

Harel, Alon, *Why Law Matters*, Oxford, Oxford University Press, 2014. De la traducción: Vitetta, Mariano, *Por qué el Derecho importa*, Madrid, Marcial Pons, 2018, 239 páginas.

Comenzaré esta reseña tomándome el atrevimiento de afirmar que para leer este libro no es necesario pertenecer al ambiente analítico, en el cual se formó su autor. Por el contrario, se trata de un libro que, si bien en un comienzo puede resultar de dificultosa lectura para aquellos ajenos al Derecho (y, sobre todo, a la Filosofía del Derecho), tiene como finalidad ofrecer respuestas contundentes a cuestiones que nos involucran a todos los que vivimos, de alguna u otra manera, en sociedad; hurgando más allá de lo superficialmente conocido en temáticas de suma contradicción e interés general, que no son exclusivas a la coyuntura jurídica en la que se suelen enmarcar este tipo de textos.

En efecto, la obra que reseño toca interrogantes que a simple vista pueden parecer sencillos o genéricos, pero cuyo abordaje se torna complejo y problemático, por cuanto las distintas posturas expuestas y tomadas por el autor ofrecen vertientes lo bastante sinceras como para que uno piense que no hay una sola respuesta a tales preguntas; de hecho, es ilusorio pensar que pueda existir una. Más bien, el autor se encarga de afirmar lo que vengo enhebrando: que en este libro no se buscan respuestas definitivas, sino razonamientos sólidos vinculados a lo más primario, a lo más esencial, respecto de por qué el Derecho realmente importa.

En esta pieza podremos ver –a medida que se avanza en la lectura– la correlación (que, quizás, no es dable ver desde el inicio) entre los cuatro primeros capítulos y los dos capítulos finales, donde el autor entrelaza las cuestiones preliminares de esta obra con aquellas cuestiones –que osaré denominar– prácticas socioculturales (aquellas tendientes a solucionar los conflictos en aras de una convivencia próspera y armoniosa), para abordar, así, la dificultosa respuesta a los planteos que justifican el título de esta obra.

Por otro lado, es interesante destacar la manera en que el autor trata, a través de los diferentes capítulos, las temáticas en cuestión. Me estoy refiriendo, más específicamente, al método de exposición y desarrollo utilizado

por Harel (método que, a mi criterio, es de gran utilidad a los fines del libro) a la hora de desenvolver las complejidades de las problemáticas abordadas en la obra, exponiendo las diferentes posturas, con sus fortalezas y sus debilidades, denostando sus yerros y, finalmente, proponiendo las soluciones. Esto, más allá de si uno comparte o no el pensamiento del autor, resulta ser bastante chocante, pues le añade un tono de firmeza mayor a sus conclusiones.

De hecho, en este libro el lector podrá encontrar una justificación sui generis (entiéndase, diferente, ajena a las clásicas justificaciones, varias de las cuales son refutadas por el autor) en torno de las instituciones en general –no encerrándose exclusivamente en aquellas de orden jurídico–; buscando respuestas a cuestiones fundamentales, para la conformación de una sociedad basada en valores (tal y como lo indica Harel en su primer capítulo); y así, hacer lugar a planteos como: ¿por qué los derechos importan?; ¿por qué los Estados importan? ¿Y las constituciones?

Desde luego, tratar de encontrar un sustento lógico de por qué el Derecho importa no es tarea sencilla. Así, con una mirada que trasciende lo objetivo y lo contingente de las instituciones en análisis (no solo de aquellas caracterizadas como “jurídicas”), Harel logra desentrañar el aspecto subjetivo, expresando las susceptibilidades que subyacen en las controversias que se plantean en torno a aquellas instituciones; poniendo, así, de manifiesto lo que –para Harel– realmente importa: que las instituciones tienen importancia en sí mismas, más allá de si son conducentes o no en la materialización de los fines valiosos –que buscan resguardar– para los cuales fueron concebidas.

A lo largo de este ensayo, el autor concentra su atención en una cosa: demostrar que las instituciones en general, así como los procesos, importan de por sí, es decir, que no resultan ser meros instrumentos “contingentes” para materializar objetivos valiosos (actuando, estos objetivos valiosos, como su fundamento primero), sino que suelen ser componentes necesarios para el desarrollo de una sociedad justa; que se vuelve efectivamente justa, cuando logra reforzar la afinidad entre aquellas instituciones jurídicas o políticas y los valores u objetivos deseables (garantizados por esas instituciones), de manera tal que esos valores u objetivos solo podrían materializarse mediante la adecuada implementación de tales instituciones.

En paralelo, Harel hace especial hincapié en aquello que él llama “derecho a ser oído”, pues allí radica el quid de la cuestión para él, en tanto y en cuanto allí deberán arraigarse –fundamentalmente– las causas primeras de todas las instituciones o procesos que nuestra sociedad impulsa hoy en día para poder, así, alcanzar ese rasgo distintivo que las hace justas en sí mismas¹.

1 (2014). Harel, 19.

En este punto, coincido a medias con el autor, en tanto las instituciones referidas (más allá de su juridicidad o no) son componentes indispensables en una sociedad que se las dé de “justa”; no lo son solo por la capacidad y el valor intrínseco que ellas puedan tener a los fines de garantizar el derecho de sus ciudadanos a ser oídos, sino también porque de aquellas –así como de los procesos en ellas inmersos– emergen otras cualidades (v. gr., el orden en términos generales, el respeto por las investiduras y jerarquías, etc.) en carácter de condiciones previas, excluyentes y necesarias para el desarrollo de una sociedad –valga la redundancia– justa.

Ciertamente, creo que antes de poder atribuirle a algo o a alguien la cualidad o la virtud propia de la justicia, primero debemos verificar o, más bien, demostrar que se han adquirido anteriormente una serie de virtudes, que vienen a desencadenar en lo propiamente justo, como corolario final. Es decir –en palabras de un autor ya citado por Harel–, “para que cualquier acto sobre alguna cosa sea virtuoso, se requiere que sea voluntario, que sea estable y que sea firme [...] Cuando uno hace lo que debe, no aporta utilidad de ganancia a aquel a quien hace lo que debe, sino que solamente se abstiene de dañarle; en cambio, obtiene utilidad para sí en cuanto hace lo que debe con espontánea y pronta voluntad, lo cual es obrar virtuosamente”².

Lo que quiero dejar entrever con esto es que no se es justo solo cuando se garantiza un derecho previamente prometido –o resguardado por el motivo que fuere–; se es justo cuando se aúnan de manera habitual todas las conductas virtuosas –previas– que nos llevan a concretar un acto verdaderamente justo.

Habiendo dicho esto, puedo aseverar que el concepto institucional sostenido por Harel no desembocará en una sociedad más “justa”, sino, en una sociedad que, en cierta forma, resulte menos “peligrosa” o más “aceptable” para aquellos que realmente quieran obrar virtuosamente; adaptando las conductas de aquellos que no son virtuosos a estereotipos específicos donde –al menos– se respete al otro. Y digo “en cierta forma”, porque el autor realiza una afirmación parcial –“suelen ser componentes necesarios”³, dice Harel–, lo cual podría interpretarse como un intento –por parte del autor– de salvar su posición frente a un argumento como el que vengo de enfatizar; así y todo, creo que esos esfuerzos no bastan para derribar el argumento que aquí expongo.

Así, fiel a su concepción “no instrumentalista” (que, como vengo demostrando, destaca el valor intrínseco de las instituciones socioculturales que

2 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, c. 58.a.1 y 3.

3 Harel. Ob. cit., 19. El contexto de la cita textual que realizó viene a referirse a las instituciones o los procesos, entendidos según el concepto que les da el propio autor, y su relación con la posibilidad de que una sociedad que los posea, en aquel sentido, ostente la más justa.

nos ocupan), el autor comienza su monografía sosteniendo que los derechos resultan ser exigencias basadas en valores, es decir, que los derechos y los valores (subyacentes a estos) son interdependientes entre sí. Contrariamente a lo que suele decirse: que los derechos son valiosos debido a los valores que subyacen a ellos⁴.

En la misma línea, se colige que los valores que subyacen a los derechos están contruidos, al menos en parte, mediante la consagración de los derechos –destinados a proteger esos mismos valores–, de manera tal que la relación entre ambos sea recíproca. En concreto –afirma Harel–, los derechos se fundamentan en valores y, al mismo tiempo, los valores que subyacen a los derechos consolidados (constitucionalmente) también están parcialmente contruidos por derechos, de manera tal que la consagración de los derechos, asimismo, contribuye a la construcción de los valores; pues allí reside la reciprocidad aludida⁵.

En mi opinión, la reciprocidad evocada por Harel no es tal, al menos no de la manera “no instrumental” con la que se suelen caracterizar sus argumentos; así –y disidiendo del autor, otra vez–, debo decir que no creo que los valores dependan de su consagración, o no, por un derecho de orden constitucional que, efectivamente, los respalde.

Creo que ello encierra una contradicción, porque si bien la consagración constitucional de un valor –a través, justamente, de un derecho reconocido constitucionalmente– puede aumentar la frecuencia con que los ciudadanos realicen actos “valiosos” o “cargados de valor”; no le da en sí mismo la entidad que realmente tienen esos actos dotados de valor –entendido, ese acto al que me refiero, como aquel que posee una dosis de moralidad sincera y no forzada–; de allí que la ley garantice o imponga limitaciones parciales, sin inmiscuirse en las motivaciones de aquellos que accionan. Por el contrario, una persona que cumple la ley por temor a la sanción que ella le pueda imponer, o al juzgamiento posterior que surja de aquella, no está actuando valiosamente; pues la verdadera construcción de los valores no radica en las conductas objetivas que los integrantes de una sociedad se ven obligados a acatar en pos a no ser sancionados a futuro por sus consecuencias, sino en el fundamento subjetivo de esas conductas, el cual, en la gran mayoría de los casos, no viene a ser otro más que el respeto a la ley, por la ley misma; mas allá de si se está respetando tal o cual valor.

Adentrándonos más aún, notaremos la dicotomía –así planteada por el autor– entre lo privado y lo público; entre los agentes que operan sobre la base de la fidelidad a la razón (agentes particulares) y aquellos agentes que

4 *Ibidem*, 21 y 28.

5 *Ibidem*, 22 y 60.

lo hacen sobre la base de la fidelidad a la deferencia (funcionarios públicos). Aquí, la diferencia está en que existen ciertos bienes que solo pueden ser provistos por unos y no por otros, y viceversa, puesto que el valor del bien dependerá de que sea provisto por el agente adecuado y no sobre la base del éxito que pueda esperarse del agente en cuestión, respecto a la provisión del bien⁶.

Para ello, se torna indispensable analizar los límites de las conductas regidas por las normas para poder determinar, entonces, en qué casos la urgencia de la necesidad requerirá la intervención de un agente en concreto, y no de otro, pues “la necesidad no conoce ley” –dice Harel, parafraseando a otro autor⁷. Es que, el razonamiento libre de reglas empleado en aquellos casos extremos –“por la fuerza de las circunstancias”, esboza Harel– es propio –o “debe estar a cargo”– de una de esas categorías, la de los agentes privados ya que, justamente –siguiendo la línea del autor–, los actos públicos tienen basamento en prácticas rígidas, uniformes y adecuadas a las normas, sin tener en cuenta la motivación del agente que las realiza. De hecho, el autor llega al extremo de afirmar que cuando una persona, que se desempeña como funcionario público en otros contextos, actúe en casos extremos, tal actuación deberá considerarse un acto particular o privado, en tanto no se realiza en nombre del Estado, ya que no forma parte de una práctica integrativa que responda a un patrón de fidelidad a la deferencia, propio de los actos públicos⁸.

Lógicamente, para poder afianzar todas estas afirmaciones y terminar por concluir que las instituciones importan en sí mismas, Harel defiende la postura que él llama “constitucionalismo fuerte”⁹, en contraposición con el “constitucionalismo instrumentalista”, que le otorga a las constituciones y a las revisiones judiciales el carácter de instrumentos necesarios para la adopción de decisiones más justas o coherentes, desconsiderando el valor intrínseco del que realmente están dotados.

En efecto, la consagración constitucional de los derechos preexistentes resulta ser valiosa, independientemente de si eso lleva a la protección de esos derechos o no. Pues la consagración constitucional de un derecho es la consecuencia directa del reconocimiento público que el Estado hace, respecto a quien tiene el “deber” de proteger esos derechos, toda vez que la consagración constitucional de los derechos resulta ser una condición previa

6 *Ibidem*, 111-3.

7 *Ídem*. En “la necesidad no conoce ley”, el autor parafrasea a San Agustín de Hipona.

8 *Ibidem*, 131-4.

9 La cual tiene dos vertientes: por un lado, las directivas constitucionales vinculantes y no necesariamente exigibles (abarcada en el capítulo V), y por el otro, la facultad de los jueces para hacer cumplir esas directivas mediante la revisión judicial (capítulo VI).

–y necesaria– para la libertad (entendida como aquel estado en el que no se está “a merced” del Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial), más allá de que ese reconocimiento implique una mejor protección de ese derecho¹⁰.

No agotándose allí su planteo, Harel redobra la apuesta al sostener que se torna necesario expandir el campo de acción, por cuanto, de no hacerlo, quedaríamos “a merced” de nuestras propias constituciones. Es ante ello que emerge con fuerza y perspicuidad la necesidad de establecer normas o constituciones globales que, al menos, intenten palear el estado de indefensión al que se refiere¹¹.

Me detendré aquí por un instante, puesto que creo pertinente y oportuno poner de manifiesto algunas consideraciones personales al respecto. Creo que Harel, al argüir en defensa del “constitucionalismo fuerte”, se inmiscuye en un camino al eterno retorno, en tanto y en cuanto no logra justificar adecuadamente cómo se sale de ese estado en el que los ciudadanos –limitados por las disposiciones de una constitución que los gobierna– están “a merced” de su propia norma primera, de su constitución.

Efectivamente, continuar con el argumento del autor nos conduciría siempre al mismo interrogante, dado que siempre nos encontraríamos “a merced” de alguna constitución –por más que sea una de carácter internacional, como afirma Harel–, no siendo suficiente, entonces, justificar la creación de una constitución superior, o de mayor jerarquía, a la que ya se tiene a los efectos de evitar quedar “a merced”, justamente, de la constitución que ya se tiene, ya que, siempre seguiremos estando “a merced” de otra normativa de índole superior.

Todo lo cual nos llevaría a preguntarnos: ¿Hasta qué punto sería sostenible la creación de normativas de rango constitucional –incluso a nivel internacional– si siempre estaremos “a merced” de algún tipo de normativa impuesta o ratificada (v. gr., convenciones internacionales) por alguno de los poderes que nos gobiernan?; ¿acaso no sería ello lo mismo que aquel estado primitivo (carente de una constitución vinculante) en el que nos encontraríamos “a merced” de un Poder Legislativo que determina los patrones de ordenamiento sociales más apropiados?

Podría decirse –quizás a modo de solución– que, al fin y al cabo, un adecuado equilibrio entre los tres poderes del Estado nos permitiría evitar esas situaciones de abuso o entrometimiento por parte de uno u otro poder (ya sea del Poder Judicial, sobre el Legislativo, al abusar, por ejemplo, en el uso de las inconstitucionalidades a los efectos de intentar socavar injusticias, o viceversa).

¹⁰ *Ibidem*, 188-90.

¹¹ *Ídem*.

Finalmente, Harel completa su defensa del “constitucionalismo fuerte” mediante la justificación de la revisión judicial. Así, manifiesta que es el Estado quien tiene el deber de oír a sus ciudadanos, y el correlato de este deber es el que le permite a los ciudadanos exigir al Estado –mediante la revisión judicial– la reconsideración de las decisiones gravosas para alguno de ellos –con la adecuada deliberación de por medio– a los fines de cumplir con lo esencial de las instituciones, con el derecho a ser oído.

En suma, la revisión judicial no resulta ser valiosa por albergar una mayor probabilidad de fluctuar decisiones más justas, sino porque es el mismo proceso el que da cumplimiento a ese derecho a ser oído¹². A fin de cuentas, lo importante, respecto de la revisión judicial, es el proceso decisorio en sí mismo, pues este es el que hace valiosa la práctica, y no el hecho de que aquella sea realizada por tribunales o jueces.

Finalmente, la conclusión de todo cuanto va –más allá de las discrepancias plasmadas– es que realmente disfruté la lectura de este libro. Tanto es así, que no puedo no recomendarlo si lo que el lector busca, como ya dije, es una justificación o una visión diferente de los porqués de las instituciones y los procesos que nos determinan a todos los que vivimos en sociedad en miras a logrnarnos más justos.

Quisiera culminar esta reseña haciendo especial mención al gran trabajo de traducción a cargo de Mariano Vitetta. Realmente puede verse una traducción fidedigna y comprometida con lo que Harel ha expresado en su versión original del libro en inglés.

TOMÁS GUIDO

12 El autor también hace extensiva la pertinencia a la “revisión judicial restringida”, en referencia a los sistemas que dan a los tribunales un papel privilegiado, pero no supremo, en el diseño de los Derechos Constitucionales. Véanse pp. 23 y 219-20.