i-Latina 0 (2017): 1-19
DOI: 10.14198/i-Latina.2017.0.05

Relatoría del tema cuarto, "Anomia y Estado de derecho"

FRANCESCA POGGI
Università degli Studi di Milano
Francesca.Poggi@unimi.it

RESUMEN

La relatora presenta una elaborada reexposición de las principales tesis contenidas en las quince ponencias enviadas sobre el tema. Diferenció distintos sentidos del concepto de anomia para conectarlo a continuación con la idea de crisis del Derecho, en dos frentes principales: crisis del imperio de la ley y crisis del Estado constitucional. Ambos frentes abarcaban las temáticas de la mayoría de ponencias

PALABRAS CLAVE: anomia, constitucionalismo, crisis del Derecho, democracia, desregulación, Estado constitucional, globalización, imperio de la ley, lex mercatoria.

ABSTRACT

The rapporteur presents an elaborate presentation of the main thesis in the fifteen papers on the topic. She distinguishes several meanings of the concept of *anomie* in order to connect this concept to the notion of the Crisis of Law on two main fronts: the crisis of the rule of Law and the crisis of the Constitutional State. Both fronts include themes from most of the presentations.

KEYWORDS: anomie, Law´s imperium crisis, democracy, de-regulation, constitutionalism, Constitutional State, globalization, rule of Law, lex mercatoria.

Copyright© Francesca Poggi
Se permite el uso, copia y distribución de este artículo si se hace de manera literal y completa (incluidas las referencias a i-Latina), sin fines comerciales y se respeta al autor adjuntando esta nota. El texto completo de esta licencia está disponible en: http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es
Revista Digital de Acceso Abierto http://www.cervantesvirtual.com

La palabra “anomia” es de origen griego, su raíz está compuesta por el prefijo ἀ- a- «ausencia de» y νόμος, normas: por tanto, significa ausencia de normas.

Esta palabra tiene por lo menos tres usos técnicos en la teoría del derecho (entendida en sentido amplio): usos estrechamente relacionados entre sí.

El primero, quizá el más conocido, fue difundido por Durkheim, que entiende “anomia” como "Un estado sin normas que hace inestables las relaciones del grupo social, impidiendo así su cordial integración, cooperación". La anomia produce, según Durkheim, una disonancia cognitiva entre las expectativas normativas y la realidad cotidiana. Me ha sorprendido un poco que la mayoría de las ponencias de hoy no hagan referencias a este sentido, tampoco cuando analizan temas conectados con él – hay excepciones, como Torres Ortega y, sobre todo, Pérez Perdomo, que hace un análisis muy detallado del concepto de “anomia” en Durkheim y en Merton.

El segundo sentido técnico se debe a Bobbio, que en Norma (1980) habla de “anomia” como “uno stato di generale mancanza di norme”. Este sentido no es citado por ninguna de las ponencias de hoy, aunque algunas de ellas emplean un concepto parecido a la anomia de Bobbio: el estado de naturaleza, teorizado variadamente por Locke, Hobbes, Rousseau y otros pensadores contractualistas.

Finalmente, el ultimo sentido de anomia, éste sí en el centro de muchas de las ponencias que vamos a discutir, fue empleado por Carlos Santiago Nino en Un país al margen de la ley (1992): según Nino, es anómica una sociedad instalada en la ilegalidad, entendida como falta de respeto a las normas.

Me parece que, en que las ponencias que vamos a discutir, la ‘anomia’ (en alguno de los tres significados mencionados) está conectada, sobre todo, con un fenómeno que podemos llamar “crisis del derecho” (expresión que, como vamos a ver, puede ser entendida de diferentes maneras): una crisis que algunas veces produce un estado parecido a la anomia y otras produce nuevas formas de regulaciones que pueden ser intermitentes, discrecionales, injustas y, así, de nuevo

conectadas con una situación anómica. En particular, en las ponencias de hoy, la crisis del derecho se configura por lo menos en dos sentidos distintos:

(1) crisis del derecho como crisis de la fuente "ley", la fuente producida por el Parlamento elegido democráticamente; esto es, crisis del imperio de la ley (en italiano se habla de la crisis del "principio della supremazia della legge")

(2) crisis del estado constitucional de derecho

Partamos del primer sentido: crisis del derecho como crisis del imperio de la ley, la fuente producida por el Parlamento. Este tema es abordado principalmente por Liborio Hierro, que nos recuerda cómo el imperio de la ley es también un principio ético-político, conectado con el principio democrático, siendo la ley – producida por un Parlamento democráticamente elegido - expresión de la voluntad general. Según Liborio Hierro, los motivos por los cuales se piensa que el imperio de la ley está actualmente en crisis son varios – tantos que nos hacen dudar si siempre se habla de crisis del imperio de la ley en el mismo sentido. Muy brevemente, estos motivos son los siguientes:

(i) La diversificación de las leyes: diversificación que se produce en tres niveles: (a) en el nivel de ordenación horizontal, al distribuirse la competencia legislativa entre la ley federal y la ley estatal o entre la ley estatal y la ley regional o autonómica; (b) en el nivel de ordenación material o de contenido, al aparecer leyes formales de dudoso contenido como ley material (sin generalidad y abstracción) e, incluso, a veces, de pretensión normativa directa, como en las leyes-medida, leyes-programa, leyes-plan, etc.; (c) finalmente, en el nivel de ordenación vertical, al haber aparecido en ciertos sistemas jurídicos diferentes categorías de leyes, como las orgánicas que aprueban estatutos de autonomía, las meramente orgánicas y las ordinarias, creando así diferentes tipos de legislador y suscitando el debate sobre si la distinción es meramente competencial o estrictamente jerárquica.

(ii) El segundo motivo residiría en la aparición, en el contexto del proceso de integración europea, de normas no legales en sentido formal que cobran fuerza paralegal, desplazando la aplicabilidad de las leyes internas a favor de los reglamentos y ciertas directivas comunitarias.

(iii) El tercer motivo es la expansión de la fuerza normativa de la constitución y de sus principios, que supone una obvia limitación de la potestad legislativa.

Liborio Hierro centra su análisis en el último motivo y afirma - ésta es su tesis principal – que los cambios que se produjeron durante la transición del Estado de derecho hasta el Estado Constitucional no afectan al principio ético-normativo del imperio de la ley.

Aquí surgen dos problemas, que están también en el centro de otras ponencias:

(i) Primero, si hay un conflicto, una tensión, entre principio democrático y estado constitucional – y creo que claramente la hay. (Abro un paréntesis: en su ensayo, Juan de Dios González Ibarra y Barbara E. Orihuela Rosas subrayan la importancia del pensamiento de Bobbio y Ferrajoli en la transformación del estado de derecho hacia un estado constitucional en America Latina y, sobre todo, en Mexico. Pero me parece que hay también una tensión en el pensamiento de estos dos autores: Bobbio es el teórico de la democracia, una democracia que él entiende esencialmente en términos formales - de procedimientos -. Ferrajoli, en cambio, es el teórico del neo-constitucionalismo y, como he dicho, entre democracia y constitucionalismo hay tensiones – tensiones bien analizadas, p.e., por Anna Pintore, en su libro I diritti della democrazia).

(ii) El segundo problema es si este conflicto entre principio democrático y estado constitucional, puede superarse o si debe ser resuelto a favor del uno o del otro.

Estos problemas son enfrentados también por Isabel Trujillo, que subraya la importancia del principio de proporcionalidad, que tiene que eliminar, cito, "aquellas intervenciones sobre los derechos que no aparezcan adecuadas a las finalidades de la constitución, que no sean las menos restrictivas posibles, que sean desequilibrabas respecto a los beneficios que pueden traer de la medida legislativa". El problema, creo, es que las intervenciones que sean adecuadas, menos restrictivas posibles, etc., son fruto de una decisión discrecional, sobre todo

porque lo mismos derechos constitucionales pueden entrar en conflicto, y esta discrecionalidad no es eliminable.

Respecto de estos temas, el conflicto entre democracia e imperio de la ley, por un lado, y entre principios e imperio de la Constitución, por el otro, Liborio Hierro descarta la tesis, que él atribuye al constitucionalismo fuerte – y sobre todo a Manuel Atienza – según la cual (cito) "la crisis de la ley [de la ley en sentido formal] no es una enfermedad antigua y curable, es la muerte irreversible de la ley tal y como era en el estado legislativo de derecho y, consecuentemente, la desaparición del principio ético-jurídico del imperio de la ley". Contra esta tesis, Liborio Hierro desarrolla un argumento muy brillante. Él opina que si esta tesis fuera correcta, se produciría una paradoja constitucional del siguiente tenor: (a) La Constitución somete a los jueces y magistrados únicamente al imperio de la ley. (b) La Constitución desplaza el principio del imperio de la ley.

Ambas proposiciones serían verdaderas, y esto es paradójico, pues son contradictorias.

Según Hierro, el constitucionalismo débil puede salir de esta paradoja, porque prescribe el principio in dubio pro legislatore, lo que implica que la ponderación, aunque sea revisable en vía constitucional, tiene que ser realizada primariamente por el legislador.

Dos notas sobre el ensayo de Hierro:

En primer lugar, la pregunta de partida parecía una pregunta de hecho, algo como "¿Es verdadero que la transición del Estado de derecho hasta el Estado Constitucional ha minado, ha matado, el principio ético-normativo del imperio de la ley?" Pero su respuesta me parece normativa, más que descriptiva: algo como "tenemos que adoptar el principio in dubio pro legislatore para no minar el principio ético-normativo del imperio de la ley". Pero si de hecho, as a matter of facts, los jueces no adoptan el principio in dubio pro legislatore, entonces el principio ético-normativo del imperio de la ley está (de hecho) muerto. Y este hecho, creo, no produce en realidad una paradoja constitucional – porque se podría argumentar que "La Constitución somete a los jueces y magistrados únicamente al

imperio de la ley no contraria a la Constitución" – sino que hace vacía la misma norma constitucional, porque son los mismos jueces los que tienen que establecer si las leyes son contrarias a la Constitución. Esta situación es desagradable pero puede bien ser, de hecho, verdadera.

En segundo lugar, me pregunto si la conclusiones de Liborio Hierro serían las mismas si el autor hubiera tomado en cuenta también las otras razones de la crisis de la ley y, sobre todo, si nos remitimos a un nivel más general, si hubiera considerado también la situación internacional. En este nivel, entra en escena una más profunda crisis del derecho: una crisis que afecta a todo el derecho de producción estatal, incluso al derecho constitucional – una crisis que se traduce en la crisis del estado constitucional de derecho. Estos temas son analizados por María José Fariñas Dulce, Antonio Giménez Merino, José Luis Gordillo Ferré, Isabel Trujillo y Rafael Escudero.

Así, tanto María José Fariñas Dulce como Antonio Giménez Merino y José Luis Gordillo Ferré destacan cómo el imperio de la ideología neoliberal y neo conservadora, que acompaña al proceso actual de globalización, está apoyando y dirigiendo un proceso de desregulación y re-regulación de importantes sectores de la actividad socioeconómica – una desregulación en el sentido de ausencia de normas estatales, y una re-regulación a través de nuevas normas que no son de derecho estatal, no son democráticas y no son en defensa del interés general.

Esta desregulación, según Fariñas Dulce, afecta (i) al ámbito de la radiodifusión y medios de comunicación (con imposición por parte de las empresas transnacionales de Leyes de secretos comerciales) – yo añadiría problemas de jurisdicción que hacen inefectivos los tradicionales instrumentos de represión de los ilícitos; (ii) al mercado laboral, con fenómenos de externalización y flexibilización del trabajo; (iii) y, sobre todo, al ámbito económico-financiero, donde hay capitales desterritorializados y fenómenos de supresión de controles jurídicos de actividades socioeconómicas.

En este ultimo ámbito, estamos asistiendo a una nueva forma de pluralismo jurídico: potentes agentes y estructuras privadas de ámbito global están actuando como nuevos actores de la regulación social, creando un derecho global sin Estado,

que tiene carácter privado, desterritorializado y no democrático – la nueva lex mercatoria.

Los fenómenos de desregulación y re-regulación a través de normas no estatales producen una crisis del derecho en el sentido de crisis de la ley – disminuye el ámbito de competencia de la fuente "ley" –, pero también afectan el estado constitucional de derecho, pues los derechos constitucionales (nacionales) no son protegidos en los sectores abandonados a estas nuevas formas de regulación.

Me pregunto (y pregunto a la autora) si entre este amplio fenómeno de la desregulación se puede colocar también la difusión de los códigos éticos, de los cuales trata Gema Marcilla. En su ponencia, que es muy articulada y que aquí no tengo tiempo de analizar, me parece que Gema Marcilla subestima el problema de la inclusión de códigos éticos en las fuentes del derecho. Escribe que "la relevancia de la incorporación o no de los códigos éticos en el derecho tiene relevancia sólo en una visión muy formalista" (p. 12). En particular, la autora reconoce el problema de establecer el "carácter vinculante" de las normas de los códigos éticos, pero sólo para aquellas profesiones para la cuales la función social es central y definitoria (los jueces, y no los abogados). Ahora bien, las violaciones de los códigos éticos pueden implicar sanciones muy graves también para los abogados (suspensión e irradiación), así que me parece que también para ellos es importante aclarar el carácter vinculante. Por lo que nos interesa ahora, los códigos éticos que no están incorporados en las fuentes del derecho parecen formas de desregulación: de imponer normas mediante instrumentos privados.

Volviendo a casos más claros de desregulación, Escudero sostiene que el paradigma de la "gobernanza", governance – concepto acuñado por primera vez en un informe del Banco Mundial de 1989- ha dado un impulso fuerte en esta dirección. Dos son las características que lo definen: (i) recurre al compromiso voluntario más que a la sanciones (soft law); (ii) busca legitimarse no mediante la participación ciudadana sino a través de la expertise de los gobernantes. Este paradigma, según Escudero, supone una retirada estatal en el propio proceso de

elaboración del derecho: mira a excluir la economía de la toma de decisiones colectivas.

Esta retirada no equivale a un espacio vacío de derecho: como bien argumenta Isabel Trujillo, el soft law es derecho: según Trujillo "su juridicidad depende precisamente de la capacidad de resolver problemas de coordinación". En efecto, Isabel Trujillo expresa una posición mucho menos crítica respecto este fenómeno. Siguiendo a Linda Sendel, ella distingue el pre-law (Green and White books and guidelines) y el post-law (regulations), por un lado, y el para-law, por el otro. Si he entendido bien, según Trujillo la legitimación de las dos primeras formas de normas (que son normas de armonización supranacionales) se encuentra en su capacidad de coordinación; mientras que la legitimación del para-law (que incluye el derecho producido por sujetos privados, corporaciones, como la ley mercatoria) reside en su capacidad de resolver conflictos y en el principio de accountability, "por el cual aquel que establece la regla tiene que estar sometido a ella y aquel que la aplica debe hacerlo con imparcialidad y debe responder de su decisiones". Aquí hay, creo, una divergencia entre la posición de Trujillo y las de los otros autores citados: para estos últimos, esta legitimación no es suficiente – porque no siempre el principio de accountability es satisfecho – y, me parece, no es suficiente porque hay muchos modos de realizar una coordinación y no todos son igualmente buenos, y los conflictos pueden ser resueltos de manera injusta, en perjuicio de los derechos y a favor de los poderes económicos. Esta divergencia no debe ser exagerada, porque también Trujillo asigna un papel central a la protección de los derechos, sobre todo a nivel internacional: pero, entonces, el problema es si, de hecho, esta protección no se ve afectada por fenómenos como la re-regulación.

Si Giménez Merino y Gordillo Ferré subrayan que la gestión neoliberal de la economía está determinando también "la suspensión por tiempo indeterminado de muchos derechos sociales", Rafael Escudero sostiene que, en el ámbito europeo, la afectación a los derechos sociales es consecuencia sobre todo de la política de la Unión Europea: de la imposición desde la UE de la "Golden rule", la regla del "déficit cero", que impone que el derecho se ajuste a los intereses de la economía.

Si los derechos sociales se encuentran debilitados, mejor suerte no encuentran los derechos de libertad sometidos a una creciente limitación desde el 11 septiembre.

Estos dos fenómenos – (i) desregulación estatal y re-regulación mediante normas no estatales y no democráticas (mediante un derecho privado global, la nueva ley mercatoria) de importantes sectores de la actividad socioeconómica, y (ii) afectación de los derechos sociales y de los derechos de libertad por parte de los estados – pueden parecer distintos.

El primero implica (o puede implicar) una crisis del derecho estatal, en el sentido de que tanto las leyes estatales como las constituciones estatales se retiran de ciertos ámbitos de disciplina – o, simplemente, no pueden intervenir en estos ámbitos supranacionales, no pueden controlar fenómenos desterritorializados, que dejan a actores privados. El segundo, en cambio, se materializa en el derecho estatal – por las leyes formales en los límites permitidos por la Constitución (o infringiendo o no teniendo en cuenta la misma), o por las leyes constitucionales – y determina más bien una crisis del estado constitucional de derecho.

En realidad, como subraya sobre todo Rafael Escudero, también la desregulación es el producto de una política interna que se produce (o se produce también) a causa de normas estatales y constitucionales. De nuevo, pensemos en la inclusión en el propio texto constitucional de cláusulas como las de estabilidad presupuestaria o "déficit cero", que ofrecen un argumento de carácter normativo contra el mandato constitucional de protección de los derechos sociales, lo que no implica la prevalencia de los intereses de corporaciones, oligopolios, mercados financieros, sino una regulación distinta.

De una manera similar, Giménez Merino y Gordillo Ferré subrayan que estos fenómenos son, por un lado, antidemocráticos, porque comportan un debilitamiento de los derechos y la conversión de la excepcionalidad en un estado permanente (y también porque la participación popular se ha debilitado mucho) – y, en el ámbito europeo, también porque están impulsados por la UE, que carece de una legitimación democrática fuerte – pero son también medidas democráticas

porque la democracia representativa es un "instrumento necesario" de su actuación.

¿Cuáles son, en detalle, las consecuencias de todo esto?

Giménez Merino y Gordillo Ferré analizan un ámbito limitado, pero muy relevante: su tesis es que la fuerte limitación de los derechos de libertad se refleja en una ampliación del derecho penal de autor. Por el derecho penal de autor se debe entender, cito, "todo conjunto de normas punitivas que sanciona la actitud interna del sujeto". Quiero preguntar a los autores algunos ejemplos de esta ampliación porque los casos que citan en su texto - la violación y/o restricción sistemática de derechos tan fundamentales como la presunción de inocencia, la intimidad y el secreto de las comunicaciones, el habeas corpus – me parece que no afectan las actitudes internas, y también porque los delitos de incitación al odio y los delitos de opinión afectan más el principio del daño.

Rafael Escudero analiza, en cambio, un ámbito mucho más amplio: él mantiene que es el fenómeno de la constitucionalización el que está en crisis: según Escudero, (cito) "resulta difícil seguir sosteniendo que la Constitución sea una norma jurídica última, vinculante y directamente aplicable. El carácter invasivo y debordante de las constituciones es puesto en crisis por poderes económicos. La inclusión en el proprio texto constitucional de clausulas como las de estabilidad presupuestaria o "déficit cero" ofrecen un argumento de carácter normativo contra el mandato constitucional de actuación de los derechos sociales. La rigidez constitucional queda igualmente en entredicho cuando se observa cómo las constituciones son reformadas al dictado de mandatos que responden a intereses peculiares, financieros, oligopólicos o similares".

La garantía jurisdiccional no es eficaz por la mismas razones. ¿Cómo seguir garantizando el programa constitucional cuando en el texto constitucional se han introducido cláusulas que lo contradicen abiertamente?

De que la Constitucionalización, como fenómeno, está en crisis, se sigue, según Escudero, que el constitucionalismo como teoría carece de referencia en la realidad (p. 19).

Antes hemos tratado los conflictos entre neo-constitucionalismo y principios democráticos: las tres ponencias ahora analizadas sostienen que ambos están en crisis: el constitucionalismo por las razones que hemos visto, y la democracia porque se volvió un instrumento de toma de decisiones no democrático, de des-regulación y de protección de intereses no democráticos, sino autoritarios y oligopólicos, bien distintos a los que debería responder un Estado constitucional.

Is it the end of law as we know it? O, mejor dicho, es el fin del derecho como lo hemos teorizado?

Así, Juan Iosa se pregunta cómo podemos constitucionalizar el principio de libertad negativa. Iosa argumenta que esto depende de la noción de autonomía personal y analiza dos maneras "liberales" de concebir esta noción: la de Dworkin, por un lado, y la de Frankfurt y Raz, por el otro. Su análisis es muy detallado y no tengo tiempo de exponerlo aquí – también porque nos lleva lejos de nuestro tema principal: claramente la garantía de la libertad negativa es algo muy distinto de la anomia, y requiere una fuerte intervención del derecho para protegerla. Solo quiero preguntar al autor si es neutral respecto a estas dos maneras de concebir la autonomía, o si, como algunas veces parece, él prefiere la noción de Raz: la concepción llamada "perfeccionismo liberal" (perfectionist liberalism), expresión debida a Charles Larmore (1987) – casi una contradicción en los términos. Según Iosa, si seguimos a Raz, la formulación de un principio constitucional de autonomía debería ser:

"En tanto no impliquen daño a la autonomía propia o de terceros, las acciones de las personas, aun si inmorales, están exentas de la autoridad de los magistrados"

Es una formulación que me parece muy insatisfactoria. Muchos daños económicos quedan fuera de esta formulación, pues no afectan la autonomía. No solo eso. ¿Por qué no puedo vender a mi hijos (a una buena pareja, se entiende)? Y muchas cosas afectan a mi autonomía – por ejemplo, estar aquí cuando tengo deseos (de primer y segundo orden) de estar en la playa. ¿Por qué los contratos de esclavitud deben estar vedados y los contractos laborales no?

Más en general, asumidos todos los fenómenos de limitación de la libertad que han ocurrido después del 11 septiembre, la constitucionalización del principio de libertad negativa seguramente no parece suficiente para garantizarla, pero nos podemos también preguntar si es necesaria o si es preferible constitucionalizar aspectos particulares de este principio (el derecho de circulación, el habeas corpus, etc.).

Volvemos a nuestro tema principal. En algunas áreas del mundo, a los fenómenos globales antes citados se añade otro, que también produce una crisis de la ley y una crisis del estado constitucional de derecho: el incumplimiento generalizado. Es el fenómeno de la anomia boba - de la que habló Nino - que es analizado en referencia a los países de Latino-América por Francisco Laporta, Rogelio Pérez Perdomo, Ilsse Carolina Torres Ortega, Armando Romero Muñoz y Jesús Ibarra Cárdenas.

El incumplimiento generalizado tiene muchas caras, que son analizadas en detalle por los autores citados:

1. La no-vigencia o total ineficacia de las normas jurídicas en ciertos ámbitos de la vida social: el espacio de impunidad de los cárteles del narcotráfico, la existencia de territorios dominados por guerrillas o fuerzas paramilitares informales, los barrios de las grandes ciudades en los que no se aplica el derecho vigente;

2. la ignorancia y sistemática violación de las normas por los responsables de su vigencia y aplicación: corrupción, particularismo, violencia policial, gobiernos de facto;

3. la cultura del incumplimiento, el incumplimiento rutinario: las violaciones de las normas sobre el transito de vehículos, la violencia privada y la evasión fiscal.

4. el uso de normas de control político del aparato autoritario, normas constitucionales espurias (Aguiló), es decir restrictivas de derechos y libertades, que asignan una potestad a una autoridad o un privilegio a un sector o grupo en particular y que no son justificadas en términos de los rasgos de un Estado de derecho. Algunos de los ejemplos (citados por Jesús Ibarra Cárdenas): Belice

prohíbe la entrada al país de homosexuales y prostitutas y sanciona penalmente la homosexualidad; la constitución de México permite detener a una persona sospechosa de participar con el crimen organizado por 40 días, prorrogables hasta 80; en Bolivia se autoriza la actividad laboral de niñas y niños de 10 años.

5. otro problema, añadido por Christianne Silva Vasconcellos, se refiere a la reparación de las injusticias históricas cometidas por el derecho (pero también infringiendo el derecho) contra la población africana – en su ensayo, del cual he aprendido mucho, la autora reconstruye breve, pero muy claramente, las etapas de la historia infame de la esclavitud y nos propone un interesante problema teórico. ¿Hasta qué punto y de qué manera es justo, justificable, reparar las pasadas injusticias? Es una tesis difundida que un estado constitucional – un estado justo – tiene que asegurar a todos una igualdad de partida, una igualdad de oportunidades – también a través de una desigualdad formal que remedia la discriminaciones del pasado – pero no he entendido si la autora piensa en remedios más fuertes y distintos – como la concesión de títulos de propiedad.

Todos estos fenómenos producen claros problemas políticos: no solo afectan los derechos individuales, sino, como opina Francisco Laporta, plantean también un desafío institucional pues, contra la ideología económica neo-clásica, según la cual las instituciones jurídico-políticas no son relevantes para el crecimiento económico, se debe reconocer que "sin un tejido institucional sólido y fiable no se puede aspirar ni a un desarrollo económico y social duradero, ni a una ciudadanía plena y responsable" (p. 83). Pero estos fenómenos de incumplimientos plantean también problemas teóricos – vamos a examinar algunos.

1) La no-vigencia o total ineficacia de las normas jurídicas en cierto ámbitos de la vida social parece determinar, según la teoría del derecho clásica tanto de Kelsen como de Hart, la inexistencia del ordenamiento jurídico en dichos ámbitos (o, por lo menos, una patología del derecho, según Hart) o, según la teoría del pluralismo jurídico, la vigencia de un ordenamiento distinto. Francisco Laporta opina que apelar a la teoría del pluralismo jurídico – cito - "no deja de ser una cierta evasión teórica. Si todas las reglas aplicadas por la fuerza con procedimientos más o menos regulares acaban por ser concebidas como derecho,

entonces casi toda conducta violenta podría ser una conducta jurídica" (p. 66). Este punto es muy debatido en filosofía del derecho y teóricamente muy interesante. ¿Se requiere algo más que (i) el control territorial y (ii) la aplicación de reglas por la fuerza con procedimiento más o menos regulares para que se pueda hablar de un ordenamiento jurídico? Francisco Laporta opina que sí – y quiero preguntarle qué más se necesita.

Según Laporta, lo que tiene vigencia en estos ámbitos de la vida social es (no otro ordenamiento jurídico, sino) "una normatividad diferente a la jurídica impuesta por relaciones de poder informales y no establecida por el voto de sus destinatarios". La misma idea me parece compartida por Rogelio Pérez Perdomo, quien parece, sin embargo, valorarla de manera diferente, no tan negativa. Según Pérez Perdomo, en esta situación no nos enfrentamos a una anomia, ni en el sentido de Durkheim, ni en el sentido de Bobbio: no solo no hay una "guerra de todos contra todos", sino que hay otras normas, sociales, no de derecho estatal, que guían las conductas de los ciudadanos. En efecto, Pérez Perdomo opina que, cito, "el derecho estatal es menos importante en regir la conducta de las personas de lo que suponían los juristas".

Estoy de acuerdo: la mayoría del pueblo tampoco conoce el derecho. Sin embargo, el derecho es importante cuando hay conflictos, disputas. Se recurre al ejemplo de los contratos en Venezuela. Pérez Perdomo afirma que el valor del contrato se debe a las normas sociales y al cuidado que se pone en mantener prestigio en los negocios: él refiere que algunos contratos son realizados también cuando son contrarios a las regulaciones formales (p.e. cuando las partes se comprometen a pagar en dólares de los E.U., lo que está prohibido) y que los abogados de Caracas admiten que no esperan solicitar la intervención del sistema de justicia en caso de conflictos. Pero éste es el punto: el derecho es un instrumento importante no para guiar las conductas, sino para resolver los conflictos cuando las conductas no se regulen por sí mismas.

2) Pasamos a examinar los problemas planteados por la ignorancia y sistemática violación de las normas por parte de los responsables de su vigencia y aplicación.

En este respecto, Isabel Lifante hace un estudio analítico sobre la noción de incumplimiento – y las formas de los posibles incumplimientos – en la actuación de la administración publica, que consiste en la determinación de las medidas a adoptar en los casos concretos para el desarrollo de las concretas funciones atribuidas a los distintos sujetos al servicio de la administración, para perseguir activamente ciertos fines predeterminados, y que implica de manera paradigmática el ejercicio de competencias discrecionales. En este ámbito las normas que guían las conductas, y, al mismo tiempo, determinan las funciones (los estados o rol) que los sujetos desempeñan en el marco de la institución social de que se trate, son – principalmente – normas de fin (de la forma "X debe procurar que se produzca el estado de cosas Y"). Éstas son muy diferentes de las normas de acción: determinar su violación es más difícil, también porque puede ser que no sea posible el cumplimiento total, sino solo en cierto grado. Así que, según Lifante, "para evaluar la responsabilidad, habrá que tener en cuenta no solo el grado de cumplimiento sino también el punto de partida y los medios disponibles". Hay dos dimensiones de evaluación: objetiva (centrada en los resultados obtenidos) y subjetiva (centrada en el cumplimiento de los deberes).

En particular, Isabel Lifante distingue 4 tipos de incumplimientos de responsabilidades públicas – algunos de los cuales en verdad son delitos sancionados por normas de conducta (corrupción, abuso de poder, etc.) – y subraya la importancia de tener diseños institucionales que dificulten estas conductas. Pregunto, sin embargo, ¿pueden existir tales diseños institucionales sin una cultura de la legalidad, puesto que también estos diseños necesitan de personas que los hagan efectivos?. En términos teóricos: sin aceptación (en el sentido de Hart) no me parecen imaginables medidas eficaces para combatir el incumplimiento generalizado de los funcionarios.

Laporta destaca que la idea de autoridad misma es incompatible con la violación de normas jurídicas por parte de quienes supuestamente serían

"autoridades". Según Laporta, la justificación de la autoridad ha de descansar o en postulados morales previos o en la coherencia de quien la ejerce o en la racionalidad que tiene para los destinatarios seguir los dictados de quien emite las normas jurídicas (o, quisiera añadir, en su justificación democrática). La noción misma de autoridad implica, cito a Laporta, que "hay razones para obedecerla independientemente del contenido de sus mandatos". A este respecto, creo que seguramente Laporta tiene razón: obedecer a una autoridad sólo por miedo de la sanción es también razonable, es un comportamiento estratégico y razonable, sólo si se dan algunas condiciones básicas que desparecen cuando hay fenómenos de corrupción y particularismo generalizados, fenómenos de la violación de normas jurídicas por partes de las mismas autoridades, fenómenos de ineficacia de las normas jurídicas, de inaplicación o de aplicación esporádica o divergente.

Ilsse Carolina Torres Ortega, destaca que la justificación misma del castigo, de la sanción, se ve afectada en un contexto caracterizado por un grado muy alto de incumplimiento y, sobre todo, por la tendencia a la ilegalidad generalizada por parte de las autoridades. Según la autora, que se adhiere a una concepción preventiva de la pena, las sanciones son razones adicionales para obedecer a las normas, que tienen las funciones de proteger, fortalecer, las expectativas y, así, permitir a los ciudadanos desarrollar procesos de cooperación y llegar a resultados eficaces que beneficien a los intereses generales e individuales. Para realizar esta función, es necesario que se tenga la certeza de que dichas sanciones se harán efectivas.

Sin embargo, cuando hay situaciones en las que las normas jurídicas han dejado de ser observadas por un número tan elevado de individuos que también ha disminuido el compromiso institucional de hacerlas cumplir, la percepción social del castigo se ve profundamente afectada: los ciudadanos se convencen de que no pueden confiar en las instituciones y que tienen que proteger sus intereses por sí mismos. El castigo no estabiliza las expectativas, no lleva a cabo la función preventiva, por lo que ya no está justificado.

Este fenómeno de la incertidumbre de la pena, de la ineficacia de las normas, es conectado con el problema de las inconsistencias normativas, con un

enlace doble. Por un lado, la ineficacia de las normas puede implicar que dos casos iguales sean tratados jurídicamente de manera diferente, porque en el uno las normas son aplicadas y el comportamiento es sancionado, mientras que en el otro no, debido a corrupción, ineficacia de la represión o, simplemente, incumplimiento de los deberes por parte de las autoridades. Por otro lado, puede ocurrir que sea la presencia de una inconsistencia normativa, en el nivel de las normas generales, la que haga que dos casos iguales sean tratados jurídicamente de manera diferente, y se genere así una incertidumbre frente a la pena, de manera que los ciudadanos no puedan prever las consecuencias de sus acciones.

Este último tema es analizado por Armando Romero Muñoz. Él define la "consistencia normativa" como aquella propiedad que hace que en un ordenamiento jurídico no sea posible encontrar dos directrices de acción incompatibles y que no sean susceptibles de cumplirse al mismo tiempo – yo añadiré "o que no es posible encontrar directrices de acción incompatibles sin que el conflicto sea resuelto por criterios internos (de solución de las antinomias)". Según Romero Muñoz, las inconsistencias normativas son muy difundidas en Latino-América por tres factores: (i) el sistema de civil law; (ii) la inestabilidad social y políticas, (iii) la sujeción a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Voy a examinar, por razones de tiempo, solo el primero de estos factores, que me parece muy interesante – y que también afecta a otros países, sobre todo europeos.

Romero Muñoz argumenta que, en el estado constitucional, el derecho es también creado por los jueces. Sin embargo, como no hay precedentes vinculantes y las decisiones judiciales que tienen naturaleza erga omnes no son la mayoría, esto tiene como consecuencia que el juez continental tenga mayor discrecionalidad que el juez del common law y que se aumente la posibilidad de que casos similares lleguen a decisiones diferentes.

Según Romero Muñoz, una solución puede consistir en introducir un sistema de common law, o, por lo menos, la regla del precedente vinculante. Claramente esta solución no es la panacea para todos los males, no garantiza la

justicia material de las decisiones, sino sólo su previsibilidad - que no es poco, y que también está conectada con exigencia de justicia material.

Menos convincente me parece la solución propuesta por Jesús Ibarra Cárdenas para muchos de los problemas en que consiste hoy la crisis de derecho en América Latina – y, en particular, el uso de normas de control político del aparato autoritario, normas constitucionales espurias, ilícitos atípicos (en el sentido de Atienza y Ruiz Manero: acciones que prima facie son permitidas, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias deben considerarse prohibidas – según alguien, añado yo).

Según Jesús Ibarra Cárdenas, el sistema judicial "puede ser un instrumento de directa intervención y participación de los ciudadanos" (11). El papel de la función judicial "se explicaría en términos de un instrumento de veto con que potencialmente cuentan los individuos para anteponer el derecho a la discrecionalidad de la política ordinaria"; "la función judicial tendría que articular de manera exitosa el código de valores y principios socialmente construido, y el marco normativo establecido en el sistema jurídico".

Esta solución me genera muchas dudas.

En primer lugar, como subraya Francisco Laporta, "Una Constitución sin legisladores, sin administradores y sin jueces ordinarios es una pura entelequia" (p. 89). Los fenómenos de corrupción, incumplimiento, cultura de la ilegalidad afectan también a la clase judicial: ¿quién nos garantiza que no tenemos malos jueces como tenemos malos gobernantes?

En segundo lugar, como hemos visto, la sobreconstitucionalización aumenta las inconsistencias normativas, por lo menos si no adoptamos la regla del precedente vinculante.

En tercer lugar, no acabo de entender cómo el sistema judicial "puede ser un instrumento de directa intervención y participación de los ciudadanos". Los jueces ejercen un poder discrecional y político sin legitimación democrática. A este respecto, Carlos Ignacio Giuffré subraya muy bien que "la interpretación y determinación del derecho, lejos de configurar actividades neutrales o

exclusivamente técnicas, son políticas, puesto que establecen estructuras de poder: otorgan derechos a unos y determinan deberes o prohibiciones a otros; empoderan determinados sectores en desmedro de otros; permiten o no ciertas conductas; erigen un orden económico, lo reproducen y lo legitiman; dotan de sentido a ciertas relaciones entre las personas" (p. 4). Ejercer la administración de justicia es gobernar, y puede ser una herramienta de lucha y resistencia a la opresión así como de dominación. Aquí claramente volvemos al problema antes examinado de los conflictos entre democracia y estado constitucional.

En cuarto lugar, ¿cómo pueden las decisiones judiciales fortalecer y actuar los derechos si la misma Constitución expresa normas espurias que limitan los derechos de algunos individuos? Un poder judicial sobre constitucional es claramente un poder puramente arbitrario y, creo, no deseable, pero si es la constitución misma la que no garantiza los derechos de alguien o permite una limitación de los derechos, claramente no hay nada que los jueces, tampoco los constitucionales, puedan hacer. Y aquí también vuelve un tema ya enfrentado: la crisis de la constitucionalización.