partes, frente a una controversia que opones sus intereses, deciden acudir a una tercera parte para que ella decida, empiezan por comunicar ciertas razones, obviamente a favor de su pretensión. La autoridad que decide es, en un primer momento, destinataria de las razones dadas por ambas partes. Estas razones apoyan el desarrollo del razonamiento del juez. Puede ser que algunas razones sean descartadas y otras tomadas en cuenta. Cuando el juez decide, en la medida en que formula, en la motivación, un discurso que justifica la decisión, devuelve a las partes ciertas razones. Es posible que una razón invocada por la parte perdedora sea utilizada, en la motivación, en contra de ella. Por ejemplo, la parte perdedora invoca el hecho A como fundamento posible para una decisión que le sea favorable. La autoridad invoca A, pero con el fin de constatar su ausencia y por lo tanto el efecto no es el esperado por la parte perdedora. Sin embargo, la situación es distinta respecto de aquella en que el juez decide en contra de una parte sin que en la motivación se encuentren rastros de las razones invocadas por la parte perdedora. Que se trate de una razón relativa a los hechos o de una razón relativa a las normas aplicables, la actitud del juez puede ser, por así decirlo, sensible o insensible. Es insensible cuando ignora las razones presentadas por la parte. Es sensible cuando, después de haber tomado en cuenta dichas razones, descarta su relevancia. Un hecho invocado puede resultar ausente, en virtud de ciertos medios de

³³ Bratman, Michael E., “Shared Cooperative...”, *cit.*, pp. 328 y ss.

pruebas cuya legitimidad es aceptada por la parte, y una norma invocada puede no ser aplicada porque, por ejemplo, ha sido derogada o nunca ha existido formulada por la parte, etcétera.

Lo que precede satisface la primera y la tercera condiciones. Las autoridades que deciden y las partes, cuando ofrecen y reciben razones, en un caso particular, muestran una clara sensibilidad recíproca. En el curso de un mismo proceso es posible que las autoridades soliciten aclaraciones a partir de las razones invocadas, por ejemplo, pueden solicitar que se introduzcan elementos de prueba que apoyen ciertas alegaciones respecto de los hechos, o ciertas proposiciones normativas, esto es ciertas aserciones acerca del derecho aplicable.

Esta visión se limita a un caso particular pero, como hemos visto en la sección III, las razones dadas en el primer caso —decidido por un hipotético primer juez— generan expectativas para el conjunto del grupo, mismas que ejercen una presión sobre la actividad decisoria y en particular sobre las razones que pueden motivar futuras decisiones de tal forma que nadie termine considerando que sus expectativas han sido arbitrariamente traicionadas.

Como subraya Bratman, la primera condición es fácilmente satisfecha, porque también dos enemigos durante una guerra desarrollan,³⁴ de manera estratégica, una gran capacidad de reaccionar frente a las intenciones y a las acciones del enemigo. No es necesario, por lo tanto, detenerse más sobre este primer aspecto. Lo que no hacen los soldados, claro está, es prestarse ayuda de modo recíproco.

¿En qué sentido se apoyan recíprocamente los participantes en la actividad de dar y recibir razones? La respuesta es implícita en lo que he dicho. Cuando las partes dan razones apoyan la actividad que consiste en motivar. Si, por ejemplo, en el contexto del derecho contemporáneo, los abogados de ambas partes son muy buenos, la tarea del juez resulta más fácil. Al mismo tiempo, si las razones que constituyen la motivación son buenas razones, y si la motivación en su conjunto resulta clara, ordenada, coherente y convincente, será más fácil para las partes, sobre todo la perdedora, aceptar la decisión o, si no la acepta, buscar razones adecuadas para solicitar la revisión y la eventual anulación de la primera decisión.

Queda por demostrar que también se satisface la segunda condición, esto es, que se trate realmente de una actividad conjunta respecto de la cual los participantes se comprometen. Esto presupone la existencia de un objetivo común, que no existe, por ejemplo, en el caso de los enemigos du-

³⁴ *Ibidem*, pp. 328 y 329.

rante una guerra. Antes de proponer una respuesta, hay que recordar dos precisiones importantes que hace Bratman. Por un lado, hay que evitar la circularidad que consistiría en exigir que la actividad cooperativa resulte de una intención cooperativa por parte de todos los participantes: la ejecución conjunta puede ser cooperativamente neutral,³⁵ por otro lado, hay que admitir la existencia de un desacuerdo, hasta profundo, entre los subplanes de cada agente.³⁶

El compromiso respecto de la actividad conjunta no depende, por lo tanto, de una convergencia de intereses previa al comienzo de la misma actividad. Si así fuese, se trataría de una cooperación preconfeccionada.³⁷ No tendría ningún sentido, por ejemplo, imaginar a autoridades y otros miembros del grupo social que, habiendo decidido construir un Estado de derecho, empiezan a exigir y rendir decisiones motivadas etcétera. Puede ser que las autoridades busquen inicialmente poder y prestigio, y las partes un cierto tipo de ventaja de corto plazo, como ganar una causa, obtener una decisión favorable. Retomando lo que dije en las primeras líneas, no hay que suponer la existencia de razones morales que motiven el respeto. Éste, sin embargo, resulta en el momento en que los participantes se dan cuenta de que la actividad social cooperativa (o que cooperar en cierta actividad) resulta ser la mejor forma para conseguir cada uno sus objetivos, hasta probablemente percatarse de que el objetivo último de la actividad social cooperativa —en mi ejemplo: mantener un Estado de derecho basado en la toma de decisiones motivadas y en su cumplimiento voluntario, esto es, una situación en donde crear y seguir reglas son actividades apoyadas en razones, aunque falibles— supera cualquier otro objetivo concurrente, por constituir una condición necesaria (aunque no suficiente) para realizarlos.

IX. CONCLUSIÓN: ESTADO DE DERECHO Y FRATERNIDAD

Las últimas palabras de la introducción anunciaban una gran ambición: decir algo sobre la naturaleza del ideal del Estado de derecho, y mejorar las técnicas de su medición.

El Estado de derecho como lo he definido, a partir de la actividad que consiste en dar y recibir razones y que se concretiza a través de las motivaciones de las decisiones jurídicas, ¿constituye un valor funcional o un valor

³⁵ *Ibidem*, pp. 329 y 330.

³⁶ *Ibidem*, pp. 331 y 332.

³⁷ *Ibidem*, p. 339.

moral? Mucho depende de cómo se entienda la noción de respeto que ha aparecido en diversas ocasiones. Depende también de lo que entendemos por funcionamiento. Un cuchillo puede no ser funcional (no cortar), cortar o cortar bien. Dando por sentado que todo lo que he dicho respecto del Estado de derecho no interfiere con la cuestión de la existencia de sistemas relativamente organizados para ejercer el monopolio de la fuerza, parecería que el derecho puede funcionar muy bien sin que se motiven las decisiones. Puede funcionar muy bien sin que exista la menor participación por parte de los destinatarios, reales o potenciales, de las decisiones jurídicas. Esto, sin embargo, no significa que un derecho que sea, también, un Estado de derecho, no funcionaría mejor. Pero esta mejoría tal vez dependería del hecho que los participantes, autoridades y súbditos, una vez alcanzado este mejor funcionamiento, terminarían teniendo, más allá de razones prudenciales relacionadas, directa o indirectamente, con el buen funcionamiento de la *máquina del derecho*, genuinas razones morales para motivar las decisiones y respetar la confianza legítima de los súbditos, por un lado, y cumplir con lo jurídicamente obligatorio (esto es, acatar las decisiones jurídicas), por el otro. Aunque el valor del Estado de derecho no fuera un ideal moral, su realización generaría razones morales para cultivarlo.

El mismo Hart, navegando en los mares tempestuosos agitados por sus metáforas médico-biológicas, se ha percatado que existe una diferencia entre un derecho no patológico (esto es, que funciona bien), y el derecho de una sociedad que goza de una perfecta salud.³⁸ Necesitamos funcionar, pero valoramos como algo bueno tener una perfecta salud.

En cuanto a la cuestión de la medición, la respuesta me parece obvia. Se trata de una respuesta doble. Por un lado, si medir el Estado de derecho significa medir las motivaciones, resulta claro que el dato empírico es bastante accesible, y cuando no lo es, se trata ya de una medición. Por otro lado, leer las motivaciones, desde una perspectiva realista que es la mía, es la única forma de medir todo lo demás. Es decir, aun admitiendo que existan cosas importantes, como la democracia o el debido proceso, hay que preguntarse: ¿cómo podemos medir todo esto? Solamente un ingenuo diría que se cumple con el valor de la democracia porque un artículo constitucional afirma

³⁸ Hart, en efecto, después de haber recordado cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico, añade: “The first condition is the only one which private citizens need satisfy: they may obey each ‘for his part only’ and from any motive whatever; though in a *healthy society* they will in fact often accept these rules as common standards of behaviour and acknowledge an obligation to obey them, or even trace this obligation to a more general obligation to respect the Constitution”. Hart, H. L. A., *The Concept...*, *cit.*, pp. 116 y 117 (énfasis añadido).

que tal o cual país es una República democrática. Igualmente ingenuo sería quien pensara que la democracia existe en donde existen elecciones con sufragio universal, etcétera. En países como México en donde existen, a la vez, autoridades administrativas y judiciales en materia electoral, la calidad de la democracia debe medirse a partir de las lecturas de las motivaciones, en casos de pluralismo de la información, de financiamiento de campañas electorales, de otorgamiento o supresión del registro a un partido político, etcétera. Lo mismo con todos los demás valores que según las distintas concepciones constituyen requisitos del Estado de derecho.

Por cierto, la constatación de que analizar las motivaciones puede permitir acceder a información sobre otros elementos no implica, en mi opinión, que existan otros elementos importantes. La participación del pueblo en la actividad social cooperativa que constituye la fábrica de motivaciones, es más importante que cualquier elección política. La motivación como tal, también es la manifestación más clara del debido proceso, y probablemente de la independencia judicial.

En otras palabras, insistir sobre la motivación no tiene su razón de ser en el rol de *medium* que juega la motivación. Se trata de un fin en sí mismo, definitorio de un Estado de derecho que, de hecho, una vez alcanzado, probablemente conlleva la realización de muchos otros fines valiosos. Pero sus externalidades positivas no deben confundirse con sus propiedades definitorias.

Una genuina lectura moral de la motivación como definitoria del Estado de derecho puede sugerir volver a la lectura de Emmanuel Lévinas y a su concepción de fraternidad. Si la casa de paja y la de madera, la libertad y la igualdad, más allá de seguir seduciéndonos ya ha sido destruida por la intemperie o por los lobos del momento —crisis económicas, guerras, terrorismos—, no queda de otra que armarnos de paciencia y contribuir a la construcción de la casa de la fraternidad. Esta construcción seduce poco, porque el tiempo para construirla resulta ser excesivo. Y sobre todo el tamaño de los ladrillos es tan pequeño como son breves las interacciones cotidianas entre administradores y administrados, o entre administrados. Como es fugaz e imperceptible el destello de humanidad que de cada interacción puede generarse.