

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos  
Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”  
Curso académico 2015-2016

*Trabajo Fin de Máster*

## “La reparación simbólica como paradigma de respuesta ante violaciones a derechos fundamentales”

Gastón Puccetti

Tutora

María José Fariñas Dulce

Getafe, junio de 2017

*Palabras clave:* Estado de derecho – racionalidad – paradigmas – subjetividad – medidas de satisfacción.

*Resumen:* Este trabajo explora la tensión entre las dimensiones formales y sustanciales de la racionalidad que asume el derecho de las reparaciones a víctimas de violaciones a derechos fundamentales en el marco del Estado constitucional. A tal fin se reconstruye, por un lado, el paradigma moderno de reparaciones y se lo presenta como un conjunto de reglas y consensos cuya racionalidad compartida condensa las tendencias racionales y formales del derecho de la modernidad occidental. Por el otro, se presentan las medidas de reparación simbólica como paradigmas que escenifican tendencias irracionales y materiales dentro del proceso de racionalización occidental. Finalmente, se plantean las formas de subjetividad que se privilegian en cada caso en términos de *homo economicus* y de sujetos con intereses colectivos, respectivamente.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons  
**Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**



## ÍNDICE

ÍNDICE.....	3
INTRODUCCIÓN.....	5
1. ESTADO DE DERECHO Y REMEDIOS ANTE VIOLACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES .....	7
1.1 Estado liberal de derecho en sentido sustancial y formal: principios que componen cada noción .....	7
1.1.1. Elementos de la diacronía del Estado de derecho .....	9
1.1.2. Sincronía del Estado de derecho: versiones formal y material .....	16
1.2. Estado constitucional de derecho: principios de legalidad y de reconocimiento de los derechos fundamentales .....	21
1.2.1. La seguridad jurídica como derivada del principio de legalidad .....	23
1.2.2. La garantía de reparación como derivada del principio de reconocimiento de derechos fundamentales .....	27
1.3. La tensión conceptual entre seguridad jurídica y garantía de reparación de los derechos fundamentales .....	30
2. EL PARADIGMA MODERNO DE REPARACIONES A VIOLACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES .....	34
2.1. Las medidas de compensación en el paradigma moderno .....	44
2.2. Sobre la racionalidad del derecho moderno y las medidas de reparación a que puede dar lugar.....	48
2.2.1. La perspectiva institucional de la racionalidad del derecho moderno: la tríada capitalismo-Estado-derecho .....	65
2.2.2. La perspectiva del sujeto de la racionalidad individual: el surgimiento del homo economicus.....	72
2.2.3. El derecho como dispositivo: sobre la identidad e identificaciones de víctimas a que da lugar el paradigma de corte liberal/moderno.....	79
3. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN SIMBÓLICA COMO PARADIGMA DE REPARACIÓN ANTE VIOLACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES .....	87
3.1. Sobre las medidas de satisfacción.....	92
3.2. Sobre la racionalidad del derecho en las medidas de reparación simbólica .....	95
3.2.1. Sobre la racionalidad colectiva .....	97
3.2.2. El derecho como dispositivo: sobre las identificaciones de víctimas desde las medidas de reparación simbólica .....	105
CONCLUSIONES.....	110
BIBLIOGRAFÍA .....	114



## INTRODUCCIÓN

El objeto principal de este trabajo persigue realizar un aporte a la reflexión acerca de los modos en que el derecho puede colaborar en la construcción de subjetividad en las personas<sup>1</sup>. Para ello, se toma como referencia el ámbito de las reparaciones ante violaciones a derechos fundamentales y, a partir del mismo, se procura indagar las consecuencias que plantean las distintas respuestas del orden jurídico en la formación de sujetos.

Como marco general dentro del cual se desarrolla la discusión, se parte del Estado de derecho en tanto tipo ideal. Ello supone un posicionamiento que implica una determinada vinculación entre el problema de la subjetividad creada a partir del derecho y el de las exigencias normativas con las cuales se satisface el propio concepto de Estado. Por ello, en el capítulo primero se presentan los principios que componen a éste en sus vertientes formal y sustancial. En particular, desde esta última óptica se resaltan los denominados principios de legalidad y de reconocimiento de derechos fundamentales como parte de sus exigencias definitorias, y de ellos se derivan, respectivamente, el valor *seguridad jurídica* y la obligación de *reparar* las violaciones a derechos fundamentales. A partir de allí, se argumenta la manera en que, en el campo de las reparaciones, la seguridad y la obligación de reparar pueden ser presentadas como elementos en tensión. Bajo la idea de que esta pugna conceptual supone una especificación de los sentidos formales y materiales que puede asumir la racionalidad moderna, en los capítulos siguientes se reconstruyen dos paradigmas que dan cuenta de cada una de ellas en el marco de las reparaciones ante supuestos de violaciones a derechos fundamentales.

Siguiendo los aportes de Max Weber, en el segundo capítulo se plantea como *paradigma moderno* a aquél que torna visibles las tendencias hacia la racionalidad formal, a la vez que se remarca su carácter de dominante. Desde esta óptica, se destaca su propensión a un derecho de tipo *racional-formal* y a acciones inspiradas en una racionalidad *formal y según fines*. Asimismo, se resalta la manera en que este modelo tiene como preocupación central el otorgamiento de *seguridad jurídica* en sus destinatarios. Como su producto típico, se acentúa el carácter que asume la *compensación*

---

<sup>1</sup> La presente investigación fue realizada con apoyo de la beca de cooperación al desarrollo otorgada por el Programa de Formación de la Fundación Carolina para realizar el Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, correspondiente al período 2015-2017.

económica y se remarca el tipo de subjetividad que genera en los destinatarios de las normas que lo componen en términos de *homo economicus*, en tanto sujeto con intereses individuales.

Frente a ello, en el capítulo tercero se presentan las medidas de reparación simbólica —también llamadas de satisfacción— como *ejemplares* que dan cuenta de tendencias de signo material en el derecho. De tal forma, se califica a éstas como supuestos de *derecho irracional-material* que tienden a lograr acciones motivadas por una racionalidad *material* y *según valores*, y se destaca la prioridad que asignan al valor de la reparación integral y al principio de reconocimiento de derechos fundamentales, frente a la previsibilidad y a la seguridad obtenida a través del derecho. Además, se especifica la manera en que, en tanto formas jurídicas concretas, suponen vías de reparar a las víctimas tomando en consideración las particularidades que asume para las mismas el daño inmaterial padecido, así como la trascendencia colectiva de sus intereses. En consecuencia, se destaca la manera en que este tipo de medidas pueden producir subjetividades orientadas al fortalecimiento de lazos societarios y comunitarios.

## **1. ESTADO DE DERECHO Y REMEDIOS ANTE VIOLACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES**

El presente capítulo tiene por finalidad plantear los términos en que puede ser analizada la tensión conceptual entre la seguridad jurídica y la reparación por violaciones a derechos fundamentales. Para ello se parte, en primer lugar, por reconstruir conceptualmente la noción de Estado constitucional. Tomando en cuenta su carácter de concepto de formación histórica, se procura una aproximación que combine tanto perspectivas diacrónicas como sincrónicas que permitan brindar precisiones sobre el sentido de los rasgos que presenta dicha forma de Estado. De tal modo, desde el primer punto de vista se abordan algunas de las sucesivas mutaciones que sufren con el paso del tiempo los principios que componen las formas de Estado absolutista y liberal, cuyo desarrollo desembocará en el Estado constitucional. Desde el enfoque sincrónico, en cambio, se hace mención del alcance que pueden asumir los principios del Estado liberal tanto desde el punto de vista formal como sustancial.

A partir de esta última óptica, se analizan los sentidos que asumen los principios de “imperio de la ley” y de “reconocimiento de derechos fundamentales” en el marco del Estado constitucional. Específicamente, como contenidos particulares de los mismos, se derivan de ellos tanto el valor de “seguridad jurídica” como la existencia de la obligación de “garantía de los derechos fundamentales” en tanto elementos que pueden entrar en tensión según cuál sea la visión con que se los adopte.

Las medidas de reparación simbólica, por último, son presentadas como dispositivos concretos a través de cuyo reconocimiento los Estados intentan conseguir, de manera simultánea, el cumplimiento de los estándares normativos de seguridad y de garantía de los derechos fundamentales. De allí que sean introducidas como elementos que encarnan dicha tensión en el marco de las reparaciones por violaciones a derechos fundamentales.

### **1.1 Estado liberal de derecho en sentido sustancial y formal: principios que componen cada noción**

La relación entre “seguridad” y “garantía de los derechos fundamentales” que supone la comprensión del Estado de derecho como ideal regulativo presenta una serie de

matices que dependen del sentido que se asigne tanto a aquellos principios como a este concepto. Por ello, en este primer acápite procuraré brindar una breve aproximación conceptual a las condiciones bajo las cuales pueden satisfacerse las nociones de Estado liberal de derecho en sus versiones formal y sustancial, e intentaré justificar la manera en que los valores seguridad y respeto de los derechos fundamentales forman parte de una concepción material de Estado de derecho.

A fin de presentar la vertientes formales y sustanciales mencionadas, partiré de su comprensión como ideales regulativos. Dicha noción *kantiana*, en tanto posibilita la observación de las discrepancias entre los ideales y los objetos empíricos que les son puestos en relación, permite necesariamente hablar de un cumplimiento gradual de tales estándares<sup>2</sup> y, al hacerlo, facilita la indagación acerca de algunos de los matices que puede asumir la tensión conceptual entre la seguridad jurídica y la garantía de reparación ante violaciones a los derechos fundamentales a que se ha aludido. Es decir, en este trabajo se parte del postulado según el cual el Estado de derecho, en tanto ideal regulativo, supone su consideración en términos de “principios”. Y debido a que los principios, a diferencia de las reglas, implican conceptualmente la posibilidad de su cumplimiento parcial, un adecuado planteo de la tensión conceptual referida requiere la elucidación del sentido que pueden asumir los principios que componen el Estado de derecho.

Bajo tal premisa, resulta útil tener presente que las nociones material y formal suponen diferentes respuestas a la pregunta sobre qué es precisamente el Estado de derecho. A su vez, cada una de ellas es la resultante de distintas tradiciones sobre el sentido que puede asumir el término<sup>3</sup>. Como conceptos, tales vertientes implican la

---

<sup>2</sup> El cumplimiento parcial de los ideales regulativos *kantianos* se vincula a su comprensión en tanto principios. Como tales, se integran junto a los conceptos y las ideas en un esquema que supone una ordenación gradual “*que va desde lo empírico a lo abstracto: mientras los conceptos serían la representación intelectual de objetos empíricos concretos, las ideas se encuentran más alejadas de la realidad observable en tanto ellas no pueden representarse empíricamente en su real magnitud. Los ideales, aún más abstractos que las ideas, tienen un ‘poder creativo’, lo que le permite a la razón proponer un tipo específico de ‘observación’, que si bien no es empírica en un sentido estricto, no es tampoco una ‘invención del pensamiento’. Los ideales o principios regulativos entregan a la razón un estándar que le es indispensable, le proveen de una forma de representación que le es propia, y con ello le permiten estimar los ‘defectos’ de un objeto empírico cualesquiera con relación al ideal puesto por la razón pura*”. Al ser empleados para estimar los “defectos” de los objetos frente a los ideales o principios regulativos, se entiende que éstos son cumplidos parcialmente en los primeros. Cfr.: CHERNILO, Daniel. “El Rol de la ‘Sociedad’ como Ideal Regulativo: hacia una reconstrucción del concepto de sociedad moderna”. *Cinta de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales* [en línea]. Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, 2004, no. 21, págs. 175-188, pág. 177. Disponible en: <http://www.moebio.uchile.cl/21/chernilo.html>.

<sup>3</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Dykinson, 2013, pág. 40.

presencia de principios diferenciados en cuyos sentidos es necesario indagar para definir qué es el Estado. Por consiguiente, a fin de explicitarlos desde una perspectiva diacrónica<sup>4</sup>, haré una breve mención de la génesis del Estado liberal en tanto reacción frente al Estado absolutista y, desde una perspectiva sincrónica, expondré cuáles son los principios que se asocian a las mencionadas vertientes, formal y material, del Estado de derecho.

### 1.1.1. Elementos de la diacronía del Estado de derecho

Como pone de resalto Zagrebelsky siguiendo a la doctrina alemana, tanto los conceptos de “Estado de derecho” —ya sea en su variante de *Rechtstaat* o *Staatrecht*— que cobra especial fuerza en el siglo XIX, como el “Estado bajo el régimen de fuerza” —*Machtstaat*— que constituía el Estado absoluto típico del siglo XVII y el “Estado bajo el régimen de policía” —*Polizeistaat*— del Despotismo ilustrado del siglo XVIII, no son más que “*tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran*”<sup>5</sup>. Esto es, tal y como lo explica dicho autor, se erigen como nociones que indican determinados valores y aluden cada uno a una dirección de desarrollo de la organización del Estado, sin indicar por ello consecuencias demasiado precisas, pero sin caer tampoco en vacíos totales<sup>6</sup>. Partir de tales conceptos supone, por consiguiente, hacerlo de modelos que pueden permitir la comprensión de cómo se orientan ciertas prácticas políticas en un determinado sentido o algunas conductas humanas en base a determinados postulados relativamente definidos.

Comprender al concepto de “Estado de derecho” como un tipo ideal pone de relieve el carácter general y abstracto que puede asumir esta noción frente a las

---

<sup>4</sup> La alusión a una perspectiva diacrónica que haga mención de la existencia variaciones en ciertos conceptos a lo largo del tiempo se justifica, en este trabajo, en tanto se parte de la idea de que el Estado de derecho y los principios que a él se vinculan son precisamente conceptos de construcción histórica. De tal modo, así como Peces-Barba justifica que la dimensión histórica resulta imprescindible para entender el sentido de los derechos fundamentales, creo que una cierta mención de los cambios históricos puede aportar mayores precisiones a este estudio. Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. “Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales”. *Anuario de Derechos Humanos* [en línea]. Madrid: Universidad Complutense, núm. 4, 1986-87, págs. 219-258. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/10383>.

<sup>5</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán. 10ª edición. Madrid: Trotta, 2011, pág. 21.

<sup>6</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 21 y ss.

particularidades que adopte cada comunidad políticamente organizada, que presentará matices variables en cada sociedad. Sin embargo, en su núcleo, tal tipo ideal permite vislumbrar cómo se endereza a la consecución de determinados valores. Por ello es que interesa recalcar cuáles son, en concreto, los que se asignan al Estado de derecho. Debido a su estrecha relación, y siguiendo una lógica que dé cuenta de su aparición temporal, mencionaré los valores que se adscriben a dicho concepto en sus vertientes liberal y constitucional.

De manera previa, entiendo, resulta conveniente traer a colación los rasgos del Estado absolutista como primer paso para elucidar el contenido de los principios que componen al Estado liberal. Ello se advierte toda vez que se entiende a este último como surgido a modo de reacción ante los despotismos europeos nacidos a partir del siglo XV. Tal punto de vista es puesto de relieve por Peces-Barba quien, en el tomo I de su *Historia de los Derechos Fundamentales*, hace hincapié en que la noción misma de Estado es un concepto histórico que tiene su génesis bajo la forma absolutista —sin ser aún, en esta etapa, Estado de derecho—. Por ende, se plantea el autor, es necesario partir de la existencia del absolutismo para describir al Estado liberal en tanto, en su génesis, “Estado” se identifica con “Estado absoluto”<sup>7</sup>.

Básicamente, el Estado absolutista puede ser tenido como el producto de un proceso histórico que supone una transición entre la Edad Media y la modernidad. Tal etapa de tránsito es comprendida como un momento que conjuga auténticas rupturas revolucionarias junto a elementos medievales y a otros que le son propios, aunque derivados de antecedentes que hunden sus raíces en el medioevo<sup>8</sup>. El concepto histórico de Estado absolutista, consecuentemente, refleja también elementos que comparten

---

<sup>7</sup> En una retórica hegeliana, se pregunta PECES BARBA: “¿Se podrá hablar, en el Continente, de Estado liberal y de filosofía de los derechos fundamentales, sin presuponer la existencia del Estado, en cuanto tal, que es aquí Estado absoluto? Parece que no (...). La reacción, la antítesis, necesita la tesis, el primer planteamiento del Estado, y éste es el Estado absoluto. Que su superación se produzca por una revolución o por una evolución inteligente como en Inglaterra, es otro problema que tiene gran importancia, pero que no invalida en ningún caso el planteamiento general”. Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson, 2003, pág. 66.

<sup>8</sup> La opción de Peces-Barba por comprender a dicho proceso como una etapa de tránsito es entendida como una tesis intermedia entre las posturas que suponen una ruptura entre Edad Media y modernidad, y las que entienden dicha relación en términos de continuidad. De allí que dicho autor concluya: “la Edad Media y el Renacimiento no representan una oposición determinable cronológicamente, ni en un país sólo, por ejemplo Italia, ni menos aún en la totalidad del mundo europeo. Su simultaneidad, como su contraposición, constituyen la plenitud de la vida en los siglos últimos de la Edad Media y en los primeros de la Edad Moderna, aunque, eso sí, de tal forma que la manera antigua va desapareciendo paulatinamente, aquí más pronto, allá más tarde, mientras se inicia el dominio de la nueva”. Cfr.: *Ibidem*, págs. 17-18.

dichas naturalezas. Así, tanto la presencia de los estamentos medievales —que se imprime fuertemente en la organización del Estado bajo sus formulaciones más tempranas— como la concepción judicial del Derecho —propia de época medieval en la que el Derecho y el Estado no estaban todavía centralizados—, son originados en la Edad Media y, sin embargo, subsisten durante el tránsito a la modernidad y dan forma al Estado absolutista. Lo mismo puede predicarse del humanismo, inspirador de toda una retórica de rescate de ideales y de formas de pensamiento grecorromanos y que tuvo una fuerte influencia en la ruptura de las formas de la Edad Media<sup>9</sup>.

Una de las causas que motiva el surgimiento del Estado se encuentra dada por la dispersión del ejercicio del Poder típica de la Edad Media. Dicha fragmentación obedecía a la estructura de las formaciones sociales medievales que estaban construidas por unos sistemas de feudos y estamentos, los que no resultaron útiles para gestionar los cambios políticos y económicos acontecidos en los siglos XIV y XV. De allí que Imperio, Iglesia y el Poder feudal se sometieran a una lucha por redefinir sus roles políticos. Ello deriva en una concentración del Poder —tesis fundamental del Estado moderno—, que se expresa sobre todo en cabeza del príncipe, por un lado, y en las asambleas estamentales, por el otro, y adopta así la forma de Estado dualista<sup>10</sup>.

Sin embargo, esa concentración del Poder dista mucho de ser una mera consecuencia aséptica de la formación del Estado. Muy por el contrario, una lectura crítica de aquélla permite desvelar los claros objetivos ideológicos que presenta en términos de la conservación de ciertas estructuras sociales y la redefinición del poder social de los antiguos estamentos medievales. Así, desde su particular visión dentro del marxismo, Perry Anderson destaca que el absolutismo puede ser comprendido como una gran paradoja que construye una fachada moderna y que esconde, sin embargo, profundos arcaísmos. De tal modo, enuncia que las pretensas innovaciones institucionales del Estado absolutista, que fueron funcionales al desarrollo del capitalismo —a saber, la creación de ejércitos, una burocracia permanente, un sistema de tributos centralizado, un derecho codificado, un comercio unificado y la diplomacia<sup>11</sup>—, junto a la modernización jurídica, tuvieron como efecto el reforzamiento del dominio de la clase feudal tradicional. A ello se suma el hecho de que de manera concomitante a la aparición del Estado se había

---

<sup>9</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 23-36.

<sup>10</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 38-55.

<sup>11</sup> Cfr.: ANDERSON, Perry. *El Estado absolutista*. 15ª edición. México: Siglo XXI, 1998, págs. 24-35.

producido el fenómeno de desaparición de la servidumbre feudal, lo que habría motivado incluso a Marx y a Engels —entiende el autor— a describir erróneamente al absolutismo como un sistema estatal que representaba un equilibrio entre la burguesía y la nobleza, o incluso un dominio abierto del mismo capital<sup>12</sup>.

Por el contrario, Anderson entiende que el absolutismo fue “*un aparato reorganizado y potenciado de dominación feudal, destinado a mantener a las masas campesinas en su posición social tradicional (...)*” y que “*nunca fue un árbitro entre la aristocracia y la burguesía ni, mucho menos, un instrumento de la naciente burguesía contra la aristocracia: fue el nuevo caparazón político de una nobleza amenazada*”<sup>13</sup>. De tal modo, explica, el fin de la servidumbre no trajo aparejada la desaparición de las relaciones feudales en el campo; muy por el contrario, debido a que durante la temprana Edad moderna —o más aún, en toda sociedad preindustrial— la aristocracia continuó siendo la propietaria de los medios de producción fundamentales, la clase dominante siguió siendo la misma que en la Edad Media. Y si bien luego de tal etapa sufrió ciertos cambios, durante el absolutismo continuó ostentando dominio del poder político: el desplazamiento del Poder —en su faz de coerción— de los señores hacia el Estado devino en un aparato centralizado cuyo objetivo consistía en la represión de las masas que se situaban en la base de la jerarquía social; esto es, los campesinos y plebeyos. Al operar el fin del vasallaje, remarca Anderson, la monarquía adquiere unos poderes nuevos y extraordinarios, a la vez que la nobleza obtiene nuevas formas de aprovechamiento de sus tierras —básicamente a través de la eliminación de ciertas limitaciones que pesaban sobre su dominio—; consecuentemente, el Estado y el orden jurídico absolutistas se aúnan para aumentar el yugo de la aristocracia sobre los campesinos y para someter a éstos a nuevas formas de dependencia y de explotación. En palabras de Anderson, “*(...) los estados monárquicos del Renacimiento fueron, ante todo y sobre todo, instrumentos modernizados para el mantenimiento del dominio nobiliario sobre las masas rurales*”<sup>14</sup>.

Dejando de lado estas situaciones de dominación, conviene tener presente que los Estados absolutos son considerados como aquellos que lograron la unidad política frente al denominado pluralismo medieval, y también como los que se erigieron en protectores

---

<sup>12</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 11.

<sup>13</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 12.

<sup>14</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 15.

de la burguesía<sup>15</sup>. En efecto, el nuevo orden económico propio de la denominada etapa de tránsito a la modernidad trae aparejado un rol cada vez mayor para este sector social pujante. Peces-Barba remarca que dicha clase social emergente retroalimentará el influjo del capitalismo y, como una de sus primeras necesidades, procurará dotarse de cierta seguridad ante la transición que supone la desaparición de las formas que regían en la sociedad medieval. De tal modo se gesta en la modernidad la idea según la cual la primera función de todo poder político —y de todo sistema jurídico— es la organización pacífica de la convivencia, y para ello la burguesía se valdrá del Estado en tanto ente centralizado, burocrático y legalista. Comienza a gestarse el discurso legitimador del poder absoluto en base al concepto de soberanía de Bodino y de la unidad de poder de Hobbes<sup>16</sup>.

Con las fundamentaciones teóricas del Estado y de la monarquía en términos absolutos se da origen también a una nueva mentalidad individualista que llega a sustituir el enmarcamiento de los hombres en status, propio de la organización social medieval. Da comienzo así el periodo de formación del Estado que abarca desde el siglo XV al XVIII<sup>17</sup>, época esta última en que la burguesía llega a reclamar para sí el poder político, con lo que “*el individualismo y la filosofía de los derechos fundamentales, junto con los demás elementos de la filosofía liberal, usando como legitimación el iusnaturalismo racionalista, se separarán, combatirán y destruirán a ese Estado absoluto, que primero sirvió a sus intereses*”<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: siglo XVIII, vol. I: El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*. Madrid: Dykinson, 2001, pág. 77.

<sup>16</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA (dirs.). *Op. cit.*, págs. 40-41.

<sup>17</sup> La comprensión del Estado en términos de “concepto histórico” tal como la expuesta por Peces-Barba, postura seguida en este trabajo en tanto tiene en cuenta las especificidades de los procesos históricos en la delimitación de su sentido, obliga mínimamente a hacer mención de que su proceso de formación no ha sido uniforme a lo largo del continente europeo. Por ello es que suele distinguirse entre el “modelo inglés” y “modelo continental” de génesis del Estado moderno. El primero, de antecedentes más remotos a los del continente, supone un proceso en el que la feudalidad fue más débil que en el resto de Europa, con una Corona de mayor poder que había logrado de manera temprana imponer un cierto grado de fiscalidad apoyada un aparato administrativo y un sistema de jueces itinerantes. En lo social, existía ya un sentimiento nacional unitario, y no había, consecuentemente, una necesidad de unificar el poder ni de reforzar la autoridad del rey frente a las instituciones medievales inglesas. Por último, debido a la pronta implantación de la propiedad libre, se posibilitó que los propietarios consigan participar políticamente junto al Gran Consejo y den así origen al Parlamento inglés. De tal modo, el Estado absoluto se implantó, en Inglaterra, con la dinastía de los Tudor y duró desde el año 1405 hasta 1603. El modelo continental, por el contrario, responde más a una lógica de enfrentamientos contra fuerzas supraestatales —Iglesia e Imperio— e infraestatales —autonomía e independencia de los señores feudales, en el que el Rey se encarna como personificación del Estado y llega a eliminar a los demás estamentos, con apoyo de la burguesía. De todos modos, debido a que ambos modelos desembocan, en el siglo XIX, en el Estado liberal de derecho, entiendo que la diferenciación de los procesos en base a sus particularidades no presenta demasiado interés para este trabajo. Cfr.: *Ibidem*, págs. 41-66.

<sup>18</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 22.

El paso del Estado absolutista al Estado liberal del siglo XVIII supone una alteración en sus rasgos distintivos. Desde la propuesta de Peces-Barba, estos cambios pueden ser observados en tres líneas principales<sup>19</sup>: *a)* en las mutaciones operadas a través en la teoría de la separación de poderes; *b)* en el viraje hacia la nomofilia; y *c)* en la recepción de los aportes del contractualismo. El primero de los elementos se basó principalmente en las ideas de autores como en Montesquieu, quien acometerá en contra del despotismo y argumentará a favor del mantenimiento de la libertad individual. De tal modo, se dan razones fundantes para la consagración de un sistema de frenos y contrapesos al poder que aún hoy se mantiene vigente como elemento conceptual en el Estado de derecho.

El giro del poder personal del monarca hacia el gobierno de las leyes —o nomofilia—, por otro lado, será producido como consecuencia del racionalismo ilustrado y de su consideración de la ley como “*forma de expresión de la razón, como forma de eliminar la arbitrariedad y los privilegios y como expresión de la igualdad cívica*”<sup>20</sup>. A través de este pensamiento es que se logra dar cabida a los reclamos burgueses de mayor seguridad y certeza, así como también se refuerzan las ideas de unidad y de homogeneidad política y jurídica. Con tal nueva forma de entender el rol del derecho en sociedad nace la idea de control jurídico sobre el poder y el Estado, rasgo central del nuevo modelo. Como lo pone de relieve Elías Díaz, “*el Estado de Derecho comienza —lógica e históricamente— con el ‘imperio de la ley’; antes del control jurídico no hay, en efecto, Estado de Derecho, sino Estados absolutos*”<sup>21</sup>.

Por último, las doctrinas contractualistas implican un cambio en la legitimidad de origen del poder. Así, tales teorías, cuyo comienzo se remonta a la etapa de tránsito a la modernidad, suponen en el siglo XVIII un rechazo a la legitimidad del Estado absoluto —que hundía sus raíces en su mentado origen divino y en el peso de la trayectoria histórica de las monarquías—, y lo sustituyen por los conceptos de consentimiento, soberanía popular e igualdad originaria. El pacto social implicará la defensa de los derechos naturales y un consecuente límite al poder legislativo, y llegará a constituir así un importante antecedente de la idea de supremacía constitucional y de la presencia de

---

<sup>19</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael (dirs.). *Op. cit.*, págs. 77-116.

<sup>20</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 88.

<sup>21</sup> Cfr.: DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 3ª edición. Madrid: Edicusa, 1969. Pág. 13.

contenidos materiales en tales normas fundamentales<sup>22</sup>. Asimismo, al suponer la individualización de los contratantes, se constituirá en un refuerzo de una perspectiva individualista —opuesta al comunitarismo y al gremialismo medieval—, en la que tales sujetos son presentados como titulares de derechos naturales que escogen libremente. Se comienza a gestar, de tal modo, la idea de soberanía popular y la de representación de las mayorías. En suma, *“del principio del pacto social se deduce toda la transformación de la legitimidad de origen, de la soberanía nacional o popular, del consentimiento de los gobernados y se deducen el principio de las mayorías, clave de la legitimidad de ejercicio, y también los derechos del hombre”*<sup>23</sup>.

La idea de derechos en general aparece en el objeto del pacto social. Éste conlleva a que las prerrogativas que los individuos tenían en el Estado de Naturaleza se conviertan en derechos fundamentales y en la razón principal del pacto. Al decir de Peces-Barba, *“el poder que nace del consentimiento en el contrato tendrá como finalidad reforzar la eficacia de los derechos que pasarán de ser derechos morales (naturales) a derechos jurídicos (con su contenido moral protegido por normas coactivas y garantizadas por sanciones institucionalizadas) (...) a caballo entre el poder político y el Derecho, se consolidará, en el siglo XVIII, la idea de Constitución. Todos estos elementos favorecerán la emancipación de las personas. El instrumento subjetivo serán los derechos humanos”*<sup>24</sup>.

Este apretado repaso de la diacronía del Estado liberal presenta algunos de los principios que suelen ser remarcados —aunque con distinta intensidad— por parte de la doctrina como constitutivos de aquel concepto. Han aparecido así el denominado imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la administración y el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales, que conforman una visión ya clásica entre los teóricos españoles<sup>25</sup>. Resta, por consiguiente, exponer sus alcances e indicar la manera en que se conjugan para dar sentido a la idea de Estado de derecho.

---

<sup>22</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael (dirs.). *Op. cit.*, pág. 82.

<sup>23</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 87.

<sup>24</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 81.

<sup>25</sup> Cfr.: DÍAZ, Elías. *Op. cit.*, págs. 27-28.

### 1.1.2. Sincronía del Estado de derecho: versiones formal y material

Como punto de partida conviene tener presente que, desde una perspectiva sincrónica no todas las visiones acerca del Estado de derecho son coincidentes en afirmar los mismos principios y de igual forma. Las visiones formal y material de Estado de derecho presentan exigencias distintas que deben ser mínimamente puntualizadas. Ello permitirá, entiendo, analizar luego la tensión entre la seguridad jurídica y la garantía de los derechos fundamentales.

De entre los elementos mencionados, la visión formal de Estado de derecho da preeminencia al principio de legalidad como limitación al poder estatal, de manera tal que éste sólo debe ejercer su actividad dentro de las limitaciones establecidas por las normas jurídicas<sup>26</sup>. Este tipo de construcciones, conceptualmente, nada dice sobre los principios que deben respetar tales normas. Basta tanto que éstas hayan sido emitidas y que sean conocidas por sus destinatarios, como que conformen un conjunto unitario y coherente, para cumplir su función limitadora.

Gustavo Zagrebelsky explica que, en el Estado de derecho en su versión formal, *“el valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del Machtstaat y del Polizeistaat: no más rex facit legem, sino lex facit regem”*<sup>27</sup>. De tal manera, argumenta que esta visión del Estado de derecho pudo justificar que incluso los totalitarismos de entreguerras pudieran ser definidos bajo su órbita: lo importante era jerarquizar las funciones, los fines del Estado y la naturaleza de la ley, de modo tal que aquél pudiera imponer de manera eficaz su propia voluntad expresada en el derecho positivo. Bajo esta comprensión, cualquier comunidad políticamente organizada en que se excluyese como principio la arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, con prescindencia de su contenido, sería “Estado de derecho”; más aún, cualquier Estado, en tanto dotado de un orden jurídico, habría merecido el apelativo “de derecho”<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr.: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Op. cit.*, pág. 110.

<sup>27</sup> Cfr.: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, pág. 21.

<sup>28</sup> En sentido concordante se expresa Ansuátegui, quien entiende que, desde la concepción formal, el Estado de derecho *“se identifica exclusivamente con el imperio de la ley, con la presencia teórica de determinados elementos —que en ocasiones se han relacionado con una cierta comprensión del rule of law— y con la plasmación práctica de esas exigencias en la actividad de los poderes públicos y también en la de los ciudadanos. El Estado de Derecho implica actuación de acuerdo con el Derecho y bajo el Derecho (art. 9.1 CE). Se identifica principalmente con el imperio de la ley, pero no sólo”*. Cfr.: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Op. cit.*, pág. 28.

Con el denominado Estado formal de derecho se encarna un supuesto de lo que Rafael de Asís califica bajo un modelo *sistemático y funcionalista*: lo primero, en tanto requisito del derecho desde la modernidad, momento a partir del cual éste es tenido como un conjunto racional que implica su coherencia<sup>29</sup> y su unidad; lo segundo, en tanto procura estudiar la función del derecho a partir de su rol como técnica normativa de control social. Según este planteamiento funcional —que constituye el modelo que Asís denomina “modelo restringido”—, “Estado de derecho” alude “*al Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, y que lo limitan por tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente*”<sup>30</sup>. De hecho, ambas exigencias de este mismo modelo —la separación de poderes y los rasgos de la visión sistemática del Derecho— se justifican en términos funcionales, con prescindencia de finalidad alguna salvo la de su propia eficacia<sup>31</sup>.

Quizá el supuesto más claro de este modelo formal se encuentra constituido por el concepto de Estado de derecho *kelseniano*. En efecto, Kelsen postula la tesis según la cual hay una relación de identidad entre el Estado y el derecho, de forma tal que “*como organización política, el Estado es un orden jurídico*”. A ello añade: “*pero no todo orden jurídico es un Estado. (...) Para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado*”<sup>32</sup>.

El modelo sustancial de Estado de derecho, por su parte, supone otro tipo de relaciones entre el Derecho y el Poder político. De tal modo, desde esta perspectiva no se

---

<sup>29</sup> Cfr.: DE ASÍS, Rafael. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 1999, pág. 20. La coherencia no constituye una propiedad de todo sistema, sino sólo de aquellos que tengan alguna pretensión de racionalidad. Bajo tal idea, Alchourrón y Bulygin entienden que, aunque la coherencia es una propiedad formal de los sistemas jurídicos, es posible la existencia de sistemas incoherentes: “*algunos autores parecen considerar que la coherencia es propiedad necesaria de todo sistema. Para esta concepción, un conjunto de normas incoherentes no sería sistema. Tal restricción del significado del término «sistema» es difícilmente aconsejable. Conjuntos normativos incoherentes no son tan raros, como todo jurista sabe por experiencia. Sin duda, un sistema normativo incoherente podría calificarse de «irracional»; en este sentido, la coherencia es un ideal racional (...). Pero no parece que haya buenas razones para limitar la referencia del término «sistema» a los conjuntos coherentes*”. Cfr.: ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987, pág. 103.

<sup>30</sup> Cfr.: DE ASÍS, Rafael. *Op. cit.*, págs. 43-44.

<sup>31</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 105.

<sup>32</sup> Cfr.: KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo. México D.F.: UNAM, 1982, pág. 291.

consideran suficientes las limitaciones formales para el ejercicio de este poder; a ellas deben añadirse otras de índole material vinculadas a ciertos contenidos en las normas. Dependiendo de cuáles sean éstos, y de cómo se conjuguen los distintos principios antes aludidos, pueden encontrarse distintas versiones de Estado material de derecho. En este orden de ideas, Rafael de Asís sostiene que los modelos sustanciales de Estado de derecho son finalistas en tanto “*subrayan la necesidad de la consecución de determinados fines por el Derecho, con lo que aumentan las exigencias de su definición y, por ende, de las de la relación entre Poder y Derecho*”<sup>33</sup>. Estos fines son añadidos a ámbitos jurídicos concretos y funcionan como límites a la actividad del Estado. Asimismo, parten de una conexión cierta entre el derecho y la moral, de manera tal que sus contenidos resultan cognoscibles y pueden ser defendidos por los de las normas<sup>34</sup>. En ello se diferencian de los denominados *modelos funcionalistas* en tanto su conexión con la moral resulta aleatoria ya que sostienen que no se pueden especificar los contenidos de ésta.

Por otro lado, Zagrebelsky expone que el concepto sustancial de Estado liberal de derecho —característico del siglo XIX— tiene un sentido vinculado a las funciones y fines del Estado en el que se reemplaza la autoridad de éste como elemento central por la procura de desarrollo de la sociedad y de sus intereses; y en el que la ley deja de ser la mera expresión de la voluntad del Estado para concebirse como instrumento de garantía de los derechos. De manera esquemática, Estado liberal de derecho como *Rechtstaat* implica: *a)* la sumisión de la administración a la ley; *b)* la subordinación de los derechos de los ciudadanos sólo a la ley y no a injerencias de la administración; y *c)* la presencia de jueces independientes encargados de aplicar exclusivamente la ley en las controversias que se susciten entre ciudadanos, y entre éstos y el Estado<sup>35</sup>. En este modelo finalista, la libertad es concebida como un valor primordial cuya trascendencia en los fines estatales contraviene la visión meramente formal antes expuesta: frente a la libertad social, debe condicionarse aún la misma autoridad del Estado. De manera consiguiente, nace la idea de los derechos como límites a la autoridad estatal.

En vinculación a esta formulación sustancial, Elías Díaz parte expresamente,

---

<sup>33</sup> Cfr.: DE ASÍS, Rafael. *Op. cit.*, pág. 20.

<sup>34</sup> Rafael de Asís menciona como ejemplo de moralidad cierta la del llamado “*dinamismo de la libertad*” de Peces-Barba. De tal modo, aceptar dicho modelo supone una aproximación finalista al concepto de Estado de Derecho. Cfr.: *Ibidem*, págs. 27-30.

<sup>35</sup> Estos elementos son expuestos por Zagrebelsky siguiendo a la doctrina sentada por Otto Mayer en el ámbito alemán. Cfr.: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, pág. 23.

desde el comienzo de su introducción a “*Estado de Derecho y sociedad democrática*”, por concebir una noción material en la que “*las ideas de control jurídico, de regulación desde el Derecho de la actividad estatal, de limitación del poder del Estado por el sometimiento a la ley, aparecen, pues, como centrales en el concepto del Estado de Derecho, en relación siempre con el respeto al hombre, a la persona humana y a sus derechos fundamentales*”<sup>36</sup>. Bajo esta óptica, el autor expone que los caracteres generales de tal modelo, en tanto Estado liberal, son el imperio de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general; la separación de poderes; el sometimiento de la Administración a la ley; y el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales, ya mencionados<sup>37</sup>.

La mención de los derechos fundamentales como elementos centrales del Estado de derecho en su versión material es enfatizada por Ansuátegui, para quien esta forma de Estado debe necesariamente respetar ciertos contenidos normativos de derecho. Y en particular, dichos contenidos son identificados con el denominado derecho de los derechos fundamentales<sup>38</sup>, de modo que tales dispositivos son definidos como límites para el accionar del Estado<sup>39</sup>.

Tras haber identificado los rasgos que tradicionalmente definen al Estado de derecho, en lo sucesivo corresponde hacer mención del rol que asumen los principios de legalidad y de reconocimiento de derechos fundamentales en el seno de una visión liberal del Estado de derecho. Mi intención aquí no es otra que la de exponerlos bajo el entendimiento de que su explicitación es esencial para poder luego argumentar la posible tensión entre “seguridad jurídica” y “garantía de los derechos fundamentales” desde el Estado constitucional.

En primer lugar, el principio de legalidad significa que el Estado liberal de derecho no se configurará si la ley no es expresión de la voluntad general. Tal requisito impone de manera conceptual el rechazo a todo tipo de dictadura o autocracia: si el derecho no es reflejo de la voluntad democrática, no puede haber legalidad alguna. Bajo esta concepción liberal, tanto la Administración como los particulares se encuentran alcanzados por tal

---

<sup>36</sup> DÍAZ, Elías. *Op. cit.*, pág. 12.

<sup>37</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 27-28.

<sup>38</sup> Cfr.: ANSUÁTEGUI, Francisco Javier. *Op. cit.*, pág. 28.

<sup>39</sup> Este entendimiento de los derechos fundamentales como límites del poder y de la autoridad del Estado deriva en la tesis de los derechos fundamentales como “derechos resistentes”, a la que se aludirá más adelante.

voluntad general. Sin embargo, lo son de distinto modo: de acuerdo con Zagrebelsky, la ley —preocupada por la protección de los intereses de los particulares— “no establecía lo que la Administración no podía hacer, sino, por el contrario, lo que podía. De este modo, los poderes de la Administración, en caso de colisión con los derechos de los particulares, no se concebían como expresión de autonomía, sino que se configuraban normalmente como ejecución de autorizaciones legislativas”<sup>40</sup>. Es decir, para la Administración, la ley se erige como un carril sobre el cual puede desempeñar su actuación, debiendo respetar los derechos de los particulares. Y, por el contrario, frente a los particulares la legalidad implica la vigencia del principio de autonomía siempre que no se crucen los límites que impone la ley: “aquí la ley no era una norma que debiera ser ejecutada, sino simplemente respetada como límite «externo» de la «autonomía contractual» o, como también se decía, del «señorío de la voluntad»”<sup>41</sup>. Esta diferencia se explica, según el autor referido, como consecuencia de asumir junto al principio de legalidad, el principio de libertad como pilar del Estado liberal de derecho<sup>42</sup>.

Por otro lado, y en lo atinente al reconocimiento de derechos fundamentales, Elías Díaz no sólo lo menciona como una de las condiciones del Estado liberal de derecho, sino que además considera a éstos como el objetivo de dicha forma de Estado. Tales derechos son entendidos como exigencias éticas que, en tanto conquistas históricas, cumplen una especial función legitimadora del Estado<sup>43</sup>. De manera concordante se expresa Peces-Barba, quien pone de resalto que “la aparición del Estado como poder soberano, que no reconoce superior y que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legítima, generará un disenso apoyado en la nueva mentalidad, impulsado por la nueva clase social en ascenso, la burguesía, sobre las condiciones del ejercicio absoluto de ese poder, y constituirá un nuevo consenso político cuestionando el origen del poder, su justificación, su ejercicio y sus fines, con el contractualismo, con la idea de Constitución y de derechos humanos como objeto del contrato y como límites del poder”<sup>44</sup>. Desde esta visión, la idea

---

<sup>40</sup> Cfr.: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, pág. 28. Entiendo que el uso del pretérito al referirse a este modelo teórico, se explica en la visión de Zagrebelsky por su idea de que el Estado liberal de derecho es algo distinto al Estado constitucional, y se lo construye ya como un modelo “superado”.

<sup>41</sup> Cfr.: *Ídem*.

<sup>42</sup> Otra forma de explicar que la legalidad es diferenciada entre los particulares y la Administración en términos de Zagrebelsky, es a través del disímil sentido que según este autor asume el principio de autonomía: “para los órganos del Estado, a los que no se les reconocía ninguna autonomía originaria, todo lo que no estaba permitido estaba prohibido; para los particulares, cuya autonomía, por el contrario, era reconocida como regla, todo lo que no estaba prohibido estaba permitido”. Cfr.: *Ídem*.

<sup>43</sup> DÍAZ, Elías. *Op. cit.*, pág. 37.

<sup>44</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Ed. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2014, págs. 114-115.

misma de contrato social liberal ya presupone a los derechos humanos su como objeto. Y tan especial jerarquía los sitúa como rasgo definitorio del Estado liberal de derecho, como he apuntado más arriba siguiendo la reconstrucción de Elías Díaz.

Estos rasgos básicos del Estado de derecho en su primera formulación liberal mutarán en su sentido con el desarrollo del constitucionalismo. Por ello, en el siguiente apartado presentaré una relectura posible de la seguridad jurídica y del principio de reconocimiento de derechos fundamentales como requisitos del Estado constitucional.

## **1.2. Estado constitucional de derecho: principios de legalidad y de reconocimiento de los derechos fundamentales**

Zagrebelsky resume las causas del surgimiento del Estado constitucional en lo que denomina la crisis el principio de soberanía. Partiendo de la idea de que la construcción del Estado moderno en Europa derivó en el fortalecimiento de la soberanía estatal y que ella implicaba su identificación con el derecho —en su vertiente interna, en el derecho público interno; en la externa, en el derecho internacional público—, expone que con el paso del tiempo esa relación habría ido perdiendo fuerza al punto tal que deja de presentarse de forma tan clara en el plano de la realidad política. Ello se debe a la presencia de ciertas fuerzas corrosivas que desde finales del siglo XIX habrían conmovido sus facetas internas y externas. Entre tales fuerzas, Zagrebelsky menciona: *“el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de «contextos» que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a individuos que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen”*<sup>45</sup>. Ante tal panorama de crisis, el autor se plantea si su magnitud ha adquirido una entidad tal que habría implicado el retorno a una situación de inseguridad y de imposición por la fuerza, propia de las etapas premodernas y que el surgimiento del Estado había intentado remediar; o si por el contrario el ocaso de la vieja forma de soberanía estatal habría

---

<sup>45</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, págs. 11-12.

significado el nacimiento de un nuevo derecho que se desprege del contexto unívoco de su conexión con la soberanía del Estado. Posicionado en este segundo planteamiento, Zagrebelsky entiende que la respuesta está más bien en el nacimiento del Estado constitucional.

Desde esta nueva perspectiva, según Zagrebelsky, el principio de soberanía — puesto en cuestionamiento—, muta en su sentido: deja de ser predicable de los Estados y comienza a referirse más bien a las constituciones. Así, en este nuevo ámbito de aplicación, la soberanía significará que aquellos instrumentos jurídicos podrán proponer soluciones y coexistencias de valores y principios más adecuadas al marco de las sociedades pluralistas actuales. Con ello se otorga a las constituciones la misión de realizar las condiciones de posibilidad de una vida en común de los distintos grupos sociales y sus intereses, ideologías y proyectos diferentes, más que la tarea de establecer de manera acabada un proyecto predeterminado. Para poder llevar adelante tales cometidos, los distintos valores y principios deben ser entendidos en su carácter de no absolutos, de forma tal que se compatibilicen con otros con los que deben convivir; esto es, deben asumir el carácter de *dúctiles*<sup>46</sup>.

Esta nueva idea de soberanía aplicada a las constituciones lleva a que éstas, para satisfacer su nuevo rol institucional, sean jerarquizadas por encima del derecho de los Estados. Tal resignificación de la función del derecho ante la nueva posición de las constituciones lleva también a una manera renovada de comprender la relación entre Poder y Derecho, que es lo que básicamente da origen a un nuevo modo de comprender al Estado de derecho como Estado constitucional. Una definición de esta forma renovada de Estado que dé cuenta de esta relación distinta entre el derecho y las constituciones es dada por María del Carmen Barranco, quien define al Estado constitucional como la “*fórmula política, en la que la Constitución en su totalidad se sitúa por encima de la Ley como fuente del Derecho*”<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> De hecho, según Zagrebelsky, sólo asume el carácter de *absoluto* “(...) *el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)*”. Esta coexistencia de valores y principios fundantes de las constituciones, que posibilitan la unidad del Estado y la integración de los grupos sociales para los cuales está destinada a regir, sumada al carácter no absoluto de tales principios —con las excepciones apuntadas— son las condiciones que posibilitan su base pluralista. Asimismo, tales condiciones son las que dotan al derecho en el constitucionalismo de su carácter de “*ductilidad*”, rasgo que da título a la obra del autor. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, pág. 14.

<sup>47</sup> Cfr. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”. En: RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA

Debe mencionarse también que el constitucionalismo imprime modificaciones sustanciales a las condiciones mismas que debe reunir el derecho. En tal sentido, “*la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución*”<sup>48</sup>. De tal modo, se delinean cambios al modelo de Estado de derecho que lo tornan en algo más que una mera continuación del Estado liberal. Como parte de tales novedades, los principios de legalidad y de reconocimiento de los derechos fundamentales antes referidos mutan en cuanto a su sentido.

### **1.2.1. La seguridad jurídica como derivada del principio de legalidad**

Si se parte de la premisa de que la seguridad suele ser presentada como una necesidad asociada a la condición humana, no resultará sorprendente el comprender que su desarrollo conceptual a lo largo de la historia haya sido verdaderamente profuso. De hecho, ello explicaría que en la actualidad presente manifestaciones de la más variada índole —ya sea bajo la forma de seguridad personal, ciudadana, social, del trabajo o de los datos, entre otras<sup>49</sup>—. Todas estas especies, sin embargo, presentan como rasgo unificador la finalidad de responder al objetivo de satisfacer la necesidad antropológica de “*saber a qué atenerse*”. A partir de esta primera e imprecisa aproximación a la idea de seguridad en tanto necesidad, se procurará en la presente parte del trabajo señalar la relación de derivación que existe entre ésta y el principio de legalidad en el marco del denominado Estado constitucional de derecho.

La inserción de la seguridad entre los principios del Estado constitucional actual resulta de un proceso histórico de evolución en los intereses de los grupos sociales. En particular, la preocupación por su origen, desde la óptica del ámbito europeo, es apuntada por Pérez Luño como surgida a modo de reacción histórica a los riesgos que suponía la inseguridad de la Antigüedad y el medioevo, tiempos en los que la vida de las personas se encontraba sujeta a contingencias de la más variada índole, ubicadas fuera de las fronteras limitadas de lo conocido. Así, el temor a peligros naturales —tales como los

---

GONZÁLEZ, Miguel Ángel (Eds.). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2006, págs. 229-354, pág. 340.

<sup>48</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo: *Op. Cit.*, pág. 34.

<sup>49</sup> Antonio Pérez Luño llega a identificar más de una decena de estas facetas de la seguridad. Al respecto, cfr.: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991. Págs. 6-7.

mares, las pestes y plagas—, y a otros derivados de la interacción social —huestes invasoras y bandidos—, era asociado a la incertidumbre propia de tales épocas. Además, y como se ha aludido en otra parte de este trabajo, la búsqueda de seguridad tuvo gran importancia en un momento histórico determinado por parte de ciertos sectores sociales, principalmente la burguesía, para satisfacer sus intereses y confluyó, junto a otros factores, en la formación del Estado moderno. No será hasta el Renacimiento que se ponga de relieve la vinculación entre conocimiento/seguridad e ignorancia/inseguridad, momento en el que la exploración del planeta adquiere nuevos relieves y se desarrollan con fuerza el racionalismo y sus reivindicaciones de libertad de pensamiento<sup>50</sup>.

Además de ello, las distintas corrientes de la tradición contractualista apelarán a la seguridad como presupuesto y función del Derecho y del Estado: “*Hobbes, Pufendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas, concebirán el tránsito desde el estado de naturaleza a la sociedad como la superación del ius incertum y su conversión en estado de seguridad*”<sup>51</sup>. De tal modo, explica Pérez Luño, la idea de seguridad que es sostenida por la filosofía del contractualismo y del iluminismo se convertirá en presupuesto de los ordenamientos en el Estado de derecho.

Como puede apreciarse, ha sido la idea de la seguridad bajo el rótulo de *necesidad humana* la que ha motivado su desarrollo e inclusión dentro de las preocupaciones del Estado. Para desentrañar su ubicación dentro de los valores sustentadores del Estado constitucional, es necesario brindar mayores precisiones acerca del sentido del término, tarea que supone superar ciertas dificultades analíticas.

En efecto, en la actualidad no es poco frecuente encontrarse con que la seguridad es fuente de confusiones entre filósofos y juristas. Ello puede explicarse, al menos en parte, desde el entendimiento de que dicho concepto presenta una significación anfíbológica al poder denotar tanto un estado de cosas —seguridad objetiva— como un valor —seguridad subjetiva—. En su primer sentido, la seguridad jurídica es entendida como un efecto de la cristalización de un sistema de legalidad, de modo tal que es

---

<sup>50</sup> Pérez Luño señala ciertas fases en la evolución de la idea de seguridad, que comienza en el Renacimiento y que llega a nuestros días. Sin embargo, remarca que han existido momentos históricos signados por el rechazo a su búsqueda. Tal es el caso del romanticismo, etapa en que aquélla es considerada como antiheroica y conformista; o durante los totalitarismos del siglo XX, en los que el nazismo llegó a tratarla como “*obstáculo y rémora para la voluntad de transformación política de la comunidad popular (Volksgemeinschaft)*”, y el totalitarismo soviético de “*instrumento al servicio de la burguesía, dirigido a perpetuar la división de la seguridad en clases*”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 14.

<sup>51</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 19.

conseguida por todo sistema jurídico eficaz con prescindencia del contenido de sus normas<sup>52</sup>. En cambio, en su comprensión como valor, la seguridad jurídica es pensada más bien como la concreción de las exigencias de la justicia que se encuentran demarcadas por una eticidad específica del derecho<sup>53</sup>. Es decir, desde esta óptica el derecho sólo otorgaría seguridad cuando realiza los valores en que se fundamentan las normas fundamentales del sistema en que se basa. La seguridad se presenta así como un valor procedimental frente a otros que configuran el sistema.

Es en esta segunda comprensión de la seguridad jurídica que la postula en tanto valor que, estimo, puede encontrarse el punto de conexión específico con la legalidad propia del Estado constitucional. En efecto, tal como he hecho mención, esta forma de Estado de derecho —en tanto modelo finalista— supone que el derecho debe perseguir unos fines determinados en base a una determinada conexión entre el derecho y la moral. De allí la tajante afirmación de Pérez Luño en el sentido de que “*en el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos: como presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los que fundamentan el entero orden constitucional; y [como] función del Derecho que ‘asegura’ la realización de las libertades*”<sup>54</sup>.

Estos perfiles de la seguridad jurídica —como presupuesto y como función del derecho— conducen al interrogante acerca del sentido específico que asume el principio de legalidad en el Estado constitucional. En su faz de *presupuesto* del derecho, pone de relieve la idea de que no es posible comprender que cualquier legalidad positiva otorgue seguridad. Por el contrario, sólo lo hará la que sea consecuencia con el principio de la denominada legalidad selectiva que, como novedad del Estado constitucional, “*se asocia a unos determinados contenidos materiales, de moralidad en definitiva, de manera que la presencia de dichos contenidos es la que permite identificar como tal a un Estado de Derecho. Esos contenidos de moralidad se juridifican en forma de derechos fundamentales*”<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> García Manrique remarca que el Estado liberal de derecho puede ser entendido como la forma política que recurre a la técnica normativa en mayor medida y garantiza así en grado máximo la seguridad jurídica. De tal manera, enlaza la seguridad al principio de legalidad y al Estado de derecho: aquella pasa a constituir un efecto que puede ser identificado como predictibilidad, previsibilidad o certeza, propia de este concepto de Estado. Cfr.: GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Iustel, 2012, pág. 21.

<sup>53</sup> Cfr.: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Op. cit.*, págs. 21-22.

<sup>54</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 20.

<sup>55</sup> Cfr.: ANSUÁTEGUI, Francisco Javier. *Op. cit.*, págs. 124-125.

Por otro lado, el perfil de la seguridad jurídica vinculado a la idea de función lleva a que, en el Estado constitucional, el carácter bifronte del principio de legalidad a que aquí se ha aludido como característica del Estado liberal —frente a la Administración y a los particulares— entre en crisis con la asunción por parte del Estado de tareas de gestión directa de intereses públicos, de modo tal que *“hoy sería problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio”*<sup>56</sup>. En esta forma de Estado, explica Zagrebelsky, se afirma un principio de autonomía funcional de la Administración que le adscribe potestades implícitas para el logro de los fines que la ley pone a su cargo, de modo tal que ésta cuente con las facultades necesarias para obrar en beneficio de la consecución de fines de interés público, generalmente receptados en las constituciones. Respecto de los particulares, la resignificación del principio de legalidad implica la existencia de ámbitos en los que éstos ya no cuentan con la “autonomía” como regla y con un límite legal como excepción; por el contrario, en determinados sectores de connotación relevante para el Estado constitucional —tales como salud pública o medioambiente— se niega el principio de libertad salvo la disposición legislativa en contrario. A partir estas ideas, Zagrebelsky estima que ya no es posible razonar en general partiendo de las premisas del principio de legalidad decimonónico. En el Estado constitucional de derecho ya no se mantiene la idea de que la ley se conciba como límite a la libertad de los particulares o de meras autorizaciones a la administración. Si se pone en cabeza del Estado un determinado fin social, se presupone que aquél debe contar con las potestades necesarias para llevarlo a cabo. Y ello trae consecuencias específicas en el marco del diseño institucional de las constituciones modernas. Es que si se asigna al Estado la función de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, es porque se entiende que sus órganos cuentan con competencias específicas para poder llevar tal cometido. Dentro de tales órganos del Estado se encuentran los encargados de velar por la garantía de los derechos fundamentales y, entre ellos, los jueces. De modo tal que puede afirmarse que en el Estado constitucional los jueces otorgarán seguridad —en su faz de *valor*— si cumplen, entre otras, con la obligación de garantizar los derechos fundamentales.

---

<sup>56</sup> Cfr.: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, pág. 34.

### 1.2.2. La garantía de reparación como derivada del principio de reconocimiento de derechos fundamentales

Luego de haber hecho mención de la manera en que en el Estado constitucional la seguridad jurídica puede ser comprendida como un valor que procede de la legalidad, corresponde presentar el carácter en que la obligación estatal de reparar las violaciones a derechos fundamentales puede derivarse del principio de reconocimiento de tales derechos, ínsito también en dicha forma de Estado. Para ello, es necesario identificar por un lado la función de legitimación que cumplen los derechos fundamentales en el Estado de derecho, a modo de jerarquizar su rol como elementos conceptuales que coloca a éstos en una posición de máxima jerarquía normativa. Por el otro, es necesario presentar la idea según la cual los derechos se comprenden como posiciones subjetivas resistentes que obligan a las instituciones y al soberano a su sumisión. Del incumplimiento a esta última obligación, según se postula aquí, se origina la violación a los derechos fundamentales susceptible de dar origen al mentado deber de reparar a las víctimas.

Hablar de la justificación del Estado de derecho a partir de la noción de derechos fundamentales supone un posicionamiento teórico que rechaza la reconstrucción de dicha forma de Estado en términos meramente formales. Por el contrario, ello implica partir de determinadas manifestaciones sustanciales del concepto que, como se ha afirmado, cumplen el requisito de ser a la vez materiales y finalistas.

Una de las expresiones que respeta tal lineamiento es la sentada por Elías Díaz. En efecto, como ya se ha postulado al presentar los rasgos del Estado de derecho liberal, dicho autor introduce entre ellos la necesidad de reconocimiento de los derechos fundamentales, la que es expuesta en términos de “*garantía jurídico formal y efectiva realización material*”<sup>57</sup>. Lo que corresponde añadir aquí es que este elemento presenta una especial jerarquía frente a los demás: ostenta de una suerte de prioridad justificativa que tiene en cuenta que el objetivo de efectivizar los derechos humanos es lo que precisamente confiere valor a las instituciones del Estado de derecho<sup>58</sup>. De tal modo, Díaz introduce la idea de que los derechos fundamentales, como exigencias éticas y conquistas históricas, son pilares esenciales que legitiman el Estado de derecho.

---

<sup>57</sup> Cfr.: DÍAZ, Elías. *Op. cit.*, pág. 46.

<sup>58</sup> Cfr.: LINFANTE VIDAL, Isabel. “Seguridad jurídica y previsibilidad”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea]. Alicante: Universidad de Alicante, 2013, no. 36, págs. 85-105, pág. 87. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2013.36.04>.

Tal forma de legitimación surge bajo el influjo de las ideas del liberalismo clásico. De hecho, si bien con dicha doctrina, de inspiración individualista y burguesa, los derechos fundamentales no estaban efectivamente garantizados para los individuos de clases bajas, ni para las mujeres, ni para personas de otras razas, entre otros, —sino tan sólo de una manera meramente formal—, bajo su influjo se sientan las bases teóricas que luego serían desarrolladas para fundar su expansión. Quizá una de sus expresiones de mayor alcance esté representada por el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: como producto de esas ideas —y devenida luego en un antecedente de peso para comprender el constitucionalismo actual—, plasma la necesidad de garantizar los derechos al declarar: *“una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”*<sup>59</sup>.

Esta manera de legitimar el Estado a través de los derechos fundamentales es también tenida en cuenta por Ansuátegui, quien parte de éstos como contenidos normativos de relevancia moral. Tales exigencias, que son introducidas al mundo del derecho a través de su positivación, imponen consecuentemente un contenido de moralidad al Estado. En palabras del autor: *“la propuesta moral asumida por el Estado de Derecho se diferencia de otras propuestas, ya que está basada en los derechos fundamentales y en los valores de la democracia. Estos contenidos, insertados en el mundo del Derecho mediante su positivación, tienen una importante relevancia moral, y demuestran que en el caso del Estado de Derecho no es posible hablar de neutralidad moral. Por otra parte, el Estado de Derecho, a partir de la inclusión de determinados contenidos morales, constituye un buen ejemplo de transformación de moral crítica en moral legalizada”*<sup>60</sup>. Como puede apreciarse, es en el núcleo de esa moral legalizada donde pueden encontrarse las normas de derechos fundamentales que, junto a los valores de la democracia, son las que dotan de su carácter material al concepto<sup>61</sup>. De tal modo se

---

<sup>59</sup> De hecho, el objetivo de tal declaración, al calor de la Revolución Francesa, no era tanto el de servir a modo de derecho positivo que permita la protección jurídica de las situaciones subjetivas de los individuos. Más bien, la proclamación de derechos que presenta se realiza con la finalidad de dar fundamentos para una concepción del poder estatal renovada sobre fundamentos liberales. En palabras de Zagrebelsky, *“el objetivo que se perseguía era la demolición de las estructuras del Ancien Régime y la instauración del reino de la libertad y de la igualdad jurídica en una sociedad que aún no conocía ni la una ni la otra y que sólo habría podido conocerlas a través de una profunda reforma de la legislación civil, penal y administrativa”*. Cfr.: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, pág. 52.

<sup>60</sup> Cfr.: ANSUÁTEGUI, Francisco Javier. *Op. cit.*, pág. 72.

<sup>61</sup> “Derechos fundamentales” y “Estado de derecho” —junto a la noción de democracia— se articulan en la visión material de Ansuátegui. En palabras del autor, *“el Estado de Derecho en su versión normativa restringida incluye esos criterios de corrección, materializados en las normas de Derechos fundamentales.*

asume una concepción de Estado de derecho finalista cuyo marco moral se justifica a través de los derechos humanos<sup>62</sup>.

Por otro lado, la faceta de los derechos fundamentales que los comprende como posiciones subjetivas resistentes puede ser entendida como aquella por la cual tales derechos son tenidos como verdaderos límites al accionar del Estado. Es lo que Luis Prieto entiende como el sentido de la supremacía constitucional: aquella que conlleva que los derechos se tornen en barreras infranqueables frente a los poderes del Estado<sup>63</sup>. Este carácter, no obstante, sólo se presenta cuando el derecho es provisto de garantías que le confieren un refuerzo adicional a otro tipo de derechos. Cuáles de ellos asuman ese tipo de refuerzo es una cuestión que dependerá de los valores en que se base cada sistema y de su grado de positivación a nivel constitucional. Sin embargo, como rasgo general puede decirse que el carácter de resistentes de los derechos cobra sentido desde los mecanismos de protección que consagren los sistemas jurídicos respectivos<sup>64</sup>. En el modelo de Estado constitucional, ello implicará la posibilidad de acceder a un órgano del Estado con competencia para la satisfacción del derecho conculcado, según las modalidades que fije cada ordenamiento<sup>65</sup>. De entre el vasto elenco de medidas con que los ordenamientos suelen garantizar los derechos fundamentales, el acceso a la justicia a

---

*Va a ser esa inclusión la que contribuya a dotar de sustantividad al concepto y la que, además, nos permita por una parte, entender la vinculación que se establece entre Estado de Derecho, derechos fundamentales y democracia, y por otra, defender la tesis según la cual el Estado constitucional es una manifestación concreta del Estado de Derecho*". Cfr. *Ibidem*, pág. 114. Debe no obstante señalarse que las normas de derechos fundamentales no agotan el elenco de los contenidos materiales del Estado de derecho en su visión sustancial. Así, según María del Carmen Barranco, éstos también pueden asumir la forma de valores. Los denominados *principios de organización* que contienen las constituciones modernas, tales como el de división de poderes o de interdicción de la arbitrariedad, constituyen supuestos de valores que también confieren sustantividad al Estado de derecho, sin por ello ser considerados necesariamente como derechos. Cfr.: BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Op. cit.*, pág. 342.

<sup>62</sup> Como marco moral específico, Rafael de Asís reseña que el denominado dinamismo de la libertad de Peces-Barba puede ser tomado como justificador de un modelo finalista de Estado de derecho. Así, para este último autor, el pasaje entre la libertad de elección y la libertad moral —mediante el cual los individuos procuran la consecución de determinados planes de vida— supone de los derechos fundamentales como libertad instrumental para el logro de la libertad moral. Cfr.: DE ASÍS, Rafael. *Op. cit.*, pág. 28.

<sup>63</sup> “*La supremacía constitucional significa que los derechos operan ‘como si’ encarnasen decisiones superiores a cualesquiera órganos estatales, incluido el legislador, y, por tanto, como si emanasen de un poder constituyente o soberano al que todas las autoridades e instituciones deben someterse*”. Cfr.: PRIETO SANCHÍS, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* [en línea]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, no. 22, págs. 9-57, pág. 10. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1065762.pdf>.

<sup>64</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. *Op. cit.*, pág. 501 y ss.

<sup>65</sup> En el caso del derecho español, las garantías pueden dividirse en nacionales e internacionales. Entre todas ellas, el acceso a los órganos judiciales solamente constituye una modalidad específica que no agota las vías con las que se garantiza la nota de resistencia de los derechos fundamentales. Cfr.: *Ídem*.

fin de obtener reparación ante las violaciones a derechos fundamentales puede comprenderse en términos de una garantía específica de derechos.

En lo que sigue, procuraré señalar cómo esta garantía de acceso a la justicia, comprendida en términos de una derivación del principio de reconocimiento de derechos fundamentales, puede llegar a producir ciertas tensiones con la seguridad jurídica en tanto objetivo del imperio de la ley en el marco del Estado constitucional.

### **1.3. La tensión conceptual entre seguridad jurídica y garantía de reparación de los derechos fundamentales**

He argumentado cómo el Estado constitucional de derecho, en tanto concepción sustancial de Estado, importa el respeto tanto del principio de legalidad como del de reconocimiento de los derechos fundamentales. Sobre el primero, he expuesto la manera en que la legalidad tiene como uno de sus objetivos el de procurar seguridad jurídica, principio éste que he tratado tanto en su faz de fundamento a los derechos fundamentales como —en relación con la aplicación del derecho— un marco de certeza para evitar la arbitrariedad. Sobre el segundo, he presentado al reconocimiento de los derechos fundamentales en su función de legitimación del Estado constitucional y también como antecedente de una especial situación de garantía a que se somete éste ante violaciones a derechos fundamentales, supuesto en que surge la obligación de reparar a las víctimas el daño sufrido. En lo que sigue, me interesa dejar planteada la cuestión vinculada a la posibilidad de que exista, en el seno del Estado constitucional, una cierta tensión entre la seguridad jurídica —consecuencia del principio de legalidad—, y la reparación por violaciones a derechos fundamentales —en tanto derivada del principio de reconocimiento de los derechos fundamentales—.

Más específicamente, en este trabajo se parte de la idea según la cual el campo de las reparaciones a derechos fundamentales puede presentarse como el marco en el que se encarna una relativa tirantez entre los principios mencionados. Particularmente, en el contexto actual de la recepción de normas internacionales de protección de tales derechos por parte de los Estados constitucionales, que supone en ciertos contextos una readecuación de la normativa interna a nuevos estándares de protección.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, entiendo, puede

servir como ejemplo propicio para profundizar dicha cuestión. En efecto, pueden existir diferencias cualitativas entre las normas que consagran reparaciones a nivel interno de los Estados, y las que componen dicho sistema internacional. De tal modo, puede plantearse el supuesto de Estados que en su faz interna limiten las reparaciones a ciertos tipos de daños o a la consagración normativa de algunos remedios y no otros y que, no obstante, se hayan obligado ante la comunidad internacional a respetar el denominado principio de la *reparación integral*, ínsito —como expondré más adelante— en tal sistema de protección. O bien, a tener en cuenta el interés de las víctimas en tanto *individuos*<sup>66</sup>, característica de las reparaciones domésticas, frente a su consideración como seres *sociales*, mayormente desarrollada a nivel regional e internacional.

El contexto actual de asunción de compromisos internacionales a través de tratados tuitivos de derechos fundamentales, se presenta como una particularidad que robustece el carácter protectorio de las constituciones de los Estados. Como afirma Cançado Trindade: “*no se puede concebir que un Estado ratifique un tratado de derechos humanos privándolo, al mismo tiempo, de efectos directos en su ordenamiento jurídico interno*”<sup>67</sup>. En base a esta operatividad de dichos instrumentos, los Estados no pueden siquiera invocar su propia soberanía en los procesos de interpretación o de aplicación. Consecuentemente, los Estados deben reconocer en su esfera interna las formas de reparación que dimanen de tales instrumentos.

Ante un contexto de violaciones a derechos fundamentales, el marco “ideal” para cumplir con las exigencias del Estado de derecho supondría que los Estados dispusieran de medidas remediales que confieran reparación a las víctimas, a la vez que otorguen seguridad jurídica a los miembros de la sociedad; una suerte de derecho cuyas normas *formales* cumplan, paralelamente, con las exigencias *materiales* que supone la reparación de las víctimas. Sin embargo, a poco que se profundice en las categorías remediales del derecho internacional de los derechos humanos —en particular, en el Sistema Interamericano—, puede encontrarse el avance de ciertas líneas jurisprudenciales que han progresado en el desarrollo de un verdadero tipo de reparaciones que abandonan la formalidad de las normas jurídicas, y bajo el rótulo de “medidas de satisfacción”

---

<sup>66</sup> Cfr.: ROSSETTI, Andrés. “Sobre las reparaciones en el derecho internacional”. *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*. Córdoba: Lerner Editora SRL, XVIII, 2010, págs. 303-327, pág. 323.

<sup>67</sup> Cfr.: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* [en línea]. México D.F.: Jurídica de las Américas, 2009, pág. 382. Disponible en: <http://app.vlex.com/#ES/sources/3287>.

introducen verdaderos contenidos materiales con fundamento en una argumentación basada en el denominado principio de reparación integral.

Entiendo que esta forma de reparar los derechos fundamentales supone una maximización del principio de *reconocimiento de los derechos fundamentales*, y con ella trae aparejada una serie de consecuencias irradian al seno de los Estados. Si bien a su desarrollo conceptual me abocaré en los próximos capítulos, a fin de esbozar los términos de la tensión que interesa dejar aquí planteada, puede señalarse que una de las consecuencias del enfoque propuesto por la Corte Interamericana supone no atenerse a un catálogo estricto de medidas de satisfacción, sino que su construcción se realiza jurisprudencialmente teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. De tal modo, se renuncia a la predictibilidad del derecho —una de las consecuencias de la seguridad en tanto derivada del *principio de legalidad*— al no brindarse a los particulares la posibilidad de prever los resultados de las sentencias antes de que los jueces actúen<sup>68</sup>.

Ante tal escenario normativo, frente a un caso concreto los jueces domésticos de los Estados que integran el mentado sistema regional de protección podrían encontrarse ante el dilema de otorgar previsibilidad/seguridad jurídica y fallar sin disponer medidas de satisfacción, privilegiando los caracteres formales del derecho; o bien, de garantizar la reparación plena/derechos fundamentales y hacer lugar a las medidas de satisfacción innominadas. Los principios de “imperio de la ley” y de “reconocimiento de derechos fundamentales, componentes del Estado de derecho, parecen presentarse así como polos de tendencias opuestas.

Sin embargo, una salida a este dilema, entiendo, puede estar dada por la comprensión de la previsibilidad en términos graduales. Partiendo de que el derecho presentará dicho rasgo cuanto más subsuntiva sea su propia aplicación, Isabel Linfante Vidal entiende que dicha propiedad en términos absolutos es un objetivo imposible de conseguir, e incluso indeseable, para todos los casos. Por el contrario, lo que en muchos supuestos resulta conveniente, afirma la autora, es una regulación jurídica flexible que

---

<sup>68</sup> Ricardo Caracciolo la vincula a la necesidad de que las decisiones de los jueces estén determinadas por el derecho existente previo a cada resolución. Si dicha exigencia es satisfecha, entonces puede decirse que los jueces no han sido arbitrarios en su proceder y, de tal manera, se logra el efecto político de “*suministrar a los ciudadanos la posibilidad de predecir consecuencias jurídicas de su propio comportamiento y en esa medida predecir el contenido de las decisiones en los procesos en los que se controviertan los derechos y obligaciones que se tienen de acuerdo al derecho*”. Cfr.: CARACCIOLO, Ricardo. “Discreción, respuesta correcta y función judicial”. En: *Íd.: El Derecho desde la Filosofía*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs. 251-260, pág. 252.

reduzca la formalidad del contenido de las normas. A partir del supuesto de que lo que se pretenda proteger sea un determinado interés, tal como el bienestar de una niña o el aseguramiento de ciertos bienes, Linfante Vidal estima que “*en estos casos, dado que sólo a la luz de las circunstancias del caso será posible determinar cuál es la concreta conducta que ‘optimizará’ dicha protección, el derecho opta por regular la conducta a través de ‘normas de fin’, para que sean los aplicadores del derecho los que —a la luz de las circunstancias de cada caso— adopten las medidas más adecuadas para la persecución de ciertos fines*”<sup>69</sup>. De tal modo, la previsibilidad puede generarse cuando se siguen los razonamientos de tipo “adecuación medio a fin” y ponderativos que exigen las normas, que difieren de la subsunción pero que, no obstante, permiten control racional y en ese sentido, previsibilidad<sup>70</sup>.

Si esto es así, cabe la posibilidad de plantearse si el interés de las víctimas de violaciones a derechos fundamentales se encuentra resguardado por el derecho de modo similar a las normas de fin. Tal lectura puede matizar la tensión conceptual entre seguridad jurídica y garantía de los derechos fundamentales al compatibilizar ambas exigencias del Estado constitucional en los casos que se resuelvan mediante la imposición de las denominadas medidas de satisfacción.

Sin perjuicio de ello, esta gradualidad con que se resuelve la tensión se traduce en potestades discrecionales de los jueces, quienes tendrán la facultad de cumplimentar en mayor o menor medida ambos principios confrontados. A partir de esta afirmación, en lo que resta de este trabajo me abocaré a indagar las consecuencias que puede tener para las víctimas en la formación de sus subjetividades la distinta configuración de remedios ante violaciones a derechos fundamentales. El foco estará puesto en la reconstrucción conceptual de éstos en términos de *paradigmas*<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Cfr.: LINFANTE VIDAL, Isabel. *Op. cit.*, pág. 97.

<sup>70</sup> Cfr.: *Ídem*.

<sup>71</sup> Detrás de este enfoque subyace la idea de comprender al discurso judicial como un discurso de poder que, como tal, se encuentra signado por ideologías a través de la palabra de los jueces, quienes suelen cumplir una función reproductora de éstas, ya cristalizadas en las normas. Cfr. ENTELMAN, Ricardo. “Discurso Normativo y Organización del Poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”. En: MARÍ, Enrique (et. al.). *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, págs. 209-220.

## 2. EL PARADIGMA MODERNO DE REPARACIONES A VIOLACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En los Estados occidentales, el derecho a la reparación de las víctimas de violaciones a derechos fundamentales asume formas relativamente semejantes. A los fines de este trabajo, se entenderá que tales similitudes pueden ser comprendidas como el resultado de una serie de prácticas y de tradiciones compartidas por parte de los miembros de las comunidades encargadas de decir y de aplicar el derecho. Es por ello que cualquier interesado en la materia puede esperar, sin ser necesariamente un ávido conocedor de los distintos sistemas jurídicos nacionales de que se trate, que en dichos casos de violaciones a derechos fundamentales, tanto en cortes europeas como americanas los jueces reconozcan —con diferente alcance— un elenco de medidas tales como restitución, compensación y garantías de no repetición. Esta suerte de cultura compartida vinculada a las formas de reparación ha llevado a que en la dogmática haya comenzado a reconocerse la existencia de una suerte de “teoría general” de las reparaciones, la que recoge las similitudes entre los distintos sistemas y es capaz de extraer los rasgos esenciales de las figuras que lo componen<sup>72</sup>.

Como punto de partida, se tomará aquí el presupuesto según el cual esta uniformidad relativa entre las figuras que consagra el derecho en el ámbito de las reparaciones se debe —al menos parcialmente— a que las mismas presentan ciertas racionalidades compartidas. O dicho de otro modo, tales medidas se articulan alrededor de unas formas de racionalidad que las animan e informan, de modo tal que todas aquellas presentan en lo esencial un conjunto de propiedades que las hace semejantes y que las articula a un tiempo y espacio determinado como consecuencias de la modernidad occidental. Tematizar y describir esas formas de racionalidad permitirá, asimismo, reflexionar acerca de la manera en que el derecho incide en la formación de subjetividades en las víctimas de violaciones a derechos fundamentales en tanto sujetos destinatarios de las normas que regulan las reparaciones.

La aproximación a la racionalidad de un conjunto de formas jurídicas que regulan la manera en que debe llevarse a cabo la reparación de los daños causados a víctimas de

---

<sup>72</sup> Cfr.: SHELTON, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2006, pág. 7.

violaciones de derechos fundamentales, es una tarea que puede asumir diversas formas. Podría, por un lado, plantearse un estudio de tipo histórico-descriptivo que diera cuenta de los distintos procesos políticos y jurídicos que llevan a cada sistema jurídico nacional occidental, ya sea europeo o americano, a consagrar las medidas de reparación mencionadas. Luego, mediante un análisis comparativo, podrían señalarse las similitudes entre todos ellos y de allí indagar acerca de la cuestión de la racionalidad compartida que tienen los distintos sistemas. Pero entiendo que dicha forma de proceder sería, además de innecesaria, particularmente dificultosa para un trabajo de investigación como el presente, en el que los tiempos y la extensión del informe respectivo se encuentran pautados con detalle. En su lugar, creo, la exposición de los elementos compartidos por los distintos sistemas mencionados puede plantearse a través de la explicitación de aquellos rasgos compartidos que permitan hacer inteligible una realidad compleja como la estudiada, pero que omita a la vez detalles puramente accidentales. Teniendo ello presente, me valdré de la noción de *paradigma*.

En efecto, gracias a su desarrollo en el campo de la filosofía de las ciencias, dicho concepto constituye, en la segunda mitad del siglo XX, uno de los elementos fundamentales para comprender la historia del pensamiento científico. Muchos de esos aportes son debidos a Thomas Kuhn, cuyas contribuciones han sido de las más resonantes en los campos de la historia de las ciencias y de la epistemología reciente. De allí el interés que presentan para este trabajo la exposición y la adaptación de algunas de sus ideas vinculadas a los paradigmas.

Lo primero que cabe hacer presente es que, desde un punto de vista historiográfico, en *La estructura de las revoluciones científicas* el autor sienta las bases que le servirán para demostrar la manera en que el desarrollo de las ciencias difiere de un proceso lineal de mera acumulación de conocimientos e inventos individuales. Una de sus tesis centrales explica cómo, por el contrario, los avances generados a partir de la que denomina “nueva ciencia” suponen una serie de compromisos y creencias compartidas por parte de las comunidades científicas en un momento dado. Es desde tales compromisos —en particular, del entendimiento en común acerca de cuáles son las entidades que componen el universo, cómo interactúan ellas entre sí y con los sentidos<sup>73</sup>— que se establece la primera y gran distinción destinada a establecer cuáles

---

<sup>73</sup> Cfr.: KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1987, pág. 25.

son las creencias científicas que merecen ser consideradas como admisibles, como también cuáles deben ser las preguntas legítimas a plantearse y las técnicas a emplear para obtener sus respuestas.

En efecto, al guiarse por ese conjunto de creencias compartidas, los científicos ponen en práctica una manera de hacer ciencia que se identifica con la que Kuhn denomina “ciencia normal”. De ese modo, construyen una práctica en la que se procura dar soluciones a ciertos enigmas<sup>74</sup> con basamento en realizaciones científicas pasadas que gozan de reconocimiento y que sirven de fundamento para su desarrollo posterior. Consecuentemente, esta ciencia normal se reputa legitimada por la comunidad en tanto se apoya en determinados paradigmas vigentes, los que hacen las veces de modelos o patrones aceptados y que obtienen su legitimidad en tanto permiten resolver de mejor manera los problemas que se plantean sus seguidores. Esta idea de “ciencia normal”, como puede colegirse de lo mencionado, no es otra cosa más que un producto de las ideas que detentan los científicos en un período dado. A fin de cuentas, un paradigma es “*lo que los miembros de una comunidad científica comparten, y, recíprocamente, una comunidad científica consiste en hombres que comparten un paradigma*”<sup>75</sup>. Desde esta óptica, son los paradigmas los que condicionan tanto los métodos y las preguntas como las respuestas de los científicos. Y al hacerlo, se aseguran un mecanismo que tiende a su profundización mediante una mayor articulación y especificación de las conclusiones obtenidas por sus seguidores. De allí que la ciencia normal se enderece a la reproducción de los paradigmas, más que a su renovación.

Esta primera acepción de paradigmas los vincula a lo que Kuhn denomina —en la *Postdata* incluida en la edición de 1969 de su obra referida tras las numerosas críticas recibidas—, *matrices disciplinares*. Con esta denominación denota una noción muy amplia que comprende “*la entera constelación de creencias, valores, técnicas y cosas*

---

<sup>74</sup> Por “enigmas”, Kuhn entiende a aquellos problemas que pueden ser resueltos en base al propio paradigma que domina la ciencia normal. De tal modo, el enigma se diferencia de los “ejemplos en contrario” en tanto sólo contribuye a una especificación de las conclusiones anteriores de otros científicos y de las ideas del paradigma. Cfr.: *Ibidem*, págs. 68-79. Los ejemplos en contrario, en cambio, al no encontrar respuesta en el paradigma en cuestión, pueden contribuir a una etapa de crisis que lleve a una revolución paradigmática y —en última instancia— a la sustitución del paradigma de que se trate. Cfr.: *Ibidem*, págs. 128-148.

<sup>75</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 271. Esta circularidad entre comunidad y paradigma, explica Kuhn, es problemática, aunque no viciosa. Debido a que Kuhn afirma la existencia de las comunidades de científicos en periodos pre-paradigmáticos —y, consecuentemente, en periodos anteriores al surgimiento de la ciencia normal—, entiendo que la circularidad se presenta solamente cuando ya uno o más paradigmas compartidos se encuentran vigentes.

*similares compartidas por los miembros de una comunidad dada*”<sup>76</sup>. El autor advierte que si bien los miembros de las comunidades científicas reconocen que lo que comparten son *teorías*, las matrices disciplinares demuestran que en realidad sus acuerdos son mucho más profundos. Así, en una enunciación que ha de tenerse como no exhaustiva, menciona que aquellas incluyen *generalizaciones simbólicas* —que forman una suerte de enunciados expresados en lenguaje formal o en palabras que representan leyes y definiciones y que posibilitan la vinculación de la lógica y la matemática con las ciencias—, *creencias metafísicas y modelos heurísticos* —que proporcionan analogías y metáforas permisibles en la ciencia normal—, *valores* —empleados particularmente al identificar las crisis, las soluciones y en el enjuiciamiento de las teorías—, y *ejemplos compartidos*<sup>77</sup>.

Sin embargo, esta forma de comprender la noción de paradigma en tanto *matriz disciplinar* a partir de la idea de que alude a un conjunto heterogéneo elementos cuyo reconocimiento realizan en común los miembros de las comunidades científicas, no agota la extensión del término. Por el contrario, Kuhn apunta que una segunda acepción del concepto de paradigma se identifica con la idea de estos *ejemplos compartidos* que integran las matrices. A su vez, constituye el aspecto que califica como el más original y menos comprendido de su teoría, advertencia que invita a prestar una atención especial en su tratamiento<sup>78</sup>.

Como tales, los *ejemplos compartidos* —también denominados *ejemplares*— consisten en soluciones específicas dadas a enigmas que “*empleadas como modelos o ejemplos, pueden reemplazar a reglas explícitas como base para la solución de los enigmas restantes de la ciencia normal*”<sup>79</sup>. Esto es, se presentan como respuestas a problemas concretos que gozan de reconocimiento por parte de la comunidad científica, y ello les permite que sean tomadas como soluciones sobre las que tales comunidades pueden llegar a basar respuestas a otros enigmas que se les presentan. De tal modo, aquí se abandona la noción amplia comprensiva de los consensos científicos apuntada —integrada por generalizaciones simbólicas, creencias metafísicas, modelos heurísticos, valores y ejemplos compartidos—, y por *paradigma* se entiende solamente la exposición

---

<sup>76</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 269.

<sup>77</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 280-287.

<sup>78</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 287.

<sup>79</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 269.

de una respuesta a alguno de los enigmas de la ciencia normal, que en tanto es compartida por los miembros de la comunidad, adquiere fuerza y moldea las prácticas del grupo. Dicha respuesta ejemplar, aclara Kuhn, suele ser aprendida por los científicos a través de la educación formal básica<sup>80</sup> o como resultado de su formación específica como investigadores, lo que imprime una particular legitimidad originaria en los consensos de éstos<sup>81</sup>.

La determinación de los ejemplares, por su parte, juega un papel de suma trascendencia en la identificación y explicación de los demás elementos de las matrices disciplinares. Si bien, como he apuntado, las matrices disciplinares se encuentran conformadas por otros elementos además de los ejemplares, es a partir de estos últimos que se explican los *cambios* en las primeras. Esta idea —fundamental para comprender la noción de revolución paradigmática, cuestión a lo que haré alusión en el próximo capítulo— ha provocado que ciertos estudiosos de Kuhn hayan llegado a comparar a los ejemplares con los cromosomas de las criaturas: “*la idea que subyace a este enfoque es que el ejemplar mismo podría explicar los otros componentes de la matriz. De ser así, los cambios en las matrices coincidirían con los cambios en los ejemplares*”<sup>82</sup>. Y esta explicación de cambio en la matriz a partir de cambios en los ejemplares supone el

---

<sup>80</sup> Un aspecto en que hace hincapié Kuhn es en el de remarcar la manera en que este aprendizaje es realizado a través de manuales. Como explica Roberto Follari, aquel autor especifica la manera en la que, a través de dichos libros, se naturaliza y cristaliza una determinada forma de interpretar la realidad, que es presentada como indiscutida. Ello conlleva la dificultad de que el sujeto capte los que constituyen los presupuestos teóricos de la disciplina, de modo tal que para éste “*parece como si la realidad hablara directamente en los términos del actual paradigma, y por tanto éste no se hace asequible a quienes están «ya» dentro de él. El paradigma es el lente con el cual se mira, no forma parte del objeto observado, y por ello para nada es percibido por sus actores*”. Cfr.: FOLLARI, Roberto. “Sobre la existencia de paradigmas en las ciencias sociales”. *Nueva Sociedad* [en línea]. Buenos Aires: Fundación Foro Nueva Sociedad, 2003, no. 187, págs. 31-41, págs. 36-37. Disponible en: [http://nuso.org/media/articles/downloads/3145\\_1.pdf](http://nuso.org/media/articles/downloads/3145_1.pdf). A esta idea, puede sumarse el hecho de que dichos libros de texto son necesariamente reescritos luego de cada cambio profundamente transformador en los paradigmas, con lo que prácticamente invisibilizan la existencia misma de las revoluciones de que son consecuencia. De tal modo, “*a menos que personalmente haya experimentado una revolución durante su propia vida, el sentido histórico del científico activo o el del lector profano de los libros de texto sólo se extenderá a los resultados más recientes de las revoluciones en el campo*”. Cfr.: KUHN, Thomas. *Op. cit.*, pág. 214.

<sup>81</sup> Kuhn deja entrever que el carácter de los ejemplares puede incluso ser más reforzado dentro de las matrices disciplinares que el de otros elementos. V. gr., tomando los *valores*, el autor diría que éstos son más compartidos dentro de la comunidad que las generalizaciones simbólicas, las creencias metafísicas y los modelos heurísticos, pero no obstante ello, pueden llegar a ser aplicados con diferentes matices por distintos miembros del grupo. Esta situación no acontecería con los ejemplares, en los que no se presenta tal amplitud en cuanto a sus posibilidades de apreciación por los miembros de la comunidad. Cfr.: *Ibidem*, págs. 283-286.

<sup>82</sup> Cfr.: BIRD, Alexander. *Thomas Kuhn*, trad. de Carmen García Trevijano. Madrid: Tecnos, 2002, pág. 115. Dicho autor, además, explica: “*la idea de que las matrices puedan explicar el cambio científico se acerca peligrosamente a la tautología. Porque si la matriz disciplinar incluye todos los compromisos compartidos, entonces cualquier cambio, p. ej., en una teoría, sería ipso facto un cambio en la matriz disciplinar, y no habría ningún sentido sustancial en el que el uno explicara al otro*”. Cfr.: *Ídem*.

rechazo a la idea de que cualquier cambio en la composición de matriz supone una revolución paradigmática: resulta admisible, para Kuhn, que los científicos alberguen, por ejemplo, compromisos metafísicos discordantes entre sí y que, no obstante, puedan coincidir en las soluciones ejemplares adoptadas<sup>83</sup>. Lo mismo acontece con las divergencias en las generalizaciones simbólicas, los modelos heurísticos y los valores<sup>84</sup>.

De todos modos, el hecho de que los ejemplares formen parte de las matrices y tengan especial disposición para determinar y explicar los demás componentes no explica aún cómo los científicos obtienen respuestas en la ciencia normal a partir de ellos. La posición de Kuhn en esta cuestión es criticada por quienes le atribuyen un cierto cariz subjetivista y falta de racionalidad en sus conclusiones, con lo que motivan a su vez la respuesta del autor en la *Posdata*<sup>85</sup>. Alexander Bird reseña que la concepción de Kuhn al respecto puede explicarse mediante una comparación a quienes están transcurriendo por el sistema educativo: *“de modo igual a los estudiantes, los científicos están continuamente expuestos a soluciones ejemplares de problemas. Tal exposición crea en ellos un hábito (susceptible de ser investigado por psicólogos y neurofisiólogos) que les permite percibir directamente que una nueva solución propuesta es similar a, o diferente de, los ejemplares, con lo cual obtienen una buena o mala solución. Puesto que estos ejemplares son comunes a los miembros de la comunidad relevante, los miembros de ella tendrán típicamente las mismas disposiciones rutinarias —tenderán a admitir o a negar conjuntamente que la solución de un problema es buena o mala”*<sup>86</sup>. Apelando a los avances actuales en el campo de las neurociencias, dicho autor califica esta disposición de los sujetos como el desarrollo de la “intuición”, y lo grafica con el supuesto de los denominados *connoisseurs* de arte —personas que gozan de una capacidad discriminatoria que les permite distinguir una obra artística original de una falsificada—.

---

<sup>83</sup> La idea de que es posible que en las comunidades existan divergencias en torno a los compromisos metafísicos podría conducir al postulado de su irrelevancia en la configuración de las matrices disciplinares. Sin embargo, hay autores que entienden que, por el contrario, la existencia de tales diferencias no supone en la teoría de Kuhn que debamos considerar que las creencias metafísicas no son componentes de la matriz disciplinar. Si ello fuera así, acarrearía un retorno a las ideas positivistas que sostienen que las disputas en el campo de la metafísica no tienen relevancia en la práctica científica, posicionamiento que Kuhn parece rechazar. Por el contrario, es posible una lectura de la cuestión que entienda que la presencia de ciertas discordancias en el seno de una comunidad científica durante la ciencia normal puede ser comprendida como un cierto desacuerdo que todavía no configura crisis alguna. Ello acontecerá en los desacuerdos que son considerados como de escasa intensidad, en cuanto no resultan capaces de producir por sí solos una crisis. Cfr.: *Ibidem*, pág. 116.

<sup>84</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 117.

<sup>85</sup> Cfr.: KUHN, Thomas. *Op. cit.*, pág. 270.

<sup>86</sup> Cfr.: BIRD, Alexander. *Op. cit.*, pág. 118.

Estos sujetos presentan el rasgo de que no pueden dar una explicación de su peculiar su capacidad distinguidora; sin embargo, no por ello ésta debe ser calificada como irracional o meramente subjetiva: lo primero, en tanto puede acudir a pruebas objetivas que reafirmen sus conclusiones —por ejemplo, el análisis químico—; lo segundo, en tanto sus capacidades son aprendidas en y compartidas por una comunidad, y su aceptación es un requisito previo para pertenecer a ella —lo que supone una cierta consistencia entre los resultados a que pueden llegar distintos *connoisseurs*—<sup>87</sup>.

El ejemplo de los *connoisseurs* hace palpable además el producto de cierta destreza mental que Kuhn vincula a esta acepción de los paradigmas: me refiero a las “*relaciones de similaridad aprendidas*”<sup>88</sup>. Como su nombre indica, con ello no se designa otra cosa que la capacidad de vislumbrar que dos cosas son similares; en el campo de las ciencias, que determinada solución a un enigma propuesta por la academia es similar al ejemplar-paradigma. Se espera que, así como un *connoisseur* es capaz de identificar si una determinada obra de arte pertenece a tal o cual artista y no a otro, un científico pueda reconocer si cierta solución a un problema se condice o no con un determinado ejemplar<sup>89</sup>. Y lógicamente, para que los científicos puedan cotejar la similitud entre una determinada respuesta de la ciencia normal y un ejemplar, es necesario que primeramente conozcan a éste.

Esta lógica de funcionamiento del ejemplo en la ciencia normal es remarcada

---

<sup>87</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 113-114.

<sup>88</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 112.

<sup>89</sup> Esta descripción de la manera de proceder ante los ejemplares tiene tanto de intuitivo como de problemático: es cuando Kuhn la califica como diferenciada de las actividades intelectuales de razonar, inferir o seguir reglas que se hace merecedor de los calificativos de *subjetivista* y de *irracional* mencionados. Sin embargo, Alexander Bird entiende que Kuhn está aludiendo, aún sin saberlo por ser de desarrollo posterior, a cierto *intuicionismo* como modelo para explicar tales diferencias que puede ser explicado como parte de un modelo *conexionista* o *neural* en las neurociencias. Básicamente, los modelos conexionistas suponen, en oposición a un esquema basado en reglas, la presencia de una multitud de nudos o nódulos interconectados en forma de red. Dichas conexiones posibilitan que la actividad de un nudo despierte la de otros conectados. De tal modo, el aprendizaje se explica a través de una evolución de ese mecanismo: en ciertas condiciones de la red, se producen determinadas salidas como reacción a estímulos recibidos, cuya corrección es luego controlada por quien la opera. Y en tal esquema, “*los ejemplares funcionan como la fuente primera del input que adiestra al sistema conexionista*”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 113. Como grafica Bird, en alusión nuevamente a los *connoisseurs* de arte: “*si la entrada consiste en una estimulación retinal procedente de un cuadro, la salida o respuesta podría ser el nombre de un pintor. Si la respuesta fuera errónea, el operador de la red (que puede ser a su vez parte del sistema, como en el caso del cerebro) ajustará aleatoriamente las conexiones entre los nódulos. Y esta operación se repite cada vez que se produce un error. Pero cuando la respuesta es correcta no se realiza ningún cambio o se refuerzan las conexiones existentes. De este modo, andando el tiempo, tras la infinidad de estimulaciones y de ajustes aleatorios, la red se habrá ido asentando en un estado que le asegurará una alta proporción de respuestas correctas*”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 111.

también por el filósofo italiano Giorgio Agamben. Partiendo de la idea de que el concepto de ciencia normal de Kuhn debe deslindarse de su supuesta derivación de un sistema preciso y coherente de reglas, Agamben retoma la idea *kuhniana* según la cual “*los paradigmas podrían determinar la ciencia normal sin intervención de reglas descubribles*”<sup>90</sup> y expone: “*el paradigma es simplemente un ejemplo, un caso singular que, a través de su repetibilidad, adquiere la capacidad de modelar tácitamente el comportamiento y las prácticas de investigación de los científicos. El imperio de la regla como canon de cientificidad se sustituye así por el del paradigma; la lógica universal de la ley, por la lógica específica y singular del ejemplo*”<sup>91</sup>.

Con esas palabras, Agamben brinda una primera especificación respecto al funcionamiento de los ejemplares *kuhnianos*: en su puesta en marcha se alejan de la figura de las reglas, las que quedan confinadas a los paradigmas bajo su acepción de matriz disciplinar. Cuando se alude a los paradigmas en tanto ejemplares, no son las reglas las que moldean la forma de producir conocimiento científico, sino que dicha función es cumplida por la exhibición del caso paradigmático. Así, su ventaja definitoria parte de su carácter de objeto singular que, “*valiendo para todos los otros de la misma clase, define la inteligibilidad del conjunto del que forma parte y que, al mismo tiempo, constituye*”<sup>92</sup>. Y su exhibición tiene la capacidad de hacer presente la singularidad de una realidad que le es propia. Dicho de otro modo, la mera exhibición es la que lo torna cognoscible; allí radica su fuerza, en tanto “*(...) el paradigma implica un movimiento que va de la singularidad a la singularidad y que, sin salir de ésta, transforma cada caso singular en ejemplar de una regla general que nunca puede transformarse a priori*”; más aún, “*es la mera exhibición del caso paradigmático la que constituye una regla, que, como tal, no puede ser aplicada ni enunciada*”<sup>93</sup>.

En segundo término, Agamben recuerda que Aristóteles había señalado en los *Primeros Analíticos* que los paradigmas no funcionan como parte respecto del todo, ni como todo respecto de las partes, sino que lo hacen como una parte respecto de la parte. Por ende, el entendimiento de los paradigmas debe alejarse de las operaciones de inducción y de deducción, puesto que mientras que la inducción procede de lo particular

---

<sup>90</sup> Cfr.: KUHN, Thomas. *Op. cit.*, pág. 84.

<sup>91</sup> Cfr.: AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum. Sobre el método*, trad. de Flavia Costa y Mercedes Ruvituso. Barcelona: Anagrama, 2010, pág. 14.

<sup>92</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 22.

<sup>93</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 28.

a lo universal y la deducción de lo universal a lo particular, “(...) *lo que define al paradigma es una tercera y paradójica especie de movimiento, que va de lo particular a lo particular. El ejemplo constituye una forma peculiar de conocimiento que no procede articulando universal y particular, sino que permanece en el plano de este último*”<sup>94</sup>. De tal manera, la correcta presentación de los ejemplares supone su comprensión como una alternativa a la dicotomía entre particular y universal que suele presentarse como inescindible de los procedimientos mediante los cuales se conoce la realidad. En cuanto ejemplares, los paradigmas constituyen una singularidad que no puede ser reducida en los términos de esa dicotomía: su régimen es el de la analogía<sup>95</sup>. El ejemplar entonces escapa a la oposición entre universal y particular: “*el ejemplo es una singularidad entre las demás, pero que está en lugar de cada una de ellas, que vale por todas. Por una parte, todo ejemplo viene tratado, de hecho como un caso particular real; pero, por otra, se sobreentiende que el ejemplo no puede valer en su particularidad. Ni particular ni universal, el ejemplo es un objeto singular que, por así decirlo se hace ver como tal, muestra su singularidad*”<sup>96</sup>.

En suma, esta aproximación al concepto de paradigma —en particular, la discusión en torno a sus acepciones de *matriz disciplinar* y de *ejemplar*— puede servir a modo de preámbulo para este capítulo y el siguiente. Su explicitación resulta especialmente útil, entiendo, para proceder a una exposición de las medidas de reparación por violaciones a derechos fundamentales y de las formas de subjetividad generadas en consecuencia, en tanto objetos de estudio. En particular, la noción de paradigma confiere un marco que permite calificar al hecho social del surgimiento de las medidas de reparación simbólica en términos de revolución paradigmática. Y con ello, introduce la cuestión de las diferencias en cuanto a las formas de subjetividad que puede generar el derecho en los destinatarios de las normas.

---

<sup>94</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 24-25.

<sup>95</sup> En este punto, Agamben sigue además las ideas del filósofo Enzo Melandri —expresadas en *La línea e il circolo. Studio lógico-filosofico sull'analogia*, Macerata, Quodlibet, 1968— para quien la analogía se construye en oposición al principio de las dicotomías que rige en la lógica occidental. De tal modo, entiende que la intervención de la analogía en las dicotomías lógicas produce que los elementos que las componen pierdan su identidad sustancial. El ejemplo, en tanto análogo, aparece como un tercero que reúne a la vez su condición paradigmática —su carácter por el que vale para todos— y su condición de caso singular entre los demás. Así, el tercero es planteado desde la indiscernibilidad que genera en los polos de las dicotomías, de modo tal que, si se intenta asemejarlo a uno de los polos de la dicotomía, se llega indefectiblemente a un indecible. Cfr.: *Ibidem*, págs. 25-26.

<sup>96</sup> Cfr.: AGAMBEN, Giorgio. *La comunidad que viene*, trad. de José Luis Villacañas, Claudio La Rocca y Ester Quirós. 2ª edición. Valencia: Pre-textos, 2006, pág. 16.

Con la finalidad de poder explicar tal idea, en este capítulo se partirá por describir el consenso existente entre los juristas en cuanto a las formas que deben asumir las reparaciones dadas por los jueces en casos de violaciones a derechos fundamentales, desde lo que denominaré como “paradigma moderno”. Lo que está por detrás de este planteo, en términos *kuhnianos*, es que tales medidas de reparación pueden ser entendidas como *ejemplares* que permiten reconocer un estadio determinado de *ciencia normal*, el que a su vez remite a una *matriz disciplinar* concreta. Esta *ciencia normal* tiene su correlato, en la actividad de aplicación judicial del derecho, en la existencia de cánones interpretativos que delimitan los cauces sobre los que se desarrolla la actividad hermenéutica jurídica de modo legítimo, demarcada por la existencia de normas jurídicas, la jurisprudencia de los tribunales y el desarrollo de la dogmática jurídica. A su vez, a la *matriz disciplinar* se la identificará en base a la forma de racionalidad predominante que asume el sistema jurídico moderno: mediante los aportes de Max Weber, se la describirá en términos de derecho *racional-formal*. Por otro lado, en este capítulo se trazará además un paralelismo entre tal tipo de derecho y la forma de racionalidad que la modernidad inscribe en las acciones de los sujetos, a la que se calificará como también inspirada en una *racionalidad formal* y al mismo tiempo, *según fines*. Por último, se procurará calificar la forma de subjetividad específica que genera el derecho en los destinatarios de las normas a partir de la interacción de la dimensión institucional y los individuos: para ello, se acudirá a la noción de *homo economicus*.

En el capítulo siguiente se presentarán las medidas de reparación simbólica en tanto *ejemplares* que dan cuenta de un cambio en la *matriz disciplinar* de las reparaciones ante violaciones a derechos fundamentales, a modo de lo que Kuhn denomina *revolución paradigmática*. Ello implica entender que dichas medidas, en cuanto *ejemplares* surgidos tras dicho proceso de cambio, suponen su irreductibilidad a las respuestas jurídicas anteriormente dadas por el derecho, y que tampoco son completamente abarcables en los términos de la matriz imperante hasta su aparición. Por el contrario, la lógica de este trabajo supone que su surgimiento debe ser leído bajo la clave de que éstas producen un auténtico cambio paradigmático —aunque parcial— en el campo de las reparaciones, y que presenta la virtualidad de guiar ciertas prácticas posteriores en la materia.

De tal modo, siguiendo una lógica argumental similar a la sostenida en el tratamiento del paradigma moderno, se intentará reconstruir los rasgos de lo que, en mi criterio, conforma un nuevo paradigma en el marco de las reparaciones. Para ello,

acudiendo nuevamente al concepto *weberiano* de “racionalidad”, se calificará a este nuevo derecho en base a sus rasgos de *irracional-material*, y se intentará justificar cómo las acciones de los individuos que éste anima se enderezan hacia una racionalidad de corte *material* y orientada *según valores*. Por último, se procurará remarcar la especificidad que supone la interacción de este tipo de derecho con las acciones de las personas en la generación de una subjetividad de corte societario o comunitario, que no participa de las notas individualistas del *homo economicus* moderno.

## 2.1. Las medidas de compensación en el paradigma moderno

En este título se presentan las diversas soluciones que el derecho consagra como respuestas ante los casos de violaciones a derechos fundamentales y, en particular, cuál es el lugar que asumen las medidas de compensación en dicho conjunto. Para ello, teniendo presente las ideas de Dinah Shelton<sup>97</sup>, como punto de partida debe hacerse mención acerca de la idea según la cual se puntualiza que con el vocablo genérico “remedios”<sup>98</sup> (*remedies*, en inglés) se puede designar un complejo de medidas, procesos e instituciones que surgen como consecuencia de la violación a normas que consagran derechos fundamentales. En particular, aplicado al campo de las violaciones a derechos humanos, la autora citada refiere que la palabra “remedio” contiene dos conceptos distintos de los cuales uno de ellos es procedimental y el otro es sustantivo. Desde el primero, se puede argüir que los remedios son procesos por los cuales las demandas por violaciones a derechos humanos son escuchadas y decididas, ya sea por tribunales, reparticiones administrativas u otros órganos competentes, mientras que el segundo sentido alude al resultado de los procedimientos antes indicados y se identifica con el bienestar que produzca a la persona que ha reclamado de manera exitosa.

En su faz procesal, la obligación de hacer efectivo un determinado remedio como consecuencia de una violación a derechos humanos requiere que existan instituciones y procedimientos a los que las víctimas puedan tener acceso. Así, la denegación de la vía de la protección jurisdiccional es considerada una manifestación del concepto más

---

<sup>97</sup>Cfr.: SHELTON, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

<sup>98</sup> Siguiendo a Andrés Rossetti, emplearé la palabra “remedio” por cuanto considero que es el equivalente en castellano del vocablo “*remedy*” que utiliza la doctrina anglosajona. Desde este punto de vista, el término tiene la ventaja de presentar un carácter de generalidad tal que permite englobar los supuestos específicos de reparación a que haré referencia en lo sucesivo. Cfr.: ROSSETTI, Andrés. *Op. cit.*, pág. 307.

genérico de denegación de justicia, lo que se refuerza con la tesis que considera que la exigibilidad en sede judicial constituye un elemento definitorio de los derechos fundamentales por entender que, en su defecto, los mismos constituirían obligaciones voluntarias que pueden ser cumplimentadas o ignoradas a voluntad<sup>99</sup>.

Según la autora citada, en su dimensión sustancial la existencia de remedios supone que los procedimientos han sido efectivos en cuanto a su capacidad de compensar el daño infligido. Las *reparaciones*, como parte integrante de esta esfera sustancial, implican genéricamente un conjunto de respuestas que procuran rectificar el perjuicio que ha padecido la víctima. Como afirma Shelton, ellas suponen que las partes sean tratadas en igualdad de condiciones; que una de ellas haya ocasionado un daño a la otra; y que procure, primeramente, restaurar a la víctima a la condición en que se encontraba antes del daño, como si éste no hubiera ocurrido<sup>100</sup>. Cuando tal restauración se torna imposible, se puede acudir a un remedio sustituto, usualmente en dinero. Tales son, respectivamente, las nociones básicas de las formas identificadas como “restitución” y “compensación”.

Esta forma de enmendar el daño ocasionado a las víctimas, según Shelton, parte de la consideración de las personas como sujetos con fines individuales; fines que, en ciertas circunstancias, se presentan como los causantes de los desacuerdos y conflictos entre dichos individuos: “*los sujetos, comprometidos a maximizar sus propios valores, tienen proyectos que dan fuerza direccional—es decir, significado— a sus vidas, y debido a que cada individuo tiene proyectos y fines distintos, el potencial de conflicto es claro*”<sup>101</sup>. Como expresa la autora, de ello se deriva que los sujetos tienen razones para valorar el principio de la no-interferencia de sus propios comportamientos en la realización de los fines ajenos; y, correlativamente, los órdenes morales se caracterizan por la imposición de una serie de restricciones mutuas que sirven instrumentalmente para promover los fines individuales en los que reside la base de la propia personalidad<sup>102</sup>. Cuando acontece una violación de derechos, la habilidad de la víctima para lograr su autodeterminación se ve menoscabada por un acto injustificado que interfiere en sus propios fines, lo que provoca un daño. Y la respuesta del derecho en tal caso se considerará moralmente adecuada si procura como objetivo primario restaurar la posición

---

<sup>99</sup> Cfr.: SHELTON, Dinah. *Op. cit.*, págs. 8-9.

<sup>100</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 10.

<sup>101</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 11. Traducción propia.

<sup>102</sup> Cfr.: *Ídem*.

de la víctima. De allí que las denominadas “restitución” y “compensación” encuentren su justificativo moral sólo si son eficaces para restaurar las capacidades de los individuos al nivel máximo en que se encontraban antes del padecimiento ilícito.

Si bien el tipo de consecuencias jurídicas que aquí se trata históricamente surge con la finalidad de actuar entre individuos —y no entre actos ilícitos cometidos por la sociedad en contra de un grupo o por un gobierno en contra de un individuo—, Shelton destaca que pueden igualmente servir a modo de remedio ante casos vinculados al derecho público<sup>103</sup>. A modo ilustrativo, pueden mencionarse algunas de las formas en las que — en una instancia claramente dirigida a tutelar derechos fundamentales— la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— registra estas formas de reparación<sup>104</sup>. Así, bajo el rótulo de “*medidas de restitución*”, dicho organismo ha impuesto a los Estados la realización de actos de índole variada, tales como la liberación de víctimas privadas de libertad de manera arbitraria, la su rehabilitación legal de éstas mediante la eliminación de registros criminales indebidamente creados<sup>105</sup>, la restitución de empleos quitados de manera injustificada<sup>106</sup>, entre otros. Lo que caracteriza a esta forma es su carácter de que consisten en una moderna aplicación de la “*restitutio in integrum*” ya conocida en el derecho romano<sup>107</sup>. Por su parte, a modo de “*medidas de compensación*” ha ordenado cubrir la totalidad del daño que pueda ser evaluado financieramente. A tales fines, suele imponerse el pago en beneficio de la víctima de una suma de dinero que cubra rubros tales como daño físico, material y moral, según el caso, e incluso intereses.

---

<sup>103</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 10.

<sup>104</sup> Para ilustrar la jurisprudencia de la Corte IDH seguiré, en lo sucesivo, los casos reseñados en: ROJAS BÁEZ, Julio José. “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”. *American University International Law Review* [en línea]. Washington DC: American University Washington College of Law, 2010, vol. 23, no. 1, págs. 91-126. Disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol23/iss1/5>.

<sup>105</sup> Cfr. “Loayza Tamayo v. Perú”, 1997 Corte I.D.H. (ser. C) No. 33, párr. 84 (17 de septiembre de 1997) y “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 107, párr. 207(4) (2 de julio de 2004), respectivamente.

<sup>106</sup> Cfr.: CARRILLO, Arturo. “Justice in context: the Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past”. En: DE GREIFF, Pablo. *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006, págs. 504-538, pág. 512.

<sup>107</sup> Cfr. el caso: “Velásquez Rodríguez v. Honduras, 1989 Corte I.D.H. (ser. C) No. 7, en cuyo párrafo 26 la Corte IDH dispuso: “*La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo*”.

En cuanto tal, la compensación no pretende otra cosa que otorgar a las víctimas algo que pueda ser equivalente al valor de lo que ha perdido, en tanto que la restitución tiene por objeto aquello que le ha sido quitado. Como expone Shelton: “*si lo que es tomado de la víctima es un fin elegido y específico, entonces tener dinero para perseguir otra meta no es lo mismo. Donde las elecciones y valores son inconmensurables, acontece una pérdida para la cual la compensación completa es imposible. El dinero no reemplaza a un afecto perdido*”<sup>108</sup>.

En suma, este esquema bosqueja la manera en que, ante la violación a derechos fundamentales de las víctimas, las respuestas del sistema jurídico enderezadas a reparar a las víctimas pueden asumir las formas de restitución y de compensación<sup>109</sup>. Estas medidas suelen integrarse de modo tal que resultan alternativas: ante la imposibilidad de colocar a la víctima en la situación en que se encontraba antes del acto lesivo, se opta por condenar al victimario al pago de una suma dinero —aunque también podría darse el caso de que la condena recayera sobre bienes de otra naturaleza—, que en la medida de lo posible vuelva a posicionar a aquella en condiciones de cumplimentar sus fines.

Detrás de ello, entiendo, descansa un posicionamiento acerca de cuáles son los alcances del derecho para regular la vida en sociedad que surge en la modernidad y que continúa surtiendo efectos en la actualidad. Asimismo, las formas de reparar a las víctimas proporcionan una determinada imagen acerca de los modos en que consideran que las personas satisfacen sus propios intereses: sólo los propios, que conceptualmente suelen ser traducidos a valores numéricos. A fin de encarar estas cuestiones, en el título siguiente se abordará la lógica que inspira las visiones sobre el derecho y el comportamiento racional humano a través de la cuestión de la racionalidad moderna como problema clásico de las ciencias sociales.

---

<sup>108</sup> Cfr.: SHELTON, Dinah. *Op. cit.*, pág. 19. Traducción propia.

<sup>109</sup> La restitución y la compensación no se presentan como las únicas formas que puede asumir la reparación. Por ejemplo, Andrés Rossetti enuncia junto a ellas a la *rehabilitación* —como término con el que se designa a las medidas “*que proveen asistencia social, médica, sanitaria y psicológica, como así también legal*”— y a las “*garantías de no recurrencia y de reparación simbólica*”. Cfr.: ROSSETTI, Andrés. *Op. cit.*, págs. 308-309.

## 2.2. Sobre la racionalidad del derecho moderno y las medidas de reparación a que puede dar lugar

La descripción de la racionalidad del derecho en la modernidad occidental ha sido una de las primeras preocupaciones de la sociología jurídica. Es que dicha etapa, en tanto proceso histórico-político que produce efectos que trascienden a las más variadas esferas de la vida social, no resulta ajena a los cambios operados en y a través del derecho. Por el contrario, la modernidad suele ser entendida como un elemento influyente en esferas tales como la economía, las ciencias, las artes, la política y el mismo derecho, por lo que una referencia a ella se vuelve prácticamente ineludible para quienes tienen interés en comprender más acabadamente las concepciones actuales —y pasadas— de los conceptos que se manejan en cada una de dichas áreas.

De entre los hoy considerados clásicos, quizá el sociólogo del derecho que más ha teorizado sobre la cuestión ha sido el alemán Max Weber. Ya en su obra póstuma *Economía y sociedad*, Weber había introducido un capítulo —titulado *Economía y derecho (Sociología del derecho)*— en el que reflejaba sus investigaciones acerca de la forma en que el derecho en la modernidad podía ser descrito como inmerso en un proceso de racionalización tendiente a dotarle de mayor racionalidad y formalidad<sup>110</sup>. Y si bien sus estudios sobre el derecho tienen un cariz netamente sociológico, ello no significa —como detalla María José Fariñas— la negación de que pueda recibir aportes conceptuales por parte de la dogmática jurídica. Por el contrario, partiendo de la distinción tradicional entre ésta y la sociología, en Weber se encuentra la afirmación de que existen dos tipos de aproximaciones igualmente válidas y complementarias al fenómeno del derecho: uno sociológico y otro jurídico, y que suponen cada uno un objeto y un método diferente<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Si bien el proceso de racionalización es descrito en forma más acabada en *Economía y sociedad* en su capítulo VII de la segunda parte, el tema es también tratado —con otros alcances— en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*, trad. de José Medina Echavarría (et. al.). 2ª edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1964, págs. 498-660; e *Íd.: La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. de Luis Legaz Lacambra. 13ª edición. Barcelona: Ediciones Península, 1994.

<sup>111</sup> En efecto, Weber considera que los interrogantes a que responden la dogmática jurídica y la sociología del derecho varían de manera claramente discernible. “*La primera se pregunta lo que idealmente vale como derecho. Esto es: qué significación o, lo que es lo mismo, qué sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica*”. Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Cit, pág. 251. A su vez, desde cierta lectura de Weber, se entiende que éste consideraba que la sociología del derecho tiene un

A partir de esta diferenciación de las ciencias que estudian el derecho entre sociología del derecho, por un lado, y dogmática jurídica, por el otro, se deriva que existen dos grandes formas de concebir al de orden jurídico. Desde el punto de vista jurídico-dogmático —y en consonancia con los postulados del positivismo científico de la época en que escribió Weber—, el orden jurídico es entendido como un conjunto de reglas que presentan validez formal y que los juristas y jueces deben interpretar y ordenar en un sistema lógico sin contradicciones para aplicar a casos concretos. De tal modo, y según la distinción *kantiana* entre *sein* y *sollen*, este concepto del orden se desempeña en el nivel del *deber ser*<sup>112</sup>. Por el contrario, en su sentido sociológico, es entendido como “*validez empírica*” en tanto constituye “*un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real*”<sup>113</sup>. De tal modo, en tanto se maneja en el nivel empírico de la efectividad de las motivaciones de la actividad humana, el concepto sociológico de orden se mueve en el nivel del *ser*.

Consiguientemente, siguiendo a Weber, en lo sucesivo se partirá de dicha afirmación del orden jurídico en tanto facticidad, lo que lo presenta como un condicionante de la actuación de las personas en base a motivaciones determinadas. Éstas

---

carácter disciplinar autónomo, distinto del de la sociología general. Como señala Fariñas, desde la óptica de Weber el objeto de esta última disciplina se encuentra demarcado por “*los comportamientos humanos en cuanto se orienten subjetivamente por un ordenamiento jurídico considerado como válido. Es decir, las regularidades empíricas que han sido motivadas subjetivamente por la representación, que los individuos tienen de un orden jurídico válido*”. Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Madrid: Civitas, 1991, pág. 149.

No obstante ello, y fuera del pensamiento estrictamente *weberiano*, en la actualidad se plantea la posibilidad de negar la existencia de un pretense objeto específico de la sociología del derecho. Para los enfoques de tal tipo se propone la idea de que ésta debe ser entendida en tanto estudia al derecho “*en su totalidad y en sus interacciones con diferentes factores sociales (política, cultura, economía, etc. ...)*”. De tal modo, y tras considerar los cambios acaecidos en los paradigmas científicos de las ciencias sociales luego de la década del setenta, se procura la contribución a un proyecto científico de carácter interdisciplinar y crítico, llegando a proponer la sustitución del concepto de sociología del derecho por la idea de “*Análisis Sociológico de los Sistemas Jurídicos*”. Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. “Sociología del Derecho versus análisis sociológico del Derecho”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea]. Alicante: Universidad de Alicante, 1994, no. 15-16, vol. 2, págs. 1013-1023, pág. 1019. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/10666>.

<sup>112</sup> La distinción entre dogmática jurídica y sociología del derecho y sus métodos de estudio se presenta, así, como una especificación de la distinción fundamental *kantiana* entre el mundo del ser (*sein*) y el del deber ser (*sollen*). Esta afirmación categórica las posiciona como ámbitos netamente diferenciados del conocimiento, de carácter irreductible en tanto escenifican lo que constituye “*la oposición entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, esferas forzosamente heterogéneas, que no pueden ser deducidas una de otra desde el punto de vista metodológico*”. Cfr. FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Cit., pág. 80.

<sup>113</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Cit., pág. 252. Fariñas Dulce explica que este sentido de orden jurídico presenta un carácter empírico, lo que le posiciona como “*uno de los motivos determinantes, que orientan los comportamientos sociales de los individuos, y que permiten explicar el por qué éstos actúan de determinada forma en un contexto social dado*”. Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Cit., pág. 84.

pueden ser descriptas a partir de los calificativos de la racionalidad a que accede el derecho moderno, tal y como fueron caracterizados por Weber. Por lo tanto, la descripción *weberiana* del proceso de racionalización constituye un antecedente para remarcar la manera en la que el derecho moderno occidental influye en la formación de subjetividades de una clase concreta de destinatarios de las normas que lo componen: las víctimas de violaciones a derechos fundamentales.

Para lograr el cometido mentado de la descripción de la racionalidad jurídica moderna, en este título procederé a explicitar las ideas de Weber a partir de su vinculación a la siguiente afirmación, cuya argumentación puede servir de hilo conductor para el resto del capítulo: *el derecho del Estado moderno occidental es un orden coactivo de dominación, que se motiva en base a un procedimiento orientador de las acciones individuales para el logro de ciertos fines*. Luego, si esto es así, intentaré justificar cómo es que *la racionalidad implícita en ese tipo particular de derecho motiva una consecuente formación de subjetividades en los destinatarios de las normas*. Por ello, en lo que resta de este título se procederá a: 1º) la justificación del argumento según el cual el derecho moderno es un orden coactivo de dominación; y 2) la calificación de la racionalidad que motiva el derecho moderno en los términos de la propuesta *weberiana*.

*1º. El derecho estatal moderno como orden coactivo de dominación*: En primer lugar, la calificación del derecho en términos de orden coactivo remite a los conceptos *weberianos* de *acción* y de *acción social*. Desentrañar el significado de estos elementos requiere, asimismo, que se deje sentado que metodológicamente Weber toma como punto de partida en sus investigaciones a la acción social en tanto dotada de sentido, con individuos que se hallan inmersos en relaciones sociales que interactúan entre sí<sup>114</sup>. Es

---

<sup>114</sup> Como remarca Carlos Lista, la influencia de Weber y su definición de la sociología en relación a la inclusión del sentido subjetivo como elemento relevante para el estudio de lo social, ha sido fuente de variadas interpretaciones. Así, por un lado, es tenido como antecedente intelectual del interaccionismo simbólico; por el otro, es tomado por Parsons y por autores que parten de enfoques macrosociales. No obstante, Lista concluye que la consideración de lo subjetivo por parte de Weber no supone una negación del carácter objetivo de la realidad: “*cualquiera sea la variedad de estos aportes intelectuales, resultado de una posición ecléctica, Weber en sus trabajos ofrece un enfoque macrosocial. A pesar de reconocer la importancia de la subjetividad del actor parte del supuesto de la objetividad de los procesos y estructuras sociales que estudia en sus análisis concretos*”. Cfr.: LISTA, Carlos. *Los paradigmas de análisis sociológico*. 2ª edición. Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC, 2000, pág. 166. Asimismo, Fariñas remarca la manera en que Weber califica su investigación sociológica como de tipo empírico-causal: partiendo de la influencia historicista de Dilthey —cuyos métodos psicológicos, sin embargo, el autor comentado rechaza—, su sociología procura, por un lado, comprender los significados de las acciones humanas; por el otro, verificar sus postulados a través de la explicación causal. “*De esta forma Weber define la Sociología como una ciencia que pretende entender, interpretándola, la acción*”

por ello que, en sus *Conceptos sociológicos fundamentales* —en los que el autor especifica el alcance de muchos de los conceptos que luego desarrolla en sus investigaciones—, Weber introduce la cuestión de la *acción* como un comportamiento humano al cual quien hace las veces de agente asocia un determinado significado subjetivo: a través del sentido, un mero comportamiento se convierte en acción<sup>115</sup>. Sin embargo, esta acción será considerada como “social” solamente cuando “*el significado que el agente o los agentes le asocian está referido al comportamiento de otros, siendo este último por el que se guía el comportamiento de aquellos*”<sup>116</sup>.

Para Weber, el interés principal de la investigación sociológica radica, pues, en esta segunda acepción de la acción en tanto *acción social*: “*la sociología comprensiva lo que hace es investigar cuál es el ‘sentido’ que toda acción social implica; lo cual significa analizar por qué se produce una acción en un determinado contexto social, cuáles son sus motivos y causas y cuál su desarrollo y efectos*”<sup>117</sup>. Es gracias a tal carácter de social que se posibilita que ella pueda ser comprendida en función de los motivos del agente, al facilitar que se la encuadre e interprete en un contexto amplio de *conexiones de sentido*<sup>118</sup>.

---

*social para de esa manera explicarla causalmente en su desarrollo y efectos*”. Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Cit., págs. 78 y 112.

En lo atinente a la conexión de los significados (o “sentidos”, según la traducción de Weber a que se acuda) de las acciones sociales, Joaquín Abellán argumenta que la intención de Weber en su sociología procura unir la “correspondencia en el significado” de los motivos de las acciones (*Sinnadäquanz*) con la “correspondencia causal” (*Kausaladäquanz*). Tales conceptos intentan “*unir su trasfondo idealista de la comprensión de significado con la concepción positivista de la explicación causal. (...) para Weber la sociología es una ciencia que pretende comprender el significado de una acción e intenta al mismo tiempo explicar causalmente tanto la realización de esa acción como sus consecuencias. De esta manera, Weber une la comprensión hermenéutica y la explicación causal, si bien el papel más importante se lo lleva la comprensión hermenéutica, pues ésta prepara la información para la explicación causal*”. Cfr.: ABELLÁN GARCÍA, Joaquín. *Estudio preliminar*. En: WEBER, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales*, trad. de Joaquín Abellán García. Madrid: Alianza, 2006, págs. 9-61, págs. 43-44.

<sup>115</sup> Cfr.: ORTIZ, Gustavo. *El vuelo del búho. Textos filosóficos desde América Latina*. Córdoba: Universidad Nacional de Río Cuarto y Centro de Estudios Avanzados U.N.C., 2003, pág. 128. En sentido concordante a Weber, Gustavo Ortiz entiende que la acción humana y los procesos que son su consecuencia —que identifica con la constitución de la sociedad o la historia—, están dotados de sentido y es dicha propiedad lo que les hace comprensibles y explicables. De tal modo, el sentido se identifica con “*los motivos, las razones, los valores o las intenciones que constituyen una acción y la hacen existir como tal. La hacen, por lo tanto, inteligible, comprensible y explicable*”. *Ibidem*, pág. 80.

<sup>116</sup> Respecto de quiénes son aquellos *otros* sobre cuyos comportamientos se edifica el concepto de acción social, Weber puntualiza que éstos pueden ser tanto personas individuales y conocidas, como también de un número indeterminado y desconocido. Además, aclara que las acciones de éstos —motivadoras de la acción social— pueden ser tanto presentes como pasadas y futuras. Cfr.: WEBER, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales*. Cit., págs. 69 y 97.

<sup>117</sup> Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*, cit., pág. 150.

<sup>118</sup> El tema de la comprensión de las acciones sociales es otro de los ejes centrales de la teoría *weberiana*, y que guarda estricta relación con su método explicativo-causal. Weber postula que las acciones sociales pueden ser comprendidas ya sea de forma *directa y actual*, o bien *de manera comprensiva*. La primera forma de comprensión es aquella que se puede realizar de manera espontánea e inmediata. La segunda, en cambio, es siempre posterior a la denominada *directa o actual*, y es la que se vincula a la auténtica

De tal modo, se posibilita que las acciones puedan ser conocidas y caracterizadas de acuerdo a si quien investiga encuentra a tales motivos en tanto racionales o irracionales, afectivos, religiosos o tradicionales. Como puntualiza Scarponetti, es la posibilidad de este tipo de comprensión lo que constituye el punto de importancia para Weber, dado que “*los motivos de los agentes son las conexiones de sentido comprensibles*”<sup>119</sup>. El “sentido” se identifica, en este contexto, con el “*motivo subjetivo-empírico, que el individuo tiene para realizar su acción social; es decir, el sentido intencionado por el actor*”<sup>120</sup>.

Pues bien ¿en dónde radica la vinculación entre las acciones sociales y el derecho moderno, que es lo que en definitiva constituye el objeto del presente estudio? Básicamente, Weber explica que es el contenido de sentido de las acciones lo que configura las relaciones sociales<sup>121</sup>, y que cuando adquiere cierta permanencia, puede ser enunciado en forma de máximas. Tales máximas generan en cada una de las partes de una determinada relación social la expectativa de que sus copartícipes las incorporarán de algún modo, y sirven como guías para orientar la propia acción. A su vez, cuando las acciones indicadas alcanzan cierto grado de repetitividad, en tanto regularidad fáctica de una conducta, se configuran como un *orden social* y adquieren —en este nuevo carácter— relevancia desde el punto de vista sociológico. Como lo resume Scarponetti, el orden es entendido “*como un conjunto de regularidades fácticas expresado en las acciones y comportamientos sociales*”<sup>122</sup>, susceptibles de influir en la conducta de los partícipes de una relación social. De tal modo, tanto las acciones como las relaciones —ambas sociales—, confluyen —a través de la repetitividad de las máximas que los componen— en el concepto de órdenes.

---

investigación sociológica. Cfr.: FARIÑAS, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*, cit., págs. 115-116, y SCARPONETTI, Patricia. *Derecho y Poder en los clásicos*. 2ª edición. Córdoba: Advocatus, 2007, pág. 43.

<sup>119</sup> Cfr.: SCARPONETTI, Patricia. *Op. cit.*, pág. 43.

<sup>120</sup> Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Cit., pág. 150.

<sup>121</sup> El concepto de *relación social* remite, en Weber, al comportamiento de varias personas a condición de que el sentido de la acción de cada una tenga su referencia en el de las acciones de las otras, y que la acción sea guiada por esta referencia. “*La relación social, por tanto, consiste total y exclusivamente en la probabilidad de que se dé alguna acción social de algún modo determinado (en el que haya un sentido), siendo indiferente a este respecto en qué se apoye esa probabilidad*”. Cfr.: WEBER, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales*. Cit., pág. 105. Una de las características centrales de este concepto es que la acción de cada parte “*tenga un mínimo de relación recíproca con la acción de los demás*”. En otras palabras, la relación consiste básicamente en esa *probabilidad* de que tenga lugar una acción cuyo significado se oriente por la reciprocidad apuntada, sin que por ello deba entenderse que exista entre los agentes alguna forma de solidaridad (o todo lo contrario). Cfr.: *Ibidem*, pág. 106.

<sup>122</sup> Cfr.: SCARPONETTI, Patricia. *Op. cit.*, pág. 87.

Toda vez que existe la probabilidad de que los sujetos —en tanto integran relaciones sociales— se guíen por la idea de que existe un orden en el sentido indicado, apunta Weber, debe reputarse al orden como *legítimo*. En palabras de Fariñas, este tipo de orden “*representa la institucionalización de la conexión de sentido de las acciones sociales de los individuos*<sup>123</sup>”, de manera tal que éstos encaminan sus acciones por la representación que se hacen de la existencia de aquél. Existe *orden*, en tanto la acción de la relación social se orienta por determinadas máximas. Y este orden será a su vez *legítimo*, toda vez que el hecho en virtud del cual los individuos se guían por tales máximas sea producido porque ellas sean consideradas obligatorias para la acción<sup>124</sup>.

De entre el elenco de fenómenos que Weber considera *órdenes legítimos*, se encuentra el derecho como tipo específico. Como ya se ha señalado más arriba al apuntar el sentido sociológico del orden jurídico, el mismo es —en su faceta empírica— uno de los motivos orientadores de los comportamientos sociales. Y en base a lo agregado en el párrafo precedente, su caracterización como orden legítimo resulta relativamente sencilla: en tanto se compone de máximas, constituye un orden; en tanto estas máximas son sentidas por los individuos como obligatorias para determinar sus acciones, es legítimo. Resta destacar, sin embargo, aquella particularidad que especifica al derecho frente al resto de otros órdenes legítimos. Por ello, cabe hacer mención de su particular fuerza en tanto garantía de legitimidad del orden que instituye.

Weber parte de la idea según la cual, una vez alcanzado un cierto grado de acuerdo respecto de algunos fines compartidos en sociedad, se torna necesario establecer formas que garanticen su cumplimiento. Como señala Scarponetti, “*la existencia de leyes, normas, costumbres, convenciones reglas y usos, proviene de la necesidad impuesta a los individuos que viven en la sociedad y que persiguen racionalmente fines racionales*”

---

<sup>123</sup> Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Cit., pág. 25.

<sup>124</sup> Weber acota que la legitimidad del orden social viene dada por la probabilidad de que realmente ocurra que los partícipes de una acción social se guíen por la idea de que existe un orden legítimo. De hecho, para el autor “*los partícipes se guían por un orden por motivos muy diferentes. Pero la circunstancia de que el orden mueva, junto a otros motivos, de manera vinculante o ejemplar, es decir, con carácter normativo, a una parte al menos de los agentes, acentúa naturalmente la probabilidad de que la acción se guíe por el orden, y de que a menudo lo haga en una medida significativa*”. Cfr.: WEBER, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales*. Cit., pág. 115. Resulta interesante poner de manifiesto que esta guía para la acción que constituye la legitimidad del orden, no sólo tiene lugar cuando se cumple el sentido del mismo, sino también ante el caso de transgresión: “*el ladrón que oculta su robo está guiando su comportamiento por la ‘legitimidad’ del código penal. En este hecho de tener que ocultar su transgresión se está poniendo de manifiesto precisamente que el orden ‘vale’ dentro de un grupo humano*”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 116.

*semejantes*”<sup>125</sup>. De modo concordante, la tipología de los órdenes legítimos en Weber es realizada atendiendo a la cuestión de las formas de garantía que ellos prevén para mantener su legitimidad. A partir de éstas, los órdenes legítimos pueden garantizarse de modo *subjetivo* —ya sea por entrega emocional espontánea del sujeto, por la creencia en el orden como expresión de valores o por una creencia de tipo religiosa en tanto que el mismo lleva la salvación—, o de modo *objetivo*, en tanto expectativa de obtener determinados resultados externos, como la desaprobación social o la coacción psíquica o física<sup>126</sup>.

Dentro de este esquema, el derecho constituye —frente a la convención— una especie dentro del género de los órdenes legítimos garantizados de modo objetivo. Sin embargo, se diferencia de ésta en el grado de organización de la respuesta externa ante la desviación de la conducta social esperada. En el caso de la convención, la respuesta consiste en la desaprobación general y notoria por parte de un grupo determinado, sin que ella motive en sí misma la puesta en marcha de cuerpo coactivo alguno. Por el contrario, en el derecho, tal consecuencia ante la desviación se encuentra garantizada por la existencia de un aparato de personas en condiciones de utilizar la coacción y que puede obligar así a cumplir el orden o perseguir las transgresiones<sup>127</sup>. Cabe destacar aquí que lo relevante para Weber en esta caracterización del derecho como orden legítimo es solamente la existencia de ese aparato, de modo tal que no resulta de importancia en este concepto el medio empleado para ejercer la coacción. Por el contrario, mediante el empleo en un sentido lato del concepto de derecho, en este asunto el autor indica que cabe igualmente reputar en términos de “derecho” a tanto órdenes sociales garantizados bajo formas de coacción meramente *psíquica*, entre las que destaca la amonestación fraternal, la censura romana y la coacción eclesiástica —mientras que estén reguladas por reglas y

---

<sup>125</sup> Cfr.: SCARPONETTI, Patricia. *Op. cit.*, pág. 87.

<sup>126</sup> Hay que tener presente, pese al claro carácter conceptual de la distinción, que Weber reconoce que ambos tipos de garantías pueden coexistir en los sujetos, por lo que es perfectamente posible encontrar órdenes legitimados tanto en su faz subjetiva —por ejemplo, en la creencia de los valores en que se inspira—, como en su faz objetiva —la expectativa de que se emplee coacción física para hacer cumplir el orden—. Cfr.: WEBER, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales. Cit.*, págs. 119-120.

<sup>127</sup> Aquí cabe acotar que —frente al punto de vista de la teoría formal del derecho de Kelsen—, en la sociología jurídica *weberiana* el elemento de la coacción no integra el concepto del derecho. Por el contrario, para Weber el problema de la coacción es de carácter empírico y, como tal, forma parte del objeto de la sociología del derecho. Cfr.: FARIÑAS, María José. *La sociología del derecho de Max Weber. Cit.*, pág. 174.

sean realizadas por un grupo humano—; como también *física*, tal como la existencia de una instancia judicial en el derecho del Estado<sup>128</sup>.

En definitiva, lo que la coacción externa del derecho intenta lograr —al igual que los demás órdenes sociales— en tanto modo de garantía, es el sostenimiento de una determinada forma de legitimidad, aspecto que se introduce en el ámbito de la sociología de la *weberiana* dominación<sup>129</sup>. Básicamente, esta teoría se estructura alrededor de la preocupación del autor por el poder, entendido éste como “*la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad*”<sup>130</sup>. Si bien Weber se encarga de aclarar que el poder puede asumir múltiples formas, desde la que es específicamente política el mismo se asienta sobre los medios de coacción, lo que la vincula necesariamente a la idea de derecho tal y como se la ha definido en este trabajo<sup>131</sup>. Consecuentemente, el derecho

---

<sup>128</sup> El autor reconoce que, en este contexto, el concepto de derecho asume una amplitud mayor en tanto no se identifica netamente con la forma de coacción habitual del Estado moderno. “*Los medios utilizados para la coacción son irrelevantes. Entre esos medios estaría la ‘amonestación fraternal’, que era usual en algunas sectas como el primer instrumento de una coacción suave sobre los pecadores, cuando la amonestación estaba regulada por sobre una regla y se realizaba por un aparato humano. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la censura [en Roma] como medio para garantizar normas ‘morales’ del comportamiento. Y lo mismo se puede decir de la coacción psíquica a través de medios disciplinarios eclesiásticos propios. Hay, por consiguiente, un ‘derecho’ garantizado tanto hierocráticamente como políticamente o por los estatutos de una asociación o por la autoridad familiar o por los gremios o corporaciones*”. Cfr.: WEBER, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales*. Cit., págs. 120-122.

Estas formas de coacción son empleadas luego en la obra de Weber para caracterizar a los tipos de organizaciones. Así, las organizaciones políticas son aquellas que tienen poder institucionalizado “*si, y en la medida en que, un aparato administrativo garantice, con el uso o con la amenaza de la coacción física, la existencia y la validez de sus ordenamientos, dentro de un determinado territorio y de manera continuada*”. Por el contrario, son organizaciones hierocráticas aquellas que presentan un poder institucionalizado “*si, y sólo si, para garantizar su ordenamiento se utiliza la coacción psíquica mediante la concesión o denegación de los bienes de la salvación (coacción hierocrática)*”. Cfr.: Ídem, pág. 166.

<sup>129</sup> La preocupación de Weber por la temática de la dominación es evidenciada en tanto el autor incluye al problema como uno de los ejes de su denominada “sociología política” —también conocida denominada “sociología del poder”—. Como señala Fariñas, “*si ignoramos los amplios estudios weberianos, sobre los tipos legítimos de dominación (el tradicional, el carismático y el legal), difícilmente se podrá comprender, lo que Weber denomina, el proceso creciente de racionalización jurídica. (...) Además, incluso en la misma definición del concepto sociológico del derecho (...), la referencia a la sociología política —que aporta uno de los elementos constitutivos de la definición de aquél— es obligada, para la correcta interpretación de dicho concepto weberiano*”. Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Cit., pág. 63.

<sup>130</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Cit., pág. 43.

<sup>131</sup> El poder social, en Weber, puede asumir distintas formas: medios de coacción, medios de producción o medios de interpretación. Gianfranco Poggi explica que todos ellos tienen en común el rasgo central de que son el resultado para un grupo de su potestad de imposición de la voluntad propia sobre la ajena, en el seno de una organización social dada. Sin embargo, la primera de ellas se corresponde con el poder político-militar, el que “*se funda sobre la violencia organizada y se revela, si es necesario, en la capacidad de enfrentar y derrotar en el campo el desafío de un enemigo armado, o de suprimir, reprimir, derrotar, la tentativa que un grupo haga de subvertir con la violencia el orden constituido*”. La segunda forma, la de medios económicos, “*se basa sobre recursos relativos a la producción y distribución de la riqueza material; un grupo que se apropia de las riquezas estratégicamente más significativas en una determinada situación, excluyendo de ellas a los otros grupos, puede de ese modo limitar fuertemente la autonomía de*

—orden legítimo jurídico— puede ser entendido como un orden de dominación, entendida ésta como la “*probabilidad de hallar obediencia a un mandato determinado*”<sup>132</sup>, que además dota de cierta estabilidad a la dominación<sup>133</sup>.

2º. *El derecho moderno como orden de dominación racional.* Partiendo de la sociología *weberiana* de la dominación, y teniendo presente que la legitimidad de un orden debe ser entendida como aquella propiedad que provoca que éste sea obedecido en tanto sus destinatarios consideran a las máximas que lo componen como obligatorias para la acción, se hace posible indagar acerca de cuáles son las razones por las que se produce este tipo de obediencia. En otras palabras, la pregunta acerca de cuáles son las formas de legitimidad sobre las que puede asentarse el derecho sólo tiene sentido si se lo comprende como un orden de dominación. A modo de respuesta, Weber elabora su conocida tipología acerca de los fundamentos de legitimidad del orden. Con ella, el autor permite explicar, además, la manera en que desde el fenómeno de la modernidad el derecho se legitima bajo una forma de dominación de tipo legal-racional.

Básicamente, en su construcción típico-ideal, el esquema de la legitimación del orden —enteramente aplicable al derecho en tanto orden jurídico— se compone de las formas denominadas “tradicional”, “afectiva”, “racional según valores” y “legal-racional”<sup>134</sup>. La primera de ellas, siguiendo a Fariñas, se presenta también como la más primitiva desde el punto de vista histórico, y supone el reconocimiento del orden en base a la aceptación de *aquello que ha existido siempre*, presuponiendo el carácter sagrado de alguna costumbre arraigada. La legitimación afectiva, por su parte, se basa en la validez de aquello que constituye la esfera de *lo revelado* o *lo modélico* por parte de oráculos o

---

*aquéllos y posiblemente constreñirlos, para sobrevivir, a ingresar al mercado como titulares de recursos económicos menos significativos*”. Y, por último, la tercera se da toda vez que un determinado grupo “*llega a imponerse como depositario y como instrumento de un mensaje autorizado de tal forma como para deber ser considerado válido también por otros grupos, aun más, de ser posible, por todos los grupos; el mismo se impone como fuente primaria de una definición, en lo posible compartida y aceptada, de lo que es y de lo que debe ser*”. Cfr.: POGGI, Gianfranco. *Encuentro con Max Weber*, trad. de Jorge Alberto Piris. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2005, pág. 49.

<sup>132</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad. Cit.*, pág. 706.

<sup>133</sup> La dominación, según Weber, puede fundarse en varios motivos que oscilan desde consideraciones utilitarias ventajosas —o no— para quien obedece, al ciego hábito de obediencia bajo la forma de “costumbre” de acatamiento. Sin embargo, considera el autor, debido a que tales motivos por sí solos tienen un carácter relativamente endeble, las relaciones de dominación suelen apoyarse interiormente en motivos jurídicos. De allí la trascendencia del derecho en cuanto a la estabilidad de la dominación, y su un rol central en la teoría *weberiana*. Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad. Cit.*, págs. 706-707.

<sup>134</sup> Como destaca Fariñas Dulce, estas formas de legitimidad se corresponden, a su vez con los tipos *weberianos* de acción social. Así, la acción social también puede ser tradicional, afectiva, racional con arreglo a valores y racional con arreglo a fines. Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber. Cit.*, pág. 168.

profetas. La legitimidad racional según valores, supone la vigencia de una creencia que es tenida como *válida en términos absolutos*, pero que —en tanto racional— se diferencia de lo estatuido y de la tradición. Por último, la legitimación legal-racional implica la legitimidad en virtud de que algo esté *estatuido positivamente*, bajo la convicción de que lo ha sido respetando el procedimiento correcto<sup>135</sup>.

Dichas formas de legitimidad dan lugar, respectivamente, a tipos de derecho caracterizados como *derecho tradicional*, *derecho carismático* o *revelado*, *derecho natural* y *derecho formal racional*. Como afirma Munné, “*si no cabe ya atribuir legitimidad al orden imperante en virtud de la tradición, ni de la creencia afectiva en lo revelado, ni tampoco por una creencia racional con arreglo a valores (propia del derecho natural), según el instrumental conceptual weberiano debemos concluir que el derecho moderno plenamente secularizado es obedecido por la fe en la legalidad*”<sup>136</sup>.

A su vez, tales tipos de legitimidad suponen distintas clases de dominación. La dominación *tradicional* se asienta en el carácter santo de las tradiciones que rigieron desde tiempos remotos, así como también en la legitimidad de aquellos sujetos indicados por tales costumbres como encargados de ejercer la autoridad. La dominación *carismática*, por su lado, reposa en la entrega a los caracteres ejemplares de una persona y a las ordenaciones que ella crea o revela. Por último, la dominación *racional* se apoya “*en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad*”<sup>137</sup>. Weber destaca que en este último caso —frente a los primeros en los que se obedece a las *personas* designadas por la tradición o carisma—, se obedece a las *ordenaciones impersonales* estatuidas de forma objetiva por las normas y a las personas que éstas designen, siempre que actúen dentro del ámbito de su competencia. Esto es, no se acata tanto a la persona, sino más bien a la regla que se ha estatuido que es la que establece a quién y en qué medida debe obedecerse<sup>138</sup>. Ello, hasta el punto de que quien ordena queda también ligado por esa regla.

---

<sup>135</sup> Cfr.: FARIÑAS, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Cit., págs. 168-169 y WEBER, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales*. Cit., pág. 125.

<sup>136</sup> Cfr.: MUNNÉ, Guillermo. “Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* [en línea]. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2006, no. 25, págs. 69-100, pág. 74. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0s058>.

<sup>137</sup> WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Cit., pág. 172.

<sup>138</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 174.

Esta última forma de dominación es la que caracteriza a la modernidad. En ella, Weber intenta encontrar es aquello que constituye “*la especificidad de occidente en el desarrollo del racionalismo ético y la dominación legal en Europa occidental*”<sup>139</sup>, y a tal fin —como afirma Scarponetti—, trata al derecho como un sistema de orientación del comportamiento en virtud de las expectativas que expresan las normas. De tal modo, la preocupación del autor nos introduce en la vasta temática vinculada al proceso de racionalización del derecho.

El proceso de racionalización jurídica es construido en el pensamiento *weberiano* como una herramienta conceptual que permite a quien realiza investigación en ciencias sociales interpretar la realidad histórico-social producto de la modernidad. De allí que, como señala Fariñas, ello suponga en la metodología *weberiana* una combinación entre sociología jurídica e historia del derecho. Como explica la autora, Weber es consciente de que el proceso de racionalización no sólo ha existido en distintas culturas además de en la europea occidental, sino también que puede darse en cada una de las esferas de la modernidad. Por ello no es un fenómeno necesariamente jurídico, ni tampoco tiene un sentido unidireccional. Por el contrario, si bien la tesis de Weber se endereza a mostrar la prevalencia de la racionalidad de corte racional-formal en el derecho moderno, ello no obsta a que pueda encontrar contextos de contradicciones en los que claramente prevalecen elementos irracionales o materiales<sup>140</sup>.

El concepto de racionalidad en Weber ha sido largamente discutido por sus comentaristas. No sólo constituye uno de los elementos centrales de su obra, sino que también es objeto de interpretaciones variadas que incluso le acusan de inconsistencias<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Weber llega a esta explicación llega mediante la comparación de Europa occidental como sistema inmerso bajo la dominación de tipo racional, frente a India y China como supuestos de dominación de los tipos carismática y tradicional, respectivamente. Cfr.: SCARPONETTI, Patricia. *Op. cit.*, pág. 89 y WEBER, Max: *Economía y sociedad*. *Cit.*, págs. 498-660.

<sup>140</sup> A estas observaciones llega Weber como consecuencia de asumir una postura descriptiva respecto de la racionalidad en el derecho moderno: “*no entra a valorar o emitir juicios de valor positivo o negativos sobre el proceso de racionalización creciente del derecho y las consecuencias que pueden derivarse del funcionamiento de un derecho racionalizado. Lo único que le interesa es la descripción de dicho proceso y la comprensión de las causas y factores influyentes en el mismo*”. Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *Cit.*, págs. 276-287.

<sup>141</sup> En su artículo “*The Meanings and Confusions of Weberian Rationality*”, Arnold Eisen embate contra las posturas que endilgan supuestos usos opacos y cambiantes del concepto de *racionalidad* a lo largo de la obra de Weber. Para Eisen, si bien Weber parece emplear el concepto de racionalidad de manera variable —de modo que en ciertos contextos denotaría fenómenos distintos—, lo que en realidad el autor está haciendo es conjugar de manera consistente una serie variada de elementos. Según el contexto y cuál sea el elemento usado como *locus* de significación primaria, Weber destaca aspectos distintos de la racionalidad. Por ejemplo, las funciones de ésta como *propósito* —racionalidad como intención del actor de lograr una determinada meta—; *calculabilidad* —en tanto criterio para evaluar la eficacia de un

Sin embargo, en tanto dicho término tiene un potencial explicativo relevante para desentrañar las formas específicas que asume el derecho en la modernidad, en este trabajo se parte de la idea de que la racionalidad no es para Weber un concepto unívoco<sup>142</sup>. Por el contrario, una primera y gran distinción puede hacerse teniendo en cuenta que la racionalidad se predica tanto de los sistemas sociales como de las acciones de los individuos. Y ello redundaría en que puedan existir puntos de contacto y de enfrentamiento entre ambas<sup>143</sup>.

En primer lugar, y con respecto a la racionalidad aplicada a los sistemas sociales —según lo explica Fariñas—, la tipología ideal de la racionalidad del derecho *weberiana* surge de un par de tensiones fundamentales entre los pares racionalidad e irracionalidad, y formalidad y materialidad<sup>144</sup>. Como podrá observarse, estos rasgos se predicán, particularmente, de las actividades de creación y aplicación del derecho<sup>145</sup>.

Hablar de *racionalidad* del orden jurídico moderno supone, en Weber, que las normas que lo componen se identifiquen con los caracteres de generalidad y la sistematización. Mediante el primero, se busca lograr que las razones relevantes para la solución de un problema jurídico puedan ser reducidas a preceptos jurídicos<sup>146</sup>; en tanto que, mediante el segundo, lo que se intenta es integrar tales reglas de modo tal que conformen un conjunto claro, completo y coherente. El fin de la racionalidad, así

---

determinado curso de acción para lograr una meta deseada; *control* —según la cual una acción será más racional en tanto esté más controlada por la voluntad libre de los agentes—, entre otras, no supondrían distintos conceptos de racionalidad sino distintos componentes de un único concepto. Lo mismo sucede con los elementos de *logicidad, universalidad y sistematicidad*. Cfr.: EISEN, Arnold. “The Meanings and Confusions of Weberian Rationality”. *The British Journal of Sociology* [en línea]. Londres: London School of Economics and Political Science, 1978, vol. 29, nro. 1, págs. 57-70. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/589219>.

<sup>142</sup> Como afirma Scarponetti, el concepto *weberiano* de racionalidad no alude a una realidad única. De allí que el autor prefiera hablar de *racionalidades* o de diferentes *tipos de racionalidad*. Cfr.: SCARPONETTI, Patricia. *Op. cit.*, pág. 84.

<sup>143</sup> Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. *Cit.*, págs. 268-269.

<sup>144</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 254-260.

<sup>145</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. *Cit.*, pág. 510.

<sup>146</sup> En otras palabras, la *generalización* equivale a la determinación de las *máximas para la acción*, propias del concepto de *orden* en los términos en los que aquí se lo ha descrito. Esta actividad es producto de una tarea de establecimiento analítico de preceptos jurídicos, el cual se encuentra “*condicionado por un análisis previo de los elementos que integran la situación de hecho*”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 509. Por su parte, Guillermo Munné pone de resalto que los preceptos jurídicos tienen, a su vez, una cierta influencia en la determinación de la situación de hecho relevante para el derecho. Esa relación se basa, según el autor, en que para la creación de las normas jurídicas se intenta, por un lado, fijar los hechos relevantes para enjuiciamiento; por el otro, y de manera inversa, la generalidad y amplitud de los preceptos jurídicos resultante exige la posterior determinación de cuáles de las particularidades de los condicionantes fácticos puede resultar relevante. De tal modo, el proceso “*se basa en el casuismo, a la vez que lo fomenta*”. Cfr.: MUNNÉ, Guillermo. *Op. cit.*, pág. 74.

planteada, se endereza a proveer de un mayor grado de previsibilidad y calculabilidad a las normas. La *irracionalidad*, por el contrario, implica que el fundamento de las decisiones de las autoridades se encuentre dado por valores individuales relativos al caso particular que se esté tratando. De tal modo, el efecto de la previsibilidad y de la calculabilidad se tornan en casi nulos.

Por otro lado, la tensión formalidad-materialidad se vincula al grado de pertenencia de los criterios de decisión al ordenamiento jurídico. Así, habrá mayor *formalidad* cuanto más pueda afirmarse que los criterios son relativos al orden jurídico. Cuando ello acontece, se argumenta que lo que el derecho hace es obedecer su propia lógica interna. En cambio, se habla de *materialidad* cuando los elementos en los que se funda la decisión son ajenos al sistema jurídico, como sucede toda vez que la misma se basa en criterios éticos, políticos o religiosos. De tal modo, el derecho material obedece a exigencias concretas de la sociedad localizada en tiempo y espacio, la cual está destinada a regular.

Al combinar esos cuatro caracteres, Weber obtiene su difundida tipología del derecho en términos de *irracional-formal*, *irracional-material*, *racional-material* y *racional-formal*<sup>147</sup>. El derecho irracional-formal implica que en la creación misma de las normas o de las decisiones de los jueces se acude a procedimientos no susceptibles de control racional; o, lo que es lo mismo, que en tales actividades los agentes se alejan de procesos que garanticen la generalidad y la sistematización de las normas, como acontece en el consabido ejemplo *weberiano* de los oráculos. En cambio, la irracionalidad será material cuando los criterios de decisión dependan de consideraciones éticas, sentimentales o políticas, y no de normas generales, como acontece en el —también célebre— supuesto de la justicia impartida por el cadí. En este caso, el derecho carece completamente de previsibilidad —al no encontrarse ligado a normas jurídicas—, y queda vinculado a la arbitrariedad del legislador o del juez, quienes actúan en base a criterios ajenos al derecho.

Desde el punto de vista de la racionalidad, el derecho se reputa formal cuando el ámbito de lo jurídico —tanto en su esfera procesal como sustancial—, no tiene en cuenta otra cosa que “*características generales, ‘unívocas’, de los hechos*”<sup>148</sup>. Según Weber, esta

---

<sup>147</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Cit., pág. 511.

<sup>148</sup> Cfr.: *Ídem*.

manera de comprender al formalismo alude a dos aspectos. Por un lado, puede significar que las características jurídicamente relevantes lo sean desde un punto de vista sensible. Tal es el caso cuando el derecho exige que se materialice un determinado comportamiento, como puede ser el hecho de tener que pronunciar determinadas palabras, estampar firmas o ejecutar alguna acción con significado simbólico previamente estatuido. Por otro lado, el formalismo puede también significar que las características relevantes de las normas hayan sido determinadas a través la de interpretación lógica. En este caso, lo que se procura es —mediante un proceso de abstracción—, construir una serie de conceptos jurídicos definidos con la mayor claridad posible, para luego poder aplicarlos como reglas abstractas<sup>149</sup>. A estos sentidos de formalismo jurídico, cabe sumar aquél según el cual se le considera como el tratamiento especializado y autónomo de lo jurídico, con apelación exclusiva a supuestos propios del derecho; esto es, su comprensión desde “*la especificidad de los instrumentos jurídicos que se definen independientemente de consideraciones exteriores de carácter ético, político, religioso o económico*”<sup>150</sup>.

En contraste, el derecho es racional material cuando la decisión de los problemas jurídicos está guiada por normas que presentan un carácter cualitativo diferente a las que son producto de las generalizaciones lógicas obtenidas en el derecho racional formal; esto es, por normas que se identifican con “*imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica*”<sup>151</sup>. Como apunta Fariñas, en tanto racional y basado —generalmente— en principios conocidos, este es un derecho es calculable, aunque apele a criterios de decisión que sean distintos al del sistema jurídico<sup>152</sup>.

No obstante, esta tipología de las formas del derecho en la modernidad dista de agotar el elenco de los sentidos posibles de la racionalidad *weberiana*. Como se ha hecho mención más arriba, los tipos mencionados —surgidos de la conjugación de las tensiones *racionalidad-irracionalidad* y *formalidad-materialidad*—, aluden a la forma de comprender el concepto de racionalidad cuando éste es aplicado a los sistemas sociales. Aún resta considerar el sentido de la racionalidad que la vincula a las acciones individuales. En este marco, y siguiendo nuevamente a Fariñas, cabe acotar que Weber

---

<sup>149</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 510.

<sup>150</sup> Cfr.: MUNNÉ, Guillermo. *Op. cit.*, pág. 77.

<sup>151</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad. Cit.*, pág. 511.

<sup>152</sup> Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber. Cit.*, pág. 266-267.

analiza dicho fenómeno a partir de la posibilidad de que las acciones individuales se encaminen *según fines* o *según valores*, por un lado, y según lo hagan en una racionalidad *formal* o *material*, por el otro.

La racionalidad según valores supone que los agentes enderezan su comportamiento “*por la creencia consciente en el valor —ético, estético, religioso o de cualquiera otra forma como se le interprete— propio y absoluto de una determinada conducta, independientemente de los resultados*”<sup>153</sup>. Lo relevante en este tipo de racionalidad para la acción es la comprensión de que la propia conducta es guiada por un valor, y que ella es llevada a cabo de manera consecuente, con prescindencia de sus consecuencias. Como apunta Weber, en tanto guiado por unos fines axiológicos, este tipo de comportamiento consiste siempre en una acción según “mandatos” o de acuerdo a exigencias frente a las cuales quien hace las veces de agente se siente ante una obligación<sup>154</sup>.

Por el contrario, la racionalidad según fines tiene lugar “*determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como ‘condiciones’ o ‘medios’ para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos*”<sup>155</sup>. De tal modo, se produce una vinculación entre los fines, los medios y las consecuencias que lleva a la agente a sopesar racionalmente tales elementos entre sí. En palabras de Weber, esta acción tiene lugar cuando es tomada por quien “*dirige su acción hacia un fin, hacia unos medios y hacia las consecuencias colaterales, ponderando racionalmente los medios en relación con los fines, los fines en relación con las consecuencias colaterales y, por último, los distintos fines posibles entre sí*”<sup>156</sup>.

El autor acota que estas dos formas de racionalidad se encuentran relacionadas de múltiples formas, pero desde el punto de vista de la acción según fines, la racionalidad según valores es siempre *irracional*. Este carácter se incrementa gradualmente cuanto más se absolutiza el valor que orienta la acción, porque ello implica que quien hace las veces de agente “*se ve obligado a reflexionar menos sobre las consecuencias de su acción*

---

<sup>153</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad. Cit.*, pág. 20.

<sup>154</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 21.

<sup>155</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 20.

<sup>156</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales. Cit.*, pág. 103.

cuanto más considera el valor intrínseco de lo que intenta realizar como algo incondicional”<sup>157</sup>.

Tanto la *racionalidad formal* como *material* de las acciones individuales, por su parte, son definidas por Weber en relación al comportamiento económico. En palabras del autor: “llamamos racionalidad formal de una gestión económica al grado de cálculo que le es técnicamente posible y que aplica realmente. Al contrario, llamamos racionalmente material al grado en que el abastecimiento de bienes dentro de un grupo de hombres (cualesquiera que sean sus límites) tenga lugar por medio de una acción social de carácter económico orientada por determinados postulados de valor (cualquiera que sea su clase), de suerte que aquella acción fue contemplada, lo será o puede serlo, desde la perspectiva de tales postulados de valor”<sup>158</sup>. Como explica Weber, la racionalidad formal supone dotar de una mayor calculabilidad a las gestiones económicas, de modo tal que éstas puedan expresarse en reflexiones sujetas a número y permitan, además, ser vinculadas de modo inequívoco a la forma del dinero, en tanto representa a la calculabilidad formal en su máxima expresión. La racionalidad material, por su lado, alude a un concepto netamente equívoco, debido a que su consideración supone que la misma no se satisface con arreglo al vínculo entre medios y fines más adecuados, sino que exige la satisfacción de exigencias de índole ética, política, utilitaria, hedonista, estamental, igualitaria o de cualquier otro tipo<sup>159</sup>.

Como bien apunta Fariñas, puede trazarse un paralelismo entre las acepciones de la racionalidad vinculadas a la acción individual: tanto la *racionalidad-material* como la *racionalidad con arreglo a valores* suponen su determinación en base a presupuestos de tipo valorativo. En cambio, lo que la *racionalidad-formal* y la *racionalidad con arreglo a fines* procuran es aumentar la calculabilidad y la indiferencia ante presupuestos valorativos o fines éticos o materiales<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> Cfr.: WEBER, Max. *La acción social: ensayos metodológicos*, trad. de Michael Faber-Kaiser y Salvador Giner. Barcelona: Península, 1984, pág. 44. Cabe acotar que Weber postula otras dos formas de acción que no se han tratado aquí, pero que son excluyentes frente a las acciones sociales según fines y según valores, y que el autor da en llamar “acción tradicional” y “acción afectiva”. De tal modo, lo dicho acerca de la relación apuntada entre “racionalidad según valores” y “racionalidad según fines” supone que los agentes no actúan motivados por la tradición ni por emociones.

<sup>158</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Cit., pág. 64.

<sup>159</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 64-65.

<sup>160</sup> Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Cit., pág. 271.

En definitiva, lo que este doble juego de racionalidad *weberiana* pone de manifiesto es la conexión entre la perspectiva de la racionalidad del sujeto con la del sistema. Como lo expresa Munné, dicho concepto “*no refiere sólo a características de los elementos internos del sistema jurídico, sino que se hace visible tomando en cuenta las relaciones de los individuos con el sistema y con los demás individuos, pudiéndose hablar entonces de una perspectiva intersubjetiva*”<sup>161</sup>. Y ambos tipos de racionalidad, del sistema jurídico y de las acciones individuales, parecen confluír, en la modernidad, en el punto focal dado por la llamada *racionalidad-formal*.

Dicho de otro modo, en la modernidad puede trazarse una cierta conexión entre la forma que asume el derecho como producto propio y específico de la civilización occidental en tanto ordenamiento *racional-formal*, y la lógica de la actuación del sujeto en tanto orientado *por fines*, en su accionar económico motivado por una —igualmente denominada— *racionalidad-formal*<sup>162</sup>. Si bien tras una primera aproximación podría pensarse que de esta vinculación entre la racionalidad institucional y la de la acción individual podría derivarse un cierto balance armónico entre el derecho y las acciones de los sujetos, una consideración más profunda de la cuestión puede mostrar resultados contrarios. Como advierte Fariñas, “*de la conexión de estas dos perspectivas en la racionalidad-formal, no resulta en la práctica, el equilibrio que se pretende teóricamente. Cuanto más racional y formal es el sistema jurídico, es decir, cuanto más técnico, especializado y abstracto es, se produce también un mayor alejamiento y desconocimiento de aquél por parte de los individuos, que son, en definitiva, los usuarios del sistema. Y cuanto mayor es el alejamiento por parte de los individuos de los procedimientos técnicos formales que el sistema les proporciona, mayor dificultad encuentran para realizar sus acciones conforme a un comportamiento racional según fines*”<sup>163</sup>.

De tal modo, la tendencia del proceso de racionalización del derecho en la modernidad, orientado hacia la racionalidad formal, parece cargar ínsitamente una de las causas de su posible deslegitimación. Efectivamente, si tal como aquí se ha indicado, la legitimidad se encuentra dada por la probabilidad de que los sujetos —en tanto miembros de una relación social— dirijan sus acciones de conformidad al contenido de las máximas

---

<sup>161</sup> Cfr.: MUNNÉ, Guillermo. *Op. cit.*, pág. 75.

<sup>162</sup> Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber. Cit.*, pág. 266.

<sup>163</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 274.

derivadas de la representación que se hacen de la existencia del orden de que se trate, el alejamiento y desconocimiento del derecho por parte de los usuarios del sistema puede producir el efecto de que éstos dejen de guiarse por sus normas. El planteo que aquí se introduce supone considerar además que, cuando ello acontece, la racionalidad formal moderna retrocede de manera indefectible y deja sitio así para una acción social distinta, que escapa a su lógica de cálculo racional en tanto se encuentra orientada materialmente. Con ello, se abre el espacio para el surgimiento de un nuevo tipo de subjetividad, que será tratada en el próximo capítulo.

### **2.2.1. La perspectiva institucional de la racionalidad del derecho moderno: la tríada capitalismo-Estado-derecho**

Como ya se ha hecho mención en este trabajo, el proceso de racionalización moderno se endereza a lograr, en el ámbito jurídico, que el derecho se asemeje cada vez más a lo que desde el punto de vista típico ideal Weber denomina derecho racional-formal. O lo que es lo mismo, un derecho cada vez más preocupado por la previsibilidad en cuanto a su aplicación, y con mayor autosuficiencia en el ámbito vinculado a los criterios de decisión. Ello se posibilita en tanto en el contexto de la modernidad la racionalidad es entendida en su faceta eminentemente teleológica, como un procedimiento orientador de las acciones individuales para el logro de objetivos determinados, con el que se intenta maximizar aciertos y minimizar errores<sup>164</sup>. En este punto de la argumentación, resulta pertinente describir el modo en que el derecho se encuentra animado por esa forma particular de racionalidad y coadyuva, de tal modo, al fortalecimiento de la misma. Para ello, corresponde hacer explícitas algunas de las conexiones entre esa forma concreta que asume la racionalidad moderna a través del derecho y el Estado liberal como forma de organización política, con la lógica del capitalismo como forma de producción privilegiada en la modernidad occidental.

Entendida la racionalidad moderna *weberiana* como un concepto situado en una época determinada al que se caracteriza con la propiedad de la *calculabilidad*, puede decirse —junto a Gustavo Ortiz— que adquiere dicho rasgo “*porque es la racionalidad social del capitalismo (...). Y el capitalismo es calculable porque es una forma de organizar la sociedad en base a la ciencia (la técnica), el derecho y la economía (o la*

---

<sup>164</sup> Cfr.: ORTIZ, Gustavo. *Op. cit.*, pág. 50.

moneda). Estos tres principios logran reducir la complejidad de las relaciones sociales a unidades de un mismo valor unívoco y homogéneo, permitiendo el cálculo y el control”<sup>165</sup>. El capitalismo se vale de las ciencias, del orden jurídico y de los intercambios económicos para garantizar su dominio. Las tan deseadas calculabilidad y predictibilidad en las relaciones entre las personas, son logradas a través de la reducción de las acciones sociales a las categorías propias de dichos ámbitos de dominación.

Weber explica que la lógica racional del capitalismo no se identifica con el mero “afán de lucro” o la “tendencia a enriquecerse”, que pueden ser encontrados en todas las épocas y en distintos lugares de la tierra ante circunstancias que ofrezcan la posibilidad de aumentar la propia riqueza. Por el contrario, el capitalismo supone una suerte de freno, o “moderación racional” a este impulso lucrativo irracional: sólo es capitalista la aspiración a la ganancia que es lograda con el trabajo de tipo capitalista incesante y racional —la ganancia siempre renovada—, a la “rentabilidad”. En consecuencia, no toda actividad animada por las motivaciones descritas puede ser identificada como capitalista. La indicación de Weber que permite reconocer cuándo se aspira al lucro típicamente capitalista, supone el interrogante acerca de si la actividad de que se trata se encuentra basada en un cálculo de capital, de modo tal que “*se integra en una serie planificada de prestaciones útiles reales o personales, como medio adquisitivo, de tal suerte que, en el balance final, el valor de los bienes estimables en dinero (...), deberá exceder al ‘capital’, es decir, al valor de estimación de los medios adquisitivos reales que se emplearon para la adquisición por cambio*”<sup>166</sup>. Así, la actividad económica capitalista es aquella que se guía por el cálculo del valor de dinero aportado y el valor de dinero obtenido al final. A esta forma de comprender la racionalidad capitalista —que es compartida por países tanto europeos como orientales, desde la Antigüedad helénica a la Edad Moderna—, Weber añade que el aporte específico de Occidente se encuentra dado por la denominada organización racional-capitalista del trabajo formalmente libre. O, en otras palabras, la unión del capitalismo industrial burgués con la organización —también capitalista— del trabajo<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 84.

<sup>166</sup> Cfr.: WEBER, Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Cit, págs. 9-10.

<sup>167</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 11-15.

De tal modo, y en lo que hace al marco de este trabajo, se sugiere la estrecha relación entre el capitalismo como forma de producción y el derecho —de corte racional formal— en tanto orden social concreto de dominación.

Retomando la línea trazada en el capítulo anterior, puede vislumbrarse cómo el surgimiento del Estado absoluto dio respuesta a los intereses de una burguesía que, preocupada por quitar a la nobleza sus privilegios, concurría en una alianza con la monarquía a fin de obtener mayores posibilidades de crecimiento económico. De dicha asociación, según se ha delineado, la burguesía se desembarazaría recién en las mentadas revoluciones liberales, y con ello robustecería aún más las maneras en que pasaría a aprovecharse del poder productivo de su capital. Es en el marco del desarrollo de tales relaciones de fuerzas —orquestadas por intereses burgueses—, que tiene su génesis el denominado Estado liberal, y ellas revelan el modo en que esta forma de Estado se encuentra ligada a los intereses de la burguesía.

Las ideas económicas que fundamentan esa unión entre Estado liberal y burguesía, no obstante, habían comenzado a gestarse en siglos anteriores. En particular, había sido con el mercantilismo —coetáneo del absolutismo monárquico, en tanto “*primer indicio de una política económica principesca racional*”<sup>168</sup>— que se había generado la idea de que las naciones serían tanto más ricas cuanto más metales preciosos y dinero acumulasen, de modo tal que resultaba conveniente para los Estados intervenir en materia económica a fin de crear condiciones que promovieran el crecimiento económico de la nueva clase burguesa. Con ello se inaugura la idea de vincular los factores económicos con los políticos, pensamiento que deviene en un intervencionismo estatal beneficiario de los intereses de la burguesía<sup>169</sup>. O, dicho en palabras de Weber, “mercantilismo *significa el paso de la empresa capitalista de utilidades a la política. El Estado es tratado como si constara única y exclusivamente de empresas capitalistas; (...) significa, pues, formación*

---

<sup>168</sup> Sin embargo, corresponde tener presente que el mercantilismo no supuso el punto de partida del denominado *capitalismo racional*, entendido como aquél que se endereza “*hacia las oportunidades de mercado y se basa en realizaciones económicas propias*”. MUNNÉ, Guillermo. *Op. cit.*, pág. 85. Por el contrario, como reseña Munné, dicha forma necesita de la posibilidad de cálculo de los medios técnicos del trabajo, de un derecho que sea previsible y de una administración guiada por reglas formales, no presentes aún durante el surgimiento del mercantilismo. Cfr.: *Ídem*.  
Cfr.: MUNNÉ, Guillermo. *Op. cit.*, pág. 85.

<sup>169</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (dirs.). *Op. cit.*, págs. 28-29. Por su parte, Max Weber apunta que, para los teóricos y estadistas mercantilistas, la fuente de la riqueza no se hallaba mera acumulación de metales nobles, sino que se encontraba en la fuerza impositiva. Fue precisamente por ello que los Estados intentaron hacer todo lo posible para retener en el país el dinero que amenazaba con desaparecer del tráfico. Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad. Cit.*, pág. 1053 y ss.

*moderna de poder estatal, directamente mediante el aumento de los ingresos del príncipe, e inmediatamente mediante aumento de la fuerza impositiva de la población*”<sup>170</sup>. Es en tales condiciones que la clase social mencionada presta su obediencia al poder real de los monarcas absolutos, sumisión que aceptará hasta reclamar para sí el poder político pleno en el siglo XVIII mediante la formulación de la doctrina liberal del Estado con apoyo de las primeras enunciaciones del pacto social y de la filosofía de los derechos humanos<sup>171</sup>.

Por otro lado, la sociedad de los siglos XVI y XVII había mutado con respecto a las viejas formas medievales. Frente a la marcada impronta de sesgo comunitario y religioso, propia del feudalismo, la nueva sociedad moderna se identifica mejor bajo los rótulos de la secularización, el individualismo, el racionalismo y el naturalismo, rasgos todos en fuerte interacción y a los que llega como fruto de un proceso histórico y de transición. Como remarcan Peces-Barba y Fernández García, desde los siglos XIV o XV, época en que marcan el denominado tránsito a la modernidad a que se ha aludido en el capítulo anterior, hasta el siglo XVIII, el cambio de un tipo de sociedad medieval a otra moderna será paulatino<sup>172</sup>. Con base a las ideas planteadas por dichos autores, de lo que se trata aquí es de caracterizar al derecho moderno en base a los rasgos que asume esta nueva sociedad moderna en esta etapa de tránsito.

Siguiendo entonces a Peces-Barba y Fernández García, el secularismo supuso en lo referente a la vida social el abandono de Dios y del orden por él establecido como elementos cohesionadores. Ello tornó necesaria la búsqueda de nuevos resguardos a los que aferrarse en las demandas de seguridad: ya no sería la religión el ámbito privilegiado al que acudir en la procuración de certidumbre<sup>173</sup>. Por el contrario, al abandonarse la indagación de respuestas religiosas a problemas sociales, las nuevas garantías de seguridad pasan a ser encontradas en la persona humana y en los atributos de su razón. Precisamente, fue con fundamento en la razón de ésta y en su naturaleza que surgió el andamiaje del iusnaturalismo racionalista, también funcional —a estas alturas casi huelga el aclararlo— a las necesidades burguesas.

---

<sup>170</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Cit., pág. 1053.

<sup>171</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (dirs.). *Op. cit.*, pág. 32.

<sup>172</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 163.

<sup>173</sup> El secularismo no debe ser identificado con la negación categórica de la existencia de Dios. Por el contrario, el proceso de secularización en el área del pensamiento admite variantes que le vinculan con corrientes como la de los libertinos y el deísmo —que no son negadoras de la existencia de Dios— y el ateísmo. Cfr.: *Ibidem*, pág. 163 y ss.

Por otro lado, cabe hacer mención de que, en la mentalidad medieval, la seguridad debía ser realizada incluso con preferencia a la idea de justicia. Cfr.: *Ibidem*, pág. 171.

Tal quiebre de signo secular devino, además, en el naturalismo como impulso de retorno a la Naturaleza en tanto intento de explicación del mundo. En efecto, luego de que las ciencias se vieran libradas de sus sesgos impuestos por la religión, la reacción consecuente llevó al rechazo de explicaciones de origen sobrenatural y oculto, de modo que el universo pasa a ser entendible como si se tratase de un mecanismo gobernado por normas susceptibles de ser descubiertas por la razón: de allí en más, lo que se intenta es descubrir las leyes racionales que rigen la naturaleza<sup>174</sup>. Ese modo de aproximación científica del naturalismo, con su método racional deductivo, llega a rebasar la esfera de las ciencias naturales y pasa, luego del siglo XVII, a ser tenido como criterio de normatividad del derecho natural. A partir de entonces, será este nuevo derecho racional natural el que confiera las pautas a las que debe ajustarse el derecho positivo para ser válido. Además, como enseñan los autores, el naturalismo aporta un concepto clave para el desarrollo de la burguesía: la igualdad jurídica. Dicha aportación es empleada por la clase ascendente con la finalidad de generalizar sus propios intereses y encubrirlos como si fueran de toda la humanidad. Conjuntamente, hace posible la idea de súbdito —luego devenido en *ciudadano*—, sujeto como destinatario genérico de las normas jurídicas —en contraposición a la idea medieval de privilegio—<sup>175</sup>.

Por su parte, tanto el secularismo como el naturalismo desembocan en una confianza indubitada en la eficacia de la razón como herramienta de conocimiento. Esta nueva forma de conocer coloca a la humanidad y a su dominio de la naturaleza en un lugar central que, tras alejarle de las ideas del pecado original, fortalece el principio de la maximización del cumplimiento de los propios fines de las personas. Con ello, el racionalismo pasa a representar una forma de realización para el burgués ascendente, “*con su conquista del conocimiento, un fundamento esencial para el individualismo, para el protagonismo del hombre individual en la sociedad y en la historia*”<sup>176</sup>. Será este desenvolvimiento de la razón el que confiera el marco para desarrollar los derechos individuales, avales jurídicos del protagonismo social burgués.

Finalmente, Peces-Barba y Fernández García remarcan que el nuevo protagonismo en la historia que asume la burguesía, dota a su actuar de un carácter individualista, y que ello supone una ruptura frente a las antiguas formas de disolución

---

<sup>174</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 179.

<sup>175</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 180.

<sup>176</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 183.

del individuo en las realidades comunitarias o corporativas correspondientes a las etapas previas al tránsito a la modernidad<sup>177</sup>. Este rasgo de individualismo se consolida en los siglos XVI y XVII y deviene en una cierta propensión a interesarse por el *hombre* en todos los niveles de la cultura, abarcando desde las artes a las ciencias. En el campo específico del actuar político, supone la emergencia del individuo y su visibilización en tanto súbdito frente al Estado absolutista, mientras que durante el Estado moderno la relación pasa a darse de una manera directa con el soberano, sin intermediarios<sup>178</sup>. Precisamente, en alusión al Estado absoluto y su carácter de antecedente del Estado liberal, los autores citados apuntan que debido a que “*como es tan individualista como el propio Estado liberal, como reflejo bastará un simple cambio cuantitativo para que el individuo burgués, protagonista de la historia moderna, pase de aceptar la seguridad que produce el Estado absoluto, a reclamar la gerencia de esa seguridad con el Estado liberal*”<sup>179</sup>. De tal modo, cuando la burguesía adquiere verdadera conciencia de su fuerza, pasa a enfrentarse al Estado absoluto enarbolando la filosofía de los derechos humanos como instrumentos de su emancipación individualista<sup>180</sup>.

En definitiva, esta cultura del tránsito a la modernidad caracterizada bajo los ideales de secularización, naturalismo, racionalismo e individualismo, resulta tributaria de los intereses de la burguesía. A su vez, los rasgos de esta etapa se encuentran fuertemente impresos en el movimiento de la Ilustración, ideario moderno que animó el accionar cultural y político desde el siglo XVII y que inspiró a la Revolución Francesa. Como Kant lo describiría en 1784 mediante el que llegaría a constituir uno de sus párrafos más conocidos, “*Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. Uno mismo es el culpable de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la*

---

<sup>177</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 185.

<sup>178</sup> Como lo explica José Antonio Maravall, a esta situación se llega como consecuencia del proceso de transformación de los lazos de dependencia política. Es en el marco del individualismo pujante y del sentimiento de libertad burgués que el vínculo político de sujeción de las personas frente al Estado se trastoca en el sentido indicado, y surge una relación directa entre las personas como sujetos individuales y el Estado. Cfr.: MARAVALL, José Antonio. *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII)*, tomo I. Madrid: Alianza Editorial, 1986, págs. 419-421.

<sup>179</sup> Cfr.: PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (dirs.). *Op. cit.*, pág. 190.

<sup>180</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 191.

guía del de algún otro”<sup>181</sup>. Para dicho autor, la Ilustración se basa en la plena confianza en esa potencia razonadora del *hombre* como precondition de su emancipación frente a las voluntades de “fanáticos” y “supersticiosos”, quienes le limitan en su capacidad cognitiva<sup>182</sup>. Supone la creencia en que el empleo de la propia capacidad cognoscitiva permite el encuentro del criterio supremo de verdad, que ello es algo deseable y que puede ser implantado tanto en sujetos individuales como en toda la sociedad; de allí que la Ilustración pueda ser entendida como un proceso en el que se encuentra inmerso la sociedad moderna. Y como movimiento cultural, impregna las más variadas actividades humanas, desde las artes y las ciencias, a las políticas y jurídicas.

Por su parte, la legitimidad misma del Estado moderno descansa también, en último término, sobre la legalidad de corte racional-formal. Como expresa Gianfranco Poggi en alusión a la teoría del Estado de Weber, “*la legitimidad típica del Estado (a diferencia, en este caso, de otras formas de dominio político) es de naturaleza legal-racional; vale decir, el derecho desarrolla un papel crítico en la generación de esta forma de legitimidad (y sus límites, cuando ésta se degrada, podemos decir, a pura legalidad)*”<sup>183</sup>. Este punto de conexión entre el derecho y el Estado a través de su racionalidad compartida puede ser argumentado, además, en tanto Weber, al construir el tipo puro de dominación legal, lo identifica con el Estado burocrático; esto es, con aquél cuyo poder es ejercido únicamente en base a reglas formalmente abstractas<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Cfr.: KANT, Immanuel. *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, trad. de Roberto R. Aramayo. 2ª Edición. Madrid: Alianza, 2013, pág. 87. Esta acepción del término “modernidad” coincide lo que Enrique Dussel denomina “modernidad como emancipación racional”. Cfr.: DUSSEL, Enrique. *1492 el encubrimiento del Otro: hacia el origen del mito de la modernidad*. Madrid: Nueva Utopía, 1992, pág. 208.

<sup>182</sup> Kant identifica a tales fanáticos y supersticiosos como una suerte de “tutores” que no tendrían el fin de aspirar a ejercer los roles de mentores de sus pupilos hacia la autosuficiencia, sino que procurarían ejercer su función de manera vitalicia a fin de impedir su plena emancipación. Cfr.: ARAMAYO, Roberto. “Kant y la Ilustración”. *Isegoría: revista de filosofía moral y política* [en línea]. Madrid: Instituto de Filosofía del CSIC, 2001 nro. 25, págs. 293-309, págs. 295-298. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/596/597>.

<sup>183</sup> Cfr.: POGGI, Gianfranco. *Op. cit.*, pág. 120. En sentido concordante se expresa María José Fariñas Dulce en: *La sociología del derecho de Max Weber. Cit.*, pág. 376.

<sup>184</sup> Como explica Fariñas Dulce, el proceso de formación del Estado moderno en la teoría de Weber se identifica con la legalización progresiva del poder político, por una parte, y con la progresiva positivación del derecho, por la otra. Con la legalización del poder político se abandonan los poderes tradicionales — patriarcales o patrimoniales— frente al poder de la ley basada en la existencia de una división de poderes, la supremacía de la ley y el carácter impersonal y objetivo del ordenamiento administrativo y jurídico. Por otro lado, la positivación del derecho implicó que el derecho del Estado ganara primacía sobre el derecho consuetudinario, más propio de las dominaciones tradicionales. Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber. Cit.*, pág. 376.

De tal modo, se esboza la relación entre la tríada compuesta por los elementos Estado-derecho-capitalismo en base a una racionalidad compartida. En tal marco, se gesta lo que constituye el ejemplo por antonomasia de derecho moderno citado por Weber: la codificación napoleónica del siglo XVIII. En efecto, el Código Civil francés aúna las pretensiones de generalidad y sistematización que reivindica —y que se han presentado como componentes de— la exigencia de racionalidad, en tanto que, al mismo tiempo, constituye un sistema autorreferente de solución de conflictos jurídicos —con lo que cumplimenta el requisito de su formalidad—. Como fase última de su reconstrucción del proceso de racionalización jurídica, Weber pone de manifiesto que es de tal modo como se produce un derecho formal, racional, objetivo y técnico y, sobre todo, previsible y calculable, que redundará en interés no sólo de todas las personas económicamente poderosas, interesadas en la explotación libre de su poder, sino también de todos aquellos que ideológicamente pretendan romper la sujeción autoritaria o de los instintos irracionales de las masas “*en favor del desenvolvimiento de las probabilidades y capacidades individuales*”<sup>185</sup>. Entre estos sujetos, Weber menciona específicamente a los que son beneficiarios permanentes de explotaciones económicas y políticas de tipo racional, para quienes la justicia formal y racional es una garantía de su “libertad”. En la vereda opuesta, sitúa a aquellos que simpatizan con los poderes teocráticos o patriarcales, así como también con ciertas formas de democracia, para quienes la justicia material se adecua más a sus ideales, a modo similar a la “justicia del Cadí”<sup>186</sup>.

### **2.2.2. La perspectiva del sujeto de la racionalidad individual: el surgimiento del homo economicus**

La esfera de los órdenes sociales no agota el análisis *weberiano* de los ámbitos en que se despliega la racionalidad moderna. Como he mencionado, Weber explica que en el campo de las acciones individuales ésta se endereza a procurar conductas dirigidas por una racionalidad formal y según fines. Por ello, y siguiendo la línea argumental que se ha trazado al exponer la racionalidad del derecho moderno, en este título se aludirá a la

---

<sup>185</sup> Cfr.: WEBER, Max: *Economía y sociedad. Cit.*, pág. 606.

<sup>186</sup> Weber menciona distintos casos en los que históricamente las democracias se han decantado por sistemas de justicia que implicaran elementos materiales. Tal es el caso de la democracia atica o de la justicia moderna de jurados —que amalgaman criterios de justicia según los “sentimientos” concretos de los jurados, ética, política y socialmente condicionados con restricciones de tipo formal—. Cfr.: *Ibidem*, pág. 607.

funcionalidad que presta la racionalidad moderna de las acciones individuales a la lógica del capitalismo, en el marco del Estado liberal.

La idea que se sostiene en este trabajo es que la racionalidad formal y según fines a que se enderezan las acciones de las personas, remite a la calificación de los sujetos como seres cuyos comportamientos económicos participan de los caracteres del individualismo racional típico del sujeto ilustrado universal moderno. Siguiendo la terminología de Foucault, puede calificarse a este sujeto según los rasgos que asume en cuanto *homo economicus*. Ella permitirá, asimismo, remarcar las particularidades que adquiere como ser netamente gobernable en su relación con el Estado.

En las lecciones dictadas en curso del *Collège de France* de 1978-1979, Michel Foucault explicita las bases de la biopolítica y del modelo del *homo economicus* como sujeto de la razón gubernamental nacido en el contexto ideológico del siglo XVIII. Básicamente, el autor expone que este concepto surge en el terreno del análisis económico de las conductas racionales. Esta idea supone que tal enfoque puede tener por objeto cualquier conducta racional, entendiendo por ésta a todo comportamiento que suponga una asignación óptima de recursos escasos a fines alternativos —esto es, a fines que son antagónicos, en tanto no pueden sustituirse unos por otros<sup>187</sup>—. De tal modo, deja entrever que dicho objeto económico puede ser generalizado “*hasta la inclusión de toda conducta que utilice medios limitados a un fin entre otros fines*”<sup>188</sup>. O, lo que es lo mismo, el objeto del análisis económico puede identificarse con toda conducta finalista que suponga una elección de tipo estratégico de medios.

Pero Foucault lleva sus conclusiones un paso más lejos y, partiendo de las conclusiones del economista Gary Becker, postula que el análisis económico puede incluso ser trasladado al campo de las conductas irracionales. Para ello, según este último autor, sólo es necesario que la conducta de un individuo cumpla con la condición de no ser aleatoria respecto de la realidad; esto es, que su conducta responda con cierta sistematicidad a alteraciones en las variables del medio. Es lo que Becker identifica como “*aceptar la realidad*”<sup>189</sup>. Y el *homo economicus*, afirma Foucault, es un sujeto que se

---

<sup>187</sup> Cfr.: FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, traducido por Horacio Pons. Madrid: Akal, 2009, pág. 224.

<sup>188</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 264-265.

<sup>189</sup> Para Becker, las decisiones irracionales deben aceptar la realidad en tanto no pueden, por ejemplo, dar respaldo a una elección que no se corresponda con el elenco de oportunidades de que disponga el agente. Tal elenco de oportunidades, a su vez, no se encuentra determinado por modificaciones erráticas del medio,

caracteriza por ser un neto aceptante de la realidad en el sentido apuntado; de allí que tanto sus conductas racionales como irracionales son susceptibles de dicho tipo de análisis.

En efecto, el *homo economicus* aparece en el siglo XVIII como un sujeto que se define en base a la persecución de su propio interés; interés que, sólo de forma espontánea, converge con el de los otros. Tal como lo reconstruye Foucault, desde la óptica de la teoría del gobierno se lo concibe como un sujeto al que no hay que tocar, sino al que hay que dejar hacer, en tanto se presenta como el interlocutor de una forma gubernamental que se rige por el *laissez-faire*. De tal modo, su gobernabilidad se plantea como una consecuencia necesaria: en tanto responde con sistematicidad a las alteraciones de las variables del medio —o sea, en tanto es aceptante de la realidad—, se plantea como un elemento manejable que responderá con sistematicidad a las modificaciones —también sistemáticas— que se introduzcan de manera *artificial* en el medio. Es decir, basta con introducir cambios en las variables que rigen las conductas de las personas, para poder influir en el comportamiento de éstas. Por ello, Foucault enuncia: “*de interlocutor intangible del laissez-faire, el homo economicus pasa a mostrarse ahora como el correlato de una gubernamentalidad que va a actuar sobre el medio y modificar sistemáticamente sus variables*”<sup>190</sup>.

Por otro lado, Foucault plantea que la noción del *homo economicus* se asienta sobre la definición de sujeto dada por el empirismo inglés. Dicha concepción aporta por vez primera en Occidente la idea de que los sujetos se definen como *sujetos de elecciones individuales* que son a la vez irreductibles e intransmisibles. Por “irreductibles” entiende a las decisiones que no remiten a razonamiento o cálculo alguno, sino que funcionan como “*una especie de tope regresivo en el análisis*”<sup>191</sup>. De tal modo, ellas se encuentran determinadas por un fin último que funciona como un límite racional, sobre el cual no tiene sentido interrogarse<sup>192</sup>, y que en sí mismo determina el propio interés de los sujetos.

---

sino que, al contrario, se encuentran modificadas de manera sistemática por variables de tipo económico. De allí la posibilidad de su abordaje por el análisis económico. Cfr.: BECKER, Gary. “Irrational behavior and economic theory”. *Journal of Political Economy* [en línea]. Chicago: University of Chicago Press, 1962, vol. 70, nro. 1, págs. 1-13. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1827018>.

<sup>190</sup> Cfr.: FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, pág. 267.

<sup>191</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 269.

<sup>192</sup> Foucault toma el ejemplo aporta David Hume, para quien la cuestión de la irreductibilidad de la razón es planteada en los siguientes términos: “*Parece evidente que los fines últimos de los actos humanos no pueden en ningún caso explicarse por la razón (...). Preguntad a un hombre por qué hace ejercicio, y os responderá que porque desea conservar la salud. Si le preguntáis entonces por qué desea la salud, inmediatamente os contestará que porque la enfermedad es dolorosa. Si lleváis vuestras inquisiciones más*

Por “intransmisibles” entiende que el fundamento último de las decisiones racionales se encuentra en sensaciones propias de las personas, que son el fundamento último de las preferencias. Como ejemplifica Foucault: “*se puede muy bien decir: prefiero estar enfermo yo y que otro no lo esté. Pero, de todos modos, ¿a partir de qué se hará esa sustitución de una elección por otra? A partir de mi preferencia y del hecho de que me parecería más penoso, por ejemplo, saber que otro está enfermo que estarlo yo mismo. Y en definitiva el principio de mi elección será sin duda mi sensación de pena o no pena, de algo penoso o agradable*”<sup>193</sup>. El carácter de qué es lo que configura lo penoso y su gradación puede variar significativamente en cada sujeto, por lo que sería un sinsentido predicar la racionalidad o irracionalidad de tales fundamentos últimos<sup>194</sup>.

En definitiva, Foucault denomina *interés* al principio que subyace en las elecciones de las personas que en su sentido más profundo se identifica con los caracteres de irreductibilidad e intransmisibilidad. Y de allí que el *homo economicus* se presente como un sujeto de interés.

Ahora bien, ¿cuál es la trascendencia que presenta el *homo economicus*, así entendido, para la comprensión de las conductas individuales, motivadas por una racionalidad formal y según fines? Si se tiene presente que, como se ha asentado en este trabajo, la racionalidad formal de las acciones individuales se identifica con el cálculo o

---

*allá y deseáis que os dé una razón de por qué odia el dolor, es imposible que jamás pueda daros ninguna. Se trata de un fin último, y no puede ser referido a ningún otro objeto*”. Así, Hume postula que no es posible un recurso *in infinitum* en el sentido de que una cosa pueda ser siempre la razón de que otra sea deseada, sino que tiene que haber algo deseable por sí mismo. Y este algo no lo será en virtud de la razón, sino en virtud de los sentimientos y afectos de las personas. Cfr.: HUME, David. *Investigación sobre los principios de la moral*, trad. de Carlos Mellizo. 3ª edición. Madrid: Alianza, 2014, págs. 204-205.

<sup>193</sup> Cfr.: FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, pág. 269.

<sup>194</sup> En esta idea, Foucault se apoya nuevamente en el pensamiento de David Hume. Para este último autor, no sólo la razón humana no constituye el fundamento último de las conductas, sino que tampoco puede ésta oponerse a la pasión en la dirección de la voluntad. “*La razón es y sólo puede ser esclava de las pasiones y no puede pretender otro oficio más que servir las y obedecerlas*”. Cfr.: HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*, trad. de Vicente Viqueira [en línea]. Albacete: Servicio de Publicaciones de la Diputación de Albacete, 2001, pág. 303. Disponible en: <http://www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf>. Las pasiones son entendidas como existencias originales, que no tienen otra referencia que la de su posesión por parte de los sujetos —Hume plantea que cuando una persona está, por ejemplo, indignada es que se halla poseída de una pasión—. Tales existencias originales, consecuentemente, no pueden ser opuestas o contradictorias con la verdad, ya que ello sólo es posible en la discordancia entre las ideas, en tanto copias, y los objetos que representan. Sólo los juicios del entendimiento humano pueden ser contrarios a la verdad, por poseer referencia a ella. De tal modo, y en lo relevante para este trabajo, la irracionalidad puede darse “*cuando al actuar una pasión en la acción y al buscar medios suficientes para el fin apetecido nos engañamos en nuestro juicio relativo a las causas y efectos. Cuando la pasión ni se halla fundada en falsos supuestos ni escoge medios insuficientes para su fin, el entendimiento no puede justificarla ni condenarla. No es contrario a la razón preferir la destrucción del mundo entero al arañazo de mi dedo*”. Cfr. *Ídem*.

el grado de cálculo económico posible para que los sujetos realicen sus gestiones, esa necesidad de razonamiento económico debe ser conectada con el sistema social en que se despliegan los sujetos para encontrar allí las bases que informen los criterios de corrección como marco de referencia. Como afirma Fariñas, “*la categoría de la racionalidad-formal (...) presupone siempre la existencia de un sistema social, bien sea jurídico o económico, cuyos criterios de decisión han de ser necesariamente conocidos y adoptados por el sujeto para poder calificar su acción de racional-formal. Consiguientemente, la racionalidad formal está sometida a las exigencias internas del sistema, que sirve de referencia para la actuación del sujeto*”<sup>195</sup>. En el marco de los Estados modernos, esos criterios pueden encontrarse, entre otros ámbitos, en el orden jurídico. Consecuentemente, ello posibilita el interrogante sobre los alcances de la relación entre el *homo economicus* como sujeto de interés, por un lado, y el derecho, por el otro. Tal vinculación puede ser realizada, desde el pensamiento *foucaultiano*, a través de la conexión entre el *homo economicus* y el *homo legalis* o sujeto de derecho.

El sujeto de derecho es rastreado en sus orígenes por Foucault como producto de los contratos sociales. A grandes rasgos, el autor expone que, en el estado de naturaleza, los sujetos son capaces de identificar sus intereses y de reconocer que, en sociedad, éstos pueden ser salvaguardados de mejor manera. Por ello, porque tienen interés en hacerlo, deciden someterse a un contrato social, aun pese al coste de sacrificar algunos intereses que no podrán ser protegidos en tanto deberán ser descartados como consecuencia de las transacciones entre las personas para poder arribar a un acuerdo. De tal modo, luego del pacto, el sujeto de interés —devenido en sujeto de derecho—, se encuentra vinculado ante otros para el cumplimiento del contrato que ha ratificado. ¿Y dónde radica el fundamento del carácter vinculante de ese contrato? Siguiendo a Hume, Foucault explica que el respeto del contrato social deviene en una idea que tiene tanto de intuitiva como de útil para este trabajo: el pacto se sostiene porque hay *interés* en que ello suceda. En palabras de este último autor: “*la aparición y el surgimiento del contrato no sustituyen al sujeto de interés por un sujeto de derecho. En un cálculo interesado, el primero ha constituido una forma, un elemento que va a seguir presentando hasta el final cierto interés. Y si ya no presenta ningún interés, nada puede obligarme a continuar obedeciendo el contrato*”<sup>196</sup>. De ello, colige Foucault, se deriva la idea de que interés y voluntad jurídica

---

<sup>195</sup> Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber. Cit.*, pág. 273.

<sup>196</sup> Cfr.: FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, pág. 272.

no se contradicen: el sujeto de derecho no desplaza al sujeto de interés. Por el contrario, éste permanece mientras que exista la estructura jurídica, a punto tal que excede al primero, lo sobrepasa<sup>197</sup>. Por ende, concluye, el interés constituye un elemento irreductible frente a la voluntad jurídica. No sólo que la voluntad jurídica no puede ir en contra del interés del sujeto, sino que además encuentra su fundamento último en él.

De tal modo, pienso, de esta superposición entre el sujeto de interés y el sujeto de derecho surge un elemento que permite comprender algo más acerca de la racionalidad formal que motiva a las acciones de los individuos en la modernidad. Si es verdad que, como se ha afirmado, *a)* al efectuar el cálculo económico y guiarse consecuentemente por una racionalidad formal, el *homo economicus* debe acudir a marcos de referencia a fin de encontrar allí los criterios a los cuales debe someter sus razonamientos; *b)* en el contexto de los Estados de derecho, ese cálculo económico puede tomar como referencia al derecho como sistema jurídico que imbuje criterios para calificar el accionar de los sujetos como racionales; *c)* en última instancia, el derecho adquiere su carácter vinculante en tanto los sujetos de interés conserven —valga la redundancia—, interés en su mantenimiento; entonces: *d)* es el interés —irreductible e intransferible— del *homo economicus* el que determina los criterios últimos de la racionalidad formal en las acciones que toman como marco al derecho. Vale decir, la racionalidad formal se encuentra determinada por el propio interés del *homo economicus*.

La centralidad que adquiere la noción de “interés” del *homo economicus* para la comprensión del carácter vinculante del derecho, sumada a la consideración de dicho orden jurídico como un marco de referencia dentro del cual se practica el cálculo económico propio de la racionalidad formal en los Estados modernos, puede llevar a la indagación acerca de la forma en que los sujetos determinan sus fines últimos —una vez más, puede recordarse aquí, *irreductibles e intransmisibles*—. Esto es, la relevancia que adquiere dicha noción en el marco de la racionalidad moderna de las acciones individuales puede conducir a la pregunta acerca de cómo se determina ese interés que motivará la pervivencia del derecho mismo y que, en definitiva, hará de marco para calificar a las acciones como racionales: ¿es creado por la voluntad libre de los sujetos económicos, o

---

<sup>197</sup> El énfasis el autor en la distinción entre sujeto de interés y sujeto de derecho puede resultar esclarecedor: “El sujeto de derecho no ocupa el lugar del sujeto de interés. Este último permanece, subsiste y prosigue mientras hay contrato. Desborda de manera permanente al sujeto de derecho. No es absorbido por éste. Lo desborda, lo rodea, es su condición perpetua de funcionamiento”. Cfr.: *Ídem*, pág. 272.

viene determinado por factores ajenos a ellos?

A modo de respuesta, incumbe destacar aquí que el interés del *homo economicus* reviste un carácter involuntario, en el sentido en que depende de factores que escapan a su control. Foucault denuncia que el interés de los sujetos, la voluntad que es su consecuencia y la realización o no de ese interés, se encuentran conectados a una serie de elementos que están fuera del alcance de dichos sujetos, de modo tal que el interés mismo aparece atado, en una relación de dependencia, a una serie de accidentes. Esos sucesos externos están, a la vez, situados en un aspecto indefinido, que no puede ser recorrido por los sujetos<sup>198</sup>. Esa incertidumbre de los acontecimientos que inciden en el interés del *homo economicus*, da también sustento a la necesidad de cálculo de la racionalidad-formal moderna.

Como puede apreciarse, la búsqueda de seguridad de este sujeto económico que se está describiendo se condice con la necesidad que se ha citado como motor de la burguesía en el tráfico comercial: la seguridad negocial. Asimismo, se compadece con el desarrollo de la mentalidad calculadora burguesa a lo largo del tiempo<sup>199</sup>, a punto tal que la gestión de los negocios del *homo economicus* está sometida a una racionalización absoluta. En palabras de Werner Sombart: “*el sujeto económico moderno (...) no concibe otra forma que la puramente racional para llevar los negocios, ni carece de la resolución necesaria para realizar sus propósitos: [aplica] siempre el método más perfecto de organización comercial, de técnica de producción o de contabilidad, porque es el más racional*”<sup>200</sup>.

La calificación de la tendencia de perseguir los fines individuales y propios del *homo economicus* en términos de actividad racional, finalmente, conduce al interrogante acerca de la relación entre ese individualismo y la *racionalidad según fines weberiana*. Es la noción de interés, nuevamente, la que permite vincular esta forma de racionalidad a la mentalidad propia del *homo economicus*; en particular, la manera en que se conecta de manera incierta con los acontecimientos que la determinan. De tal modo, como puntualiza

---

<sup>198</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 275.

<sup>199</sup> Como lo explica Werner Sombart, las relaciones propias de la economía capitalista se resuelven en gran parte en acuerdos de tipo comercial que se pueden traducir en dinero. De tal modo, ello deviene en el desarrollo de una particular “*mentalidad calculadora*” en la clase burguesa. Aquella consiste en “*la tendencia, el hábito, pero también la facultad de reducir el mundo a cifras y ordenar estas cifras en un complejo sistema de gastos e ingresos*”. Cfr.: SOMBART, Werner. *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*. Madrid: Alianza, 1982, pág. 137.

<sup>200</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 188.

Foucault, al estar inmerso “en esa suerte de extravagante mecánica que lo hace funcionar como un sujeto de interés individual dentro de una totalidad que se le escapa y que, sin embargo, funda la racionalidad de sus decisiones egoístas”<sup>201</sup>, el *homo economicus* se presenta como un sujeto que surge a modo de correlato de la “*mano invisible*” del mercado de Adam Smith. En cuanto “*mano*”, esta idea provoca en los sujetos la creencia de que, siguiendo sus propios intereses egoístas, de una manera providencial alcanzarán un cierto bienestar colectivo; en cuanto “*invisible*”, implica a la vez una cierta imposibilidad de que dichos sujetos tomen conciencia de que por detrás suyo hay una mano que dispone o liga lo que cada uno hace por sí, y que impide que todo agente económico busque el bien colectivo<sup>202</sup>. La adecuación del comportamiento por una racionalidad *según fines*, consecuentemente, se identifica en el marco del *homo economicus* moderno con el comportamiento económico tendiente a maximizar los propios fines de los sujetos, de manera esencialmente egoísta y desinteresada de la búsqueda de beneficios colectivos.

En suma, en el campo de las acciones individuales la racionalidad moderna se adecua perfectamente al interés del *homo economicus*. En el marco de la *racionalidad formal*, es el interés del sujeto económico el que da fundamento a la obligatoriedad misma del sistema jurídico al que los sujetos pueden acudir en búsqueda de criterios de decisión. En el ámbito de la *racionalidad según fines*, es el interés propio e individual del *homo economicus* el que se pone como objeto de la conducta.

En el título siguiente se plantea la relación que puede existir entre el derecho *racional formal* moderno tal y como ha sido descrito en este trabajo, y la doble racionalidad —*formal* y *según fines*— de las acciones individuales del *homo economicus* como elementos que pueden incidir en la creación de subjetividades por parte de los destinatarios de las normas.

### **2.2.3. El derecho como dispositivo: sobre la identidad e identificaciones de víctimas a que da lugar el paradigma de corte liberal/moderno**

El concepto de identidad, como problema clásico en la filosofía, ha sido objeto de un amplio desarrollo a lo largo de la historia del conocimiento. Básicamente, y en los términos en que se basa Claude Dubar, el debate ha girado en torno a dos grandes posturas

---

<sup>201</sup> Cfr.: FOUCAULT, Michel. *Op. cit.*, pág. 276.

<sup>202</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 276 y ss.

antagónicas que se denominan como “teorías esencialistas” y “teorías nominalistas”<sup>203</sup>.

Para las primeras, la identidad presupone el reconocimiento de la existencia de “esencias”, sustancias que presentan el doble carácter de ser a la vez inmutables y originales. Desde tal punto de vista, el autor plantea: “*la identidad de los seres empíricos es lo que permanece a pesar de los cambios, su similitud a sí mismos, fuera del tiempo, lo que permanece idéntico*”<sup>204</sup>. Como correlato de ello, los cambios que son acontecidos en las personas tras el devenir del tiempo no pueden formar parte de sus esencias en tanto no se avienen con dicho rasgo de inmutabilidad.

Desde esta primera postura, sostiene Dubar, las esencias pueden ser calificadas según su vinculación a determinadas “categorías”, entendidas como géneros que reúnen todos los seres empíricos que precisamente comparten esa misma esencia. Las categorías son las que definen ese punto común —o esencial— de los sujetos a los que se aplica y, a su vez, constituyen diferencias específicas en tanto difieren de las demás esencias. Menciona Dubar: “*el esencialismo postula que las categorías tienen una esencia real: son las esencias las que garantizan la permanencia de los seres y de su mismidad, que resulta así definida de manera definitiva. La identidad de los seres existentes es lo que hace que permanezcan idénticos, en el tiempo, a su esencia*”<sup>205</sup>. De tal modo, se propugna que los seres humanos presentan una singularidad esencial y una pertenencia a priori a tal categoría, que resulta independiente del tiempo y cuya indagación permite decir “quién es” cada uno en sí.

En contraposición, las teorías nominalistas —igualmente conocidas como “existencialistas”— parten de la idea negación de las esencias eternas y de la afirmación de que todo se encuentra sujeto al cambio. Consecuentemente, las identidades de los seres empíricos no son tenidas como una pertenencia a algún tipo de *a priori* atemporal, sino que, por el contrario, dependen de la época en que se las considere y del punto de vista a partir del cual se las tenga en cuenta. Desde esta óptica, las categorías no son otra cosa que las palabras que se emplean para nombrar a los seres. Tales palabras son los modos

---

<sup>203</sup> En este tema se seguirán algunas de las ideas que he presentado en “El rol del Estado en la construcción de identidades de niños, niñas y adolescentes: el panorama desde la óptica del reparto de bienes sociales”. En: LAJE, María Inés (comp.). *La infancia y sus derechos en el actual contexto*. Buenos Aires: Ediciones CICCUS – Centro de Integración, Comunicación, Cultura y Sociedad, 2012, págs. 113-128.

<sup>204</sup> Cfr.: DUBAR, Claude. *La crisis de las identidades. La interpretación de una mutación*. Barcelona: Bellaterra, 2002, pág. 10.

<sup>205</sup> Cfr.: *Ídem*.

de identificación, que varían en la historia, por lo que *“la identidad no es lo que permanece necesariamente 'idéntico', sino el resultado de una 'identificación' contingente. Es el resultado de una doble operación lingüística: diferenciación y generalización. La primera es la que tiende a definir la diferencia, la que incide en la singularidad de algo o de alguien en relación con los otros: la identidad es la diferencia. La segunda es la que busca definir el nexo común a una serie de elementos diferentes de otros: la identidad es la pertenencia común”*<sup>206</sup>. Según Dubar, dichas operaciones de diferenciación y de generalización conforman la base de lo que se denomina la paradoja de la identidad, la que postula que —de manera simultánea—, *“lo que hay de único es lo que hay de compartido”*<sup>207</sup>.

La aplicación de esta segunda teoría a las personas humanas, según el autor, lleva a dos formas de identificación: las atribuidas por los otros —que también llama “identidades para los otros”— y las identificaciones reivindicadas por uno mismo —o “identidades para sí”—. Frente a ello, expone que las identidades atribuidas a uno siempre pueden ser aceptadas o rehusadas, y que cada uno puede identificarse a sí mismo de manera distinta a la que manera en que lo hacen los demás.

Tales ideas de Dubar, considero, introducen la manera en que el derecho puede incidir en la formación de identidades. Más específicamente, partiendo de una teoría de tipo nominalista, en este trabajo se entenderá que el derecho también puede erigirse en un “Otro” cuya racionalidad impone ciertas identificaciones a las personas; identificaciones sobre las cuales se construye una identidad determinada, y que, como conceptualmente lo expone dicho tipo de teoría, pueden diferir de las que las personas adopten para sí mismas.

En tal sentido, puede pensarse en cómo el derecho, a través del lenguaje, impone en sus contextos de uso o de interpretación ciertas categorías sobre las personas y, en definitiva, en cómo adscribe ciertas características a éstas, muchas de ellas incluso con un marcado carácter estigmatizante<sup>208</sup>. Tales operaciones y su incidencia en cuanto a la forma en que las identidades son construidas, pueden ser comprendidas a partir de los

---

<sup>206</sup> Cfr.: *Ídem*.

<sup>207</sup> Cfr.: *Ídem*.

<sup>208</sup> Tal es el caso, por ejemplo, del término “*menor*” empleado por las leyes sancionadas con anterioridad a la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño reservado para la infancia pobre, abandonada o delincuente; o los términos “*discapacitado*”, “*toxicómano*”, “*demente*”, entre tantos otros.

aportes de Peter Berger y Thomas Luckmann quienes, en su “teoría del conocimiento” dedican una parte de su obra al estudio de la manera en que el lenguaje presenta cierta relevancia en la interacción cotidiana de las personas. De tal modo, resaltan la forma en que aquél, en tanto sistema de signos vocales, permite la construcción de campos semánticos dentro de los cuales “*se posibilita la objetivación, retención y acumulación de experiencia biográfica e histórica*”<sup>209</sup>. De tal modo, entienden, se puede formar un acopio de conocimientos que tiene relevancia no sólo en la interacción cotidiana entre las personas, sino también en la generación de *esquemas tipificadores* que permitan la aprehensión del otro durante los procesos de interacción<sup>210</sup>.

Si se acepta la tesis propuesta de que el derecho funciona como un “Otro” que adscribe ciertas características a través del lenguaje, puede entenderse que, en términos generales, las categorías expresadas a través del derecho, leídas a la luz de la propuesta de Berger y Luckmann, pueden ser vistas como identificaciones que pueden llegar a diferir de las que las personas reivindican para sí. Dicho en otros términos, es conceptualmente posible que las categorías del derecho supongan una forma de identificación para las personas, que no reflejen necesariamente las identificaciones que las mismas reclaman para sí.

La mecánica de esta atribución de identificaciones por parte del derecho puede ser comprendida con el apoyo de la noción de “dispositivo”; particularmente, por el énfasis que otorga dicho concepto a la influencia que ejerce el poder en la determinación de las subjetividades. En efecto, Giorgio Agamben toma la noción de dispositivo de Foucault y la sujeta a un desarrollo que parte de una división general y masiva de todo cuanto existe en dos grupos: “*por un lado, los seres vivientes (o las sustancias), y por el otro, los dispositivos en los que éstos son constantemente capturados*”<sup>211</sup>. Es decir que esta primera gran distinción distingue dos elementos: por un lado, los seres; por el otro, los dispositivos que de cierta manera vinculan o se conectan con los primeros.

Bajo el nombre de “dispositivos” engloba “*literalmente a cualquier cosa que de algún modo tenga la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar,*

---

<sup>209</sup> Cfr.: BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta. Buenos Aires: Amorrortu, 2008, pág. 58.

<sup>210</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 46.

<sup>211</sup> AGAMBEN, Giorgio. *¿Qué es un dispositivo? seguido de El amigo y de La Iglesia y el Reino*, trad. de Mercedes Ruvituso. Barcelona: Anagrama, 2015, pág. 23.

*controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivientes*”<sup>212</sup>. De tal modo, y en una definición que presenta una amplitud deliberada, todas las entidades —ya sean materiales o inmateriales— que presenten la cualidad de ser susceptibles de influir en los seres vivientes en la manera indicada, pueden ser tenidas como dispositivos. Más aún, Agamben entiende por tales no sólo a aquellos cuya conexión con el poder resulta de algún modo evidente —tales como las prisiones, los manicomios, las escuelas, las medidas jurídicas, etc.—, sino también a aquellos en los que la relación es un tanto más difusa —la pluma, la escritura, la literatura, los teléfonos móviles o el lenguaje—. El dispositivo es así heterogéneo en su composición, y se encuentra signado por una relación de poder frente a los seres vivientes.

De la relación entre estos seres vivientes y de los dispositivos, Agamben menciona el surgimiento de un tercer elemento que completa su esquema y que guarda estricta relación con la cuestión identitaria a que estoy haciendo alusión: se trata de la noción de sujetos. Por “sujeto” llama “*a lo que resulta de las relaciones y, por así decir, del cuerpo a cuerpo entre los vivientes y los dispositivos*”<sup>213</sup>. De tal modo, los sujetos difieren de las sustancias y surgen de los procesos de subjetivación: “*el usuario de teléfonos móviles, el navegante en internet, el escritor de cuentos, el apasionado del tango, etc.*”<sup>214</sup>. Es así como Agamben argumenta la manera en que la subjetividad nace a partir de las relaciones entre los seres vivientes y los dispositivos, y parecería rechazar en consecuencia, las tesis de las teorías esencialistas mencionadas; de otro modo, no tendría sentido la cuestión de remarcar el surgimiento de la subjetividad a través de la interacción entre los seres y los dispositivos, sino que ésta debería ser inmanente.

Haciendo hincapié en el supuesto según el cual los procesos de subjetivación se generan a través de los mecanismos de diferenciación y generalización antes mencionados, puede afirmarse que los dispositivos pueden presentar una lectura que los compatibilice con lo que Dubar llama un “Otro” que atribuye formas de identificación determinadas. Asimismo, ello se condice la idea según la cual el derecho es un dispositivo específico que, como se ha mencionado, tipifica a los sujetos bajo una racionalidad concreta.

En efecto, no resulta difícil comprender la manera en que el ordenamiento jurídico

---

<sup>212</sup> Cfr.: *Ídem*.

<sup>213</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 24.

<sup>214</sup> Cfr.: *Ídem*.

se encuentra alcanzado por la relación de poder sobre los seres a que alude el autor, como propia de los dispositivos. Como se ha descrito con anterioridad, el pensamiento de Weber explica el modo en que el derecho se presenta como un orden social —jurídico— de dominación legítima. Esa idea de dominación legal resulta fácilmente asimilable al concepto de Agamben: en tanto el derecho tiene la facultad de asegurar los comportamientos de las personas, se plantea como un dispositivo por antonomasia. De tal modo, el derecho en tanto dispositivo es susceptible de generar subjetividades en las personas.

Se habla aquí de “subjetividades” —en plural—, en tanto en este trabajo se parte de la idea de que no existe un sentido unidireccional, unívoco, en que el derecho pueda generar identificaciones en los seres. Por el contrario, a partir del análisis *weberiano* de la racionalidad, se entiende que el derecho se endereza a construir subjetividades diversas, según cual sea la forma de racionalidad en que se inspire.

Como se ha expresado con anterioridad, el derecho racional-formal moderno, con su énfasis en propender a la seguridad jurídica mediante su autosuficiencia, sistematicidad y uniformidad, se corresponde con la racionalidad formal y según fines de los actos, propia de los sujetos a los que se ha identificado en base a los rasgos del *homo economicus*. Sujetos estos que, a su vez, responden en el plano histórico-político a los intereses del sector social que movilizó el surgimiento del Estado liberal y de los derechos humanos: la burguesía.

Con el marco que provee esta comprensión del derecho como dispositivo, sumado a la descripción que aquí se ha hecho del mismo como orden de dominación racional, se está finalmente en condiciones de esbozar lo que en el marco de este trabajo se entiende como el *paradigma moderno* de reparaciones por violaciones a derechos fundamentales. Vale decir, el planteo de aquella especificidad que presenta un conjunto de normas jurídicas concretas, valores y creencias, que permite la construcción de subjetividad de las personas en un sentido determinado.

Teniendo ello presente, cabe recordar aquí que uno de los objetivos que motiva este trabajo consiste en la descripción de las formas de subjetividad a que dan lugar las medidas de reparación en el contexto del Estado de derecho moderno. Por consiguiente, la construcción conceptual de los paradigmas que se procura delinear aquí no pretende servir a otro fin que a dar respuesta a dicho propósito.

Partiendo de la manera en que se articulan las formas jurídicas que he descripto como *restitución y compensación*, debe recordarse que ambas se integran en un esquema que permite su reconducción última a condenas de dar sumas de dinero. En tal sentido, es habitual considerar que cuando la restitución no es posible, así también como cuando la compensación en especie se encuentra imposibilitada, el objeto de las medidas de reparación muta y se convierte en condenas de sumas dinerarias. De tal modo, puede entenderse que el derecho posibilita la cuantificación de las reparaciones y brinda así mayor seguridad a las víctimas y demás destinatarios de las normas: mediante un cálculo aritmético y el cotejo de los bienes jurídicos conculcados con valores que se toman como patrones de comparación, los daños son trasladados a valores numéricos traducidos a dinero.

En este sentido, entiendo que el que aquí se denomina como *paradigma moderno* de reparaciones se asemeja al sentido *kuhniiano* de paradigma en su acepción de *matriz disciplinar*. En tanto las reparaciones en dinero gozan de una amplia legitimación en la práctica judicial —en particular, la comunidad de abogados, magistrados y teóricos del derecho—, existe un amplio desarrollo que fundamenta su estudio y su aplicación práctica. Ese conjunto de creencias compartidas hace las veces, consecuentemente, de criterio que permite distinguir cuándo una práctica se adecua o no a las convicciones de tales sujetos y, asimismo, posibilita la distinción de un uso legítimo frente a otro que no lo sea.

Por otro lado, el orden jurídico en que se asienta este paradigma, en tanto se encamina a la cuantificación de los daños sufridos por las víctimas en base a que existen normas concretas que así lo establecen, participa de los caracteres del derecho que siguiendo a Weber se han indicado como los productos específicamente occidentales del proceso de racionalización moderno. Esto es, puede ser comprendido como un derecho de tipo *racional-formal*. Ello confluje, en la racionalidad de las acciones de los sujetos, en una racionalidad que asume los caracteres de *formal* y *según fines*: lo primero, en tanto la cuantificación permite el cálculo de adecuación de fines a medios para el sujeto, empleando el derecho como marco de referencia; lo segundo, en tanto la compensación dineraria permite dar respuesta al interés propio, personal, de la víctima.

Estas racionalidades en que se asienta el paradigma, a su vez, posibilitan una mayor seguridad en las relaciones sociales. La traducción de los perjuicios sufridos a

valores numéricos en base a los criterios que aportan normas positivas es una actividad susceptible de ser conocida por los individuos antes de la aplicación de las normas por parte de los jueces. E incluso, luego de su puesta en práctica, sólo basta con cotejar el contenido de las normas con el resultado de su aplicación para poder ejercer un control de esta actividad por parte de los jueces. Estas actividades —el conocimiento previo de las normas jurídicas y su empleo para el contralor de las actividades de los órganos del Estado—, se condicen con el sentido que asume el valor de *seguridad jurídica* tal como ha quedado planteada en el primer capítulo de este trabajo. A su vez, este valor es correlato del *principio de legalidad* sobre el que se asienta el Estado liberal moderno.

Sin embargo, como también se ha mencionado con anterioridad, la creciente complejidad de las relaciones entre las personas y sus intercambios, sumada al desarrollo cada vez más técnico de las tareas de los juristas, producen que en la modernidad el derecho se torne cada vez más en un producto alejado del conocimiento y comprensión de los sujetos no versados en materias legales. Tal complejidad del derecho redunda, por un lado, en su desconocimiento por parte de los destinatarios a quienes está llamado a regir. Por el otro, provoca cada vez más dificultades en que los sujetos puedan encontrar en sus normas criterios para adecuar su conducta. De tal modo, el derecho de este paradigma se vuelve algo que pasa a ser propiedad de una comunidad de juristas especializados, conocedores de los criterios de su aplicación, frente a los demás miembros de la sociedad a quienes también está llamado a regir.

Esa suerte de desavenimiento entre los conocimientos compartidos por un conjunto de funcionarios especializados, abogados y teóricos del derecho, por un lado, y los demás destinatarios de las normas —las víctimas de violaciones a derechos fundamentales, sus familiares y comunidades—, por el otro, se plantea como un espacio que tiene la potestad de ser el fundante de una práctica renovada del derecho. El siguiente capítulo de este trabajo se dedicará a reflexionar sobre este ámbito en el marco de las reparaciones.

### 3. LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN SIMBÓLICA COMO PARADIGMA DE REPARACIÓN ANTE VIOLACIONES A DERECHOS FUNDAMENTALES

En este último capítulo se procura brindar una aproximación a las medidas de reparación simbólica a partir de sus diferencias frente a las que se han identificado como pertenecientes al paradigma moderno. Con el fin de remarcar tales contrastes, aquí se describirá la forma que asume la racionalidad típica que anima a estas nuevas medidas en la esfera del derecho, y —con el mismo enfoque con el que se trató el paradigma moderno—, se puntualiza su incidencia en la formación de subjetividades en sus destinatarios. Para ello es necesario, de manera previa, señalar de qué manera este tipo de medidas pueden también ser presentadas como paradigmas.

Como se ha expresado con anterioridad, la noción misma de paradigmas en Kuhn admite un doble significado. Por un lado, en tanto *matriz disciplinar*, alude a un conjunto de elementos que determinan los consensos de un grupo cuyas prácticas está llamada a regir. Por el otro, en tanto *ejemplar*, se vincula con un elemento específico, un caso concreto, que integra el conjunto de las prácticas del grupo. Ambas especies, se ha señalado, funcionan de manera distinta: la primera de ellas, mediante reglas y consensos que suponen los criterios a los cuales las prácticas deben ser adecuadas para contar con la legitimidad de la comunidad; la segunda, a través de la exhibición de un caso concreto que mediante la analogía, funciona como un supuesto específico que es a la vez ejemplo de un modelo —que se deduce de una matriz—, e índice que reúne los rasgos de nuevas prácticas y que a su vez moldea a éstas<sup>215</sup>.

Además, en el capítulo anterior se han identificado una serie de rasgos de lo que, entiendo, constituye la matriz del paradigma moderno de las reparaciones y, al hacerlo, se ha manejado una noción que supone la primera acepción de paradigmas. Ello se desprende de la existencia de normas concretas que regulan la práctica de imposición de medidas de reparación en el modo indicado, en el sentido de que los sistemas jurídicos que las reconocen, admiten junto a la obligación de restituir a la víctima a su estado

---

<sup>215</sup> Esta doble caracterización puede deducirse, a su vez, de los rasgos que asume el concepto de paradigma de Foucault. Como afirma Agamben, “*el paradigma foucaultiano es las dos cosas al mismo tiempo: no sólo ejemplar y modelo, que impone la constitución de una ciencia normal, sino también y sobre todo exemplum, que permite reunir enunciados y prácticas discursivas en un nuevo conjunto inteligible y en un nuevo contexto problemático*”. Cfr.: AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum. Sobre el método*. Cit., pág. 24.

anterior, la posibilidad de compensar los daños que se ocasionan cuando dicha recomposición es imposible. Esta articulación de la restitución y la compensación, con distintos matices, encuentra respaldo en las conclusiones de la dogmática jurídica y en la jurisprudencia de distintos tribunales. Para ilustrarlo, se han brindado ejemplos de la Corte IDH.

La idea que se presenta en lo sucesivo es la de vincular a las medidas de satisfacción —también conocidas como medidas de reparación simbólica— al concepto de paradigmas, no bajo la apariencia de *matrices disciplinares*, sino en su acepción de *ejemplares*. Esta afirmación se impone en tanto, en mi criterio, dichas respuestas se vinculan de manera distinta frente al derecho y a las prácticas tanto de los operadores jurídicos, como de las víctimas y la sociedad en su conjunto. Esta noción, asimismo, tiene la ventaja de que permite explicar cómo ha tenido lugar la práctica de su reconocimiento en contextos como el demarcado por ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como los Estados que lo integran, en términos de cambio paradigmático.

Como se ha sentado con anterioridad en este trabajo, los paradigmas se presentan como construcciones que tienen vigencia en los consensos de los grupos que les dan sustento. Resulta útil, como punto de partida, ser conscientes de que en tanto reflejos de ciertos productos culturales que gozan de legitimidad en momentos históricos concretos —conjuntos de consensos respecto a formas de comprender el mundo, creencias metafísicas, valores, etc.—, los paradigmas están sujetos al cambio, así como también lo están los integrantes de las comunidades. O, como lo expresa Boaventura de Sousa Santos apelando a una comparación con los ciclos biológicos, “*los paradigmas socio-culturales nacen, se desarrollan y mueren. Al contrario de lo que pasa con la muerte de los individuos, la muerte de un determinado paradigma trae dentro de sí el paradigma que ha de sucederle*”<sup>216</sup>.

Este entendimiento de los paradigmas como reflejos de formas de pensar y de comprender la realidad, vigentes en un momento dado, no debe llevar a la idea de que la sustitución de un paradigma por otro es producto de un acto único, fácilmente identificable, que permite la demarcación unívoca e inmediata del fenómeno al mismo

---

<sup>216</sup> Cfr.: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Volumen I*, trad. de Joaquín Herrera Flores (et. al.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003, pág. 13.

tiempo en que está ocurriendo. Muy por el contrario, dicho reemplazo suele asumir una forma esquiva para el discernimiento de los miembros de las comunidades; sin embargo, resulta observable cuando se toma una cierta distancia. La distinción que marca el autor citado es también elocuente en este sentido: “*también al contrario de lo que sucede con los individuos, sólo muchos años, si no incluso siglos, después de la muerte de un paradigma socio-cultural, es posible afirmar con seguridad que murió y determinar la fecha, siempre aproximada, de su muerte. El pasaje entre paradigmas —la transición paradigmática— es, así, semiciego y semiinvisible. Sólo puede ser recorrida por un pensamiento construido, él mismo, con economía de pilares y habituado a transformar silencios, susurros y resaltos insignificantes en preciosas señales de orientación*”<sup>217</sup>.

Con pretensiones marcadamente más reducidas, aunque animado por el entendimiento de que un enfoque como el referido es de gran utilidad para comprender una realidad tan incierta como la de las transiciones paradigmáticas, el resto de este análisis procurará proponer algunos de los que pueden ser tenidos como esos “*silencios, susurros y resaltos insignificantes*”, orientadores para la afirmación de la existencia de un cambio en el acotado marco de los paradigmas sobre las reparaciones a las víctimas de violaciones a derechos fundamentales. Los criterios que serán tenidos como punto de comparación entre un paradigma y otro, siguiendo la tónica de este trabajo, se encuentran en la racionalidad del derecho, en la calificación del interés de los individuos con que se vincula dicha racionalidad y en las formas de subjetividad que generan las normas en sus destinatarios, aspectos sobre los que se profundizará en los títulos sucesivos.

En lo que resta de la introducción a este capítulo, interesa hacer mención de una de las maneras en que puede operar el cambio paradigmático. Para ello, los aportes de Thomas Kuhn pueden resultar, nuevamente, esclarecedores. En efecto, dicho autor enunció que una de las maneras en que tiene lugar una modificación en el seno de un paradigma se encuentra en la noción de *crisis*. Por tales, entiende a aquellas etapas en la vida de un paradigma en las que las respuestas que brinda la denominada *ciencia normal* evidencian un cierto fracaso ante los enigmas —a los que conceptualmente está llamada a responder— para dar los resultados esperados. Tal como lo pone el autor, “*el fracaso*

---

<sup>217</sup> Luego de tales palabras, Santos se aboca a la compleja tarea de reflexionar acerca del fenómeno de lo que identifica como la etapa final del momento transicional entre el paradigma de la modernidad y otro nuevo, emergente, aún por conocer. Esta etapa de transición se caracteriza porque “*nos enfrentamos a problemas modernos para los cuales no hay soluciones modernas*”. Cfr.: *Ídem*.

*de las reglas existentes es el que sirve de preludio a la búsqueda de otras nuevas*<sup>218</sup>. Y esta tarea refundadora de una nueva práctica tendrá su punto de partida en todo aquello que constituyen los naufragios de las concepciones que le anteceden. Las crisis, este sentido, se presentan como oportunidades para rediseñar las herramientas mediante las cuales venía estructurándose anteriormente una cierta práctica.

Las anomalías que pueden causar este tipo de respuestas en el campo de las ciencias requieren, en la teoría *kuhniana*, de una cierta profundidad y permanencia temporal que lleve, en un primer momento, a procurar —de manera infructuosa— su solución a través del paradigma del que se predicen. Tras una serie reiterada de tales tentativas de resolución, las anomalías se presentan como reveladoras de una crisis y pueden provocar el debilitamiento de “*las reglas de resolución normal de enigmas, en modo que, eventualmente, permiten la aparición de un nuevo paradigma*”<sup>219</sup>.

Los periodos de crisis transicionales, caracterizados por estos intentos de respuestas basados en los paradigmas sometidos a cuestionamiento, terminan provocando el efecto de su identificación con un fenómeno mediante el cual las reglas que lo componen se tornan cada vez más confusas. Ello es así a punto tal de que “*aun cuando existe todavía un paradigma, pocos de los que practican la ciencia en su campo están completamente de acuerdo con él. Incluso las soluciones de algunos problemas aceptados con anterioridad se ponen en duda*”<sup>220</sup>. En consecuencia, las crisis nacen correlativamente con las confusiones que provoca en los paradigmas esta relajación de las reglas que lo dominan. Y, además, todas ellas finalizan con la aparición de un nuevo modelo como candidato a paradigma y con la lucha para su aceptación<sup>221</sup>. Como consecuencia sobrevienen las revoluciones paradigmáticas, las que suponen el reemplazo total o parcial del paradigma, por uno nuevo e incompatible con el anterior.

La *crisis* que se toma a los fines de este estudio se inserta en el marco de la situación paradójica que, siguiendo a Weber, se ha planteado como una de las consecuencias últimas del desarrollo del derecho racional-formal moderno. La racionalización puede ser entendida, en este contexto y en los términos de dicho autor, como aquél fenómeno según el cual “*se sabe o se cree que en cualquier momento que se*

---

<sup>218</sup> Cfr.: KUHN, Thomas. *Op. cit.* Págs. 114-115.

<sup>219</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 132.

<sup>220</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 137.

<sup>221</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 139.

*quiera se puede llegar a saber, que (...) no existen en torno de nuestra vida poderes ocultos e imprevisibles, sino que, por el contrario, todo puede ser dominado mediante el cálculo y la previsión*<sup>222</sup>. Esta necesidad de asentar el comportamiento humano en el marco de un derecho que confiera seguridad a las personas ha agudizado el desarrollo técnico de aquél, a punto tal de que se llega, de manera paradójica y en la fase final del proceso de racionalización jurídica, a una cierta tensión entre las perspectivas de la racionalidad formal del orden jurídico y de las acciones individuales. De tal modo, se produce —tal como se ha mencionado más arriba—, la práctica creciente de un número de personas que, ante dicho panorama, encuentran mayores dificultades de orientar sus acciones según el comportamiento racional teleológico supuesto por dichas normas.

El planteo a realizar, por lo tanto, supone una consideración de tal alejamiento entre la racionalidad de tales normas y la propia de las acciones de sus destinatarios como un espacio susceptible de generar confusión en los sujetos, en un grado similar al que origina las crisis a nivel paradigmático. Consecuentemente, se plantea un escenario de relajación de las reglas, de modo tal que los sujetos tienen incentivos para orientar sus conductas según valores —lo que desde la óptica de la racionalidad formal supone su consideración en términos de comportamiento *irracional* según Weber—; o bien puede operar una modificación en los fines del derecho, de modo que éste contemple los intereses de los sujetos a quienes está llamado a regir a través de la introducción de ciertos contenidos sustanciales que los tengan en cuenta.

El nacimiento de las medidas de reparación simbólica como respuestas del Derecho ante violaciones a derechos fundamentales, entiendo, puede ser analizado desde dicha óptica. En particular, su aparición en contextos como el del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se plantea como el reconocimiento de ciertos elementos materiales entre el elenco de las consecuencias jurídicas derivadas de los ilícitos graves que están destinadas a cubrir. De tal modo, a través de estas prácticas, los remedios del derecho ya no se conforman con la cuantificación económica del daño a resarcir, sino que intentan reparar a las víctimas en una dimensión nueva, anteriormente no contemplada en los sistemas jurídicos. Por ello, conviene en este punto detenerse a reconstruir cuáles son las especificidades que suponen dichas medidas en su objeto, a fin de evitar su confusión conceptual con otras formas jurídicas afines.

---

<sup>222</sup> Cfr.: WEBER, Max. *El político y el científico*, trad. de Francisco Rubio Llorente. Madrid: Alianza, 2007, pág. 201.

### 3.1. Sobre las medidas de satisfacción

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, las medidas de satisfacción se presentan como el fruto de una amplia labor argumentativa por parte de la Corte IDH. Ante la ausencia de normas en tal sistema que las recepte de manera específica en su carácter de tales, el reconocimiento de que han sido fruto ha asumido la forma de construcciones jurisprudenciales: como primer antecedente, acontecido en el año 1994, suele citarse el caso “Aloeboetoe Vs. Suriname”, a través del cual la Corte IDH procedió al dictado de una medida innominada con la que se ordenó al Estado demandado a reabrir una escuela ubicada en Gujaba, proveerle de personal docente y administrativo para su funcionamiento permanente y poner en operación un dispensario<sup>223</sup>. Dicho precedente, según lo califica parte de la doctrina, se presenta en el seno de la Corte IDH como “*el punto de partida para una incipiente práctica de ir fijando medidas que se analizaban por fuera de las clásicas indemnizaciones*”<sup>224</sup>.

Con el paso del tiempo, y tras su ulterior desarrollo, la Corte IDH ha ido expandiendo el elenco de medidas a dictar bajo el rótulo de satisfacción. Gracias a la falta de rigidez con que deliberadamente parece manejarse en la materia, dicho organismo ha permitido que ellas puedan adecuarse de mejor modo a los condicionantes de cada caso en particular. Al solo efecto de exponer su amplitud, puede tomarse la clasificación que enmarca a las mismas bajo las siguientes categorías: *medidas de reconocimiento y de determinación de responsabilidad; medidas de disculpa; medidas de publicidad y medidas de conmemoración*<sup>225</sup>.

Respecto a las primeras, puede decirse que la Corte IDH suele disponer, aún frente al allanamiento por parte del Estado demandado, que el responsable de la violación efectúe un reconocimiento de responsabilidad a través de un acto público que debe reunir las condiciones que se le impongan: entre ellas, el idioma de la declaración o el lugar en que debe ser efectuada<sup>226</sup>. En caso de que el Estado no reconozca voluntariamente su

---

<sup>223</sup> Cfr.: Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, Párr. 48.

<sup>224</sup> Cfr.: ROUSSET SIRI, Andrés Javier. “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Internacional de Derechos Humanos* [en línea]. Mendoza: Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, 2011, no. 1, págs. 59-79, pág. 72. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/frank/30948.pdf>.

<sup>225</sup> Cfr.: ROJAS BÁEZ, Julio José. *Op. cit.*, págs. 112 y ss.

<sup>226</sup> Cfr.: “Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala”, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 116, en la que se ordenó, aunque el Estado ya había manifestado su pesar en audiencia pública, la realización de un acto público que cuente con las autoridades estatales frente a las víctimas maya achi.

responsabilidad y que dicho organismo decisor deba declararla, las *medidas de determinación* tendrán por finalidad que el demandado cese el hecho lesivo y que procure alcanzar un acuerdo sobre las reparaciones con las víctimas<sup>227</sup>. Las *medidas de disculpa*, por su parte, tienen por finalidad que el Estado responsable realice un pedido público de perdón hacia las víctimas y sus familiares<sup>228</sup>. Por otro lado, las *medidas de publicidad* implican la publicación de la sentencia o de partes de la misma a cargo del Estado responsable. Dichas proclamas suelen ordenarse con cargo de cumplir ciertas modalidades, tales como idioma, lugar o vías de divulgación<sup>229</sup>. Por último, mediante las *medidas de conmemoración*, la Corte IDH ha ordenado a los responsables la realización de actos en memoria de los individuos lesionados, tales como la asignación de los nombres de las víctimas a calles, plazas o escuelas; la realización de actos públicos; la erección de monumentos o, incluso, la creación de becas con el nombre de la víctima<sup>230</sup>.

Constituye una opinión prácticamente unánime en la doctrina la creencia de que la Corte IDH propone un estándar que se presenta como algo que es sumamente novedoso “*en su contenido, aplicación y desarrollo, pues ningún otro tribunal regional de protección de derechos humanos ha creado un modelo con las singularidades que incluye el modelo de reparaciones del sistema interamericano*”<sup>231</sup>. Mayormente si a este hecho se suman sus facultades en materia de supervisión del contenido de sus sentencias, tal como dispone el art. 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ante ello, cobra sentido interrogarse respecto de los fundamentos jurídicos que habilitan a este tribunal a abocarse a reconocer remedios con tanta amplitud.

El origen de esta práctica innovadora llevada a cabo por la Corte IDH, surge de la interpretación que tal organismo efectúa de la norma genérica de competencia contemplada en el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto dispone que deben mandarse a reparar las consecuencias que devienen de la

---

<sup>227</sup> Cfr.: Carpio Nicolle v. Guatemala, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 117.

<sup>228</sup> Cfr.: Bulacio v. Argentina, 2003 Corte I.D.H. (ser. C) No. 100, en el que se requiere a la República Argentina que publique en el Boletín Oficial la parte resolutive del fallo.

<sup>229</sup> Cfr.: Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 116, en el que la Corte IDH dispuso que el Estado traduzca la Convención Americana sobre Derechos Humanos al idioma maya achí y que asimismo aporte los recursos necesarios para facilitar su divulgación.

<sup>230</sup> Cfr.: Mack Chang v. Guatemala, 2003 Corte I.D.H. (ser. C) No. 101.

<sup>231</sup> Cfr.: BECERRA BECERRA, Zoraida Lucía. “Algunas consideraciones en torno al modelo de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* [en línea]. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2014, vol. 23, no. 2, págs. 57-77, pág. 58. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/2224>.

vulneración de derechos de las víctimas<sup>232</sup>. El sentido que la Corte adscribe a dicho artículo es el que funda el principio de reparación integral, como pauta rectora en la materia de la imposición de remedios ante violaciones de derechos fundamentales. Así, la Corte IDH tiene dicho: *“la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados”*<sup>233</sup>. De tal modo, lo que subyace tras esta amalgama de medidas de reparación no es otra cosa que el principio de reparación integral.

¿Qué es lo que especifica a estas medidas frente a las demás? En palabras de la Corte, a través de las medidas de satisfacción dicho organismo pretende fijar remedios que se orienten a *“reparar el daño inmaterial y que no tienen naturaleza pecuniaria, y [disponer] medidas de alcance o repercusión pública”*<sup>234</sup>. De tal manera, las mismas se enderezan a reparar daños inmateriales, a la vez que procuran extender las consecuencias remediales a un nivel supraindividual. Dicho de otro modo, la especificidad del daño supone que el mismo afecte intereses no susceptibles de una traducción económica, los que se presentan como *“sufrimientos y (...) aflicciones causados a las víctimas, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones en*

---

<sup>232</sup> Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *“cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”*.

<sup>233</sup> Cfr.: Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, Párrafo 342.

<sup>234</sup> La fórmula transcrita suele ser repetida en varios casos de manera previa a evaluar la medida correspondiente dadas las particularidades de la materia sometida juzgamiento. A modo ilustrativo, cfr.: Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, Párrafo 208.

De manera coherente con esta perspectiva de la Corte IDH, se las ha comprendido como medidas que *“proveen reparación a la víctima de forma simbólica o representativa, pero que también tienen un impacto en la comunidad y el entorno social a lo interno del Estado, y a la repercusión pública”*. Cfr.: ROJAS BÁEZ, Julio José. *Op. cit.*, pág. 111.

*las condiciones de existencia de la víctima o su familia*<sup>235</sup>, a la vez que las vías remediales trascienden la esfera individual y suponen el reconocimiento de una dimensión social.

En cuanto a esta extensión a una esfera que trasciende lo meramente individual que presentan las medidas de satisfacción, Rousset Siri reflexiona: “*estas últimas medidas mencionadas adquieren relevancia por la proyección que tiene sobre la sociedad en su conjunto. Preguntar por qué tal día lleva cual nombre, o pararse unos minutos a contemplar un monumento de los que hemos señalado, lleva a quienes no hemos sido víctimas de tales hechos a reflexionar acerca de lo que significó la afrenta y tener conciencia de no repetición*”<sup>236</sup>.

Este recorrido sintético por el concepto de las medidas de satisfacción de la Corte IDH deja entrever ciertas complejidades que puede asumir su fijación en cada caso concreto. Es que, paradójicamente, si bien presentan la ventaja de que coadyuvan a dar cumplimiento de manera más acabada al deseado objetivo de reparar integralmente a las víctimas, al no hacerlo según un catálogo concreto de medidas fijadas previamente en la ley, se aleja de las posibilidades de cálculo y previsibilidad. De tal modo, se escenifica la tensión entre *seguridad jurídica* y *reparaciones a los derechos fundamentales*, inmanente al Estado de derecho en su faz sustancial, a que he hecho alusión en el primer capítulo. Para comprender mejor el verdadero alcance que, en mi criterio, puede asumir esta situación, deben señalarse los rasgos que asume la racionalidad que anima a estas medidas.

### **3.2. Sobre la racionalidad del derecho en las medidas de reparación simbólica**

El planteo de las medidas de reparación simbólica en tanto paradigmas bajo la acepción de *ejemplares*, conduce al interrogante acerca de la forma que asume la racionalidad que las anima. En efecto, y como ya he adelantado, este tipo de formas de reparación, a diferencia de aquellas que integran el paradigma moderno en su faz de *matriz disciplinar*, se alejan del objetivo de traducir y cuantificar monetariamente los daños. En vez de ello, intentan una aproximación remedial que enmienda los daños

---

<sup>235</sup> Cfr.: Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Párrafo 295.

<sup>236</sup> Cfr.: ROUSSET SIRI, Andrés Javier. *Op. cit.*, pág. 74.

sufridos de forma *simbólica o representativa*, en especies distintas al dinero, a la vez que tienen en miras el interés de las comunidades de pertenencia de las víctimas, en un intento de cumplimentar de forma más acabada el denominado principio de *reparación integral*.

En consecuencia, y volviendo sobre el marco de referencia que aporta Weber, la racionalidad del orden jurídico abandona aquí los rasgos de formalidad. Ante la indeterminación del elenco de respuestas posibles —dada por la indefinición normativa de las formas que pueden asumir las medidas—, el abandono de la prosecución de la *calculabilidad* —signado por su rechazo conceptual a formas dinerarias de reparación—, así como la renuncia a la maximización de la *previsibilidad* —entendida como posibilidad de conocer de antemano los contenidos de las condenas—, resultan patentes. De tal modo, la fijación de este tipo de medidas en base al principio de reparación integral supone la introducción en el campo del derecho de una serie de contenidos de justicia que lleven a la jerarquización del interés de las víctimas, sus familiares y sus comunidades por encima de los valores formales del derecho. Por ello, en el esquema *weberiano*, la racionalidad que anima a este tipo de medidas no puede ser otra que una de tipo *material*.

Desde otro costado, y retomando lo mencionado acerca del proceso de racionalización, debe recordarse aquí que el mismo no debe ser entendido como un desarrollo lineal y unidireccional, dirigido únicamente hacia lograr un derecho de tipo racional-formal. Si bien la intención de Weber se dirige, en su Sociología del Derecho, hacia el “*examen de las circunstancias que mayor influjo ejercieron sobre las cualidades de orden formal del derecho, de su creación y de su aplicación, y fundamentalmente las que se refieren al grado y manera de racionalización del derecho*”<sup>237</sup>, ello no obsta a que en dicho proceso puedan encontrarse múltiples espacios en los que el derecho tienda hacia su materialización. De hecho, el mismo autor trata en varios pasajes de su obra algunas de las tendencias que dan cuenta de esta prevalencia de la razón material por sobre la formal. Siguiendo a Munné<sup>238</sup>, puede citarse el ejemplo *weberiano* constituido por los embates de juristas en contra del formalismo de la dogmática del derecho, expresados en el apoyo de la denominada “escuela del derecho libre” a la adopción de decisiones no formales —e incluso irracionales<sup>239</sup>—; o también el surgimiento del derecho natural de los

---

<sup>237</sup> Cfr.: MUNNÉ, Guillermo. *Op. cit.*, pág. 91. En igual sentido, cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. *Cit.*, pág. 509.

<sup>238</sup> Cfr.: MUNNÉ, Guillermo. *Op. cit.*, págs. 93 y ss.

<sup>239</sup> Como lo expresa Weber: “*la doctrina del ‘derecho libre’ intentó la demostración de que las omisiones representan el destino inevitable de todas las leyes, frente a la irracionalidad de los hechos, por lo cual,*

dogmáticos católicos que procura deducir criterios de valor objetivos a partir de la existencia de una presunta “esencia” del derecho<sup>240</sup>. Ambos supuestos se encuentran condicionados, además, por la “*aspiración de juristas prácticos modernos, que de manera creciente se agrupan en comunidades de intereses, hacia la elevación del sentimiento de la dignidad estamental por el fortalecimiento de la conciencia del poder*”<sup>241</sup>. Otro supuesto de tendencia antiformalista tratado por el autor consiste en la consideración que hace acerca del repudio expresado por ciertos particulares, mayoritariamente pertenecientes a la clase trabajadora, y de parte de ideólogos juristas, quienes con la aparición de los problemas modernos de clase, comenzaron a rechazar la vigencia exclusiva de criterios de moralidad mercantil en los ordenamientos jurídicos, a la vez que exigían el surgimiento de un derecho social construido sobre la base de ciertos postulados morales, tales como *justicia y dignidad humana*<sup>242</sup>.

De tal modo, lo que estos supuestos dejan entrever es la posibilidad de que, en un marco como el dado por el proceso de racionalización moderno, exista lugar para que la racionalidad del derecho asuma ciertas formas sustanciales en oposición al formalismo. Este tema asume relevancia, en particular, en el contexto de los Estados constitucionales como los actuales, en los que las constituciones se robustecen con la existencia de contenidos normativos materiales, de modo tal que la presencia de ciertos visos de un derecho irracional-material no debe resultar ajena a dicha realidad. Consecuentemente, en lo sucesivo se caracterizará a aquella racionalidad material que se patentiza en las medidas de reparación simbólicas, como paso previo para contemplar su rol de dispositivos generadores de subjetividad en las víctimas en tanto destinatarias de las normas que los contemplan.

### **3.2.1. Sobre la racionalidad colectiva**

El escenario del derecho-racional formal, como ámbito en el que se encarnan tendencias materiales, supone un estadio en el proceso de racionalización debido

---

*en ocasiones numerosas, sólo en apariencia hay simple interpretación y la decisión es y tiene que ser emitida no de acuerdo con normas formales, sino con juicios concretos de valor*”. Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Cit., pág. 653.

<sup>240</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 654-655.

<sup>241</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 655-656.

<sup>242</sup> Cfr.: MUNNÉ, Guillermo. *Op. cit.*, págs. 93-94. En sentido concordante, WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Cit., pág. 653.

mayoritariamente a la obra de juristas “profesionales” especializados<sup>243</sup>. Es a través de la actuación de dichos agentes que, históricamente, se dotó a las normas de sus características concretamente modernas al proveerles sus rasgos de racionalización y sistematización. Según Weber, fue mediante la adjudicación a tales normas de dichos atributos que se logró beneficiar a ciertos grupos interesados en el mercado, quienes en definitiva se procuraron “*una creciente posibilidad de cálculo del funcionamiento de la administración de justicia, que es una de las más importantes condiciones previas de las explotaciones económicas de carácter permanente, especialmente aquellas de tipo capitalista que han menester de la ‘seguridad del tráfico’*”<sup>244</sup>. De tal modo, y como se ha hecho mención con anterioridad en este trabajo, con el derecho racional-formal se logra dotar de una mayor protección en las relaciones comerciales.

Sin embargo, lo que interesa agregar aquí es la manera en que, según aclara el autor referido, el desarrollo del derecho moderno trae aparejadas ciertas tendencias que son proclives a la hacer desaparecer algunos aspectos del formalismo jurídico. Esto supone, tal y como se ha mencionado con anterioridad, la consideración del proceso de racionalización desde la faceta que lo expone como un proceso multidireccional, en el sentido de que no se encuentra únicamente encaminado hacia un sentido concreto. En el contexto del proceso de racionalización occidental, mayoritariamente enderezado hacia la racionalización de tipo racional-formal, tal tendencia puede ilustrarse, por ejemplo, con la desaparición del derecho probatorio de tipo formal y su sustitución por el denominado sistema de la “libre apreciación de la prueba”, que altera y suprime el carácter estrictamente formal y mágicamente condicionado de los medios probatorios, y lo sustituye por el interés en el descubrimiento material de la verdad de los hechos. Esta última finalidad, según Weber, se presenta como producto concreto de una racionalización bajo su concepción material<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> Como Weber se encarga de recordarlo, el fenómeno del encauzamiento de la racionalización Occidental hacia la racionalidad-formal no es debido únicamente a la actuación de juristas, sino que en el mismo tienen cabida factores de orden económico. Sin embargo, tal influencia no presenta en criterio de dicho autor un carácter decisivo. En palabras de Munné: “*los intereses de las capas burguesas se encontraron entre los factores que allanaron el avance del derecho racional formal pero que no fueron el factor determinante para ello sino que las condiciones decisivas fueron aquellas internas de la esfera jurídica unidas a los factores políticos*”. Cfr.: MUNNÉ, Guillermo. *Cit.*, pág. 88. De tal modo, lo que se quiere dejar sentado es que fueron las prácticas concretas de juristas las que dotaron al derecho en Occidente su carácter racional-formal, las que se tradujo en apoyo a ciertos grupos sociales. Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad. Cit.*, pág. 650 y ss.

<sup>244</sup> Cfr.: *Ibidem*, págs. 650-651.

<sup>245</sup> No obstante, el hecho de que exista interés en el descubrimiento material de la verdad y de que sea reflejo de una tendencia hacia la materialización del derecho no quita que ésta se dirija también a satisfacer

Más aún, y ya en la órbita específica del pensamiento de los juristas, el autor referido enseña que las tendencias materiales tienen cabida a través de la introducción de lo que puede entenderse como una de las fases en que se presenta la tarea de aplicación del derecho: la interpretación. El derecho formal y su *sublimación lógica* pasan a requerir de un cuerpo específico de operadores que desentrañe el alcance de sus preceptos. De tal modo, este nuevo conjunto de normas trajo aparejado el reemplazo de la atadura del mismo a características sensibles, netamente externas, por “*una creciente interpretación lógica del sentido, tanto en el caso de las normas jurídicas mismas, como especialmente tratándose de la interpretación de los negocios jurídicos*”<sup>246</sup>. Dicho de otro modo, fueron los rasgos de la formalidad a que fue sometido el derecho los que trajeron de forma implícita la necesidad de acudir a la atribución de significado tanto a los textos jurídicos como a los contratos entre particulares. Fue gracias a este nuevo y creciente interés en interpretar el sentido que se generó, en el derecho común, el afán en descubrir la llamada “voluntad real” de las partes, y con ésta se procuró construir jurídicamente las relaciones entre los sujetos a partir de la atención prestada a un aspecto interno de su propio comportamiento, cual es el de la *intención*. Como lo expone el autor citado, con esta atribución de significado se terminan enlazando “*consecuencias de derecho a hechos jurídicos no formales*”<sup>247</sup>.

Estas reflexiones pueden servir, en mi criterio, de sustento para argumentar la manera en que, en el ámbito específico del derecho de las reparaciones, también las denominadas medidas de satisfacción suponen la consideración de tendencias materiales en la racionalidad jurídica. Así, si se repara en la definición que se ha propuesto de dichos remedios a partir del uso que asigna la Corte IDH, dichos rasgos materiales surgen de manera palmaria. Por un lado, el elemento que se identifica con la determinación del daño inmaterial de la víctima supone comprender de qué modo se han configurado su sufrimiento y el menoscabo a valores que le resultan significantes. Para esto, no sólo es necesario conocer de qué manera se conforman esos valores o bienes que tienen relevancia para la víctima, sino que también habrá que indagar de la mejor manera posible

---

los intereses de sujetos económicos. Como expone Weber: “*la extensión y límites de la libre apreciación de la prueba se hallan condicionados primordialmente en la actualidad por los ‘interesados en el tráfico’, es decir, por razones económicas. Resulta explicable que, a través de la libre apreciación de la prueba, un terreno en otra época muy importante del pensamiento jurídico formal sea paulatinamente sustraído a éste*”. Cfr.: *Ibidem*, pág. 651.

<sup>246</sup> Cfr.: *Ídem*.

<sup>247</sup> Cfr.: *Ídem*.

sobre el sentido que la misma les asigna. Ello requerirá configurar de cierto modo el rol de ésta como sujeto central e insustituible en el marco del proceso judicial de que se trate, jerarquizándole como esencial. Asimismo, implicará que los órganos jurisdiccionales competentes tengan que proceder a escuchar las voces de aquellos perjudicados por graves violaciones a derechos fundamentales, tantas veces negada en muchos otros ámbitos de su vida social.

Por otro lado, el modo según el cual las comprende la Corte IDH, las medidas de satisfacción mandan a disponer reparaciones que sean eficaces para alcanzar beneficios que se traduzcan en las comunidades de las víctimas. Para que sean verdaderamente satisfactorias, entiendo, los jueces deberán tener en cuenta el sentido en que el daño ha afectado los lazos que unen a las víctimas con sus colectividades, así como —nuevamente— los valores en que se funda dicha unión. De tal manera, con este tipo de medidas, el derecho parece reparar a las víctimas a través de la recomposición de sus comunidades de pertenencia. Y es aquí donde, considero, aparece uno de los elementos más innovadores e interesantes de este tipo de medidas: en tanto suponen reparaciones a las víctimas a través de remedios que benefician a los grupos que integran, con las medidas de satisfacción el derecho parece reconocer una suerte de *interés colectivo* en *sujetos individuales*. En otras palabras, el derecho considera que la víctima individual también se satisface en su persona cuando se reconoce y reconstruye este lazo con su comunidad de pertenencia.

Este elemento material que supone una cierta consideración racional acerca de los intereses colectivos por parte de individuos puede ser leído —en términos de la acción de los sujetos— como índice de una actitud según la cual los agentes construyen relaciones de *sociedad* o de *comunidad*. En rigor, según Weber habrá *sociedad* toda vez que la actitud en la acción social se encuentre motivada ya sea por una compensación o por una unión de intereses, y siempre que ésta se encuentre inspirada racionalmente a través de fines o a través de valores. Este tipo de uniones puede descansar, remarca el autor, en un acuerdo o pacto racional, de modo tal que, cuando es racional, la acción social se encuentra orientada: “a) *racionalmente con arreglo a valores: en méritos de la creencia en la propia vinculación*; o bien, b) *racionalmente con arreglo a fines: por la expectativa de la lealtad de la otra parte*”<sup>248</sup>. Como tipos puros de “sociedad”, Weber enuncia: a) el

---

<sup>248</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 33.

*cambio* netamente racional con arreglo a fines y pactado libremente en el mercado, como una forma de un compromiso entre sujetos cuyos intereses son contrapuestos y complementarios; *b*) la *unión* pactada libremente y dirigida de manera pura por fines determinados, a modo de acuerdo sobre una acción con permanencia en el tiempo y que se orienta en sus fines y medios a la persecución de intereses objetivos —sean éstos económicos o no—, de sus partícipes; y *c*) la *unión* racionalmente motivada de los que comparten una creencia, que funciona como una suerte de “*secta racional*” en tanto no tenga en cuenta el fomento de intereses emotivos y afectivos y sólo se motive por el hecho de abocarse al cumplimiento de dicha tarea<sup>249</sup>.

Por el contrario, habrá *comunidad* cuando la acción social se base “*en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de los partícipes de constituir un todo*”<sup>250</sup>. Dicho de otro modo, para que tenga lugar esta variante de relación social es necesario que los sujetos doten a ésta de un contenido de sentido que suponga una acción referida a ese sentimiento de formar parte de un nivel superior orgánicamente constituido<sup>251</sup>. Este horizonte, propone Weber, supone una contraposición radical al sentido de lo que constituye una “lucha”, que es un concepto que se halla en mayor vinculación con la idea de las *sociedades*. Desde esta óptica, estas últimas no suponen otra cosa más que una serie de compromisos entre intereses en pugna, de modo tal que sólo descartan de dicha lucha una parte de los objetivos; queda subsistente, no obstante, “*la contraposición de intereses misma y la competencia*”<sup>252</sup>.

Sin embargo, pensar en términos de “comunidad” y de “sociedad” no debe llevar a la creencia de que tales formas puras pueden presentarse sin más en la realidad; nuevamente, ellos no son otra cosa más que tipos ideales. Sobre ello insiste Weber al hacer mención de que “*la inmensa mayoría de las relaciones sociales participan en parte de la ‘comunidad’ y en parte de la ‘sociedad’*”<sup>253</sup>. Esta oposición entre ambas tendencias en la actitud en cuya virtud se construye la acción social puede remitir a indagar en su

---

<sup>249</sup> Cfr.: *Ídem*.

<sup>250</sup> Cfr.: *Ídem*.

<sup>251</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 34.

<sup>252</sup> Cfr.: *Ídem*. Esta diferenciación entre “lucha” y “comunidades”, sin embargo, no debe llevar al equívoco de considerar que no hay espacios de confrontación en el seno de éstas: para tal autor, resulta perfectamente concebible entender que existan comunidades en las que se ejerzan presiones violentas hacia las personas “*más maleables o transigentes*”. Ello refuerza el carácter ideal que asume la comprensión *weberiana* de la comunidad. Cfr.: *ídem*.

<sup>253</sup> Cfr.: *Ídem*.

formulación tal como fue realizada por Ferdinand Tönnies, autor a partir de cuyas ideas Weber toma estos conceptos y los redefine.

Una de las tesis centrales de Tönnies se basa en el entendimiento de que “comunidad” y “sociedad” se presentan como especies dentro del género de las relaciones humanas positivas. Por tales entiende a aquellas “*expresiones de la voluntad y de sus fuerzas*” que, en tanto suponen afirmación recíproca, traen aparejada una determinada unión o grupo “*concebido como cosa o ente que actúa de un modo unitario hacia adentro y hacia afuera*”<sup>254</sup>. Así, aludir a la existencia de dichas uniones supone la primera condición para concebir cualquier clase de vida en común: si ellas son entendidas como “vida real y orgánica”, puede hablarse de comunidad; en tanto, si se las trata como “forma ideal y mecánica”, se está aludiendo a sociedad<sup>255</sup>.

La manera en que se articulan estos conceptos en la teoría *tönniesiana* deja entrever su tratamiento tanto en términos de tipos históricos como ideales. Lo primero, debido a que para el autor habría una suerte de tendencia evolutiva de la comunidad a la sociedad, “*que va siempre a lo complejo, de lo duradero y auténtico a lo pasajero y aparente, de lo orgánico-natural a lo suplementario y artefactual*”<sup>256</sup>. Su designación como tipos ideales, en cambio, deviene —ante críticas de sus pares— de un intento de comprender a dichos conceptos como instrumentos analíticos sin un correlato empírico alguno<sup>257</sup>.

Sea cual fuere la naturaleza de estas ideas, lo cierto es que para Tönnies la comunidad se presenta como el sustrato natural que subyace en las uniones de las personas. Frente a la sociedad, la comunidad asume un valor de autenticidad: “*comunidad es la vida común duradera y auténtica; sociedad es sólo una vida en común pasajera y aparente*”<sup>258</sup>. La “esencia de la comunidad” se presenta entonces como el fundamento de la vida en común, al menos en lo que hace a la vida en su faz real y orgánica, en tanto que

---

<sup>254</sup> Cfr.: TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y sociedad*, trad. de José Rovira Armengol. Buenos Aires: Losada, 1947, pág. 19. Las relaciones positivas se oponen a las de índole negativa, que suponen “*la destrucción de otra voluntad o cuerpo*”. Cfr.: *Ídem*.

<sup>255</sup> Cfr.: ÁLVARO, Daniel. “Los conceptos de ‘comunidad’ y ‘sociedad’ de Ferdinand Tönnies”. *Papeles Del CEIC: International Journal on Collective Identity Research* [en línea]. Leioa: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad del País Vasco, 2010, no. 1, págs. 1-24, pág. 14. Disponible en: <http://www.identidadcolectiva.es/pdf/52.pdf>.

<sup>256</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 16. Ello se desprende, además, de la conclusión de Tönnies: “*una edad de la sociedad sigue a una edad de la comunidad*”. Cfr.: TÖNNIES, Ferdinand. *Op. cit.*, pág. 313.

<sup>257</sup> Cfr.: ÁLVARO, Daniel. *Op. cit.*, pág. 17.

<sup>258</sup> Cfr.: TÖNNIES, Ferdinand. *Op. cit.*, pág. 21.

la sociedad no posee esencia alguna, al ser una formación de tipo ideal y mecánica<sup>259</sup>. Esta última se presenta como una forma artificial, derivada, de vida en común, que secunda a la comunidad tanto lógica como cronológicamente: no puede ser sino hasta luego de que se encuentren disueltas la comunidad y las formas de vida común que le son propias, que la sociedad pase a tomar su lugar. Por ello, se considera que en la teoría *tönniesiana* la sociedad ocupa un lugar subalterno en dicho orden de significaciones: “*un sustituto necesariamente artificial de la naturaleza originaria de la vida comunitaria (...), sustituto de lo insustituible y, en consecuencia, un mal sustituto*”<sup>260</sup>.

Los aportes de Weber y Tönnies permiten calificar el sentido material que puede asumir la racionalidad del derecho de las reparaciones a que se está haciendo alusión en este trabajo. Consecuentemente, entiendo, la consideración de los intereses de los grupos de pertenencia de las víctimas que suponen las medidas de satisfacción, tiene potencial para favorecer ya sea tanto sus lazos comunitarios como societarios. De tal modo, se dará prevalencia a los *vínculos societarios* toda vez que al fijar dichos remedios los jueces dispongan medidas tendientes a recomponer los lazos que permiten a las víctimas “*compensar*” sus intereses personales pero interdependientes; esto es, de acuerdo a la tipología *weberiana* de sociedades, recomponer sus relaciones para *a)* el acceso al mercado; *b)* su unión conforme a fines; o *c)* conforme a valores. Ello podría acontecer, por ejemplo, a través de ciertas *medidas de disculpa* o de *publicidad* que procuren el restablecimiento del honor de las víctimas en sociedad a través de actos públicos del Estado, de manera tal que aquellas puedan gozar —frente a los grupos que integran—, de una situación de honra que le faculte a participar de aquellas acciones colectivas.

Pero también, entiendo, las medidas de satisfacción pueden estar orientadas por el interés material colectivo en el fortalecimiento de la acción de tipo *comunitaria*. Ello puede darse cuando los remedios se encaminen a robustecer el sentido subjetivo de pertenencia colectiva, de formar parte de un *todo* a través de las acciones de los partícipes, con el correlativo apartamiento del sentido de las acciones que suponga contenidos de confrontación o lucha entre los miembros. Tal hecho puede tener lugar en los supuestos de remedios que procuren la reconciliación —mediante las correspondientes *medidas de disculpa* estatales—. O bien, puede reforzarse el sentido de comunidad a través de las denominadas *medidas de conmemoración*, que sean eficaces para lograr el sentimiento

---

<sup>259</sup> Cfr.: ÁLVARO, Daniel. *Op. cit.*, pág. 20.

<sup>260</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 21.

de unión a través del recuerdo empático y permanente de los hechos de horror, configuradores de violaciones graves a derechos fundamentales, cometidos en contra de algunos de sus miembros.

Como puede apreciarse, esta atención dada hacia una racionalidad de tipo colectivo, aplicada al ámbito jurídico, supone una tarea compleja por parte de quienes administran justicia. En el contexto de los Estados constitucionales, en los que las reparaciones a violaciones de derechos fundamentales requieren de la consideración de una racionalidad material interesada en dimensiones colectivas, se hace necesario contar con magistrados y funcionarios que emitan auténticos juicios de valor. Ya no resultan admisibles, en tanto productos típicos del formalismo, aquellos “*autómatas jurídicos ligados a la simple interpretación de los contratos y artículos de la ley, (...) comparables a aparatos en los que se introduce por la parte de arriba el hecho jurídico al lado de las costas para que arrojen por abajo la sentencia unida a sus considerandos*” mencionados por Weber<sup>261</sup>. Por el contrario, según tal autor, los juristas prácticos modernos — denominación que adopta para distinguirlos de los “autómatas” referidos—, “*exigen del juez una actividad ‘creadora’, al menos en aquellos casos en que las leyes enmudecen*”<sup>262</sup>. A ellos podemos sumar la protesta de los particulares, dirigida contra la manera que tiene el derecho del formalismo de traducir jurídicamente los hechos de la vida real de acuerdo con proposiciones jurídicas abstractas, incapaces de satisfacer sus propias expectativas<sup>263</sup>. Como aclara Fariñas, “*esto se debe, a que tales expectativas no se orientan según una interpretación lógico-abstracta de las normas jurídicas, sino según una interpretación económica, utilitaria o práctica, que en definitiva reivindica nuevamente la materialidad frente a la formalidad en el orden jurídico*”<sup>264</sup>.

En suma, las medidas de satisfacción también pueden ser analizadas en el marco del proceso de racionalización que consagró el formalismo jurídico occidental. En tal sentido, ellas se constituyen como *ejemplares* de formas de reparación que escenifican el reconocimiento de tendencias materiales en el derecho. Concretamente, estas direcciones sustanciales suponen, por un lado, el reconocimiento de aquellos valores y sentires lesionados en las víctimas que configuran su daño inmaterial; por el otro, la consideración

---

<sup>261</sup> Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*, pág. 653.

<sup>262</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 653.

<sup>263</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 652.

<sup>264</sup> Cfr.: FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber. Cit.*, pág. 346.

de una dimensión material vinculada a la configuración de un interés colectivo de las víctimas, sea en su faz comunitaria o societaria, como requisitos previos para la determinación de las medidas adecuadas para lograr su reparación integral. Ello debe conjugarse, además, con la acción de magistrados que encarnen una actividad *creadora* en la aplicación de este derecho. Como lo expone con elocuencia Antônio A. Cançado Trindade —ex integrante de la Corte IDH—, “*el día en que la labor de determinar las reparaciones debidas a las víctimas de violaciones de derechos humanos fundamentales se redujese exclusivamente a una simple fijación de compensaciones en la forma de indemnizaciones, ya no se necesitaría del conocimiento pacientemente adquirido, asimilado y sedimentado a lo largo de años de lecturas, estudios y reflexión: para eso bastaría una máquina calculadora. El día en que esto ocurriese, —que espero nunca llegue—, la propia labor de un tribunal internacional de derechos humanos estaría irremediablemente desprovista de todo sentido. El artículo 63(1) de la Convención Americana, por el contrario, posibilita, y requiere, que se amplíen, y no se reduzcan, las reparaciones, en su multiplicidad de formas. La fijación de las reparaciones debe basarse en la consideración de la víctima como ser humano integral, y no en la perspectiva degradada del homo oeconomicus de nuestros días*”<sup>265</sup>.

### **3.2.2. El derecho como dispositivo: sobre las identificaciones de víctimas desde las medidas de reparación simbólica**

Luego de haber presentado a las medidas de satisfacción como *ejemplares* de formas de reparación jurídica que suponen una racionalidad distinta a la matriz que presenta el denominado *paradigma moderno*, puede indagarse acerca de las especificidades que asume la subjetivación en tales remedios. Esto es, si se retoma la idea que se ha planteado al final del capítulo anterior, según la cual la subjetividad se produce como consecuencia de la interacción entre los dispositivos y los seres sobre los que ejercen su influencia, el interrogante que se aborda aquí supone el cuestionamiento acerca de las particularidades que asume dicha tarea en el marco de los contextos de interacción dados por la aplicación de medidas de satisfacción —como dispositivos— a la reparación de las víctimas de violaciones de derechos fundamentales —en tanto destinatarios de las normas—.

---

<sup>265</sup> Cfr.: Voto razonado de Antonio Cançado Trindade “Niños de la Calle (Villagrán Morales). Reparaciones”, Sentencia del 26 de mayo de 2001, Serie C, No. 77, párr. 37.

El foco de la novedad que asumen las medidas de satisfacción tal y como han sido definidas, entiendo, exige tener una especial consideración por el interés colectivo que asignan a sujetos individuales. Si esto es así, dicho interés supone un miramiento diametralmente opuesto al del sujeto que se identifica con el nombre de *homo economicus*: este último, como egoísta racional, procura la satisfacción de su propio interés en sus acciones orientadas *según fines*; en cambio, el sujeto que ahora se presenta ya no se conforma solamente con la perspectiva del interés perteneciente a sí mismo, sino que incluye necesariamente el de su colectividad y, según procuraré exponer, puede tener en miras un comportamiento *según valores*.

Esta oposición, en el marco de los estudios de comportamiento racional, se engarza en los debates sobre el interés del denominado *hombre económico*. Como lo expone Amartya Sen<sup>266</sup>, un principio clásico de la economía —bajo la formulación de Francis Edgeworth— consiste en la idea según la cual todo agente actúa solamente según su propio interés. Cuando esta idea es conectada con la preocupación por alcanzar el bienestar general, surge el interrogante respecto del modo en que dicho fin puede ser logrado por el comportamiento egoísta individual. Según Sen, existen dos enfoques que intentar dar respuesta a tal planteamiento, cada uno de los cuales lleva implícito un concepto específico de sujeto.

El primero de ellos se vincula con una aproximación denominada “*egoísmo definicional*”. De conformidad a esta opción, resulta posible definir los intereses de una persona de modo tal que, sin importar lo que ella haga, siempre puede verse como fomentando los suyos propios en cada acto aislado que suponga una elección<sup>267</sup>. De tal modo, “*si tú eres observado eligiendo x y rechazando y, se te considera como si hubieras ‘revelado’ una preferencia de x por sobre y. Tu utilidad personal es entonces definida como una representación simplemente numérica de esta ‘preferencia’, asignándosele una más alta utilidad a la alternativa ‘preferida’*”<sup>268</sup>. Este tipo de enfoque, según Sen, tiene la particularidad de que la conducta humana difícilmente puede escapar de la maximización de la propia utilidad, salvo a través de comportamientos inconsistentes. De tal modo, si en otro contexto la persona elige y por encima de x, deberá concluirse que o bien es

---

<sup>266</sup> Cfr.: SEN, Amartya. "Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory". *Philosophy & Public Affairs* [en línea]. John Wiley & Sons, 1977, vol. 6, no. 4, págs. 317-344. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2264946>.

<sup>267</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 322.

<sup>268</sup> Cfr.: *Ídem*. Traducción propia.

inconsistente, o que sus preferencias están cambiando. Pero si es consistente, no tiene importancia si es “*un egoísta decidido, un altruista entusiasta o un militante con conciencia de clase*”: para dicho esquema, aparentará estar maximizando su propio interés<sup>269</sup>. Ello revela, según el autor, que el enfoque del egoísmo definicional no involucra otra cosa que consistencia interna. Las elecciones de una persona son consideradas “racionales” si y sólo si pueden todas ser explicadas en términos de alguna relación de preferencia consistente con la definición de preferencia revelada<sup>270</sup>.

Este tipo de mirada, entiendo, guarda una cierta similitud con la acción *según fines* de Weber, en la que la racionalidad del comportamiento supone solamente evaluar su ordenación en miras a la obtención del fin propuesto. Correlativamente, si se postula que tal fin se identifica con el interés individual de la persona, puede ser empleado para dar cuenta de los comportamientos atribuidos al *homo economicus*.

Por otro lado, la otra aproximación posible supone la consideración de los intereses de otros en el comportamiento propio, y se obtiene a partir de los conceptos de *simpatía* y *compromiso*. Según Sen, el primero de ellos se corresponde al caso en que la preocupación por terceras personas afecta al bienestar propio, de modo tal que el conocimiento del daño que puedan llegar a padecer es susceptible de provocar un malestar personal en el agente. El compromiso, en cambio, se da en los casos en que, si bien tal preocupación no afecta al propio bienestar, el sujeto cree que dicha situación es injusta y está preparado para tomar acciones a fin de lograr su modificación<sup>271</sup>. Ahora bien, Sen entiende que en este enfoque puede considerarse que el comportamiento basado en la simpatía presenta cierto grado de egoísmo, en tanto es uno mismo quien experimenta la sensación de placer o dolor ante las experiencias ajenas, y la búsqueda de la utilidad propia es ayudada a través de la acción empática. Por el contrario, si la acción se encuentra basada en compromiso, tiene que ser tenida como no-egoísta en este sentido<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 323.

<sup>270</sup> Cfr.: *Ídem*. Como puede apreciarse, aquí se asoma nuevamente la definición de racionalidad finalista *weberiana* a que se ha aludido con anterioridad, según la cual un comportamiento será racional mientras suponga los *medios* más adecuados para alcanzar el *fin* propuesto. Cfr.: WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Cit., pág. 20.

<sup>271</sup> Sen ejemplifica estos conceptos con el conocimiento de que un tercero está sufriendo tortura: “*si el conocimiento de la tortura de otros te provoca malestar personal, es un caso de simpatía; si no te hace sentir en peores condiciones a nivel personal, pero tú crees que está mal y estás preparado para hacer algo para frenarlo, es un caso de compromiso*”. Cfr.: SEN, Amartya. *Op. cit.*, pág. 326. Traducción propia.

<sup>272</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 326. Sen ilustra el contraste entre “simpatía” y “compromiso” con el ejemplo de dos niños que encuentran dos manzanas, una de las cuales es grande y otra, pequeña. “*El muchacho A dice al muchacho B, ‘tú eliges’*. B *inmediatamente elige la manzana más grande*. A *se molesta y remarca que ello*

La acción *por compromiso*, añade Sen, se encuentra conectada con los principios morales que sostiene cada persona. De tal modo, crea una suerte de ruptura entre la elección y el bienestar personales, distinción que suele ser dejada de lado por ciertas teorías económicas tradicionales<sup>273</sup>. Puede trazarse aquí, entiendo, un paralelismo con el comportamiento racional *según valores weberiano*, en tanto la racionalidad de la conducta se atribuirá a su conformidad con la aminoración del sufrimiento ajeno, bajo la creencia de la injusticia que éste importa. Esto es, se predicará de su adecuación a la convicción consciente que motiva al sujeto a obrar, y no de una mera adecuación teleológica a ciertos fines.

En suma, las medidas de reparación simbólica implican, en mi criterio, una conexión con este tipo de acciones que contemplan la consideración del interés ajeno con prescindencia del bienestar propio. Si esto es así, en los contextos de interacción con sus destinatarios el derecho produce una forma de subjetividad que no puede ser identificada con la del *homo economicus*.

	PARADIGMA MODERNO	MEDIDAS DE REPARACIÓN SIMBÓLICA
Tipo de paradigma	Matriz disciplinar	Ejemplar
Forma de Estado	Estado formal	Estado constitucional
Racionalidad del derecho	Racional-formal	Irracional-material
Racionalidad de las acciones individuales	Formal según fines	Material según valores

*fue sumamente injusto. ‘¿Por qué?’, pregunta B. ‘¿Cuál habrías elegido tú, si tú debieras elegir en lugar de tener que hacerlo yo?’ . ‘La más pequeña, por supuesto’, responde A. B contesta triunfante: ‘¿Entonces de qué te quejas? ¡Esa es la que tú tienes ahora!’ . B ciertamente gana esta ronda de la discusión, pero de hecho A no habría estado nada de la elección de B si su propia elección hipotética de la manzana más pequeña hubiera estado basada en simpatía en lugar de compromiso. El enojo de A indica que probablemente este no fue el caso”. Cfr.: *Ibidem*, págs. 328-329. Traducción propia.*

<sup>273</sup> Cfr.: *Ibidem*, pág. 329.

Valor	Calculabilidad/seguridad jurídica/Principio de legalidad	Reparación plena/obligación de garantía/Principio de reconocimiento de los derechos fundamentales
Tipo de subjetividad	<i>Homo economicus</i>	Sujeto con intereses colectivos

## CONCLUSIONES

Tras haber analizado en el primer capítulo los rasgos que asume el Estado de derecho en sus acepciones “formal” y “material” —y dentro de esta última, sus vertientes “liberal” y “constitucional”—, se ha señalado cómo desde la primera de las formulaciones se procura la maximización de la seguridad jurídica. Vale decir, el Estado formal no conlleva una serie de exigencias materiales extrajurídicas al derecho, sino que solamente se conforma con la sublimación de la seguridad. Las concepciones sustanciales de Estado de derecho, por el contrario, suponen de manera simultánea la consideración de la seguridad jurídica, en tanto valor formal derivado del principio de legalidad, y la obligación de reparar los daños ocasionados por el incumplimiento de su rol de garante de los derechos fundamentales, lo que se desprende de la exigencia conceptual del reconocimiento de éstos, de modo tal que una reparación adecuada en dichos ámbitos debe ser realizada respetando su carácter integral. Y para lograr tal cometido, debe atenderse tanto a la compensación económica, como a la imposición de medidas de satisfacción que den cuenta del interés colectivo de los sujetos.

La tensión apuntada entre “seguridad jurídica” y la “obligación de reparar los daños ante violaciones a derechos fundamentales” puede ser entendida como una especificación de las tendencias formales y materiales que asume el derecho en la modernidad occidental. Vale decir, el derecho de los Estados constitucionales —en particular, el derecho de las reparaciones a víctimas de violaciones a derechos fundamentales— se presenta como un producto moderno que plasma distintas tendencias de la racionalidad. En dicho marco, y a fin de tornarlas visibles, en este trabajo se ha hecho uso del concepto de *paradigmas* en tanto herramientas teóricas que posibilitan resaltar los rasgos que asume cada una de ellas.

Por último, se ha apuntado la formación de subjetividades como una consecuencia que trae aparejada la aplicación del derecho de las reparaciones a las víctimas. De tal modo, se han caracterizado las formas que puede asumir la subjetivación a través del derecho desde de la influencia de cada uno de los tipos de racionalidad apuntados: de un lado, la creación de subjetividad con criterios individuales y basados en la maximización formal del cálculo económico; del otro, la consideración de las particularidades que asumen para las víctimas los daños inmateriales sufridos, junto a su interés material en la reparación de los lazos sociales y comunitarios con sus grupos de pertenencia.

Frente a ello, interesa aquí destacar que:

1. La tensión entre “seguridad jurídica” y “garantía de los derechos fundamentales” supone la contraposición entre dos tendencias de signo opuesto en el concepto mismo de Estado de derecho. En tal sentido, ella misma puede ser presentada como una concreción de la dicotomía entre los sentidos *formal* y *material*, respectivamente, que según Weber puede asumir la racionalidad occidental moderna.
2. El empleo del concepto de *paradigmas* en sus acepciones de *matriz* y de *ejemplar* se presenta como el uso de herramientas teóricas que posibilitan tornar inteligibles, desde un plano ideal, las tendencias formales y materiales que asume la racionalidad del derecho moderno. No obstante, tales divergencias se vuelven confusas en el ámbito de la realidad empírica, campo en el que la racionalidad moderna se desenvuelve de manera polivalente.
3. El *paradigma moderno* de reparaciones a derechos fundamentales puede ser comprendido como una *matriz disciplinar* en tanto nuclea un conjunto de reglas y consensos cuya racionalidad compartida condensa las tendencias racionales y formales del derecho.
4. Las *medidas de reparación simbólica* pueden ser entendidas como *ejemplares* que escenifican tendencias irracionales y materiales en el derecho de la modernidad occidental. De tal modo, es en su carácter de tales que se integran junto al paradigma moderno, frente al que encarnan tendencias de signo contrario a la formalización propia de aquél. Éstas tienen lugar en los intersticios reivindicados tanto por las exigencias de juristas prácticos, como también de particulares no versados en derecho quienes, en el marco de lo que Weber califica como sus protestas contrarias a la pretensión del derecho de traducir jurídicamente todos los hechos de su vida social de acuerdo con proposiciones jurídicas abstractas, reclaman la satisfacción de sus expectativas de justicia y de respeto a su propia dignidad.
5. La *racionalidad del derecho* típico del paradigma de la modernidad asume los rasgos de racional-formal en tanto se basa en el funcionamiento de normas generales y sistemáticas que tienen la pretensión de ser, además, autosuficientes. De tal modo, se identifica con la tendencia que destaca Weber como propia del proceso de racionalización del derecho occidental.

6. La racionalidad de las *medidas de reparación simbólica* escenifica tendencias de tipo irracional-material, en tanto el fundamento de las decisiones que implican su imposición debe ser encontrado en la particular consideración que tiene para la víctima el daño inmaterial sufrido. Asimismo, el sustento de la decisión a través del cual son impuestas se encuentra en el cumplimiento de un imperativo ético antiformalista, cual es el de otorgar reparación respetando las singularidades que asume en cada víctima el daño y la fijación de remedios que contemplen la dimensión colectiva de su interés. Por consiguiente, se presenta como una respuesta del antiformalismo a la razón dominante del derecho.
7. La racionalidad de las *acciones individuales* que da lugar el derecho del paradigma moderno, en tanto maximiza la calculabilidad, es de tipo *formal*. Además, es *según fines*, en tanto entiende que debe considerarse a la víctima como reparada cuando ha sido dotada de medios económicos que le permitan, como agente racional, cumplimentar con mayor libertad sus propios fines lícitos, cualesquiera que éstos sean.
8. La racionalidad de las *acciones individuales* a que dan lugar las medidas de reparación simbólica, en tanto maximiza la reparación integral de las víctimas, se presenta como *material-según valores*. En efecto, el hecho de que mediante las medidas de satisfacción las víctimas procuren reparaciones que tengan reflejo en sus grupos de pertenencia, puede ser leído como el cumplimiento por parte de las mismas de un imperativo moral que supone maximizar el fortalecimiento de los lazos colectivos con otros miembros de la sociedad. De tal modo, se reconoce en aquellas una dimensión moral que las vincula junto a los miembros de sus grupos de pertenencia.
9. De todo lo expuesto, puede entreverse que el principio en que se asienta el paradigma moderno supone la maximización de la calculabilidad como valor, y la predictibilidad de los contenidos de las sentencias. Consecuentemente, se dota de mayor *seguridad jurídica* a los destinatarios de las normas, valor formal que se deriva del principio de legalidad en tanto exigencia conceptual del Estado de derecho.
10. Las medidas de reparación simbólica, en tanto dispositivos que procuran lograr la reparación plena de las víctimas a través del reconocimiento de formas de reparar el daño inmaterial que impliquen el respeto de las particularidades que asume su configuración para aquéllas, así como el sentido en que las mismas pueden ser

enmendadas en los lazos con sus grupos de pertenencia, supone una forma de garantizar más acabadamente la plena vigencia de los derechos fundamentales. De tal modo, maximiza el cumplimiento de la *obligación de garantía de los derechos fundamentales*, derivada del principio de reconocimiento de tales derechos que se presenta como exigencia conceptual sustantiva del Estado de derecho.

11. La forma pura de Estado en que se asienta el paradigma moderno, desde una racionalidad formal, supone consecuentemente el abandono de todo contenido material extrajurídico, tal como acontece en el modelo *kelseniano*. Vale decir, el paradigma moderno, en tanto modelo teórico animado por un derecho racional-formal, se aviene en el plano de la racionalidad con el Estado formal, que conceptualmente maximiza la seguridad jurídica y se desentiende en el plano teórico de la determinación de contenidos materiales.
12. El tipo de Estado que se aviene a los rasgos de las medidas de reparación simbólica tal y como se los ha descrito en este trabajo, se condice con el Estado constitucional, en tanto permite dar cuenta de contenidos vinculados a una racionalidad material en el derecho. De tal modo, la reparación plena a víctimas de violaciones a derechos fundamentales se deriva como una exigencia conceptual vinculada al principio de reconocimiento de tales derechos en las constituciones actuales.
13. Desde la consideración del derecho como dispositivos cuyos procesos de interacción con las personas humanas resultan en la creación de subjetividades, las reparaciones propias del paradigma moderno —vinculadas a un derecho racional-formal que maximiza la seguridad jurídica y que supone motivaciones individuales en aquéllas— se asemejan al modelo del *homo economicus*. Vale decir, un sujeto racional cuyas decisiones son tomadas en atención a sus propios intereses individuales.
14. El tipo de subjetividad que generan las medidas de reparación simbólica, por el contrario, no se aviene a los rasgos del egoísmo liberal. En tanto ellas procuran reparar a las víctimas a través del fortalecimiento de sus lazos con las comunidades de pertenencia, tienen en mira a sujetos con intereses colectivos que pueden asumir tanto rasgos societarios como comunitarios. Cuáles sean los que deben ser asumidos en una situación concreta, supone el respeto de los intereses de las víctimas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN GARCÍA, Joaquín. *Estudio preliminar*. En: WEBER, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales*, trad. de Joaquín Abellán García. Madrid: Alianza, 2006, págs. 9-61. ISBN: 84-206-6002-7.
- AGAMBEN, Giorgio. *¿Qué es un dispositivo? seguido de El amigo y de La Iglesia y el Reino*, trad. de Mercedes Ruvituso. Barcelona: Anagrama, 2015. ISBN: 978-84-339-6379-6.
- AGAMBEN, Giorgio. *La comunidad que viene*, trad. de José Luis Villacañas, Claudio La Rocca y Ester Quirós. 2ª edición. Valencia: Pre-textos, 2006. ISBN: 8481917710.
- AGAMBEN, Giorgio. *Signatura rerum. Sobre el método*, trad. de Flavia Costa y Mercedes Ruvituso. Barcelona: Anagrama, 2010. ISBN: 978-84-339-6305-5.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- ÁLVARO, Daniel. "Los conceptos de 'comunidad' y 'sociedad' de Ferdinand Tönnies". *Papeles Del CEIC: International Journal on Collective Identity Research* [en línea]. Leioa: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad del País Vasco, 2010, no. 1, págs. 1-24. ISSN: 1695-6494. Disponible en: <http://www.identidadcolectiva.es/pdf/52.pdf>.
- ANDERSON, Perry. *El Estado absolutista*. 15ª edición. México: Siglo XXI, 1998. ISBN: 968-23-0946-8.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*. Madrid: Dykinson, 2013. ISBN: 978-84-9031-757-0.
- ARAMAYO, Roberto. "Kant y la Ilustración". *Isegoría: revista de filosofía moral y política* [en línea]. Madrid: Instituto de Filosofía del CSIC, 2001 nro. 25, págs. 293-309. eISSN: 1988-8376. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/596/597>.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. "Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista". En: RAMOS PASCUA, José Antonio y RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (Eds.). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, págs. 339-354, 2006. ISBN: 84-7800-460-2.
- BECERRA BECERRA, Zoraida Lucía. "Algunas consideraciones en torno al modelo de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* [en línea]. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2014, vol. 23, no. 2, págs. 57-77. ISSN: 2174-0690. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/2224>.
- BECKER, Gary. "Irrational behavior and economic theory". *Journal of Political Economy* [en línea]. Chicago: University of Chicago Press, 1962, vol. 70, nro. 1, págs. 1-13. eISSN: 1537534X. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1827018>.

- BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*, trad. de Silvia Zuleta. Buenos Aires: Amorrortu, 2008. ISBN: 950-518-009-8.
- BIRD, Alexander: *Thomas Kuhn*, trad. de Carmen García Trevijano. Madrid: Tecnos, 2002. ISBN: 84-309-3894-X.
- CARACCIOLO, Ricardo. “Discreción, respuesta correcta y función judicial”. En: ÍD. *El Derecho desde la Filosofía*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs. 251-260. ISBN: 978-84-259-1456-0.
- CARRILLO, Arturo. “Justice in context: the Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past”. En: DE GREIFF, Pablo. *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006, págs. 504-538. ISBN: 9780199291922.
- CHERNILO, Daniel. “El Rol de la ‘Sociedad’ como Ideal Regulatorio: hacia una reconstrucción del concepto de sociedad moderna”. *Cinta de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales* [en línea]. Santiago de Chile: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, 2004, no. 21, págs. 175-188. ISSN 0717-554X. Disponible en: <http://www.moebio.uchile.cl/21/chernilo.html>.
- DE ASÍS, Rafael. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 1999. ISBN: 84-8155-441-3.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 3ª edición. Madrid: Edicusa, 1969.
- DUBAR, Claude. *La crisis de las identidades. La interpretación de una mutación*. Barcelona: Bellaterra, 2002. ISBN: 9788472901858.
- DUSSEL, Enrique. *1492 el encubrimiento del Otro: hacia el origen del mito de la modernidad*. Madrid: Nueva Utopía, 1992. ISBN: 9788487264115.
- EISEN, Arnold. “The Meanings and Confusions of Weberian Rationality”. *The British Journal of Sociology* [en línea]. Londres: London School of Economics and Political Science, 1978, vol. 29, nro. 1, págs. 57-70. eISSN: 14684446. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/589219>.
- ENTELMAN, Ricardo. “Discurso Normativo y Organización del Poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”. En: MARÍ, Enrique: *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, págs.:209-220. ISBN: 950-20-0617-8.
- FARIÑAS DULCE, María José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Madrid: Civitas, 1991. ISBN: 8473989430.
- FARIÑAS DULCE, María José. “Sociología del Derecho versus análisis sociológico del Derecho”. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea]. Alicante: Universidad de Alicante, 1994, no. 15-16, vol. 2, págs. 1013-1023. ISSN 0214-8876. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/10666>.
- FOLLARI, Roberto. “Sobre la existencia de paradigmas en las ciencias sociales”. *Nueva Sociedad* [en línea]. Buenos Aires: Fundación Foro Nueva Sociedad, 2003, no. 187, págs. 31-41. ISSN: 0251-3552. Disponible en: [http://nuso.org/media/articles/downloads/3145\\_1.pdf](http://nuso.org/media/articles/downloads/3145_1.pdf).
- FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, traducido por Horacio Pons. Madrid: Akal, 2009. ISBN: 978-84-460-2316-6.

- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. Madrid: Iustel, 2012. ISBN: 978-84-9890-183-2.
- HUME, David. *Investigación sobre los principios de la moral*, trad. de Carlos Mellizo. 3ª edición. Madrid: Alianza, 2014. ISBN: 978-84-206-8434-5.
- HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*, trad. de Vicente Viqueira [en línea]. Albacete: Servicio de Publicaciones de la Diputación de Albacete, 2001. Disponible en: <http://www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf>.
- KANT, Immanuel. *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, trad. de Roberto R. Aramayo. 2ª Edición. Madrid: Alianza, 2013. ISBN: 978-84-206-7873-3.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo. México D.F.: UNAM, 1982. ISBN: 968-58-0032-4.
- KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1987. ISBN: 84-375-0046-X.
- LINFANTE VIDAL, Isabel. “Seguridad jurídica y previsibilidad”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* [en línea]. Alicante: Universidad de Alicante, 2013, no. 36, págs. 85-105. ISSN-L: 2386-4702. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2013.36.04>.
- LISTA, Carlos. *Los paradigmas de análisis sociológico*. 2ª edición. Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC, 2000. ISBN: 950-33-0248-X.
- MARAVALL, José Antonio. *Estado moderno y mentalidad social (Siglos XV a XVII), tomo I*. Madrid: Alianza Editorial, 1986. ISBN: 84-206-9537-8.
- MUNNÉ, Guillermo. “Racionalidades del derecho según Max Weber y el problema del formalismo jurídico”. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2006, no. 25, págs. 69-100. ISSN: 1405-0218. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0s058>.
- ORTIZ, Gustavo. *El vuelo del búho. Textos filosóficos desde América Latina*. Córdoba: Universidad Nacional de Río Cuarto y Centro de Estudios Avanzados U.N.C., 2003. ISBN: 950-665-231-7.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Ed. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2014. ISBN: 84-340-0814-9.
- PECES-BARBA, Gregorio. “Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales”. *Anuario de Derechos Humanos* [en línea]. Madrid: Universidad Complutense, núm. 4, 1986-87, págs. 219-258. ISSN: 0212-0364. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/10383>.
- PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson, 2003. ISBN: 84-8155-405-7.
- PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: siglo XVIII, vol. I: El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*. Madrid: Dykinson, 2001. ISBN: 84-8155-792-7.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991. ISBN: 84-344-1566-6.

- POGGI, Gianfranco. *Encuentro con Max Weber*, trad. de Jorge Alberto Piris. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2005. ISBN: 950-602-507-X.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* [en línea]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, no. 22, págs. 9-57. ISSN: 0214-6185. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1065762.pdf>.
- PUCETTI, Gastón. “El rol del Estado en la construcción de identidades de niños, niñas y adolescentes: el panorama desde la óptica del reparto de bienes sociales”. En: LAJE, María Inés (Comp.). *La infancia y sus derechos en el actual contexto*, Ediciones CICCUS – Centro de Integración, Comunicación, Cultura y Sociedad. Buenos Aires, 2012, págs. 113-128. ISBN: 978-987-1599-97-4.
- ROJAS BÁEZ, Julio José: “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”. *American University International Law Review* [en línea]. Washington DC: American University Washington College of Law, 2010, vol. 23, no. 1, págs. 91-126. ISSN: 1520-460X. Disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol23/iss1/5>.
- ROSSETTI, Andrés. “Sobre las reparaciones en el derecho internacional”. *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*. Córdoba: Lerner Editora SRL, XVIII, 2010, págs. 303-327. ISSN: 1850-079X.
- ROUSSET SIRI, Andrés Javier. “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Internacional de Derechos Humanos* [en línea]. Mendoza: Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, 2011, no. 1, págs. 59-79. ISSN: 2422-7188. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/usuario/frank/30948.pdf>.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Volumen I*, trad. de Joaquín Herrera Flores (et. al.). Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003. ISBN: 84-330-1768-3.
- SCARPONETTI, Patricia. *Derecho y Poder en los clásicos*. 2ª edición. Córdoba, Advocatus, 2007. ISBN: 978-987-551-102-6.
- SEN, Amartya. "Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory". *Philosophy & Public Affairs* [en línea]. John Wiley & Sons, 1977, vol. 6, no. 4, págs. 317-344. eISSN: 1088-4963. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2264946>.
- SHELTON, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2006. ISBN: 9780199207534.
- SOMBART, Werner. *El burgués. Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*. Madrid: Alianza, 1982. ISBN: 84-206-2027-0.
- TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y sociedad*, trad. de José Rovira Armengol. Buenos Aires: Losada, 1947.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* [en línea]. México D.F.: Jurídica de las Américas, 2009. ISBN: 96-8936-861-3. Disponible en: <http://app.vlex.com/#ES/sources/3287>.

- WEBER, Max. *Conceptos sociológicos fundamentales*, trad. por Joaquín Abellán García. Madrid: Alianza, 2006.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*, trad. de José Medina Echavarría (et. al.). 2ª edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1964. ISBN: 968-16-0285-4.
- WEBER, Max. *El político y el científico*, trad. de Francisco Rubio Llorente. Madrid: Alianza, 2007. ISBN: 84-206-3964-8.
- WEBER, Max. *La acción social: ensayos metodológicos*, trad. por Michael Faber-Kaiser y Salvador Giner. Barcelona: Península, 1984. ISBN: 8429720960.
- WEBER, Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. de Luis Legaz Lacambra. 13ª edición. Barcelona: Ediciones Península, 1994. ISBN: 84-297-0918-5.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón Abellán. 10ª edición. Madrid: Trotta, 2011. ISBN: 978-84-8164-071-7.