

# ROMANTICISMO JURÍDICO

JOAQUÍN MILLÓN  
UNIVERSIDAD DE PALERMO

---

## *Resumen*

Anteriormente el derecho era concebido simplemente como un instrumento para resolver disputas privadas, y su función podía resumirse como un mecanismo para impulsar conductas, era un derecho excluyente frente a los problemas sociales. Actualmente la aplicación del derecho en sociedad se ha modificado a lo que se podría denominar un derecho garantista, ya que ahora se presenta con la función de regular bastas relaciones en la vida social y este cambio se ha dado debido al desarrollo de la persona humana de la manera en la que se concibe la tan anhelada justicia.

**Palabras clave:** Derecho, positivismo, justicia, Constitución y sociedad.

**El autor:** doctorando en Derecho. Dirección postal: avenida Córdoba 3501, esq. Mario Bravo. Correo electrónico: Joaquin\_millon@yahoo.com.ar

**Recibido:** 5 de octubre de 2012; **evaluado:** 18 de noviembre de 2012; **aceptado:** 26 de noviembre de 2012.

## LEGAL ROMANTICISM

JOAQUÍN MILLÓN  
UNIVERSIDAD DE PALERMO

---

### *Abstract*

At an earlier time law was thought of as a simple instrument to settle private disputes and its role could be synthetized as a mechanism to kick-start behaviors. It tended to be an exclusive law in regards of social issues. Currently the enforcement of law has changed and become “guarantist” since its role now is to regulate relations in social life. This change is due to the development of the human person in the way that has been conceived the long-awaited justice.

**Keywords:** Law, Positivism, justice, Constitution and society.

## Introducción

En el Derecho Constitucional América Latina no ha experimentado un especial encanto el litigio estructural o de Derecho Público. Dicho litigio puede ser definido como la serie de estrategias judiciales tendientes a la transformación estructural de instituciones del Estado con el objeto de lograr conquistas sociales. Pocas cosas más románticas existen, en la práctica de la abogacía, que dedicarse a una causa tan noble como la de intentar concretar los postulados del constitucionalismo social.

Ahora bien, el litigio estructural y el constitucionalismo social se apoyan en diferentes cambios o transformaciones de las prácticas constitucionales y del pensamiento jurídico. En este orden de ideas, se hace necesario indagar acerca de los cambios teóricos que han fundamentado el romanticismo del constitucionalismo social. De estos cambios y de este romanticismo trata este trabajo.

### 1. Nomadismo jurídico

No hace mucho tiempo solíamos concebir al Derecho como un mecanismo efectivo para resolver disputas privadas por medio de la aplicación lógico-deductiva de reglas articuladas en un sistema dotado de autoridad. Y ya sabemos que, detrás de esta clásica finalidad del Derecho, arraigó una particular concepción del pensamiento jurídico, especialmente significativa en nuestra tradición continental codificante, que supo atribuir al Derecho propiedades formales como la precisión, la coherencia, la racionalidad, etc., constituyendo un grupo inteligible y a priori de soluciones destinadas a aplicarse de manera mecánica a un conjunto de problemas.<sup>1</sup> Desde esta perspectiva, las soluciones y los problemas son definidos y elaborados dentro de los propios dispositivos que ofrece el razonamiento jurídico.

Hoy, las cosas parecen haber cambiado. Gran parte de las expectativas del Derecho trascienden ampliamente aquellas típicas finalidades. Bien lejos quedaron los tiempos en los que uno podía limitarse a describir la función del Derecho como un mecanismo para impulsar conductas. Sostenida en la actualidad por una vasta gama de promotores,

---

<sup>1</sup> Carlos S. Nino, *Notas de introducción al Derecho* (Buenos Aires: Astrea, 1973), 25-26. Jack Balki y Sanford Levinson conceptualizan el formalismo en estos términos: "(1) la creencia de que la única labor de la mente jurídica es llegar a la solución correcta de problemas jurídicos a través de las fuentes del Derecho y el análisis de su lógica interna, y (2) la creencia correlativa de que la lógica interna de esos materiales, y no alguna forma de conocimiento por fuera de ellos, determina si un argumento jurídico es bueno o malo". Jack Balki y Sanford Levinson, "El Derecho y las humanidades: una relación incómoda", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, traducido por Cecilia Garibotti 9, núm. 1 (julio, 2008): 211.

en su apariencia al menos, el Derecho se presenta como un instrumento que intenta regular los más extensos campos de la vida social, interviniendo allí donde el Estado antes estaba ausente.<sup>2</sup> Basta ver el caudal de promesas profundamente igualitarias de los trabajos del denominado *neoconstitucionalismo* o *garantismo* o del que parece ser su método dilecto, el *positivismo jurídico incluyente*, para apreciar este fenómeno.<sup>3</sup> Tal vez la sola revisión de los miles de trabajos e investigaciones constitucionales desarrolladas en América Latina sea suficiente comprender de qué hablo. Seguramente ya se ha dicho que estos episodios de inflación finalista han provocado un giro con respecto a las antiguas concepciones de la comprensión de la praxis jurídica. Si antes el viejo positivismo jurídico era suficiente para describir al Derecho como un conjunto de reglas emanadas de un órgano dotado de autoridad, que luego serían aplicadas de manera mecánica, ahora, con la irrupción de los postulados de la justicia social y la igualdad material de oportunidades, se ha tornado enormemente complejo retomar aquel antiguo empeño sistematizador. Si en algún tiempo la atención del jurista debía recaer en la sistematización de las disposiciones emanadas por un órgano de clara potestad legislativa o aun de los resultados de la práctica efectiva de los tribunales, hoy las miradas se centran en dotar de sentido a las preguntas acerca de la corrección del ejercicio de la judicatura, herramienta clave para promover las nuevas finalidades del Derecho.<sup>4</sup>

Es muy claro. Si en algún tiempo bastaba con solucionar las lagunas lógicas y axiológicas del Derecho otorgando discrecionalidad judicial y/o elaborando una teoría que extrajera todo lo que el pensamiento analógico podía ofrecer, hoy el interés se ha centrado en cómo acomodar las soluciones brindadas por los jueces al programa holista del denominado Estado democrático social de Derecho. A esta altura, nadie duda de que la

---

<sup>2</sup> En palabras de Teubner: “Con la llegada del Estado social e intervencionista, se ha puesto un mayor énfasis en el derecho racional material, i.e., en el derecho usado como un instrumento para intervenir en la sociedad de una manera finalista, orientado hacia la consecución de fines concretos”. Gunther Teubner, “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno” en *La fuerza del Derecho* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2005), 84-85.

<sup>3</sup> La idea de que el positivismo jurídico incluyente es el método más aceptado por el neoconstitucionalismo es bien discutida. Algunos piensan que el nuevo Derecho rompe terminantemente con los postulados del positivismo. Lenio Streck considera que el neoconstitucionalismo implica una ruptura no solo con el positivismo, sino además con el constitucionalismo liberal. Lenio Streck, *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas* (Lima: Ara Editores, 2009), *pássim*. Para Luigi Ferrajoli, en cambio, el neoconstitucionalismo viene a saldar las debilidades del positivismo, como una “continuación natural”. Luigi Ferrajoli, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía: revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 16 (abril 2002): 7-20. Para una orientación sobre estos temas véase Roberto M. Jiménez Cano, *Una metateoría del positivismo jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 2008).

<sup>4</sup> Sobre estos puntos puede verse Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a ed., trad. Marina Gascón (Madrid: Trotta, 2003), 47-50.

visualización de la constelación de principios hiciera volar por los aires el esfuerzo por el control y la certeza del modelo de las reglas y su teoría de las fuentes.<sup>5</sup>

Estas mutaciones no se han producido, mal que les pese a muchos, por obra y gracia del tan ansiado progreso social, como instancia procedimental-epistémico-darwiniana en nuestro acercamiento paulatino a la verdad o a una prístina idea de justicia. Actualmente son las pujantes expectativas de legitimidad del poder coactivo las que desafían constantemente las soluciones regulatorias, convirtiendo en volátil cualquier instancia sistematizadora.<sup>6</sup> Recuérdese que, hasta hace muy

<sup>5</sup> Esta “visualización” quiere decir que la imagen del “modelo de las reglas” jamás fue certera y no solo por la enunciación de los hard cases, sino porque cualquier modelo jurídico debe echar raíces en una amplia gama de principios, valores o prácticas interpretativas que informan, ordenan y constriñen nuestras convenciones lingüísticas. Con esto, si no es bastante claro, no solo estoy hablando de las primitivas apelaciones a “la moral y las buenas costumbres” o a las referencias a un “orden público” o al “buen padre de familia” de atávica rai-gambre católica, que nuestro tan venerado Código Civil conserva, sino a que en esos tiempos el primado de las representaciones dominantes de la moralidad liberal, con sus acentos en la propiedad privada y la dotación de un correlativo criterio transaccional de autonomía de las partes, regia en los intersticios de esas reglas y además las constituía. Ello formaba parte, si así aceptan lo que digo, de la *rule of recognition* (H. L. A. Hart). Desde luego que las penetraciones de “otras fuentes” fueron flexibilizando o corroyendo aquel programa y, por tanto, sus reglas. Piénsese, por ejemplo, en el “instituto de la lesión subjetiva” (Ley 17711, año 1968), Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20744, año 1974) o en la Ley de locaciones urbanas (Ley 21342, año 1976).

<sup>6</sup> Si antes el dictado de una ley podía tornar miles de escritos doctrinarios en basura, hoy las fluctuaciones temporoespaciales del reino de los principios parecen tornar imposible cualquier esfuerzo sistematizante. Quizá esto explique la frustración y el desasosiego de muchos constitucionalistas, al no poder encontrar una teoría coherente detrás de los grandes tomos de constituciones comentadas, ni qué hablar de los repertorios de análisis de jurisprudencia. Así, tal vez, podemos entender a Laurence Tribe, al afirmar que ha dejado de esforzarse por dotar a sus escritos de una teoría interpretativa. Podemos también entender la queja de Ronald Dworkin de la proliferación del *movimiento antiteoría*. Acerca de lo afirmado por Tribe y del malestar de Dworkin, ver Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Oxford University Press, 2006), caps. II y III. O el llamamiento de Paul Kahn hacia una metodología de investigación jurídica que pueda aislarnos del compromiso político que el propio Derecho lleva hoy anejo. Paul Kahn, *El análisis cultural del Derecho - Una construcción de los estudios jurídicos* (Barcelona: Gedisa, 2001). Esto también explica el anhelo de certeza jurídica de los viejos profesores de Derecho y de muchos abogados practicantes cuando, con nostalgia, se refieren al *ancien régime*, qua Estado de naturaleza roussoniano. Imagínese, para ejemplificar, qué diría usted si fuera un viejo abogado litigante experto en Derecho Concursal y se encontrara con una sentencia que responde al pedido de verificación de los créditos por los daños y perjuicios de un menor, introduciéndose en el análisis de constitucionalidad del régimen de privilegios de los 239 y ss. de la Ley de Concursos y Quiebras, determinando el reconocimiento de carácter privilegiado y prioritario del crédito de indemnización plena del demandante, correspondiendo descartar por inconstitucional la aplicación del Artículo 239, Párrafo 1 de la Ley Concursal, por incorporarse al análisis de los tratados internacionales en materia de derechos del niño (“Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F” del Juzgado Nacional de 1a Inst. Com. N° 20 05/24/2007). A esta luz se entiende la angustia por la contingencia que arroja la introducción de *moralidades foráneas*. Contingencia, inestabilidad y liquidez de las que se congradan y quieren sacar provecho posiciones que suelen encapsularse bajo el apelativo de Derecho posmoderno. Todo indica que esta exaltación del gobierno de los principios parece haber beneficiado más a quienes se congratulan por la ductilidad del Derecho que a quienes ansian el imperio del *rule of law*. De allí que estos últimos requieran siempre reglas de clausuras como respuestas correctas, integridad, razonabilidad, aceptabilidad, etc.

poco, el camuflaje del pluralismo y de la violencia de la coacción facilitado por el sesgo tranquilizante de las teorías consensualistas, cuando no por la adherencia de algún convencionalismo lingüístico,<sup>7</sup> era suficiente para erigir un pensamiento que prestaba escasa atención a trances tan claros como lo son ahora de la interpretación del Derecho o la justificación (general y particular) de la coacción.<sup>8</sup> La expansión de expresividad política propiciada en buena parte por la conquista de los derechos ciudadanos, ha producido un gradual desenmascaramiento de los desacuerdos profundos en materia de requerimientos de legitimidad del Derecho, favoreciendo la aparición de este “nuevo Derecho” y sus consecuentes teorías promotoras, que parecen venir a dar respuesta a estos requerimientos.<sup>9</sup>

En definitiva, en respuesta a aquella creciente demanda, el impulso de esta nueva perspectiva intentará visibilizar la necesidad de inclusión del baremo de la justicia o la equidad dentro de las premisas del razonamiento jurídico. Por ello, se ambiciona construir grandes teorías de la igualdad que trasciendan los límites de lo formal hacia lo sustancial, invitando a la vez a la constante (re)problematización de ambos campos en la instancia aplicadora. Para ingresar estas teorías en el pensamiento jurídico resulta fundamental para este nuevo enfoque reafirmar que ellas siempre estuvieron o están desde hace poco en la Constitución (tras una reforma escrita o informal, por ejemplo) o en las lecturas correctas de ella. De esta manera, los razonamientos jurídicos que hemos venido llevando hasta este tiempo eran falsos, erróneos o incompletos.

Han sido indiscutibles compañeros de esta empresa “rematerializante” —es imposible olvidarlos— la irrupción triunfal del discurso de los derechos humanos y es, tal vez, nuestro país un claro ejemplo en donde con mayor claridad se observa su acogida. La potencialidad de este discurso viene simbólicamente cargada en Argentina y

---

<sup>7</sup> Sobre las que aguijonea las críticas de quienes se toman aún más en serio que Dworkin la *semántica de criterios*. Ronald Dworkin, *Law Empire* (Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986), 470.

<sup>8</sup> Esto puede explicar en estos escenarios de transición permanente la obsesión por discutir el problema de la protesta social, que parece haber quitado el sueño no solo a los conductores de las calles y rutas argentinas, sino también a los filósofos del Derecho en nuestro país. Se sumieron en esta acaloradísima discusión profesores de la talla de Carlos Rosenkrantz, Marcelo Alegre, Martín Bhömer y Roberto Gargarella. Hasta el mismísimo padre del *Whatever Works*, Jaime Malamud Goti, se introdujo en esta ya legendaria reyerta académica. De cómo los filósofos construyeron alta teoría jurídica y política acerca de la (i)legitimidad de las diversas tipologías del piquete, sin pasar revista siquiera rasante, por el fenómeno del clientelismo político, la incidencia que sobre este tienen las políticas sociales o las diversas estratificaciones de las dinámicas del populismo, creo que estas líneas pueden orientar algunas conclusiones.

<sup>9</sup> El jurista brasileño Lenio Streck describe positivamente estas episódicas mutaciones hacia lo que él llama Estado democrático de Derecho: “[...] el Derecho —en este momento histórico— ya no es **ordenador**, como en la fase liberal; tampoco es (sólo) **promotor**, como era en la fase del welfare state (que ni siquiera ocurrió en Brasil); en verdad, el Derecho, en la era del Estado democrático de Derecho, es un plus normativo en relación a las fases anteriores, porque ahora es **transformador** de la realidad”. Streck, *Verdad y Consenso*, 26. Los énfasis son míos.

en buena parte de América Latina por las imágenes de nuestro pasado repleto de horrendas atrocidades y rompimientos institucionales que trajeron consigo los regímenes de facto. Nadie duda de que en las representaciones colectivas este pujante discurso no solo implica derechos, sino también democracia.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> La interdependencia mutua del discurso de los derechos humanos y los derechos constitucionales puede verse con claridad en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008), 30-38. Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1989), 50-61.

<sup>11</sup> El efecto irradiante vertical (*Wechselwirkungs-lehre*) y horizontal (*Ausstrahlungswirkung*) del Tribunal Constitucional alemán también ha irradiado al Tribunal Constitucional español desde hace ya algunos años, al punto que muchos juristas pregonaban la germanización del derecho español. Ver, por ejemplo, el afamado caso “Magaly Mediana”, donde, notando el *Ausstrahlungswirkung*, se ponderaba el derecho fundamental a la libertad de expresión y el derecho fundamental a la vida privada e intimidad de las *prostedettes* (ver Exp. N.º 6712-2005-HC/TC, Consid. 40). Sobre la doctrina del efecto irradiante, véase Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 54-55. Para una de las primeras miradas cautelosas acerca de este fenómeno, puede verse Ernst Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Baden-Baden: Editorial, 1993), 137-138: “La peculiaridad de este efecto de irradiación estriba en que no constituye un nuevo ámbito objetivo del Derecho constitucional; permite que cada ámbito del Derecho –civil, penal, administrativo, social– permanezca como tal, pero se impone en ellos acuciándolos e influyéndolos; estos ámbitos del Derecho quedan en cierto modo conformados constitucionalmente. De ello surge una –a veces difícilmente disoluble– situación de mixtura entre el denominado Derecho ordinario y el Derecho constitucional. El efecto de irradiación [...] se extiende a la aplicación e interpretación de prescripciones del Derecho privado, penal, administrativo, etc. por parte del juez, a la conformación material de prescripciones de Derecho por parte del legislador o normador, con lo que éstas toman en sí el contenido objetivo de valor de los derechos fundamentales, y a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones [...]. Una segunda particularidad consiste en que el efecto de irradiación no determina por sí mismo su intensidad y extensión [...]. Esto implica especiales problemas para los Tribunales, particularmente para la jurisdicción constitucional [...]. El Tribunal Constitucional Federal se ha ajustado por de pronto a la conocida fórmula de que sólo puede intervenir con ocasión de la violación de Derecho constitucional específico; los procesos normales de subsunción en el interior del Derecho ordinario estarían sustraídos a su fiscalización en tanto en cuanto no fueran perceptibles errores interpretativos que descansen en una apreciación básicamente incorrecta del sentido de un derecho fundamental, especialmente de la extensión de su ámbito de protección. Qué constituye el Derecho constitucional específico en la situación de mixtura entre el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el Derecho ordinario y el propio Derecho ordinario continúa siendo hasta hoy un arcano del Tribunal [...]. El Tribunal orienta hoy sus fiscalizaciones y controles [...] con un parámetro resbaladizo’. En esta tónica deben agregarse también aquí las consideraciones de Konrad Hesse: al Derecho Privado, que hasta ahora determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso concreto será en todo caso de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho Privado: la claridad y la certeza jurídicas, necesarias justamente para el tráfico jurídico-privado, resultan afectadas de modo no irrelevante. La falta de claridad se incrementa por la peculiaridad de la constelación de los derechos fundamentales. En efecto, en un conflicto jurídico entre privados todos los interesados gozan de la protección de los derechos fundamentales, mientras que en la relación del ciudadano con el Estado tal tutela no corresponde al poder público. Pero si los derechos fundamentales actúan en favor y en contra de todos los que toman parte en una relación jurídico-privada, se producirá ordinariamente una colisión de derechos fundamentales. En caso de conflicto, al Derecho Civil le corresponde así la tarea, sumamente complicada, de encontrar por sí mismo el modo y la intensidad de la influencia de los derechos fundamentales mediante el equilibrio o la ponderación de los derechos fundamentales que entran en consideración. Pero esto es sólo difícilmente compatible con la tarea de un Derecho Privado que satisfaga las exigencias del Estado de Derecho, al que por principio corresponde posibilitar la configuración de las relaciones jurídicas y la solución judicial de los problemas mediante reglas claras, detalladas y determinadas.

Así, comprendemos el empeño por destacar el efecto irradiante<sup>11</sup> o la ubicuidad<sup>12</sup> del plexo de derechos fundamentales, de manera tal que toda legislación inferior y toda la práctica comunitaria deban ser revisadas, reformadas o reinterpretadas bajo este cariz invasivo, de manera que todas nuestras experiencias colectivas metabolicen el novel sistema integral de justicia.<sup>13</sup> Bajo la polea de transmisión de la Constitución y la moral internacional, que ahora ya es nuestra, se pondrá bajo

---

Además, mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza con perderse la identidad del Derecho Privado, acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieran renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal [...]. Finalmente, una consecuencia delicada de esta jurisprudencia: puesto que el principio jurídico-material de la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Civil llega tan allá como el principio de que, si el juez desconoce tal influencia, ello supone una lesión de los derechos fundamentales impugnabile mediante el recurso de amparo, prácticamente no queda frontera alguna para el recurso de amparo frente a decisiones de los tribunales civiles. La consecuencia es que los jueces del orden civil argumentan ampliamente en sus fundamentos con los derechos fundamentales, y que además se refuerza la tendencia a dejar fluir los derechos fundamentales en el Derecho Privado también allí donde éste en modo alguno depende de ellos. El Tribunal Constitucional cae así en el peligro de convertirse en el supremo tribunal de los conflictos jurídico-civiles y de asumir de este modo un papel que la Ley Fundamental no le ha conferido. Difícilmente constituirían un contrapeso suficiente los considerables obstáculos procesales, el limitado control de las resoluciones judiciales civiles y, en conexión con todo ello, la frecuente inadmisión de recursos de amparo dirigidos contra tales decisiones, así como la práctica del Tribunal Constitucional, que, en su conjunto, tiende a la contención". Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Madrid: Civitas, 1995), 45-54.

<sup>12</sup> No puedo decir si es *ubicuidad* la traducción española del concepto de *irradiación* alemana o bien de un término análogo de esta lengua, el que efectivamente se utiliza en Robert Alexy, "Sobre los derechos constitucionales a protección" en *Derechos sociales y ponderación* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 46. No obstante, el término *ubicuidad* parece captar a la perfección el nodo del asunto: "Ubicuo, cua. (Del lat. ubique, en todas partes).

1. adj. Dicho principalmente de Dios: Que está presente a un mismo tiempo en todas partes.

2. adj. Dicho de una persona: Que todo lo quiere presenciar y vive en continuo movimiento". Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>13</sup> Esto explica la mayor relevancia adquirida por el Derecho Constitucional en las aulas de las facultades de Derecho, con la fe en que este impregnará al resto del currículo con los nuevos aires de igualdad y de justicia. Así, junto a ello se insistirá en la instrucción de los derechos humanos y se juzgará como un tema fundamental en esta empresa, destacando siempre el valor incontrovertible de este discurso. Como se sabe, esta novel y poluta temática ha poblado las facultades de Derecho, ya sea por medio de materias obligatorias, seminarios, simposios, charlas-debate y hasta posgrados y maestrías, generando narrativas que impondrán, como dije, revisar todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos nuevos principios fundamentales. Revidido y reconfigurado el valor de la Constitución e idolatrado el discurso universal de los derechos humanos (positivizado o no), en un segundo momento se avanzará hacia las otras "materias", invitando a la inclusión de las nuevas razones de la Constitución y las de los valores universales (que hoy parecen ser las mismas) como parte fundamental de la correcta instrucción del Derecho. Como lo indica con su vital tono crítico Mariela Puga (casi parafraseando a Olsen y yo aquí a ambas), con esta dosificación del Derecho Constitucional y los derechos humanos, que se irá derramando al resto de los compartimientos del sistema jurídico, se ingresará la cuestión del género y de las de otras minorías, tales como indígenas, menores, etc. Mariela Puga, *De celdas y tumbas. Introducción a los derechos de las mujeres* (Córdoba: Advocatus, 2008). Este artículo ha inspirado buena parte de lo dicho en este acápite.



crítica todo nuestro sistema regulatorio, nuestras pasadas y actuales prácticas. Por medio de estos nuevos “talismanes” del pensamiento jurídico se destacará lo desigualitario e injusto de algunos de los tratamientos que han recibido ciertos grupos o ciertos temas.

Como es obvio, este enfoque tiene una considerable esperanza en el Derecho. De este modo, la nueva generación de abogados formados desde esta perspectiva tendrá una pesada carga en la democracia constitucional: traducir las diversas demandas de mujeres, menores, discapacitados, ancianos, indígenas y otros grupos desaventajados (aun las de aquellos que todavía no hemos podido visibilizar) al lenguaje de los derechos. Desde esta perspectiva, el Derecho es una interfaz que decodifica las problemáticas sociales y las conecta con la justicia. Ello, como dije, no solo implica importantes reformas legislativas y, hasta en algunos casos, constitucionales, pues esta visión considera que el poder judicial es una herramienta imprescindible en el camino abierto por el nuevo derecho hacia la emancipación.<sup>14</sup>

## 2. Lo nuevo y lo viejo

Es cierto que no hace demasiado solíamos concebir al Estado como veedor de la autonomía en un reducido campo de transacciones privadas y centinela de los posibles ataques de terceros e, incluso, se erigía como garante de sus propios avances sobre lo que concebíamos como nuestras libertades negativas. Hoy, como lo indiqué, gran parte de las expectativas del Derecho y del Estado trascienden aquellas típicas

---

<sup>14</sup> Debe quedar claro que esta transición hacia el progresivo fetichismo de la judicatura no solo es producto de las elaboraciones teóricas principiológicas, sino del desvelamiento del pluralismo y la incomodidad con la autoridad y generalidad del Derecho, según he afirmado. Asimismo, el ensanchamiento de las promesas del Estado y la obsesión por ponerlas por escrito, junto a este activismo judicial creciente, tiene además vinculación directa con los fracasos de la teleología del Estado de bienestar y la de la democracia representativa. Su pérdida de eficiencia, la ausencia de respuesta a problemas que cíclicamente han adolecido de respuestas concluyentes, las sospechas de corrupción y la consiguiente desconfianza en los poderes públicos más representativos (entendidas estas, tanto por los teóricos como por la ciudadanía, como más penetradas por “la política”), han hecho descansar la esperanza ciudadana en las proezas que podría llevar adelante la judicatura, por medio de su novel caudal de herramientas constitucionales. Sobre algunos de estos temas ver Boaventura de Sousa Santos, *Sociología jurídica crítica* (Madrid: Trotta, 2009), caps. 3 y 7. Según lo señala Santos, existe un fenómeno de “norteamericanización” del Derecho, por el cual los ineficientes y desacreditados Estados benefactores han generado que la ciudadanía europea, así como la de los países periféricos, hayan decidido depositar su confianza en los tribunales. Obnubilados en las grandes narrativas generadas por los seguidores de las aventuras de la Corte Warren, cientos de intelectuales y activistas de derechos humanos y de Derecho de interés público han fomentado este eclipse. Mientras tanto, el “gran país del norte”, como lo señala Santos, ingresó en un proceso de “desnorteamericanización”, debido a las críticas de los abusos de la judicialización y a las sospechas provocadas en torno al vacío de legitimidad y eficiencia de los tribunales para generar cambios sociales. Santos, *Sociología jurídica crítica*, 463.

finalidades. Existe un amplio consenso acerca del deber del Estado de regular los más extensos campos de la vida social, interviniendo allí donde antes estaba ausente. El espectro de aquello que consideramos libertades básicas se ha amplificado significativamente desde aquel Estado de Derecho vigía de las libertades negativas y arbitro de nuestras disputas transaccionales privadas. Dijimos ya que, para dar cobertura a estas pujantes exigencias de legitimidad, exaltamos el valor de la igualdad y la justicia y rectificamos nuestro plexo constitucional y nos propusimos hacer lo mismo con toda nuestra legislación, a efecto de blindar nuestras prácticas de los reclamos que a ellas podrían hacerse.

Es la promesa del Derecho ser la interfaz efectiva para la realización de la justicia, pero ya no creemos en su generalidad, pues el reclamo por la equidad desestabilizará cualquier pretensión de abstracción. Por eso, se entiende que se enarbole a la judicatura, embajadora entre la inestabilidad de los textos y los hechos, como emisaria de la justicia.

¿Qué dudas puede haber de estas mutaciones? Es cierto que no todo puede haber cambiado. Con Kuhn, Wittgenstein y los tlönistas de Borges sabemos bien que un nuevo paradigma, un nuevo juego de lenguaje, una nueva enciclopedia que simbolice y constituya el nuevo mundo, deben tener sentido con los viejos esquemas de significación. Lo contrario sería impensable.

No obstante, esta espasmódica “rematerialización” del Derecho ha venido dotada de un método que, según dicen, corrige los errores y las simplificaciones del positivismo; sin embargo, en sus instancias teóricas, su matriz ha permanecido rindiendo culto a viejos mitos y arrastrando las insuficiencias del sistema depuesto.

Por una parte, paliando la inestabilidad generada por la permanente recursividad hacia los nuevos ideales abstractos, se ha revestido de las posibles fugas sistémicas con líneas de cierre que evitarían la incerteza, la arbitrariedad y el solipsismo. El pendular de los principios, que no puede mantenerse enclavado en un sistema espacial y temporal, requiere de esfuerzos hercúleos que permita reconstruir al Derecho a la luz de sí mismo o de ponderaciones alquímicas, también autorrecursivas, que mantienen a salvo la estructura de los posibles embates de la subjetividad del intérprete.

Por otra parte, más importante en este trabajo, es que, con estos mecanismos internos de validación, el afuera queda perdido. Si en el pasado las soluciones y los

problemas bien delimitados venían predefinidos en los dispositivos que ofrece el razonamiento jurídico, hoy, a pesar de la indiscutible inestabilidad ingresada, la interfaz del Derecho pretende continuar siendo dotada de la capacidad de capturar y disipar la complejidad de lo factual. En directa conexión con lo anterior, esta heredada racionalidad intrasistémica, ahora compuesta por principios abstractos que deben ser hilados ad hoc de manera coherente por una metodología que mantiene la rancia promesa de la neutralidad y la coherencia interna, termina agravándose en la medida en que crece la pretensión “especializante” del nuevo finalismo regulatorio del Derecho. Esta nueva racionalidad, que se mantiene aún en la exaltación de lo formal, en sus conceptos acaba provocando tal autorreferencialidad del sistema jurídico que genera un derecho que no puede articular respuestas efectivas a las cada vez más exigentes y complejas exigencias sociales que crecen retroalimentadas por esa engrosada promesa neofinalista.<sup>15</sup>

No obstante, no son estos los puntos que destacan quienes se oponen a los influjos del neofinalismo. Los análisis críticos más avanzados en estas materias están preocupados por los desplazamientos de legitimidad del neofinalismo hacia campos que suelen recibir el apelativo de “contramayoritarios”, como la Constitución y la judicatura. Ello ha perturbado a quienes se han mantenido denunciando, a veces no sin tensiones según cada caso, los problemas teóricos de esta intifada del constitucionalismo social. Han sido prolíficamente referenciados el carácter antidemocrático de un frondoso catálogo de derechos y el profundo reduccionismo de las decisiones colectivas que ello conlleva; a ese resquebrajamiento de la división de poderes dada esa fetichización de la judicatura y en los peligros del solipsismos o esoterismos epistémicos que podría esta traer consigo. En sus vertientes más cercanas a mis preocupaciones se ha criticado la desmovilización o la despolitización que genera este discurso.

No es mi interés abordar este tipo de problemáticas, que incluso pueden continuar apresadas por las mismas herencias de la concepción jurídica dominante que aquí

---

<sup>15</sup> Sobre la autorreferencialidad véase Nicklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989). Sobre la escisión de la teoría entre el plano normativo y el plano fáctico puede verse Mariela Puga, “La realización de derechos en casos estructurales. Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’ en *Investigaciones Jurídicas-Universidad de Palermo* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2008), 2-4; sobre una crítica al razonamiento legal y otros grandes temas debe verse Mariela Puga y Máximo Lanusse, “El regreso del bumerang”, *Revista de la Universidad de Palermo* 10, núm. 1 (2009): 171-209. Sobre ambos temas puede verse Gunther Teubner, *Juridification: Concept, Aspects, Limits, Solutions: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law* (Berlin: De Gruyter, 1987); Carlos Setién Ravina, “La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner”, *La fuerza del derecho* (Bogotá, Siglo del hombre, 2000), 13-80.

análisis. Lo que me interesa aquí es rastrear, válido de un caso de prueba, esa desconexión hacia la complejidad que ha arrastrado esta nueva concepción del Derecho.

### 3. El discurso de derechos sociales

Al efecto de constatar mis aserciones, voy a revisar la más clara manifestación del neofinalismo constitucional: su discurso acerca de la exigibilidad de los derechos sociales. Como sabemos, en la actual configuración de la doctrina argentina e internacional, comprometida férreamente con los postulados de la justicia social, la judicialización de estos derechos resulta fundamental al tratárselos como verdaderos requerimientos de legitimidad del poder coactivo. Ellos sirven, en la retórica del nuevo constitucionalismo, para evaluar el grado de legitimidad de la autoridad del Estado. De este modo, la restricción de la judicialización de los mismos, ante la inactividad o incompetencia del Estado, tornaría el uso del poder coactivo en ilegítimo. En efecto, en oposición a quienes consideran que los derechos sociales son estipulaciones programáticas que orientan indirectamente la toma de decisiones públicas, los defensores de estas posturas consideran que no existe un obstáculo substancial que diferencie a los derechos sociales de otras categorías de derechos para ser reclamados en los tribunales. Hay algo así como una mutua dependencia de los requerimientos de legitimidad postulados y las posiciones de la exigibilidad de los derechos sociales.

Empero, entiéndase bien, estas posiciones van mucho más allá de querer estipular condicionamientos de la autoridad legítima. Los idearios de estas posiciones conciben al Derecho como un instrumento que efectúa el cambio social. Con la constitucionalización de los derechos sociales se confía en el Derecho como herramienta que preverá la “emancipación” o algún sucedáneo de ella, dentro de su programa general de la justicia social.

Abordaré, entonces, el análisis propuesto bajo la retórica instrumentalista del lenguaje de la exigibilidad de los derechos sociales, constatándola con su praxis actual en el caso argentino. En particular me ocuparé de verificar si las funcionalidades comprometidas en la nuclear concepción de justicia social del neofinalismo jurídico han sido o pueden ser honradas. Si el resultado es negativo, mi intuición acerca del romanticismo inherente a aquellos intentos de efectivizar las promesas constitucionales parece no ser desacertada. En definitiva, ¿de qué vale comprometerse con grandes ideales si en el fondo no podemos siquiera acercarnos a ellos? Con esa pregunta ingresa la constatación de la clausura hacia la complejidad, que arrastra de las antiguas concepciones del Derecho lo que aquí denomino neofinalismo jurídico.

### 3.1. Separación acústica

La práctica de la judicialización de los derechos sociales puede estar, como tantos fenómenos institucionales, bajo los influjos de la separación acústica. Esta es bien popular o, más bien, esencial en el funcionamiento del Derecho, pero puede reconocérsela en bastas situaciones de nuestra vida cotidiana. Es lo que hacemos cuando, tras conocer la impuntualidad de un amigo, lo invitamos al cine diciéndole que la película empieza a las 21.30 sabiendo que en realidad comienza a las 22.00. Nuestra invitación de las 21.30 genera en él una representación que mitigará su impuntualidad y lograremos alcanzar la finalidad deseada de concurrir al cine a la hora estipulada. El secreto reside en la opacidad entre la regla anunciada y la regla efectiva.

En el mundo jurídico, para enunciar el fenómeno de la separación acústica, deben recordarse las enseñanzas de Bentham sobre reglas de conducta y reglas de decisión. Una cosa es lo que ordena una norma como regla de conducta, es decir, aquello que se publicita a la generalidad de los individuos acerca de cómo debe obrar y otra cosa es lo que les indica a los jueces acerca de cómo deberían reaccionar al momento de aplicar una norma (regla de decisión). Piénsese en el Derecho Penal: la amenaza conocida de sanción genera desincentivos para configurar las conductas prohibidas; no obstante, al momento de su aplicación, por diversas razones (política criminal, escasez de recursos, etc.) los agentes aplicadores ingresarán excepciones ad hoc, que no han sido publicitadas, para que flexibilicen la regla. También aquí el secreto reside en esa opacidad de las reglas de decisión respecto a las reglas de conocimiento público. Esa escisión indica que el cariz motivador del Derecho funciona por la combinación equilibrada de estas reglas, visibilizando, por un lado, las conductas (in)debidas para (des)incentivar determinadas acciones y obscureciendo, secuencialmente, el funcionamiento de su aplicación efectiva. Los operadores institucionales son expertos en engrosar o adelgazar, según el caso, el tabique de estos dos planos, a los efectos de transmitir u ocultar la potencialidad simbólica del mensaje en cuestión.<sup>16</sup>

En lo que aquí importa, como dije, la práctica de judicialización de los derechos sociales puede estar bajo los influjos de esta separación acústica. Por una parte, anunciamos una amplia gama de derechos protectorios, generando la representación

---

<sup>16</sup> Sobre la separación acústica puede verse Ward Farnsworth, *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law* (Chicago: The University of Chicago Press, 2007), 182-187.

colectiva de una preocupación férrea con la justicia social, mientras la ausencia de transparencia de la maquinaria de su judicialización causa que su efectividad se vea recortada a casos puntuales. Esta separación acústica no es perversa en sí misma; empero, para quienes sostienen los postulados instrumentalistas del neofinalismo constitucional, pesa la obligación de disolver ambas esferas para conformar una línea clara entre sus compromisos igualitarios y su eficacia.<sup>17</sup>

Por ello, en esa lógica, coherente con el discurso aquí analizado, me interesa apelar a nuestras intuiciones para arrojar advertencias acerca de los efectos prácticos de la jurisprudencial de los derechos sociales en países con grandes contrastes económicos. No se me escapa que esta tarea es, sin duda, de difícil realización sin un adecuado estudio empírico, pues no sabemos cuantitativa ni cualitativamente cuánto ha logrado el litigio de derechos sociales en su camino hacia la consecución de los fines de la justicia social.

Estrictamente hablando de la eficacia práctica de temas referidos a la judicialización de los denominados derechos sociales, no obstante el déficit empírico, no es irrisorio arriesgar que el resultado es negativo, dados los condicionamientos actuales del poder judicial, la enorme cantidad de barreras para el acceso a la justicia y el carácter corporativista de la práctica de la abogacía, entre otros factores que de aquí en adelante llamaré indistintamente “acceso a la justicia”. Es claro que si tomamos el estado del arte actual en materia de acceso a la justicia encontraremos que buena

---

<sup>17</sup> Claro que esta separación acústica no hace más que vislumbrar el funcionamiento simbólico del Derecho. Ver el excelente trabajo de Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del Derecho* (Bogotá: Universidad de Los Andes, 1993), 237-261. Para Paul Kahn, el efecto provisto por la separación acústica puede ser útil para generar nociones de autoentendimiento individual o colectivo, aunque aclara, ello solo expresará una verdad parcial: “Debido a que los sistemas simbólicos –incluyendo la política– son sólo parcialmente auto-conscientes, no hay ninguna razón para esperar una relación directa entre las formas de auto-presentación y las formas de experiencia. Nos damos cuenta de esto directamente a través de nuestra experiencia personal de nosotros mismos y de otros. Lo que decimos sobre nosotros mismos, nos dice –y a los demás– algo acerca de nuestro ser, pero nos equivocaríamos a menudo si tomáramos esa expresión como una representación exacta. Una persona profundamente insegura puede declarar su simpatía hacia los demás. Aquella que siempre se siente culpable puede manifestar su inocencia. Una que se está desamorando puede declarar su amor con más fuerza todavía. Aún estando profundamente preocupado por la muerte, puedo lanzarme a vivir con entusiasmo y vigor. Estas tensiones, en donde un principio o valor es alimentado mediante la supresión de su opuesto, resultan completamente familiares. El mismo tipo de tensiones se encuentran en la manera que una comunidad se entiende a sí misma. Una religión que proclama el amor como su primer principio, puede ser rápida en volcarse hacia las armas. Una comunidad política comprometida con la esclavitud podría proclamar que ‘todos los hombres son creados iguales’ como su primer principio. Una dividida por diferencias de riqueza heredada, podría sostener la ideología del mérito individual. Otra que se mueve de acuerdo al racismo estructural podría proclamarse a sí misma como una sociedad sin prejuicios raciales”. Paul Kahn, “Controlando la Violencia: Separación Acústica, Conmemoraciones y Chivos Expiatorios” en *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico* 77, núm. 2 (julio-diciembre 2008): 317-330.

parte de las respuestas favorable a requerimientos de judicialización de lo que suele denominarse derechos sociales beneficia a quienes tienen posibilidades económicas para recurrir a tribunales.<sup>18</sup>

Con esta observación no se trata de cimentar una línea que apele a desarrollar un pensamiento conspirativo, sino más bien destacar un hecho de difícil prueba en contrario, al tener en cuenta los condicionamientos actuales del sistema judicial.

### 3.2. Planillas de Excel

Hay quienes podrían encontrar la afirmación anterior demasiado lábil, tras acentuar la ausencia de respaldo empírico, sin bastarle observar la realidad de su entorno o, tal vez, por pensar que ella cambiará paulatinamente en tanto se genere una amplia red de “conciencia jurídica” de los potenciales beneficiarios, retroalimentada por los “efectos simbólicos” de los fallos favorables (y aún los desfavorables) relativos a la exigibilidad. Incluso puede entenderse que lo dicho en el acápite anterior no toma en cuenta que el problema estructural de las barreras de acceso a la justicia es, en realidad, un derecho más que debería ser asegurado.<sup>19</sup> Así, en una combinación de estas hipótesis, efectivizando este derecho de acceso a la justicia, un ejército de jueces debería alzarse con constituciones en mano a concretar los postulados de justicia social. Resuelto el problema del acceso a la justicia y dotados sus beneficiarios potenciales de la conciencia de sus derechos, a golpes de sentencia, en una pesadilla organicista los jueces responderían a cada reclamo, salvando una a una las brechas entre el Derecho de los libros y el Derecho en acción.

---

<sup>18</sup> Por otra parte, la separación acústica también pesa sobre otra manifestación de la práctica de exigibilidad de los derechos sociales, en cuanto a la transparencia parcial de su eficacia individual de los casos particulares. Ella se manifiesta, por un lado, mediante la “justicia espectáculo”, como aquella que logra visibilizar los casos como recorte infimo de la complejidad factual que será publicitada, mientras se prestidigitan en la oscuridad de la justicia rutinaria, en el funcionamiento efectivo de la maquinaria judicial, los requerimientos de esa “justicia general” que es reclamada al nuevo Derecho y se oculta además aquello que quedó fuera de lo que fue transparentado. De esta manera, si tomáramos por cierto el carácter meramente simbólico de la constitución política de estos derechos, quienes promueven este tipo de litigio ocultando o ignorando sus déficits de efectividad, estarían colaborando con una estrategia que dista bastante de ser instrumental. En dónde se depositará la legitimidad cuando el desequilibrio entre lo simbólico y lo instrumental sea visibilizado, es una signatura pendiente. El término de justicia espectáculo puede verse en Santos, *Sociología jurídica crítica*, 32-45.

<sup>19</sup> Este ha sido el camino seguido por muchos de los que se han dedicado a escribir y proponer reformas procesales que garanticen la globalidad del acceso a la justicia para interrelacionarlos con la efectividad de los derechos sociales. Resulta obvio que, si esta fuera la centralidad del problema o el argumento en contra de lo dicho en (1), sería también conveniente pensar en otro escenario contrafáctico, diluyente de otras complejidades, en donde se sostenga un sistema de gobierno que resuelva con eficiencia los problemas a los que se atienden los derechos sociales (lo cual paradójicamente haría desaparecer o simplificar el problema de la exigibilidad judicial de ellos). De igual forma, jamás se han hecho estas aclaraciones y de hecho la práctica de la exigibilidad ya está en marcha en el escenario en donde vivimos.

Aun en esta hipótesis quedan pendientes cuestiones que parecen haber sido trivializadas por las posiciones que favorecen la judicialización de los reclamos de derechos sociales. Estas no solo están vinculadas con la escasez de recursos, sino fundamentalmente con la dificultad epistémica de los jueces para lidiar con ella.

Veamos. Es cierto que no podemos tratar a nuestras constituciones como si estuviesen asentadas en lo que Martín Farrell llama una teoría de la justicia bíblica del milagro de la multiplicación de los panes,<sup>20</sup> pues, al final del día, el hecho de la escasez nos indicaría que, para llevar adelante el enorme caudal de derechos con los que nos comprometimos, dejaríamos a nuestro Estado en bancarrota.<sup>21</sup> Por ello se ha pensado que debería ser posible propiciar un criterio de asignación de recursos que permita a los jueces atender los reclamos teniendo bajo su mirada el hecho de la escasez. Esta es la posición de Lucas Grosman, quien, válido de una interpretación de nuestros textos constitucionales posteriores a la reforma, ha elaborado una teoría general de los derechos, consistente con tal hecho.<sup>22</sup> Creo que Grosman ha hecho bien en interesarse por desarrollar un baremo que permitiría a los jueces asignar los beneficios sociales teniendo en cuenta este dato indiscutible de la realidad, máxime con la ausencia de problematización de este tipo de problemas en la praxis jurisprudencial y en la producción doctrinal que favorece la exigibilidad de los derechos sociales. Sin embargo, según creo, su baremo tiene un alcance limitado. Aun con un criterio de igualdad estructural de oportunidades, la judicatura jamás podrá tomar efectivo conocimiento de la inmensa complejidad de gastos en los que incurre el Estado, muchos de ellos destinados efectivamente a concretar derechos sociales. De hecho, el neofinanciamiento constitucional de la exigibilidad de los derechos sociales obligaría a los jueces a revisar todo el caudal de nuestras actuales o programadas prácticas públicas que generen erogaciones; por tanto, todo el sistema de gastos del Estado debería estar bajo la mira en cada caso. Todo ello puede hacerse aún más complejo al considerar los escenarios de descentralización y privatización de servicios públicos. Sobre estos últimos, piénsese en un sistema de salud privada; resulta claro que una demanda (o un conjunto de ellas) de respuesta satisfactoria tendrá su impacto en los servicios y contribuciones del resto de los beneficiarios y ello irradiará, tarde o temprano, al sistema de salud pública.

---

<sup>20</sup> Martín Farrell, *Filosofía del Derecho y Economía* (Buenos Aires: La Ley, 2006), 93-107.

<sup>21</sup> De hecho, es posible y esto ha sido notado indirectamente por Farrell en su ejemplo de teorías de la justicia bíblica del mana del cielo, sobre la existencia de un problema intergeneracional relativo a la escasez que podría provocar, en la hipótesis analizada, que agotemos nuestros recursos escasos para salvar las brechas entre las normas y los hechos, dejando en el desamparo a las generaciones futuras. Farrell, *Filosofía del Derecho y Economía*, 51.

<sup>22</sup> Lucas Grosman, *Escasez e igualdad* (Buenos Aires: Librería, 2008), 168.



Pero supongamos *ad ridiculum* que tenemos un juez de vocación economista, munido de planillas de Excel, dispuesto a llevar adelante el juicio completo de las erogaciones del Estado y revisar uno a uno los gastos presupuestados, devengados, producidos, etc., ponderando una a una la justificación y la razonabilidad de cada ítem presupuestario; además, pide informes acerca de la gestión de cada organismo y programa para constatar si el gasto es razonable. Todo ello iluminado por un criterio de igualdad constitucional. En ese mismo acto, sopesa la extensión del derecho que resulta razonable garantizar frente a la extensión de otros derechos y finalidades colectivas. No todo termina allí; por supuesto, implicará una complejidad aún mayor, pues los jueces, ante un reclamo particular, deberían estar al tanto de los reclamos realizados en otros tribunales y, sepultado a esta altura en sus planillas de Excel e informes de gestión, adelantarse abstractamente a las demandas para prever los acomodamientos de gastos que ello causaría, calculando al unísono los intereses de sus inversiones, el nuevo escenario inflacionario, el canje de deuda planeada por el poder ejecutivo, etc.<sup>23</sup>

Pero que no se me malentienda –en estos tiempos de progresismos fanáticos, uno debe andar de pies juntillas–. Mi preocupación no es cuidar la propiedad privada de una *burguesía opresora* (si existiera tal cosa, como veremos más adelante, poco afectada es ella por esta práctica), sino remarcar que, probablemente, al no haberse tomado en cuenta esta dificultad epistémica, estamos conduciendo a que nuestra práctica jurisprudencial en materia de derechos sociales esté otorgando concesiones gratuitas, sin una noción somera de los requerimientos presupuestarios que se requieren ni de su incidencia en el contexto del sistema. En concreción a lo dicho en el numeral anterior, los ajustes presupuestarios, en el plano público y en el privado, generados por esta encandilada práctica de exigibilidad de los derechos sociales, serán costeados por quienes menos tienen.

El lector agudo se habrá percatado ya de que una enorme cantidad de demandas que trascienden el concepto dominante de derechos sociales también es rehén de la dificultad epistémica, pues, como sabemos, la mayoría de los derechos cuestan.<sup>24</sup> Con todo, la diferencia central reside en que el discurso de la exigibilidad de los derechos sociales está especialmente imbuido en los problemas de redistribución

---

<sup>23</sup> Otro tanto ocurre con el principio de no regresividad, que ordenaría disminuir las asignaciones presupuestarias y sus correlativas prácticas de gestión en uso de esos fondos, sin tener posibilidad de sopesarlas. Dada esta complejidad epistémica, con el marco global puede generarse un perjuicio sobre el resto de las áreas o derechos que no obtuvieron la asignación del presupuesto de ser petrificados por este estándar internacional.

<sup>24</sup> Stephen Holmes y Cass Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (Nueva York: W.W. Norton & CO., 1999), 255.

de la riqueza y, por estar tan seriamente preocupado por estos problemas, rechazaría cualquier arreglo institucional que pueda distorsionar el esquema ideal de justicia distributiva. Paradójicamente, el caso a caso de la exigibilidad judicial de cualquier derecho social puede generar efectos distorsivos en el intento de acercarse al propio esquema igualitario o, cuando menos, resultará imperceptible cuán honrado es su esquema ideal de justicia en cada intento, que en apariencia está dirigido al propósito de alcanzarlo. Para ser claro, antes de la entrada triunfal de *la igualdad sustancial*, el programa constitucional anterior no estaba preocupado por la distribución de la riqueza para ampliar los horizontes de la *libertad real* y, por tanto, el concepto de igualdad que operaba distinto, se despreocupaba de los efectos negativos de los recursos gastados en la manutención de su propio sistema. El nuevo esquema igualitario impuesto, permeado de problemas de redistribución de la riqueza, genera hoy un escenario contingente en materia de adjudicación judicial de derechos.

Sobre este punto, la crítica de Carlos Ari Sundfeld a la intervención judicial en materia de derechos sociales en Brasil resulta esclarecedora:

El juez mira el caso y se siente muy tentado a resolver la situación, porque parece que aquello está a su alcance y no tiene ningún efecto negativo. Sólo que, evidentemente, cuando suma el dinero necesario para eso, acaban desviándose recursos que el Estado invertiría en otra cosa. Los jueces son especies de víctimas del mundo simplón en el que viven. Es el mundo de la acción individual, de la acción propuesta como un conflicto binario aislado. Y, él acaba siendo un administrador de Justicia en el sentido más tradicional.<sup>25</sup>

### 3.3. La abuela de B. O.

Ocupémonos ahora de los alcances estructurales de la práctica en particular de la exigibilidad de los derechos sociales. Comencemos esta vez con un ejemplo. Supongamos que la abuela de B. O. necesita un costoso trasplante de caderas y el sistema de salud pública de su Estado no cubre este tipo de intervenciones. Así, B. O., abogado matriculado, decide patrocinar a su abuela para reclamar que el Estado pague por el trasplante. Consultada la Constitución, deteniéndose un rato a revisar qué dicen los tratados, pasa a adornar su demanda con las últimas citas y fallos jurisprudenciales en materia de exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la presenta de inmediato ante los tribunales por medio de amparo,

---

<sup>25</sup> Carlos Ari Sundfeld, citado por Streck, *Verdad y Consenso*, 20.

vía por excelencia para estos reclamos. El juez hace lo mismo con su sentencia y ordena al Estado que inmediatamente someta a la abuela de B. O. al tratamiento requerido. ¿De qué nos deberíamos preocupar aquí, distinto de lo mencionado en los numerales anteriores?

Básicamente, la sentencia no ha tomado siquiera noción de la complejidad en la que se entronca el caso de la abuela de B. O. y no estoy hablando acerca de si la abuela de B. O. era rica o podría haber pagado por su operación, tampoco si el Estado había provisto o no en su sistema de salud este tratamiento, ni siquiera si en un ejercicio de abstracción debería considerarse que un individuo razonable pagara por esta operación,<sup>26</sup> ni de los efectos distorsivos que podría generar este reclamo junto con muchos otros en el sistema de salud o en cuanto al presupuesto *in totum*, etc.

Aquí el asunto es la complejidad no abordable por la justicia ante un clásico reclamo de derechos sociales. El juez, dado el carácter expedito de la medida procesal, no puede percatarse de las causas por las cuales el Estado no estaba otorgando ese servicio. Pasarían desapercibidos los conflictos sindicales que hace más de diez años envuelven al hospital que realizará o debía realizar el tratamiento, la dificultades de ejecución del presupuesto del sistema sanitario, los cambios de funcionalidad del hospital al haberse convertido en centro ambulatorio tras tal o cual crisis económica o por el crecimiento desproporcionado de inmigrantes o ciudadanos de poblaciones vecinas, las dificultades de abastecimiento, compra y logística de suministro, estratificación de racionalidades de operadores del sistema, etc.

En algunos casos, estos problemas estructurales del sistema de provisión de beneficios sociales implicarán que, luego de la sentencia favorable, la efectividad de la misma se vea imposibilitada o aletargada, pero aun si imagináramos un final feliz para la abuela de B. O. y ello implicaría que su reclamo pudo trascender estas complejidades obteniendo la ansiada intervención, quedaría en el camino la multitud de “desamparados” que continuarán bajo el vilo de los problemas estructurales del sistema de salud que trasciende las fronteras del caso.

Uno podría pensar que aquí el problema es el de la vía utilizada. Veamos esto con cuidado: por una parte, no hay duda de que son, en efecto, el “amparo” o las “vías sumarísimas” las más utilizadas para el reclamo de beneficios sociales y

---

<sup>26</sup> Ronald Dworkin, *Virtud soberana*, trad. María Julia Bertomeu (Barcelona: Paidós, 2003), cap. 8.

ello en buena parte es entendible por la naturaleza asistencial de estos reclamos, determinados –en teoría– para funcionar en planos de excepcionalidad en donde se requieran remedios expeditos. Paradójicamente, la naturaleza de emergencia de la mayoría de los planteamientos conspira con su instrumentalidad igualitarista y su funcionalidad estructural, al imposibilitarse recalar en las complejidades en donde se inserta cada reclamo.

Sin embargo, incluso los casos de derechos sociales en donde la complejidad intenta revelarse mediante acciones colectivas o individuales, insta procedimientos remediales novedosos que buscan penetrar la institucionalidad y parecen estar destinados a naufragar en el mar de administraciones dislocadas, *statu quo* de difícil apreciación y estratificación de las narrativas institucionales.<sup>27</sup>

### 3.4. Las persistencias de lo privado

El Estado de bienestar, luego de su posterior crisis, dejó instaladas fuertes pretensiones por parte de la ciudadanía respecto a sus *deberes* prestacionales. En la explosión de las preguntas acerca de la justificación de la coacción, estas pretensiones se revistieron en recaudos de legitimidad. Así, el Estado paso de ser garante de la libertad negativa a obligado directo de la libertad positiva. Luego del declive del Estado de bienestar, la retórica de la exigibilidad de los derechos sociales vino a mantener y robustecer los compromisos del orden perdido. En este paso, el Estado se mantuvo como directo beneficiario de las nuevas pretensiones redistributivas del Derecho, intermediario único de la libertad. La práctica actual de la exigibilidad de los derechos sociales, mantiene esa retórica dependiente de una relación Estado-individuo-sociedad.<sup>28</sup>

Esta dependencia immanente lleva a que los casos de derechos sociales tengan escasa o nula incidencia sobre el resto de nuestras prácticas colectivas, las cuales se acotan al campo de lo público, lugar por excelencia de actuación del litigio de derechos sociales. De tal modo, el empeño por la redistribución solo alcanza a lo que el Estado debe hacer con los fondos públicos y no penetra las diversas prácticas privadas que pueden ser en ocasiones la causa de la injusticia. Sin alterarse esos

---

<sup>27</sup> Ver al respecto Joaquín Millón, “Triunfos de papel. A propósito de Viceconte”, *Derecho Constitucional, La Ley* (supl.) [www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Newsletter\\_Proof\\_final.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Newsletter_Proof_final.pdf)

<sup>28</sup> Esta dependencia ha sido destacada por David Kennedy en relación con el discurso de los derechos humanos. David Kennedy, “El movimiento por los derechos humanos internacionales: ¿forma parte del problema?” Trad. Mariela Pérez-Costa *Themis Law Review* núm. 48 (2004). Puede verse también Puga y Lanusse, “El regreso del bumerang”.

*focos de injusticia* que trascienden el ámbito público, el litigio de derechos sociales brinda una restringida idea emancipación.

## Conclusión

Lo que he intentado es proponer un esquema de análisis que sirva para observar la inmanente recursividad autopoiética del discurso jurídico que, acentuada hoy por la explosión de su especialización finalista, acaba minando la posibilidad de capturar el cúmulo de complejidades que en apariencia, al menos, pretende y es llamado a solucionar. El carácter focalizado de estas intervenciones de derechos sociales parece llevar la letra escarlata de la intraducibilidad del discurso de los derechos subjetivos a los objetivos de justicia social.<sup>29</sup>

Mi metodología ha enfatizado un particular haz de preocupaciones que no suelen ser incluidas en el pensamiento jurídico vigente. Ellas exaltan el valor de la eficacia práctica. Mi propuesta, que trasciende este escrito, es una relativización de los puntos nodales de estudio que han dominado el pensamiento jurídico de los últimos años: la legitimidad y la legalidad. Simplificadamente podemos decir que la primera fue a la que mayor atención prestaron las vertientes iusnaturalistas, tras reducir la justificación de la obligatoriedad del Derecho a reglas, valores o ideales metapositivos, de naturaleza ética o religiosa. El positivismo, por su parte, exaltó la legalidad y privilegió los juicios de pertenencia formal de la norma a un orden jerárquicamente estructurado. El giro hacia la facticidad comenzó a ser llevado adelante por el realismo, trayendo a la escena la eficacia, *qua* aplicación del Derecho. Fue Hart quien rompió con las simplificaciones, al prestar mayor atención a la eficacia, también *qua* aceptación, viéndola sí en términos globales. El neofinalismo ha vuelto a las simplificaciones, al acentuar la legitimidad (situada en el ordenamiento o en la historicidad de nuestras prácticas, aunque en ocasiones se piense que la instancia de validación ascendente deberá recurrir hacia valores metapositivos, retomando el empeño por moralidades objetivas, perpetuándose de manera definitiva sobre

---

<sup>29</sup> A este respecto puede verse Fernando Atria, “¿Existen los derechos sociales?”, *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4 (2004): 15-59. Por otra parte, debe quedar claro, desde aquí al menos, que el concepto de los denominados “derechos sociales” no intenta más que capturar una vasta gama de situaciones fácticas sobre las que hoy pesan pretensiones de irreductible complejidad, que no puede ser asida por su conceptualización abstracta. Ello trasciende el fenómeno de la judicialización de los derechos sociales. El nuevo Derecho desafía las abstracciones que podamos tener de las clásicas acepciones de derechos civiles y políticos. Ver Abram Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, *Harvard Law Review* 89, núm. 7 (mayo, 1976), 1281-1289.

los juicios de legalidad,<sup>30</sup> dejando de lado cualquier consideración acerca de la eficacia u otorgándole un lugar precario en su esquema metodológico y justificatorio. Las respuestas procedimentalistas también subrayan ese carácter legitimista y buscan resolver el problema de la obligación jurídica por medio de la instancia democrática, sin contar con las complejidades de los contextos de aplicación como las aquí analizadas.

Como vimos, en los contextos actuales, los juicios de la eficacia pueden constituir puentes fundamentales en la tarea explicativa y aun, según creo, justificativa del Derecho. Cuando hablo de eficacia no solo me refiero a la que observan los realistas o a la que predica aceptación en la concepción hartiana o kelseniana, sino a la que trasciende las fronteras de la aplicación de los operadores jurídicos primarios hacia los campos de actuación de sus destinatarios directos. Me refiero, por una parte, al funcionamiento localizado del Derecho y a cómo este opera en el razonamiento práctico de los particulares, tanto como instancia de validación (preocupada por la dotación de legitimidad general o particular y/o por el juicio de existencia del sistema), como proceso heurístico para relevar el funcionamiento efectivo del Derecho. Asimismo, con eficacia práctica retomo el valor del análisis funcional

---

<sup>30</sup> Esta es la posición de José Luis Serrano, quien considera que la aportación del garantismo a la teoría del Derecho es haber separado completamente los juicios de validez de los juicios de vigencia. En su esfuerzo por promover los nuevos contenidos del constitucionalismo garantista que aporta un sentido de validez sustancial a la revisión del sistema jurídico *vigente*, como criterio de pertenencia formal, Serrano afirma: “La pertenencia en esos niveles de valores y principios contrafácticos convierte al juicio de validez en un juicio de adecuación, es decir, no es un simple binario de verdad/falsedad [como lo serían los juicios de vigencia], sino un complejo juicio gradual de mayor o menor adecuación de la norma a los principios y valores superiores que la determinan. La ubicación de los derechos fundamentales en la constitución y, sobre todo, la conversión de ésta en un plano superior de juridicidad con respecto al resto del ordenamiento jurídico, provoca la introducción de un plano de deber en el derecho –no de deber ser del derecho–. La vieja distinción entre derecho que es y el que debería ser (validez-justicia) se aclimata ahora adentro del sistema. El dualismo iusnaturalista reaparece como una suerte de dualismo interno al derecho. La constitución y su plano de juridicidad actúa como deber (como programa, como guía, como orientación como norma) con relación al resto del ordenamiento. Esa dualidad permite la elaboración de juicios de valor (sí, pero) jurídicos y no, por ejemplo, morales. El debate y la confrontación irreductible entre derecho y justicia, derecho y moral, viene a transformarse así en un debate interno entre validez (constitucional) y vigencia (legal y reglamentaria)”. José Luis Serrano, *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica* (Madrid: Trotta, 1999), 57. Su posición, a diferencia de la mía, lo lleva a producir una atomización o *cuasi-autonomía*, en donde la comunicación entre eficacia, validez, justicia y vigencia es nimia. A las claras de las diferencias entre su posición y la mía, Serrano favorece la autopoiesis del sistema jurídico: “Así vista la validez no depende de factores externos al sistema jurídico, ya sean socioeconómicos (eficacia) ya ético-políticos (justicia). Indirectamente, pues, hemos mostrado que la vigencia y validez de una norma depende de factores internos al sistema jurídico. Si todo ello es así, entonces debe haber en el interior de los sistemas jurídicos mecanismos institucionales que ejerzan la función de determinación de la validez de un elemento normativo y que la ejerzan sin necesidad de salir al entorno, esto es, por un mecanismo autoyético o –si se prefiere una terminología sin referencias luhmanianas– por una función jurídica de validación”. Serrano, *Validez y vigencia*, 101.

del Derecho, indiscutiblemente necesario en tiempos de neofinalismo. Ello debe llevarnos a analizar el alcance de las finalidades –instrumentales y simbólicas– previstas por las normas jurídicas que han desbordado la antigua conceptualización del Derecho como mecanismo para incentivar conductas. Solo desde una comprensión compleja podemos concentrarnos en observar el alcance de las nuevas finalidades del Derecho y de las insuficiencias de su discurso.<sup>31</sup>

Como hemos visto, desde esta perspectiva he revisado la propuesta paradigmática del neofinalismo jurídico; el discurso de la exigibilidad de los derechos sociales es consecuente con sus énfasis intrínsecos a la consecución de una igualdad material de oportunidades. El saldo es negativo. Desde luego, queda aún mucho que reflexionar acerca de esta entrada triunfal de igualdad sustancial en tanto consecuencias y la capacidad del derecho para honrar sus propios presupuestos. Lo que puede adelantarse es que, sin la adecuada comprensión del funcionamiento práctico del Derecho, jamás podremos comprender la vitalidad de este nuevo Derecho.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> No quiere decir esto que mi noción de validez, *qua obligación jurídica*, deba asentarse estrictamente en los juicios de eficacia, sino más bien, al decir de Frances Ost, en la recursividad dinámica de este y los demás ejes de análisis (legalidad y legitimidad). Según pienso, el abordaje quedará siempre atrapado en las dos vertientes clásicas de legitimidad –la sustancial y la procedimental– o en una versión ecléctica de ambas. Por una parte, las versiones que se apoyan en la vertiente sustancial, con contenidos validados *a priori*, solo provoca las limitaciones de la autorreferencialidad del discurso, en la confianza ciega a la bondad de sus contenidos, mellando así sus instancias de efectivización. Mientras tanto, las versiones procedimentales, que no he tratado aquí con detenimiento solo generan una recursividad al sistema democrático representativo (o a cualquier versión epistémicamente mejorada de él), como instancia de validación del sistema normativo o de una norma en concreto, sin tomar conciencia de un compromiso también con lo sustancial (mínimas –derechos políticos y libertades negativas– pero de las que el anticonvencionalismo o los propios postulados procedimentalistas, indicaría que deberíamos dudar de ellas), ni de la irremediable contextualización que requieren las instancias aplicadoras para honrar la sustancia validada, así como también para promoverla eficazmente, ni en la *debilidad de sus respuestas* ante las preocupaciones que dominan hoy el espacio de legitimación o de insatisfacción colectiva al régimen democrático. Las versiones eclécticas, en un momento u otro, tomarán partida por una u otra posición, acarreado las dificultades del binomio.

<sup>32</sup> Esto tal vez solo deja esperanzas a los pregoneros de las versiones *contraculturales* del Derecho, que querrán convertir en trinchera las limitaciones del discurso para apertrecharse en las fisuras de su inconsistencia. Quizás algunos piensen que el principio de una respuesta a los problemas aquí tratados puede comenzar a hilarse desde lo que parece ser la reacción necesaria de esta evolución formalista-materialista: el Derecho Reflexivo, en donde, como afirma Teubner, las “regulaciones” cada vez tienden a imponer menos reglas y principios concretos para regimentar comportamientos, poniendo en cabeza de los afectados por la propia regulación la tarea de elaborar estándares en el marco procedimental contextual que lo propicia. Teubner, “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”, 75-81. Para ello, bien saben ya los pragmatistas que, necesariamente, su posmoderno desprecio por la “metafísica de la subjetividad” deberá ser mitigado, pues son esas las representaciones que tienen sentido en los operadores jurídicos y aún pueden estar bastante arraigadas en las creencias colectivas. Así, la instrumentalización, “comunicada” o no, de esos consensos (falsos, dirán), puede servir para generar escenarios de Derecho Reflexivo. Sin embargo, aquí mi punto, sus apariciones serán poco frecuentes y esencialmente espontáneas. Esto quizás haya llevado a Mariela Puga a desandar su camino del litigio de *reforma estructural*, apostando ahora más tímidamente a la sola desestabilización del *statu quo*. Por otra parte, respecto a la espontaneidad de la emergencia del fenómeno del

Por ahora, sirvan estas líneas, al menos, para abandonar lo que Rorty llama la “pasión por el infinito y lo sublime”, que parece venir anejas a este neofinalismo que, como todo movimiento, “ni tiene éxito ni fracasa”. Solo así podremos empezar a concentrarnos en las campañas: “Algo en lo cual podemos reconocer que hemos tenido éxito o en lo que hasta ahora hemos fracasado”.<sup>33</sup>

## Referencias

- Alexy, Robert. “Sobre los derechos constitucionales a protección” en *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- Atria, Fernando. “¿Existen los derechos sociales?” *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4 (2004): 15-59.
- Balki, Jack y Sanford Levinson. “El Derecho y las humanidades: una relación incómoda” *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, traducido por Cecilia Garibotti 9, núm. 1 (julio, 2008): 197-228.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- Chayes, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation” *Harvard Law Review* 89, núm. 7 (mayo, 1976): 1281-1289.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica*. Madrid: Trotta, 2009.
- Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Dworkin, Ronald. *Law Empire*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald. *Virtud soberana*, trad. María Julia Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2003.
- Farnsworth, Ward. *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.
- Farrell, Martín. *Filosofía del Derecho y Economía*. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. “Juspositivismo crítico y democracia constitucional” *Isonomía: revista de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 16 (abril 2002): 7-20.

---

Derecho Reflexivo en casos judiciales, creo que es bastante dudoso que se pueda enseñar *experimentalismo* a los jueces. Y ello no es porque los seguidores de las propuestas contraculturales, en apoplejía existencial, suelen encriptar sus discursos, sino porque, como afirma Fish, se debe diferenciar el *programa pragmatista del pragmatismo como descripción*. Los jueces ya son pragmatistas; no hay una teoría detrás de sus fallos ni podrá haber jamás una. El experimentalismo o el Derecho Reflexivo, si ocurre, solo ocurrirá. Ver Stanley Fish, “Almost Pragmatism: the Jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin” en *There's not such a Thing as Free Speech* (Nueva York: Oxford University Press, 1994), 200-230.

<sup>33</sup> Sobre la pasión por el infinito y lo sublime, los movimientos y las campañas, véase Richard Rorty, “Movimientos y campañas” en *Pragmatismo y política* (Barcelona: Paidós, 1998), 67-79.



- Fish, Stanley "Almost Pragmatism: the Jurisprudence of Richard Posner, Richard Rorty, and Ronald Dworkin" en *There's not such a Thing as Free Speech*, 200-230. Nueva York: Oxford University Press, 1994.
- García Villegas, Mauricio. *La eficacia simbólica del Derecho*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1993.
- Grosman, Lucas. *Escasez e igualdad*. Buenos Aires: Librería, 2008.
- Hesse, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- Holmes, Stephen y Cass Sunstein. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nueva York: W.W. Norton & CO., 1999.
- Jiménez Cano, Roberto M. *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Kahn, Paul. "Controlando la violencia: separación acústica, conmemoraciones y chivos expiatorios" *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico* 77, núm. 2 (2008): 317-330.
- Kahn, Paul. *El análisis cultural del Derecho. Una construcción de los estudios jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2001.
- Kennedy, David. "El movimiento por los derechos humanos internacionales: ¿forma parte del problema?" Trad. Mariela Pérez-Costa. *Themis Law Review*, núm. 48 (2004). <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>
- Luhmann, Nicklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Millón, Joaquín. "Triunfos de papel. A propósito de Viceconte" *Derecho Constitucional, La Ley* (supl.). [www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Newsletter\\_Proof\\_final.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Newsletter_Proof_final.pdf)
- Nino, Carlos S. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- Nino, Carlos S. *Notas de introducción al Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1973.
- Puga, Mariela. "La realización de derechos en casos estructurales. Las causas 'Verbitsky' y 'Mendoza'" en *Investigaciones Jurídicas-Universidad de Palermo*. Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2008.
- Puga, Mariela. *De celdas y tumbas. Introducción a los derechos de las mujeres*. Córdoba: Advocatus, 2008.
- Rorty, Richard "Movimientos y campañas" en *Pragmatismo y política*, 67-79. Barcelona: Paidós, 1998.
- Serrano, José Luis. *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.
- Setién Ravina, Carlos. "La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner" en *La fuerza del Derecho*, 13-80. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2005.
- Streck, Lenio. *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas*. Lima: Ara Editores, 2009.

Teubner, Gunther. “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno” en *La fuerza del Derecho*, 84-85. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2005.

Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a ed., trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003.