

UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

---

## ÉTICA Y RACIONALIDAD LEGISLATIVA

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES

DIEGO IGNACIO PARDO ÁLVAREZ

PROFESOR GUÍA: MIGUEL E. ORELLANA BENADO

---

SANTIAGO DE CHILE  
DICIEMBRE DE 2010

-Ahora verdaderamente que entiendo que los jueces y gobernadores deben de ser, o han de ser, de bronce, para no sentir las importunidades de los negociantes, que a todas horas y a todos tiempos quieren que los escuchen y despachen, atendiendo sólo a su negocio, venga lo que viniere; y si el pobre del juez no los escucha o despacha, o porque no puede o porque no es aquél tiempo diputado para darles audiencia, luego lo maldicen y murmuran, y le roen los huesos, y aun le deslindan los linajes. Negociante necio, negociante mentecato, no te apresures...

Cervantes, *El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*

## PREFACIO

¿Cómo sería la vida en una comunidad política completamente racional? La respuesta depende por completo de cómo entendamos lo racional. Cuando esto se discute en política y legislación una respuesta pesimista emerge. La racionalidad en política es siempre limitada, sus herramientas son insuficientes y sus mecanismos toscos. Intentar una política racional a través de la legislación, en consecuencia, parece un objetivo lejano e inalcanzable.

Defenderé precisamente *este* pesimismo, sin defender la irracionalidad en política. La racionalidad legislativa es insuficiente para el desarrollo de una política democrática, pues suele tomar muy en serio una inadecuada concepción de racionalidad en desmedro de otras. Intentaré, entonces, socavar nuestra confianza en *esa* forma de racionalidad, sin a la vez afectar nuestra confianza en *toda* racionalidad.

El hilo conductor de mi argumento es el trabajo de Manuel Atienza reunido en su volumen *Contribución a una Teoría de la Legislación*. En la introducción presento su teoría y discuto algunos problemas legislativos bajo su formulación. Es su trabajo Atienza distingue dos formas básicas de racionalidad a la que responde el procedimiento legislativo, y dos formas de entender la teoría de la legislación en disputa: el minimalismo y el maximalismo. Criticaré en este trabajo la primera.

Antes de presentar los argumentos críticos, debo aclarar a qué formas de pesimismo está sujeta la política racional. En el segundo apartado discutiré dos formas de escepticismo que pueden oscurecer el trabajo legislativo: una tradicionalista y otra modernista. Aunque contrarias en sus aspectos esenciales, sus conclusiones son cercanas. En el tercer, cuarto y quinto capítulo trataré la racionalidad con arreglo a fines según Max Weber. Dado que el centro de mi crítica es el desmesurado alcance que se asigna a esta forma de racionalidad, ampliaré su definición para exhibir el estrecho vínculo entre la racionalidad con arreglo a fines y la teoría de la elección racional.

En el sexto capítulo, criticaré la teoría de la elección racional argumentando que tiene una estrecha imagen de los individuos. Una teoría política que no puede dar cuenta cabal de los individuos, no puede ser verosímil. En el séptimo capítulo veré cuáles son las consecuencias de la estrecha imagen del individuo cuando se pretende dar cuenta de las decisiones colectivas, mostrando algunas consecuencias negativas que se sigue de entenderlas conforme a la racionalidad con arreglo a fines. En el octavo capítulo revisaré los problemas de entender el

procedimiento legislativo de forma minimalista, mostrando que la excesiva confianza depositada en las herramientas de las ciencias sociales es inverosímil.

En el último capítulo, volveré sobre algunas cuestiones de teoría de la legislación vistas al principio, para mostrar cuán necesario es integrar alguna forma de razonamiento ético al procedimiento legislativo. Al impedirlo, la teoría de la elección racional minimalista no es éticamente neutral sino que, más bien, defiende una respuesta ética particular a los problemas legislativos. Al ignorar este hecho, el minimalismo oculta su propia ideología.

A medida que avanza el argumento, he querido responder en cuatro *disgresiones* a un problema parcial de racionalidad legislativa. En la primera digresión, *gobierno y tradición*, intento dar cuenta del tradicionalismo en racionalidad legislativa. En la segunda *disgresión* sobre la decisión de votar, exhibo los límites de la teoría de la elección racional. En el último excurso, sobre constitución y racionalidad legislativa, critico una propuesta para integrar algunos criterios de racionalidad legislativa al procedimiento de revisión judicial.

Estos puntos sólo pueden llevarnos a consecuencias desalentadoras. Eso se debe a que mi pretensión actual es crítica, no constructiva. Sin embargo, desacreditar al minimalismo y la teoría de la elección racional allana el camino para entender al procedimiento legislativo de forma éticamente integradora. Esa tarea quedará para otra ocasión.

## AGRADECIMIENTOS

Esta tesis de grado fue realizada gracias al beneficio otorgado por la Cámara de Diputados de Chile. Agradezco a las autoridades de la Corporación, a la Oficina de Informaciones (organizadora del concurso de memoristas), y a la Biblioteca del Congreso.

En su desarrollo, tuve la oportunidad de presentar a la Revista Hemiciclo el trabajo titulado “Crítica a la Justificación del Bicameralismo en Chile”. Agradezco a su Director Enrique Winter S. También agradezco al Consejo Editorial de la Revista.

Durante mi investigación conté con el favor de amigos y colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco al Prof. Dr. Miguel E. Orellana Benado por toda su colaboración y comprensión en la guía de este proyecto, desarrollada en un momento de importantes ocupaciones. Ello no impidió beneficiarme de su consejo y ayuda en los aspectos más difíciles de mi investigación. Agradezco también a todo el equipo de profesores y ayudantes de Filosofía de la Moral, especialmente a mis amigos Marcos Andrade M., Cristóbal Astorga S., Andrés Bobenrieth M., Aníbal Korn A., Lucas MacClure B., Antonio Morales M., Juan Ormeño K., Ernesto Riffo E. y Guillermo Silva O.

También en el Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile he recibido valiosos aportes. Agradezco al Prof. Dr. Juan Pablo Mañanlich R. y al Prof. Javier Contesse S. por nuestras regulares, constantes y fructíferas discusiones.

Merecen una mención especial Paulina Guzmán H., Valeria Lübbert A. y Leonardo Cofré P. El último leyó buena parte del borrador, realizando agudos comentarios. Por último, aunque no de forma menos intensa, quiero agradecer a mi familia, sin cuyo apoyo nada de esto ni de lo que vendrá podría ser posible.

Diego Ignacio Pardo Álvarez.  
Santiago 2010

## ÍNDICE

|                |  |    |
|----------------|--|----|
| Capítulo I:    | Introducción.....  | 7  |
| Capítulo II:   | Dos formas de escepticismo.....                                    | 17 |
| Capítulo III:  | Racionalidad de fines.....   | 21 |
| Capítulo IV:   | El derecho formal.....   | 25 |
| Capítulo V     | Weber y la creación del derecho.....                               | 28 |
|                | <i>Digresión (1):</i> gobierno y tradición.....                    | 29 |
| Capítulo VI:   | Escepticismo reconsiderado (1): agencia individual.....            | 37 |
|                | <i>Digresión (2):</i> voto voluntario y racionalidad.....          | 44 |
| Capítulo VII:  | Escepticismo reconsiderado (2): agencia política.....              | 46 |
| Capítulo VIII: | Escepticismo en las ciencias sociales.....                         | 51 |
|                | <i>Digresión (3):</i> racionalidad legislativa y constitución..... | 55 |
| Capítulo IX:   | Conclusión: ideología y racionalidad legislativa.....              | 60 |
| Apéndice:      | Crítica a la justificación del bicameralismo en Chile.....         | 66 |

## Capítulo I INTRODUCCIÓN

Democracia es quizá el concepto más plástico y equivoco en teoría política. Es un valor ético y un principio moral, un procedimiento y una forma de decisión. Admite concepciones sustantivas y formales; radicales y limitadas; de izquierda y de derecha; deliberativas, económicas y agonísticas. En occidente su vigencia y relevancia es indiscutible. Quienes defienden principios contrarios a la democracia o que dudan de su valor, son considerados casi enemigos públicos, merecedores de condena moral y política.

A veces, sin embargo, la razón no está de parte de quien condena. No dudo que la defensa de la democracia merezca toda nuestra energía y tenacidad, pero es usual que la facilidad en condenar surja de la equivocidad de los criterios invocados para hacerlo. Nunca ha sido completamente claro, sobre todo en Latinoamérica, qué debe entenderse por democracia. Nuestra autocomprensión democrática es débil, nuestra tradición es estrecha y nuestros sobresaltos son usuales. Nuestras democracias están en constante riesgo, y su perfeccionamiento, en consecuencia, es una tema de vigencia permanente. El perfeccionamiento de la democracia implica su sustentabilidad.

La memoria que presento tratará sobre racionalidad legislativa. Puede apreciarse ya que este tema designa un conjunto de ideas difícil de asir. En este capítulo mostraré cómo se articula el conjunto de proposiciones que la componen. Mis consideraciones, desde luego, no pueden llevarnos a la candidez de desconocer sus límites. En este trabajo trataré de reconocerlos y visualizarlos. A pesar de referirme siempre a ellos, intentaré dar respuesta, acaso provisoria, a algunos problemas que aquejan a la democracia en Latinoamérica.

El modelo de racionalidad de la legislación propuesto por Manuel Atienza en diversos trabajos, reunidos en su volumen *Contribución a una Teoría de la Legislación*, pretende dar cuenta de los requisitos y relaciones que integran el proceso de creación de ley. Según su propuesta, el procedimiento legislativo se construye a partir de cinco niveles de racionalidad:

- (R1): El nivel de la *racionalidad lingüística* entiende al derecho como un sistema de comunicación. Un mayor grado de racionalidad exige, en consecuencia, que los mensajes

emitidos mediante las disposiciones normativas sean inteligibles, inequívocos y certeros. “El fin de la actividad legislativa en R1 es sencillamente la comunicación fluida de mensajes normativos”.<sup>1</sup> Una ley es irracional en este nivel, entonces, cuando fracasa como acto de comunicación.

- (R2): El nivel de *racionalidad jurídico formal* entiende al derecho como un sistema, y a las leyes como partes de él. Este nivel de racionalidad se preocupa de la estructuración y conservación de un sistema jurídico sin lagunas, contradicciones ni redundancias. Una norma es racional, entonces, si puede acoplarse al sistema jurídico sin erosionar su coherencia. En este nivel de racionalidad legislativa es relevante el trabajo técnico de los juristas.
- (R3): La *racionalidad pragmática* entiende al procedimiento legislativo según el grado y alcance de una norma como directiva de comportamiento. Una norma es racional en el nivel R3 cuando su estructuración permite un alto grado de obediencia y seguimiento. Es irracional, por el contrario, “si, y en la medida que, fracasa como directiva, esto es, en su propósito de influir en el comportamiento humano”.<sup>2</sup>
- (R4): El nivel de la *racionalidad teleológica* entiende al derecho como una herramienta para la obtención de determinados fines sociales. Entonces, una norma será racional en la medida en que sea exitosa en la producción de los fines sociales perseguidos por el legislador. Será irracional, al contrario, si la norma no produce efectos, produce efectos no previstos o efectos no deseados e indeseables.
- (R5): La *racionalidad ética* entiende al sistema jurídico como un conjunto de enunciados normativos evaluables desde un punto de vista ético. Una norma es racional en la medida en que satisface cierto estándar ético de legitimación. Es irracional, en cambio, cuando el estándar o conjunto de estándares no son satisfechos por las normas. La carencia de justificación ética de la norma puede deberse, de acuerdo a Atienza, al hecho de haber sido dictada por quien no está legitimado para ello, al hecho de prescribir comportamientos

---

<sup>1</sup> ATIENZA, Manuel. *Contribución para una teoría de la Legislación*, p. 29.

<sup>2</sup> ATIENZA, Manuel. *Contribución a una Teoría de la Legislación*, p. 37.



inmorales, al hecho de guardar silencio frente a lo éticamente exigible o por perseguirse fines considerados inmorales o reñidos con la ética.

El procedimiento legislativo es entendido, a la luz crítica de los criterios o niveles de racionalidad enunciados, como una serie de interacciones entre distintas agencias o elementos. Estos elementos mudan su forma, o su consideración, dependiendo de a qué nivel de racionalidad responde su operación particularmente considerada. Los elementos que interactúan en el procedimiento legislativo son:

- *Edictor* [sic]: encargado de producir la ley, redactarla, integrarla al sistema jurídico, definir su grado de obligatoriedad, y seleccionar los fines sociales y éticos perseguidos.
- *Destinatarios*: receptores del mensaje legal. Es el conjunto de individuos que debe entender la norma, sistematizarla, obedecerla, hacerla cumplir y criticarla.
- *Sistema jurídico*: es el conjunto de disposiciones válidas vigentes al momento de la creación de una nueva norma jurídica. Desde luego, el concepto de sistema jurídico es ambiguo. Sin embargo, no hace falta definirlo en todos sus aspectos para comprender su relevancia para una teoría de la legislación.
- *Fines*: son los objetivos perseguidos por cada uno de los niveles de racionalidad en sus distintas interacciones. Incluye las pretensiones éticas y morales, la modificación y transformación social, la construcción de un sistema jurídico, la obligatoriedad de las normas, su eficacia, etc.
- *Valores*: son los enunciados normativos a los que cada una de los niveles de racionalidad responde. Por ejemplo, la claridad, univocidad en la comunicación, el mantenimiento del orden y la eficacia.

En consecuencia, cuando se agrupan los distintos niveles de racionalidad R1-R5 con las distintas agencias y elementos presentes en la teoría de la legislación, se tiene una imagen estática del procedimiento legislativo (fig. 1).

Figura 1

|    | Edictores   | Destinatarios  | Sistema Jur.  | Fines  | Valores                                     |
|----|---|--|---|--|---|
| R1 | Emisor  | Receptores del mensaje legal                               | Conjunto de enunciados (mensajes) y de canales para transmitirlos   | Claridad, Precisión  | Comunicación                                |
| R2 | Órgano al que se atribuye capacidad de producir derecho legislado | Individuos y órganos a los que se dirigen las leyes        | Conjunto de normas (en sentido amplio) válidamente establecidas   | Sistematicidad: plenitud y coherencia  | Seguridad, previsibilidad                   |
| R3 | Órgano al que se presta obediencia (soberano)                     | Burocracia e individuos que prestan obediencia (súbditos)  | Conjunto de normas eficaces (o bien de comportamientos)   | Cumplimiento del derecho, traducción de las normas en acciones   | Mantenimiento del orden, eficiencia         |
| R4 | Portadores de intereses sociales                                  | Afectados por la regulación del interés o necesidad social | Conjunto de medios (conocimiento psicológico, sociológico, económico, etc.) para conseguir fines sociales | Cumplimiento de objetivos sociales: redistribución de la riqueza, aumento de la protección social, reducción del desempleo, etc. | Eficacia social o efectividad               |
| R5 | Autoridad legítima  | Obligados moralmente a obedecer las leyes                  | Conjunto de normas, acciones e instituciones evaluables éticamente  | Libertad, igualdad, justicia   | Naturaleza, dignidad humana, consenso, etc. |

De esta forma puede apreciarse con mayor claridad cómo Atienza considera cada elemento del procedimiento legislativo en función de la racionalidad a la que responden sus interacciones particulares. Un adecuado entendimiento del procedimiento legislativo debiera dar cuenta de la interacción entre todos y cada uno de los niveles de racionalidad propuestos.

Atienza denomina *estática legislativa* al análisis de las interrelaciones entre los distintos niveles de racionalidad. La pretensión de determinar distintos niveles de racionalidad radica, precisamente, en poder revisar la forma en que cada uno de ellos se relaciona con el resto, cómo

se armonizan y cuándo entran en conflicto. Ante el fracaso legislativo, las herramientas analíticas de racionalidad legislativa pretenden identificar el nivel de racionalidad donde existe un déficit y, luego, la forma en que dicho déficit puede ser compensado (ya sea mejorando el cumplimiento del nivel de racionalidad deficitario, ya sea incrementando el grado de racionalidad de otro nivel en la misma dirección del deficitario, o ya sea disminuyendo el efecto corrosivo de un nivel de racionalidad contrario al deficitario).

En el siguiente cuadro (fig. 2), presento las principales relaciones entre los distintos niveles de racionalidad. Con ello puede apreciarse cuál es el poder expansivo de una mejora frente al resto de los niveles de racionalidad. Si se consideran las relaciones en el sector superior derecho (horizontalmente), puede verse la relación general que requiere cada nivel de racionalidad con el resto. Las relaciones establecidas en la parte inferior izquierda del cuadro (verticalmente) son los posibles puntos de desacoplamiento entre los diversos niveles de racionalidad. El superávit en el cumplimiento de uno puede repercutir en un déficit de cumplimiento de otro.

Desde luego, este cuadro no pretende articular todos los matices en la relación entre los distintos niveles de racionalidad. Comentaré de cerca algunos casos problemáticos, que no podré discutir con mayor profundidad en el resto del texto, con excepción del que trataré al final más abajo.

R1 y R5: En principio es contingente si una ley clara es por ello justa. Muchas leyes son manifiestamente equívocas, lo que permite una mayor discrecionalidad del adjudicador. Dicha discrecionalidad puede tener un efecto corrosivo de los principios éticos de una comunidad política, pero también puede tener un efecto contrario, es decir, éticamente beneficioso. Aquí es necesario distinguir dos formas de considerar a las normas: si se asume un entendimiento de las normas como *normas de sanción*, esto es, como mensaje dirigido al juez para aplicar una respuesta jurídica a cierta conducta, entonces la relación entre R1 y R5 es contingente e independiente: mayor claridad no influye en la justicia, y mayor justicia no requiere mayor claridad. Si además se considera a las normas como *normas de comportamiento*, esto es, como mensaje dirigido al súbdito o al agente de una comunidad política para que adecue su comportamiento a lo jurídicamente exigido, entonces la justicia (R5) exige (R1), esto es, que las disposiciones sean redactadas con claridad, pues de la claridad de una norma depende su posibilidad de conocimiento, y a su vez, depende la posibilidad de adecuación del comportamiento a ella. Así, la claridad es una exigencia del mandato de neutralidad del derecho, aumentando las posibilidades de libertad del agente.

Figura 2

|    | R1   | R2   | R3   | R4   | R5  |
|----|--|--|--|--|---|
| R1 |  | Exigencia: la claridad lingüística es requisito de la sistematicidad y coherencia            | Exigencia (débil): obediencia requiere entendimiento del mensaje legal | Exigencia: obtención de fines sociales requiere claridad en su mensaje                 | Independencia: es contingente si mayor grado de R1 satisface en mayor medida la justicia  |
| R2 | Nula hipótesis de conflicto  |  | Exigencia: mayor sistematicidad favorece la obediencia al derecho      | Independencia: obtención de fines sociales no depende de la sistematicidad del derecho | Cumplimiento del valor seguridad jurídica como componente de la libertad                  |
| R3 | Legislación simbólica (1): leyes hechas para no ser obedecidas                 | Obediencia puede requerir mensaje legislativo equivoco                                       |  | Exigencia: obediencia permite la obtención de fines sociales                           | Independencia: obediencia al derecho no implica su valor ético                            |
| R4 | Legislación simbólica (2): leyes hechas para no alcanzar los fines que declara | Oposición: la sistematicidad del derecho es un obstáculo a su búsqueda de fines              | Desobediencia puede significar el cumplimiento de fines pretendidos    |  | Independencia: el alcance de los fines sociales deseados no implica la Satisfacción de R5 |
| R5 | Legislación marcadamente equívoca, para favorecer la discrecionalidad judicial | Independencia: la seguridad jurídica y sistematicidad no implica la justicia de lo asegurado | Puede exigirse obediencia no justificada éticamente                    | Persecución de fines sociales no justificados éticamente                               |   |

R1 y R3-R4: mucho se ha escrito sobre la legislación simbólica. En ella, el mensaje legislativo es equívoco, pues la voluntad legislativa también lo es. El término legislación simbólica describe aquella regulación marcadamente efectista, en donde lo relevante no es lo regulado (la solución propuesta), sino el propio hecho de regular y los beneficios que ello trae frente a la opinión pública: es más beneficioso para el político regular cierta situación con independencia de si su propuesta es racional, certera o justa. En estos casos, las leyes pueden ser intencionalmente oscuras y equívocas, con el fin preciso de que cueste obedecerlas, que no

produzcan efectos o que produzcan otros efectos distintos a los supuestamente pretendidos, v. gr. una mejora de la imagen del político frente a la opinión pública. Atienza señala que estos casos muestran la subordinación de la racionalidad lingüística a la pragmática y teleológica, pues la claridad del mensaje se subordina a los efectos pretendidos.<sup>3</sup>

R2 y R4: la relación es compleja y enrevesada. No puede darse cuenta completa de ella en este trabajo. La cuestión radica en si, y en qué medida, la labor dogmática obstaculiza la supuesta pretensión del derecho de producir resultados sociales. Esta posible relación de obstaculización se debe a que la orientación de la dogmática (retrospectiva) es contraria a la racionalidad con arreglo a fines de la racionalidad teleológica de la legislación. En este trabajo se someterá a crítica precisamente la pretensión de orientar el trabajo legislativo a la obtención de determinados fines sociales. Sin embargo, la crítica no se basará en una defensa a la dogmática del derecho tradicional, aunque la postura que asumimos tiene implicancias directas para la forma de hacer dogmática y para su relación con el procedimiento legislativo.<sup>4</sup>

R4 y R5: Los supuestos de incompatibilidad entre la racionalidad teleológica de la legislación y la racionalidad ética son evidentes. Muchas veces los fines perseguidos mediante la legislación no son justificables éticamente. Sin embargo, estos supuestos no son centrales para la discusión que sigue. La posibilidad de evaluar los fines y la relevancia que ellos tienen para el procedimiento legislativo supone la posibilidad de realizar algún juicio ético o moral cuya pretensión sea determinar y configurar el procedimiento legislativo. Pero es precisamente *ese* supuesto (la relevancia de la racionalidad ética) el que ha sido puesto en duda por buena parte de la doctrina. De acuerdo a esta posición escéptica, la posibilidad de racionalizar el procedimiento legislativo se limita a la posibilidad técnica de revisar sus leyes y su producción en torno a la racionalidad con arreglo a fines.

Trataré esta disputa bajo la dualidad minimalismo – maximalismo.<sup>5</sup> La tesis *minimalista* considera que los estudios de teoría de la legislación deben renunciar a la evaluación ética del procedimiento legislativo y de sus resultados. Dicha evaluación puede hacerse, pero su peso es insuficiente para una teoría de la racionalidad legislativa. Esta, en consecuencia, debe restringirse sólo a determinar qué medios técnicos son adecuados para alcanzar los fines

---

<sup>3</sup> ATIENZA, Manuel. *Contribución a una Teoría de la Legislación*, p. 59.

<sup>4</sup> Fundamental es LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*.

<sup>5</sup> La denominación no corresponde a Atienza, sino a MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Racionalidad Legislativa. Crisis de la Ley y nueva Ciencia de la Legislación*, pp. 275 y ss.

deseados por el legislador. Pero una evaluación ética del procedimiento legislativo es impertinente.

El *maximalismo*, en cambio, considera que la racionalidad legislativa no puede renunciar a la racionalidad ética (R5). El procedimiento legislativo y sus resultados, entonces, pueden y deben ser evaluados en función de ciertas creencias éticas de la comunidad política en donde se desenvuelve. Sin embargo, la dificultad de solventar este juicio ético atenta en contra de su funcionalidad en una consideración de racionalidad legislativa. La postura de Atienza, quien sostiene una tesis maximalista, es patente en este punto:

El cumplimiento del Derecho y/o la realización de los objetivos sociales establecidos es una cuestión independiente de su justificación moral. Es la distinción que va entre la técnica y la ética, entre *la racionalidad instrumental* y *la racionalidad de los fines*. Por eso, como antes se ha dicho, R5 – a diferencia de los otros niveles de racionalidad – no genera ninguna técnica legislativa: *no hay ningún procedimiento específico para lograr la igualdad, la libertad, la justicia a través de las leyes, fuera de las técnicas que generan las racionalidades R1–R4*. El problema que se plantea en R5 es el de mostrar qué valores o qué teoría ética permiten una más adecuada interpretación de los fines jurídicos últimos (la libertad, la igualdad, la justicia). Por lo demás, la concepción de la ética que se elija determina el empleo de las técnicas legislativas y el desarrollo del propio proceso de la legislación, en cuanto que la ética establece los límites (positivos y, sobretudo, negativos) de su funcionamiento.<sup>6</sup>

Atienza se equivoca en dos puntos aquí. En primer lugar, al considerar que no existe ningún procedimiento específico para lograr la racionalidad ética, se da por vencido antes de dar batalla. Existe un amplio debate sobre como asegurar los fines que enumera (libertad, igualdad y justicia) mediante el, y al interior del, procedimiento legislativo. Este debate no puede ser tratado aquí, pues supera las pretensiones de una tesis de grado. Pero obviarlo no es una respuesta adecuada.<sup>7</sup> Asumir que no existe una forma específica de satisfacer R5 atenta contra su relevancia.

El segundo error es tangencial, aunque su enunciación aquí introduce definitivamente la materia a tratar. Atienza trata equívocamente la distinción entre racionalidad estratégica y racionalidad de fines. Pues en realidad la razón estratégica es una especie de racionalidad con arreglo a fines. La posibilidad de justificar la relevancia de R5 depende de la posibilidad de justificar otra forma de racionalidad distinta a la racionalidad con arreglo a fines. Atienza es certero, en cambio, en otra afirmación que hace:

---

<sup>6</sup> ATIENZA, Manuel. *Contribución a una Teoría de la Legislación*, p. 63. El énfasis es mío

<sup>7</sup> Me refiero al debate que se presenta bajo la denominación de la “democracia deliberativa”, cuyos principales ejes son las contribuciones de HABERMAS, Jürgen / RAWLS, John. *Debate sobre el Liberalismo Político*.

El único “instrumento” del que dispone la ética [como parte de la racionalidad legislativa] es el discurso moral, pero justamente se trata de un instrumento que se desnaturalizaría si se utilizara para conseguir finalidades (fines perlocucionarios) que vayan más allá del propio discurso.<sup>8</sup>

La racionalidad ética, en consecuencia, no puede justificarse dentro del procedimiento legislativo en base a la misma forma de racionalidad con arreglo a fines que permite fundamentar los otros cuatro niveles de racionalidad R1-R4. Su justificación requiere, en cambio, asumir lo que de forma inigualable afirmó Toqueville:

(...) el genuino amor por la libertad jamás [ha] nacido de la sola perspectiva de los bienes materiales que procura, pues esa perspectiva se oscurece con frecuencia. Es desde luego cierto que a la larga la libertad termina conduciendo siempre, a quienes saben conservarla, a las comodidades, al bienestar y, a menudo, a la riqueza; pero hay ocasiones en las que ella perturba momentáneamente el uso de semejantes bienes. Y hay otras en las que sólo el despotismo procura su goce pasajero. Los hombres que sólo la quieren por tales bienes jamás la conservaron por largo tiempo.

Lo que en todo tiempo ha atraído hacia [la libertad] con fuerza el corazón de algunos hombres han sido sus propios atractivos, su peculiar encanto, con independencia de sus beneficios; es el placer de poder hablar, actuar, respirar sin constricción, bajo el solo gobierno de Dios y de las leyes. Quien busca en la libertad otra cosa que ella misma esta hecho para servir.<sup>9</sup>

*Límites y orden de la investigación:* La tesis que presento constituye una defensa negativa del maximalismo. No argumentaré en torno a si es posible la racionalidad ética (R5) de la legislación, sino que intentaré disminuir la confianza que tiene el minimalista en la racionalidad con arreglo a fines. Con ello, más que hacer plausible el maximalismo, pretendo mostrar cuán poco plausible es el minimalismo. Si la racionalidad con arreglo a fines gobierna el resto de los niveles de racionalidad (R1-R4), entonces su debilidad, en una medida todavía incierta, muestra que posiblemente el nivel de racionalidad R5 sea necesario para un correcto entendimiento del procedimiento legislativo. Intentaré revisar cómo una consideración ética del procedimiento de creación de ley puede mostrar los problemas legislativos en una mejor perspectiva.

En el próximo capítulo veré dos formas de escepticismo que combate este trabajo. Estas formas de escepticismo son en muchos aspectos tesis rivales respecto al entendimiento de la política. Según la tesis “tradicionalista”, la propia pretensión de racionalizar la política carece de sentido. Según la teoría de la elección racional es necesario racionalizar el procedimiento

---

<sup>8</sup> ATIENZA, Manuel. *Contribución a una Teoría de la Legislación*, p. 40.

<sup>9</sup> de Toqueville, Alexis. *El Antiguo Régimen y la Revolución*, p. 218.

legislativo en términos restringidos. Escépticos tradicionalistas y minimalistas comparten mucho más de lo que los diferencia. En realidad los separa una distancia menor, y pertenecen al mismo lado de la acera: ambas corrientes son escépticas morales. Se diferencian sólo en la confianza depositada en las ciencias sociales. Pero su comprensión común de la racionalidad como racionalidad con arreglo a fines y su rechazo al razonamiento moral los une de forma inextricable. Como cualquier disputa entre bandos cercanos, cuando un enemigo común emerge, las diferencias se ignoran y las similitudes se exageran. El enemigo común es la posibilidad de una racionalidad ética del procedimiento legislativo.



## Capítulo II DOS FORMAS DE ESCEPTICISMO

¡Por qué no aprenderá el gobierno a ser científico!

MacIntyre, *Tras la Virtud*

“[La] asimilación de la política a la ingeniería es, ciertamente, lo que podríamos llamar el mito de la política racionalista”.<sup>10</sup> Así, Michael Oakeshott quiere expresar su escepticismo acerca del valor de la racionalidad en la política, escepticismo muy vinculado al alegato de Alasdair MacIntyre consignado como epígrafe de este capítulo. La articulación de la deliberación política con los esquemas, técnicas y herramientas del científico y del ingeniero parece atentar en contra de nuestra comprensión intuitiva de lo que significa ser un estadista, un político o un parlamentario. El uso peyorativo de ingeniería es manifiesto. Para MacIntyre la pretensión científica en los asuntos políticos y morales proviene del alegato del reformador social del siglo XIX; para Oakeshott, el racionalismo en política es “un estilo intelectual” cuyos referentes son Bacon y Descartes. En ambos casos, sin embargo, el diagnóstico acerca de la situación racionalista en política es similar: su existencia es tan perniciosa como inevitable. Oakeshott afirma:

la política contemporánea está profundamente infectada por el racionalismo. (...) La profundidad con que la disposición mental del racionalista ha invadido nuestro pensamiento y nuestra práctica política se ilustra por la medida en que las tradiciones del comportamiento han cedido su lugar a las ideologías, la medida en que la política de la destrucción y creación ha sustituido a la política de la reparación, en que lo conscientemente planeado y deliberadamente ejecutado se considera (por esa razón) mejor que lo que ha crecido y se ha establecido de manera inconsciente durante algún tiempo.<sup>11</sup>

MacIntyre es igualmente directo. Ante el alegato consignado, él afirma que la respuesta invariable del gobierno es que, a largo plazo, pretende ser científico exactamente en el mismo sentido en que los reformadores sociales decimonónicos reclaman. “El gobierno insiste cada vez más en que sus funcionarios poseen el tipo de información que los cualifica como expertos”.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> OAKESHOTT, Michael. *El Racionalismo en la Política y Otros Ensayos*, p. 24.

<sup>11</sup> OAKESHOTT, Michael. *El Racionalismo en la Política y Otros Ensayos*, pp. 39-40.

<sup>12</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*, p. 113.

Expertos, científicos sociales e ingenieros son fundamentales para la actividad política moderna. Ello es signo inequívoco, de acuerdo a estos autores, del lamentable estado en que ella se encuentra.

Esta es una forma peculiar de escepticismo. Para ambos autores la inclusión de un criterio de racionalidad “científica” o técnica en la actividad política no tiene sentido.<sup>13</sup> Un trabajo racionalista en política se enfrenta invariablemente al fracaso, ya sea por la debilidad de sus modelos de predicción, ya sea por la pérdida de la intuición, tradición e instinto que toda actividad política (de acuerdo a estos autores) necesita.

Existe otra línea escéptica en materia de racionalidad en política. Llamaremos a esta línea teoría de la elección racional. Actualmente abundan los estudios empíricos sobre la actividad legislativa. Desde luego, nada hay de escéptico en la presentación de estudios empíricos: cualquier comprensión cabal de la actividad política requiere de un análisis detallado de la forma cómo se la lleva a cabo. El escepticismo, sin embargo, se sigue de las premisas normativas asumidas por los estudios empíricos. Ellos se construyen sobre la base de un entendimiento del político como un agente racional utilitarista. El agente político se comporta como el agente en el mercado: guiado exclusivamente por su interés individual. El principal incentivo para la acción, en esta forma de comprender la política, es la necesidad e intención de mantener el cargo o posición de poder. Bajo un entendimiento semejante, la pretensión de racionalidad de la actividad legislativa se disuelve en la comprensión racional del agente individual. El político, quien se encuentra en una posición institucional que exige tomar decisiones orientadas al bien común, actúa de acuerdo a estímulos e incentivos que explotan y apelan a su racionalidad de fines. Para él, se afirma, esto es inevitable.

A mi juicio, lo que comparten estas formas de escepticismo es un entendimiento estrecho de la racionalidad política. Las respectivas conclusiones de las teorías de Oakeshott y de MacIntyre son manifiestas en este punto. Para Oakeshott, frente al mito de la política racionalista es necesario rescatar las formas tradicionales de decisión y gobierno, basadas en la intuición, la educación política y la tradición. En un trabajo publicado póstumamente, Oakeshott califica a la política racionalista como “política de la fe”.<sup>14</sup> Considera que este tipo ideal de entendimiento de la política se encuentra en contradicción con la denominada “política del escepticismo”. Oakeshott no puede evitar mostrar su simpatía por la política del escepticismo, sin perjuicio de

---

<sup>13</sup> Winston Churchill afirma con ironía que “un político debe ser capaz de predecir lo que pasará mañana, y la semana, el mes y el año próximos. Y también debe ser capaz de explicar por qué no acertó”.

<sup>14</sup> OAKESHOTT, Michael. *La Política de la Fe y la Política del Escepticismo*.

que su conclusión es sorprendentemente aristotélica en este punto: concluye que ambas formas de entender la política no son dos alternativas, sino dos polos entre los cuales transita el movimiento político. En consecuencia,

siendo el carácter de nuestra política como es –inevitablemente complejo-, debemos aprender a aprovechar sus virtudes. No puede haber duda de que disfrutaríamos sus virtudes más plenamente y evitaríamos mejor sus vicios si nos alejamos de los extremos que es capaz de presentar y si explotamos el área situada en medio.<sup>15</sup>

MacIntyre pretende, llevando su teoría moral a las últimas consecuencias, disolver nuestra práctica moral en una ética de pequeñas comunidades compuestas por personas que comparten tradiciones y visiones de mundo similares. Su conclusión respecto a la posibilidad de la política es, curiosamente, aún más radical que la de Oakeshott:

la política moderna no pued[e] ser asunto de consenso moral auténtico. Y no lo es. La política moderna es una guerra civil continuada por otros medios...<sup>16</sup>

En ambos casos, la tradición y la intuición llenarían el vacío que deja el ascenso del racionalismo ilustrado.

En el extremo de la teoría de la elección racional, la estrechez en la comprensión de la racionalidad se manifiesta de forma aún más severa. De acuerdo a esta teoría, cualquier político sólo puede responder a estímulos que apelen a su racionalidad de fines pues de otra forma no estaría actuando de forma plenamente racional. Los políticos sólo actúan de forma orientada al entendimiento marginalmente, cuando los estímulos para aumentar su beneficio personal coinciden o determinan accesoriamente un resultado cooperativo.

La crítica usual en contra de este tipo de enfoque es que confunde el comportamiento del individuo en el mercado con el comportamiento necesario para la actividad política.

La noción del consumidor soberano es aceptable porque, y hasta el punto en que, el consumidor elige entre cursos de acción que difieren sólo en la forma en que afectan a él. En situaciones de elección política, sin embargo, el ciudadano es llamado a expresar su preferencia sobre estados que también difieren en la forma en que afectan a otras personas. (...) [La] tarea de la política no es sólo eliminar la ineficiencia, sino también *crear justicia*.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> OAKESHOTT, Michael. *La Política de la Fe y la Política del Escepticismo*, p. 160.

<sup>16</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*, p. 311.

<sup>17</sup> ELSTER, John. “The Market and the Forum. Three Varieties of Political Theory”, pp. 10-1. Énfasis añadido.

La idea de crear justicia a la que se refiere Elster sería fuertemente resistida por Oakeshott y MacIntyre. Para el primero esto sería una forma paradigmática de política de la fe; mientras que para el segundo sería una tarea destinada al fracaso.<sup>18</sup> Entender en toda su dimensión ambos alegatos escépticos, requiere contar con un concepto de racionalidad compartido. Trataré este asunto en los próximos capítulos.

---

<sup>18</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Whose Justice? Wich Rationality?*, pp. 1-11.

### Capítulo III

## RACIONALIDAD DE FINES

Cada tanteo, cada intuición, cada esperanza, cada desilusión han sido decididos, calculados, estudiados por el otro.

Perec, *La vida instrucciones de uso*

La distinción trazada por Max Weber entre tipos de racionalidad es, probablemente, la más extendida y la más influyente en los estudios de racionalidad legislativa y política. Antes de presentarla debo hacer algunas consideraciones. Weber construye su sociología comprensiva sobre el fundamento y caracterización de la *acción social*. Por acción social debe entenderse aquella acción donde “el sentido mentado por su sujeto o sujetos está referido a la conducta de otros, orientándose por esta en su desarrollo”.<sup>19</sup> Lo que distingue a una acción de un comportamiento *meramente reactivo* es que el agente en el primer caso debe necesariamente enlazar un sentido a su actuar. Si un comportamiento carece de sentido para el agente, entonces dicho comportamiento no es una acción. Lo que hace que una acción sea calificada como acción social, entonces, es que el sentido subjetivo enlazado al comportamiento del agente se refiere o necesita de la consideración del otro. Ejemplos paradigmáticos de acción social son las interacciones mercantiles y las políticas, pues en esos casos, el sentido que el agente atribuye a su actuar no puede renunciar a la consideración o el reconocimiento de otros agentes. La acción de votar o de opinar públicamente; o el comprar o producir cierto bien, requieren necesariamente del reconocimiento, aun precario, de la posibilidad de actuar de otros agentes (ya sea el resto de los votantes, el auditorio, el vendedor, la comunidad mercantil o política).<sup>20</sup>

Esto, desde luego, no quiere decir que la acción social sea de por sí racional. La utilidad del esquema de Weber radica en permitir ordenar de forma gradual el nivel de racionalidad de la acción. Con la construcción de *tipos ideales*, Weber puede interpretar las diferentes conexiones de sentido subjetivas como desviaciones más o menos distanciadas de un marco de racionalidad construido en términos abstractos.<sup>21</sup> Weber diferencia cuatro tipos ideales de acción cuya

---

<sup>19</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 5.

<sup>20</sup> Véase SEARLE, John. *The Construction of Social Reality*, pp. 117 y ss.. Véase también *Making the Social World. The structure of Human Civilization*, pp. 42 y ss.

<sup>21</sup> Esto hace que, en palabras de WEBER, Max (*Economía y Sociedad*, p. 7) el método de la sociología comprensiva sea racionalista. El método “científico” de Weber permite determinar qué conexiones de sentido son racionales y

racionalidad puede ordenarse cuantitativamente, es decir, que representan formas de racionalidad que permiten ser ordenadas transitivamente de más a menos racional bajo el mismo criterio. El paradigma de acción social racional es la llamada *acción con arreglo a fines*.<sup>22</sup> Ella exige que la acción se oriente por los fines, medios y consecuencias implicados, evaluando todos estos niveles racionalmente.<sup>23</sup> Analizando el grado de desviación de la acción social concreta frente al tipo ideal de acción racional con arreglo a fines, puede determinarse el nivel de racionalidad definitiva de una acción. Las formas imperfectas de acción, de acuerdo a Weber, son:

[Acción] racional con arreglo a valores: determinada por la creencia consciente en el valor – ético, estético, religioso o de cualquier otra forma como se le interprete- *propio y absoluto* de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor. [Acción] afectiva, especialmente emotiva, determinada por afectos y estados mentales actuales, y [acción] tradicional: determinada por una costumbre arraigada.<sup>24</sup>

Lo relevante en la construcción de esta racionalidad ideal con arreglo a fines se encuentra, como puede apreciarse, en la estructuración de una relación medio a fin. Ella permite hablar de racionalidad en el caso de la *acción racional con arreglo a valores*. Pues esta forma imperfecta de racionalidad es aún una forma de racionalidad en la medida en que equilibra los medios necesarios en función de ciertos fines perseguidos. Sin embargo, la racionalidad de fines es superior a la racionalidad valorativa, pues para la segunda, los efectos secundarios incluidos en la consideración racional del agente son irrelevantes. Lo son, en la medida en que el horizonte valorativo tiene un fuerte carácter absoluto, es decir, es independiente e incondicionado de los efectos que provoca la acción.<sup>25</sup> Este carácter absoluto e incondicionado es lo que convierte a la racionalidad valorativa en una forma imperfecta de racionalidad en relación a la racionalidad de fines, pues esta última “no se ve gobernada por pasiones ciegas o por tradiciones de tipo

---

cuáles irracionales, afectivamente condicionadas, o simples desviaciones de una acción racional, en la medida de su alejamiento de una situación ideal.

<sup>22</sup> APEL, Karl-Otto. “¿Es posible distinguir la Razón Ética de la Racionalidad Estratégico-Teleológica?”, p. 32. “Ella se da cuando el propio actor elige los objetivos o fines sobre el trasfondo de un horizonte valorativo claramente articulado y cuando, además, elige los medios adecuados para lograrlos, teniendo en cuenta los efectos secundarios”. P. 33.

<sup>23</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 21.

<sup>24</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 20. Énfasis añadido.

<sup>25</sup> APEL, Karl-Otto. “¿Es posible distinguir la Razón Ética de la Racionalidad Estratégico-Teleológica?”, p. 33.

cuasinatural”.<sup>26</sup> Apel utiliza el siguiente esquema para ilustrar el grado de racionalidad de las distintos tipos de acción:<sup>27</sup>

Fig. 3: Elementos racionalmente reflexionados del marco de acción

| Tipos de acción       | Medios | Fines | Valores | Consecuencias (secundarias) |
|-----------------------|--------|-------|---------|-----------------------------|
| Con arreglo a fines   | +      | +     | +       | +                           |
| Con arreglo a valores | +      | +     | +       | -                           |
| Afectiva              | +      | +     | -       | -                           |
| Tradicional           | +      | -     | -       | -                           |

La reducción de racionalidad que, entonces, opera en el tránsito de una acción gobernada por racionalidad con arreglo a fines hacia una acción gobernada por valores evidencia la convicción de Weber de que las normas morales, estéticas, éticas o religiosas (que gobiernan la acción valorativa) son en último término inconmensurables, y por tanto, una muestra de fe que orienta una decisión irreflexiva.<sup>28</sup> Al contrario, si las normas morales, éticas, estéticas o religiosas pudieran ser fundamentadas racionalmente, entonces la racionalidad con arreglo a fines perdería su primacía como forma de racionalidad típica-ideal, puesto que las consecuencias (secundarias) carecerían de relevancia. De aceptarse la posibilidad de que los enunciados valorativos pudieren

<sup>26</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, p. 539.

<sup>27</sup> APEL, Karl-Otto. “¿Es posible distinguir la Razón Ética de la Racionalidad Estratégico-Teleológica?”, p. 35. El esquema de Apel, a mi juicio, induce a error a partir de la inclusión de valores como un elemento racionalmente considerado dentro del sentido de la acción. Pues la inclusión de valores en el razonamiento medios-fines será, desde el punto de vista de la racionalidad de fines, como ya se dijo, siempre una penetración de irracionalidad en la acción. No se trata de que simplemente la acción racional con arreglo a fines sea cuantitativamente superior en tanto también incluye valores dentro de su consideración, sino que es superior en tanto no requiere la inclusión de valores para ser plenamente racional. El esquema debe ser entendido en función de la relevancia de las consecuencias (secundarias). Para el caso de la acción racional con arreglo a fines, los valores son un elemento estratégico dentro de la adecuación de la acción vinculada normativamente a los efectos (secundarios) que provoca. En cambio, en el caso de la acción con arreglo a valores, los efectos (secundarios) son irrelevantes en la medida en que la acción es adecuada a causa del valor que encierra intrínsecamente, con independencia de sus consecuencias. Es evidente que los valores juegan un rol conceptualmente diferente en uno y otro caso.

<sup>28</sup> APEL, Karl-Otto. “¿Es posible distinguir la Razón Ética de la Racionalidad Estratégico-Teleológica?”, pp. 33-4. El término inconmensurabilidad valorativa será utilizado de una forma intencionalmente ambigua en este trabajo. La tesis de Weber es que los valores son inconmensurables en términos racionales, pues son una decisión puramente subjetiva, incomparable entre un sujeto y otro. La teoría de la elección racional asume este hecho, pero considera entonces que las *decisiones* basadas en la racionalidad con arreglo a valores son conmensurables en tanto y en cuanto respondan, al menos en un nivel precario, a la racionalidad con arreglo a fines. La acción racional con arreglo a valores también es una forma de optimización de medios y fines.

justificarse, las consecuencias (secundarias) de una acción racional con arreglo a valores devendrían necesariamente en irrelevantes, pues cuando Weber habla de acción racional con arreglo a valores, entiende a los valores como pertenecientes siempre a una moral deontológica, caracterizada como una *ética de la convicción*:

entre un modo de proceder conforme a la máxima de una ética de la convicción, cuyo ordenamiento, religiosamente hablando, reza: ‘el cristianismo *obra bien y deja los resultados a la voluntad de Dios*’, y el otro de obrar según una máxima de la ética de la responsabilidad, tal como la que ordena *tener presente las previsibles ‘consecuencias’* de la propia actuación, existe una insondable diferencia [énfasis añadido].<sup>29</sup>

En una ética de la convicción, las consecuencias (secundarias) caen en un plano adventicio frente a los valores que gobiernan incondicionalmente la acción. Una responsabilidad enjuiciada racionalmente sólo puede darse a partir del vínculo entre acción racional con arreglo a fines y *ética de la responsabilidad*.

En el próximo capítulo ampliaré este esquema conceptual para revisar la relación entre racionalidad con arreglo a fines, derecho y el proceso de racionalización.

---

<sup>29</sup> WEBER, Max. *El político y el científico*, p. 52. El escepticismo acerca de la posibilidad de fundamentar los enunciados valorativos permite a Weber redimir la primacía de la ética de la responsabilidad frente a la ética de la convicción. Es evidente que Weber considera como plenamente racional la ética de la responsabilidad, ya que la ética de la convicción es una forma derivada desde la acción racional con arreglo a valores: las consecuencias (secundarias) de la acción, que en la ética de la convicción quedan sujetas a la voluntad de Dios, y por tanto son independientes de cualquier intervención distinta a la divina, adquieren la relevancia adecuada (en un mundo desencantado) sólo en el contexto de una ética de la responsabilidad, pues se acopla directamente a la acción racional con arreglo a fines.



## Capítulo IV EL DERECHO FORMAL

La interrelación entre acción racional con arreglo a fines y ética de la responsabilidad tiene una evidente repercusión en el concepto de derecho de Weber. El derecho es un orden que, a diferencia de los órdenes convencionales, está “garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión”.<sup>30</sup> Weber no desconoce que en este nivel las diferencias entre un orden garantizado convencionalmente y uno garantizado jurídicamente son muy flexibles. Lo relevante para el orden jurídico, sin embargo, es la existencia de un *cuadro coactivo* (no necesariamente equivalente al actual cuadro burocrático) destinado a sancionar el incumplimiento y ejercer las sanciones correspondientes.

Mediante el derecho se ejerce *dominación*. Ella también es definida en términos tal vez excesivamente abstractos: “dominación es la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato determinado contenido entre personas dadas”.<sup>31</sup> Toda dominación requiere normalmente tanto de un cuadro administrativo como de cierta creencia en su legitimidad.<sup>32</sup>

Para Weber, entonces, el derecho es una forma de *dominación legal racional*. Basa su legitimidad en la fe en la legalidad del establecimiento de órdenes, normas y mandatos (impersonales) dictadas por una autoridad establecida conforme a los procedimientos y requerimientos legales. Lo que se entiende por racional, para el contexto jurídico, puede adoptar tres formas distintas aunque relacionadas.<sup>33</sup> Primero, puede significar regularidad técnica, esto es, la reproducción del subsistema derecho mediante operaciones comprensibles y regulares; en

---

<sup>30</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 27.

<sup>31</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 43.

<sup>32</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 170. En base a su legitimación, entonces, existen tres tipos ideales de dominación legítima, de lo que a su vez se deriva las peculiaridades del cuadro administrativo requerido por dicha dominación.

- (1) De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de las órdenes estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas órdenes a ejercer autoridad (autoridad legal).
- (2) De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (autoridad tradicional)
- (3) De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y en las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (autoridad legítima). WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 172.

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, pp. 539 y ss. Véase también WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, pp. 509-12.

segundo lugar, puede significar racional con arreglo a fines, esto es, que la acción y decisión jurídica se vea orientada a través de la pura consideración de los fines, medios y consecuencias, sin incluir orientaciones valorativas últimas cuyo valor interno, como ya he repetido, carece de justificación racional; y por último, racional puede significar el hecho de que el derecho sea producto del trabajo dogmático de expertos, con el cual se produce la sistematización de un cuerpo jurídico ordenado y, por lo tanto, previsible. La racionalidad jurídica implica, en consecuencia, la aplicación por un cuadro coactivo burocrático, de un derecho (exclusivamente) positivo reconstruido dogmáticamente. De estas características se deriva la cercanía entre el entendimiento del derecho de Weber y el minimalismo (véase *infra* 5).

Una dominación legal racional, de esta forma, utiliza por regla general un cuadro coactivo burocrático con el fin de asegurar las condiciones formales de la dominación, esto es, que la obediencia se preste a mandatos impersonales emanados de una autoridad establecida conforme a los requerimientos legales. Continúa siendo racional, siempre y cuando respete, al menos aproximadamente, alguna de las tres formas en que debe entenderse la racionalidad jurídica. La comprensión de esta es crucial para entender los conceptos de *racionalización* y *desencantamiento* en Weber. La racionalización consiste en la penetración de una actitud calculadora y técnica en la configuración de las principales instituciones de una economía capitalista (incluidas las instituciones políticas), adquiriendo así un carácter progresivamente más científico, técnico y experto.<sup>34</sup> Dando paso a la racionalización, los sistemas de creencias, que proveen de sentido ético a la vida, sufren de desencantamiento, erosionándose hasta el olvido.

Una sociedad racionalizada es menos proclive a la *materialización* del derecho, que se presenta cuando entran en consideración postulados morales que lo privan de su propia racionalidad formal.<sup>35</sup> La dominación legal racional permite que el agente mantenga su creencia en la legitimidad de la dominación en uso exclusivo de su racionalidad con arreglo a fines. Bajo

---

<sup>34</sup> HELD, David. *Models of Democracy*, p. 127. Véase también HABERMAS, Jürgen. *Ciencia y técnica como "ideología"*, pp. 53-4. "La progresiva 'racionalización' de la sociedad depende de la institucionalización del progreso científico y técnico". El progreso científico y técnico depende, a su vez, de la satisfacción de alguna de las tres formas en que Weber entiende la racionalidad jurídica.

<sup>35</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, pp. 535 y ss. Para Habermas la racionalidad formal del derecho está en crisis a causa de al menos cuatro tendencias de materialización: la *reflexividad* del derecho, esto es, la atribución de competencias legislativas a las partes dentro de su propio proceso de solución de conflictos; la *marginalización* del derecho, esto es, la pérdida de su carácter estrictamente vinculante a causa del ascenso de la regulación privada y de su comprensión técnica; la *imperatividad funcional* del derecho, esto es, la instrumentalización del derecho a los fines del legislador político; y la *ilegitimidad* del derecho, esto es, relacionado con lo anterior, el déficit de legitimidad interna del derecho a causa de su instrumentalización política sujeta a sucesivos cambios electorales. Este trabajo se refiere tangencialmente a las dos últimas tendencias de materialización.

el esquema de Weber, la racionalidad con arreglo a fines permite la autoridad formal del derecho, y por lo tanto, la legitimación formal del derecho. Contrariamente, un derecho materializado, anclado en creencias morales de dudosa racionalidad, es un derecho que rompe con su formalidad y con su estructura interna. Es por lo tanto, un derecho irracional, fruto de una sociedad *encantada*. El peligro de evaluar éticamente la actividad legislativa precisamente se encuentra aquí: enunciados éticos de dudosa racionalidad penetran en la racionalidad del derecho, materializándolo, rompiendo con su propia racionalidad interna.

Para Weber, la creencia subjetiva en la legitimidad de este orden jurídico formal, viene garantizada por el aseguramiento de regularidades de conducta que permiten la acción estratégica de los agentes en términos exitosos:

En la medida en que [los agentes] proceden con mayor rigor en su actuación racional con arreglo a fines, son más análogas sus reacciones en la situación dada, surgiendo de esta forma *homogeneidades, regularidades y continuidades en la actitud y en la acción*, muchas veces mucho más estables que las que se dan cuando la conducta está orientada por determinados deberes y normas tenidos de hecho por ‘obligatorios’ en un círculo de hombres [Énfasis añadido].<sup>36</sup>

La función del cuadro coactivo burocrático en la dominación legal formal es, precisamente, el aseguramiento de dichas homogeneidades y continuidades en la acción. En función de estas ideas, el esquema de racionalidad de la acción social de Weber es radicalmente compatible con una estructura social capitalista.<sup>37</sup> El derecho formal racional configura la seguridad jurídica necesaria para permitir al agente que su acción prudencial y la persecución de sus fines individuales sean operaciones exitosas. Mediante la seguridad jurídica, garantizada por el lenguaje formal del derecho, el comportamiento del resto de los agentes es predecible, y por lo tanto considerable dentro de la acción estratégica del individuo.

---

<sup>36</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 24. La dominación legal racional permite que el agente mantenga su creencia en la legitimidad de la dominación, en uso exclusivo de su racionalidad con arreglo a fines. La consideración estratégica del agente no implica una falta de reconocimiento, sino un reconocimiento estrecho: mediante mi acción estratégica reconozco la posibilidad de que otro agente considere sus interacciones también desde un punto de vista estratégico. Al respecto véase ATRIA, Fernando, “La Verdad y lo Político”, *passim*.

<sup>37</sup> Lo que nos recuerda MACCORMICK, Neil (“Orden Espontáneo e Imperio de la Ley: Algunos Problemas), discutiendo las ideas de Hayek, es que los mercados tienen la curiosa propiedad de coordinar la acción social a partir de la sola consideración del interés individual. El derecho formal, en este sentido, posibilita tal coordinación. Así, en el orden espontáneo del mercado puede asignarse el adecuado valor a los fines obtenidos por los agentes, en la medida en que sean reconocidos como competidores dentro de la interacción social basada en la persecución del interés individual.

## Capítulo V

### WEBER Y LA CREACIÓN DE DERECHO

Imaginemos por un momento que una sociedad está convencida de la corrección del esquema de Weber. Parte del valor de su teoría radica en la descripción de operaciones a la luz de intuiciones que estamos dispuestos a asumir como válidas. En la medida en que los conceptos y principios descritos pueden dar cuenta de acciones y comportamientos sociales normales de una comunidad, entonces en esa medida aumenta el atractivo intuitivo de la teoría de Weber. Desde luego es un error asumir que la corrección de su teoría implica la necesidad de llevarla a la práctica. Weber, naturalmente, toma los resguardos necesarios para entender su sociología comprensiva como una empresa exclusivamente descriptiva. Quiero ignorar esos resguardos para realizar una breve lectura interna de ella. Con ella podré tender un puente entre la acción racional con arreglo a fines y la teoría de la elección racional.

Continuemos con el ejercicio que acabo de sugerir. Imaginemos que una comunidad, convencida de la descripción de Weber, decide estructurar sus operaciones sociales de la forma como él las describe. Decide esta comunidad dar un impulso normativo a su descripción. Sus miembros consideran que es necesario dar plena cabida a la acción estratégica, y que para ello es necesario estructurar el derecho bajo un entendimiento formalista como el descrito en las páginas anteriores. El derecho será entonces una herramienta para la obtención de una meta fundamental: la creación de regularidades duraderas y permanentes de conducta social que permitan el éxito en la persecución de los propósitos individuales.<sup>38</sup>

En algún punto de su evolución, esta comunidad se verá ante una encrucijada. Pensemos que la comunidad es tradicional. Sus prácticas jurídicas dependen de la aceptación, sin mediaciones institucionales, de ciertas formas de comportamiento tradicional considerado válido. El derecho es un conjunto de costumbres. Supongamos ahora que esta comunidad comienza a sufrir un aumento en su complejidad. Crece el número de comportamientos disruptivos, y por tanto disminuye la capacidad regulativa de la costumbre. Muchas nuevas acciones sociales dejan de tener explicación y regulación jurídica consuetudinaria. Como es lógico, si el aumento de los comportamientos alternativos es sostenido, también será exponencial: en la medida en que para la acción estratégica del agente se requieren regularidades de conducta, una acción contra la

---

<sup>38</sup> Para apreciar las diferencias entre una teoría política fundamentada en metas, deberes o derechos, véase DWORKIN, Ronald. "The Original Position", pp. 519 y ss.

costumbre genera una creciente reacción en cadena de comportamientos alternativos posteriores. Ante este nuevo escenario de aumento de complejidad y pérdida de coordinación social, la comunidad tiene dos opciones: o bien espera el surgimiento de una nueva práctica jurídica consuetudinaria; o bien no espera los hechos consumados y crea reglas jurídicas distintas de la costumbre.

La elección entre estas dos alternativas depende del valor que cada una de ellas tenga en la descripción de Weber. En principio, no existen razones para considerar que el derecho consuetudinario y el creado voluntariamente no sean válidos por igual. Sin perjuicio de que Weber los trata de forma equivalente, algunas diferencias pueden extraerse. La vinculación social en torno a la costumbre depende de la tradición. Weber reconoce que la tradición otorga un fundamento para la legitimidad que, desde el punto de vista subjetivo, es más estable y consistente, pues acepta que por sí sola la coordinación social basada en la racionalidad con arreglo a fines no otorga una creencia perenne en la legitimidad del orden jurídico.<sup>39</sup> De esta forma, una comunidad que quiere seguir vinculada sólidamente, bajo una creencia cierta en la legitimidad, y coordinarse con fluidez, dejaría a la costumbre llenar el vacío ocasionado por el comportamiento alternativo.

#### DIGRESIÓN (1): GOBIERNO Y TRADICIÓN

El descrédito con que Weber trata esta alternativa es evidente. La sociedad moderna, en condiciones de desencantamiento y racionalización creciente, es incapaz de fundamentar sus creencias, aun aquellas históricamente arraigadas, en la autoridad de la tradición. Desde el punto de vista racional, un conocimiento tradicionalmente afianzado no es por ello correcto.

Contrario a Weber, Michael Oakeshott es explícito en el rechazo de esta idea. La racionalidad con arreglo a fines supondría que las personas gozan de un poder de razonamiento capaz de iniciar su actividad *ex nihilo*, capaz de desembarazarse de la tradición, de los valores o de cualquier otro constreñimiento previo.<sup>40</sup> Esto implicaría, por supuesto, que la capacidad de

---

<sup>39</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 25.

<sup>40</sup> OAKESHOTT, Michael. *El Racionalismo en la Política y Otros Ensayos*, p. 108, presenta esta idea de forma correcta e irónica. “Para que la conducta de un hombre sea enteramente ‘racional’ debe suponerse que tiene el poder de imaginar y escoger primero un propósito, de definir ese propósito claramente y seleccionar medios adecuados para lograrlo; y este poder debe ser del todo *independiente, no solo de la tradición y las reliquias incontroladas de su experiencia fortuita del mundo*, sino también de la actividad misma que la antecede.” [Énfasis añadido]. “[Racional] es un comportamiento *deliberadamente* dirigido al logro de un propósito *formulado* y gobernado sólo por ese

razonamiento es previa a la acción. Una acción sería racional si, y solo si, ha sido precedida por un razonamiento correcto. La acción racional nos conminaría a dejar de lado todo lo ajeno a ella.

Oakeshott, en cambio, pretende revalorizar la tradición como elemento constitutivo de la racionalidad. Afirma que sin el conocimiento tradicionalmente adquirido es impensable siquiera la idea de mente. “Lo que queda [sin la tradición] no es un instrumento neutral, libre de prejuicios, una inteligencia pura, sino nada en absoluto” (p. 112).

Hacer cualquier cosa depende de saber cómo hacerla y mostrar un conocimiento a ese respecto; y aunque una parte del conocimiento (pero nunca el todo) de cómo hacerla puede reducirse subsecuentemente al conocimiento bajo la forma de proposiciones (y quizá fines, reglas y principios), *estas proposiciones no son el origen de la actividad ni la regulan en ningún sentido estricto* [Énfasis añadido] (p. 113).<sup>41</sup>

Oakeshott distingue dos clases de conocimiento. El conocimiento *de la técnica* es aquel capaz de ser formulado en reglas y principios precisos; conocimiento *práctico*, en cambio, es aquel no susceptible de ser formulado en reglas, pues sólo existe en el uso o desarrollo de una actividad: “no sería equívoco hablar de él como conocimiento tradicional”, afirma.<sup>42</sup> Ambas clases de conocimiento son distinguibles pero inseparables: cualquier actividad humana concreta requiere que ambos confluyan. Cualquier actividad, incluso (y según Oakeshott por sobre todo) la política, requiere de quienes la practican tanto el conocimiento técnico necesario como el derivado de la práctica y la tradición.

Así, la empresa de fundar la política o cualquier otra actividad en base a una forma de racionalidad *ex nihilo*, incapaz de reconocer los insumos y requerimientos que obtiene de la tradición, es una empresa destinada al fracaso. El racionalista, en cambio, pretende resolver problemas políticos apelando exclusivamente a la razón, sin atender a la tradición de la comunidad en la que participa. Con ello, pierde todo el conocimiento práctico necesario para guiar satisfactoriamente a una comunidad política.

---

propósito” (p. 106). “[La] actividad hacia el logro de un fin específico puede tener éxito sólo cuando los medios necesarios están disponibles o se pueden obtener, y cuando existe el poder de detectar y apropiarse de los medios disponibles que sean necesarios (p. 107).

<sup>41</sup> Oakeshott ejemplifica esto de forma particularmente iluminadora con el aprendizaje de una lengua. Podemos agrupar la gramática de una lengua para su aprendizaje en una serie de proposiciones. Conociendo y aplicando esa serie de proposiciones podemos incluso llegar a traducir correctamente ciertos textos. Pero conocer bien un idioma, poder distinguir entre buena y mala gramática, determinar si alguna construcción es torpe, necia o equívoca, no es algo separable de un conocimiento interno a la práctica. El “qué” es inseparable e ininteligible sin el “cómo”. Cuando reconstruimos la gramática de una lengua ya participamos de ella.

<sup>42</sup> OAKESHOTT, Michael. *El Racionalismo en la Política y Otros Ensayos*, p. 27.

A pesar de sus orígenes remotos, la presencia del racionalismo en política moderna es, para Oakeshott, manifiesta. Pruebas de su presencia son la creciente atención política que recibe el técnico, la necesidad constante de la planificación, el descrédito de la tradición y la inclusión de nuevos políticos y de nuevas fuerzas políticas, como la mujer y el político diletante (no de carrera ni de élite).<sup>43</sup> Por ello la posición de Oakeshott manifiesta un pertinaz conservadurismo. La revitalización de la tradición como elemento constitutivo de la racionalidad implica que, en algún nivel aún incierto, quienes han detentado tradicionalmente el poder, sólo por ese hecho, están siempre mejor posicionados para tomar decisiones políticas correctas. Si queremos seguir el camino de la corrección, entonces es conveniente dejar el gobierno a quienes gozan del conocimiento práctico que otorga la tradición.

Un proyecto similar, y si se quiere más enérgico aún, es la concepción de la política y del derecho patrocinada por Friedrich Hayek, quien dedica gran parte del primer volumen de su *Law, Legislation and Liberty* a denunciar el erróneo camino seguido por nuestra comprensión del derecho y del gobierno, sobre todo en el ámbito de la denominada justicia social.<sup>44</sup> Para Hayek todo intento planificado del gobierno para modificar el esquema de beneficio social dentro de una sociedad, es una aplicación e institucionalización de un razonamiento dirigido cuyo estatus es problemático.<sup>45</sup>

No quiero detenerme mayormente en las incongruencias de adoptar esta imagen conservadora de la política. Quiero recalcar, sin embargo, dos puntos en su contra: en primer lugar, aun asumiendo como correcto el grueso del argumento anterior, es complejo determinar cómo podría fundamentarse cualquier acción de “regreso” al orden espontáneo. Nuestra

---

<sup>43</sup> “No hay necesidad de insistir en lo apropiado de la política racionalista para el hombre que, no habiendo sido criado o educado en su ejercicio, se encuentra en posición de tener que ejercer iniciativa y autoridad políticas” (p. 42).

<sup>44</sup> Véase la breve referencia de WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*, pp. 17-25.

<sup>45</sup> Para lo que sigue, véase MACCORMICK, Neil. “Orden Espontáneo e Imperio de la Ley: Algunos Problemas”, *passim*. Dos distinciones son relevantes aquí. Hayek distingue entre un orden espontáneo y un orden dirigido. El primero surge a partir de la acción individual de cada uno de sus miembros, con naturalidad y sencillez, sin una intención dirigida a tal fin, sin una pretensión explícita en modificar la composición de las estructuras presentes. Orden dirigido es lo contrario. Surge a partir de la planificación intencional, la acción dirigida y la autoridad. La obra de Hayek, luego, es una defensa acérrima del orden espontáneo y de su paradigma: el mercado. El orden dirigido, en cambio, es una fantasía propia del racionalismo de la política de la fe, de aquel gobierno que pretende y se cree capaz de ser omnicompetente, minucioso; capaz de dar una respuesta racional a todos y cada uno de los problemas existentes en una comunidad. La segunda distinción relevante es entre un racionalismo crítico y racionalismo constructivista. El racionalismo crítico comprende a la racionalidad como una herencia de las pautas de pensamiento heredadas. Considera que toda crítica racional es interna a una práctica, de tal forma que necesita de al menos algún principio dado sobre el cual apoyarse. La mejora, en este sentido crítico, es paulatina y progresiva. Contrariamente, el racionalismo constructivista es la pretensión de que somos dueños de cualquier forma o estructura de pensamiento, por lo que podemos rediseñarlo y criticarlo en su integridad de acuerdo con un modelo perfectamente racional (*ex nihilo*, como puede apreciarse).

situación actual puede ser producto de tal orden. Dicho de otra forma, no hay por qué suponer que el estado de bienestar, o incluso el estado socialista, no sea producto de un orden espontáneo, a pesar de la expansiva noción de justicia social que tienen. La noción de justicia social del estado de bienestar puede ser, ella misma, producto de un ejercicio de racionalidad crítica a partir de pautas heredadas. Luego ¿cómo justificaríamos una acción positiva de retorno? De poder ser justificada la dudosa pretensión de volver a un estado similar al orden espontáneo, tendría que apelarse, en último término, a argumentos cuya racionalidad rebasaría los límites de la racionalidad crítica y de la reflexión tradicional. Echaríamos mano a consideraciones utilitaristas y teleológicas muy similares a las de la racionalidad con arreglo a fines. A lo más las consideraciones explicadas fundamentarían la mantención del *status quo*, pero son incapaces de fundamentar cualquier acción positiva favorable hacia el orden espontáneo. Éste sólo es susceptible de mantenerse, pero no de buscarse.

En segundo lugar, podemos ser conscientes del valor de la tradición y de las formas de pensamiento sin necesariamente venerarlas.<sup>46</sup> La tradición puede ser un beneficio para el gobierno sin necesidad de convertirse en un prejuicio. El *status quo* no es mejor por el simple hecho de existir con anterioridad, y muchas situaciones tradicionales no pueden dejar de interpretarse como una grave afectación a las propias condiciones del gobierno legítimo. La racionalidad de un gobierno no puede limitarse siempre e irrestrictamente a la mantención de cierto estado de cosas, pues la tradición puede ocultar, y de hecho lo hace, fuertes inequidades y exclusiones. Aun reconociendo el valor que el conocimiento tradicional puede otorgar a nuestras prácticas, no debemos sacrificarnos a su beneficio.

En este sentido, las condiciones de desencantamiento a las que se refiere Weber son más radicales y penetrantes de lo que quieren aceptar estas posiciones escépticas conservadoras. El ataque, juicioso en mi opinión, contra la estructuración de la racionalidad conforme a los parámetros de la racionalidad con arreglo a fines, no debe necesariamente llevarnos a pensar que la única respuesta posible es la irracionalidad de la mantención del *status quo*. Nuestra disconformidad frente a la racionalidad con arreglo a fines debe invitarnos a considerar formas de racionalidad que la integren superándola. El irracionalismo es una faceta del triunfo de la racionalidad estratégica.

\* \* \*

---

<sup>46</sup> Véase la distinción entre vivir como valores y tratar como valores en ORELLANA BENADO, Miguel. "Negociación Moral".



Si en Weber el paradigma de acción racional es la acción con arreglo a fines, aun cuando la tradición este vigorosamente afianzada, nuevos comportamientos disruptivos asomarán necesariamente en el horizonte de la comunidad. El agente prudencial aprovechará los comportamientos disruptivos del resto para obtener beneficios que de otra forma no obtendría. Esto implica, a mediano plazo, que la improvisación y ocurrencia del agente maximizador de utilidad discurrirán con mayor fluidez que la regulación consuetudinaria que da cuenta de sus acciones tradicionales. Más comportamientos quedarán sin tratamiento jurídico, y por ende las bases de la coordinación social serán vacilantes y frágiles.

Si esta comunidad ficticia pretende dar rienda suelta a la mayor cantidad de planes individuales de acción, entonces necesariamente, en cierto nivel de evolución, deberá asumir que necesita de la creación del derecho de forma independiente y eficaz frente al lento devenir de la costumbre. Esta creación, sin asumir algún proceso específico, será constreñida por su pretensión de formalidad:

todos los portadores ideológicos de tendencias que pretenden llevar a cabo la ruptura de la sujeción autoritaria o de los instintos irracionales de las masas a favor del *desenvolvimiento de las probabilidades y capacidades individuales*, suelen ver una ventaja decisiva de la justicia formal, en tanto que en la no formal solo ven, por el contrario, la probabilidad de un *arbitrio absoluto y una inconsistencia subjetiva*.<sup>47</sup>

El cultivo de las capacidades individuales es precisamente a lo que aspira una comunidad al configurar su derecho de acuerdo a los postulados del formalismo de Weber. Al contrario, la materialización del derecho significa socavar las bases de la coordinación social a causa de la penetración del arbitrio absoluto, es decir, de contenido normativo carente de fundamentación. De nuevo, las normas éticas, morales, estéticas y religiosas están en el mismo nivel de irracionalidad. Weber, al hablar de la justicia formal y de los peligros de la informal, se refiere primariamente al nivel judicial, a la estructuración del aparato burocrático de dominación. Las formas de materialización que más preocupan al formalismo son las que se asimilan a un entendimiento de la justicia del cadí: la aplicación prudente de la justicia sin distinción entre ley civil y religiosa. Sin embargo, consecuencias necesarias se derivan de esta concepción para la relación entre el derecho creado y el aplicado. El derecho creado debe contener, en sí mismo, las condiciones para que la aplicación formal pueda llevarse a cabo en términos satisfactorios, lo que implica, *inter alia*, que el derecho creado debe ser necesariamente público, anterior,

---

<sup>47</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, pp. 606-7. Énfasis añadido.

conocido, eficaz, efectivo y claro. Estos postulados coinciden con el contenido de la denominada *moralidad interna del derecho*: la comunidad debe necesariamente pretender que, al establecer un sistema de reglas, ellas sean públicas, anteriores y claras, de manera que permitan la aplicación exitosa de la racionalidad con arreglo a fines del agente.<sup>48</sup>

Esos son los requisitos internos que debe cumplir la legislación creada. Necesariamente nuestra comunidad se preguntará, luego, cuál es el procedimiento de creación del derecho que sea más proclive al cumplimiento de esos requisitos. A esta altura ya no puede seguir hablándose de una comunidad tradicional, pues el proceso de racionalización ha sido ya lo suficientemente penetrante como para que la legitimidad del orden jurídico tenga que buscarse en un lugar distinto al de la tradición. Todo el ejercicio sugerido se inicia desde el debilitamiento de las concepciones metafísicas del mundo, de las cosmogonías, las escatologías y tradiciones de la comunidad. El procedimiento de creación de derecho buscado, entonces, debe satisfacer la doble pretensión de cumplir con los requisitos internos de la legislación (asegurar regularidades de conducta) y satisfacer alguna forma de legitimación racional distinta a la ya desacreditada tradición.

Los requisitos internos del derecho pueden ser satisfechos por una serie de órganos políticos y no políticos: desde un parlamento hasta un dictador, pasando por presidentes, expertos, burócratas y economistas. El punto aquí no es quién detenta autoridad, sino cómo debe hacerlo: lo relevante es que el derecho creado permita la acción racional con arreglo a fines de los agentes. Sin embargo, para el cumplimiento de esta función el derecho debe pretender ser obedecido, pues más pronto que tarde el agente racional encontrará formas de sortear sus preceptos persiguiendo su éxito individual. El derecho debe así reducir las posibilidades de actuación de quien pretende aprovecharse de él instrumentalmente.<sup>49</sup>

La herramienta central del derecho de esta comunidad para obtener obediencia será la sanción. Mediante ella, se fija un sistema de costos ante la desobediencia, y con ello se incentiva el seguimiento de la norma mediante el desincentivo de su vulneración. Nuestra comunidad requerirá, entonces, de un cuadro coactivo burocrático que asegure la positivación y sanción del derecho en términos regulares, esto es, de forma racional. Para Weber, sin embargo, esta solución es central pero insuficiente. Es central pues el derecho formal no puede comprenderse

---

<sup>48</sup> FULLER, Lon. *The Morality of Law*, *passim*.

<sup>49</sup> Éste es el problema identificado como el del *free rider* o polizón.

desvinculado de su aseguramiento por un cuadro coactivo burocrático. La alternativa a esto, según Weber, es el diletantismo:

La burocratización es *el* procedimiento específico de transformar una ‘acción comunitaria’ en una ‘acción societaria’ racionalmente ordenada.<sup>50</sup>

La razón decisiva para el avance de la organización burocrática siempre ha sido su pura superioridad técnica sobre cualquier forma de organización. (...) Precisión, velocidad, univocidad, conocimiento de los expedientes, continuidad, discreción, unidad, subordinación estricta, reducción de la fricción y de los costos materiales y personales – ello es alcanzado hasta su punto óptimo en la dominación burocrática estricta.<sup>51</sup>

Pero para asegurar obediencia, la sanción es insuficiente a causa de su carácter paradójico: ella implica necesariamente el fracaso de la norma de comportamiento asegurada; las sanciones se aplican una vez que el derecho no es obedecido. Es decir, la sanción implica, de cierta forma, el fracaso en la obediencia del derecho. Para que fuera generalmente obedecido por miedo a la sanción, sería necesario un cuadro burocrático coactivo de dimensiones inmensas. De otra forma, siempre es racional vulnerar el derecho y aprovecharse de sus condiciones de manera instrumental.

¿Basta entonces la sanción para la obediencia al derecho? Weber considera que no, pues la dominación legal racional se basa en la creencia de legitimidad de la autoridad, emanada siempre de la creencia en el cumplimiento de la moralidad interna del derecho. Repasemos brevemente en qué punto se encuentra la comunidad artificial propuesta. Ella evidencia un proceso de desencantamiento y de racionalización, perdiendo la tradición su primacía como forma de legitimación. La legitimación del orden jurídico dependerá de su racionalidad, es decir, de que sea positivamente estatuido con anterioridad a su aplicación, que sea racionalmente aplicado por un cuadro coactivo burocrático e interpretado conforme a criterios dogmáticos. Nótese, entonces, cómo la racionalidad ética no puede jugar papel alguno en la legitimación del derecho para nuestra comunidad racionalizada. Pues la evaluación de la creación del derecho dependerá de su formalidad y de su racionalidad con arreglo a fines: para los integrantes de esta comunidad no es relevante quien dicta las normas jurídicas ni qué reglas éticas o morales satisface. Basta sólo con la satisfacción de los cuatro primeros niveles de racionalidad de Aienza (*supra*, I). Las normas morales y éticas no pueden ser fundamentadas dentro de una

---

<sup>50</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, p. 741.

<sup>51</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, citado por HELD, David. *Models of Democracy*, p. 132.

comunidad racional. Luego, ellas no podrían ser un criterio de racionalidad para la creación de normas.

En este breve interludio, quise aplicar algunas de las nociones de Weber con un fin propedéutico, para atender críticamente en los siguientes apartados a la teoría de la elección racional como una forma escéptica de entender la política. La teoría de la elección racional podría llevarnos a defender el minimalismo. Creo que la descripción de la comunidad que propuse en este interludio puede dar luces sobre lo que está en juego de aceptarse la visión escéptica de la política que comentaremos.

## Capítulo VI ESCEPTICISMO RECONSIDERADO (1): AGENCIA INDIVIDUAL

bastaba cualquier simetría con apariencia de orden -el materialismo dialéctico, el antisemitismo, el nazismo- para embelesar a los hombres.

Borges, *Tlön, Uqbar, Orbis Tertius*

En el segundo capítulo afirmé que la teoría de la elección racional era el sustento teórico para una serie de poderosos y documentados estudios empíricos acerca de la actividad legislativa. La pretensión general de esos estudios es, casi invariablemente, proponer la mantención o la modificación de alguna institución o estructura política, usando como argumento la manera en que los agentes se comportan en la práctica. Ninguno de estos estudios empíricos se limita a explicar la práctica política vigente sino que, adicionalmente pretenden contribuir al perfeccionamiento de las instituciones: la explicación de la práctica contribuye a la predicción del comportamiento futuro de los agentes. El conocimiento del comportamiento futuro permite, a su vez, la modificación actual de las instituciones que se nutren de él.

Desde luego es adecuado analizar el procedimiento legislativo, y las interacciones entre sus distintos componentes, a la luz de cierta concepción que se tenga sobre la comunidad políticamente organizada. La Constitución, y los procedimientos que ella establece, al menos deben ser compatibles con la comunidad política y los individuos que la componen. Precisamente bajo este entendido se encuentran las reflexiones de este apartado. La predicción del comportamiento del agente político hecho por la teoría de la elección racional requiere contar con cierta imagen de ellos. Dicha comprensión de la agencia es un formidable ejercicio de simpleza y sistematicidad, suficiente para *embelesar* a los hombres. Quiero mostrar cómo lo arrebatador en este caso no coincide con lo correcto. Mostrando las deficiencias de la concepción de la agencia de la teoría de la elección racional, evidenciaré la inconveniencia de seguir su forma escéptica de comprender la política.<sup>52</sup> Sin embargo, esta visión del político gris de rostro ingrato no debe desatenderse. La teoría de la elección racional es incapaz de ofrecer una explicación *exhaustiva* de cómo se comporta el agente político, pero permite entender

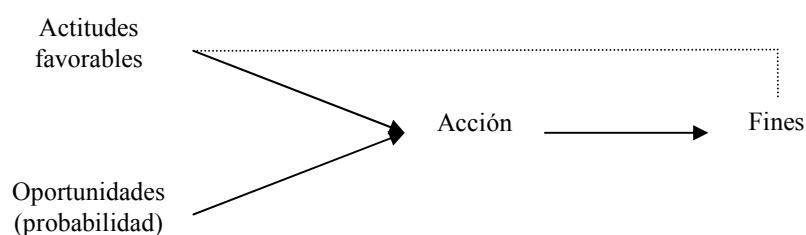
---

<sup>52</sup> Para lo que sigue, véase ELSTER, Jon, “The Market and the Forum. Three Varieties of Political Theory” y SHAPIRO, Ian. *The state of Democratic Theory*, pp. 10-21.

muchos aspectos de nuestra situación y práctica política actual. Existe una dimensión en la que el escepticismo de la teoría de la elección racional es irrenunciable. Ella seduce como muchas formas de pesimismo, pero debemos siempre atenderla con recelo.

Como reconoce Nozick, la racionalidad con arreglo a fines es una especie de lugar común en cualquier teoría de la racionalidad: toda explicación de lo racional la incluye, y quizá es la única concepción de la racionalidad siempre incluida en cualquier explicación.<sup>53</sup> Desde luego, aun aceptando este hecho, no es la única concepción de la racionalidad que vale la pena tomar en cuenta. Es una limitación relevante para la resolución de problemas legislativos pensar que una teoría de la legislación puede operar sólo en base a la racionalidad con arreglo a fines del agente, sin considerar otras dimensiones de su actuar. Veamos cuáles son esas dimensiones y cómo limitan una teoría de la legislación.<sup>54</sup>

De acuerdo a la teoría de la elección racional, el agente evalúa un curso de acción a partir de dos parámetros: los deseos que pretende satisfacer y las oportunidades y probabilidades con que cuenta para hacerlo. Los deseos se presentan, en general, como actitudes-*pro*.<sup>55</sup> A partir de la conjunción entre las actitudes favorables del agente y las probabilidades y posibilidades subjetivas con que cuenta, el agente racional determina un curso de acción en orden a alcanzar cierto fin. El fin es la satisfacción de su actitud favorable. De tal forma, tanto los fines como las acciones que ellos implican, son una función de las actitudes favorables y las probabilidades que subjetivamente asigna el agente.<sup>56</sup>



<sup>53</sup> Véase NOZICK, Robert. *The Nature of Rationality*, p. 133.

<sup>54</sup> Para lo que sigue, véase Moya (1990), capítulo 9, pp. 91 y ss.

<sup>55</sup> Actitud-*pro* es la terminología impuesta por Davidson. Véase DAVIDSON, Donald. *Essays on Actions and Events*, pp. 3-6, 83-87.

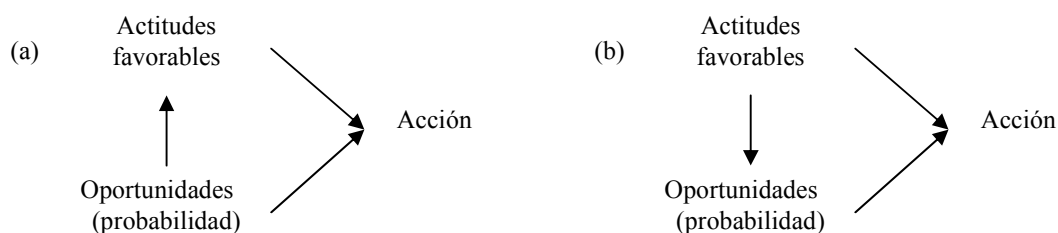
<sup>56</sup> Nótese que el deseo y el grado de probabilidad son términos plenamente subjetivos: una acción será racional aunque esté basada en un deseo incorrecto o en una creencia falsa.

Por supuesto, una y diferentes acciones involucran diversas consecuencias. El agente racional ordena esas consecuencias siempre de forma *completa y transitiva*. De otra forma, podría afectarse (irracionalmente) la posibilidad de satisfacer un fin a causa de la satisfacción de otro. Completitud y transitividad son especificaciones de la *consistencia* que todo agente racional debe tener. Los postulados de la completitud y la transitividad pueden ser resumidos de la siguiente forma:

- *Completitud*: Un agente racional, ante dos preferencias X e Y, necesariamente o prefiere X o prefiere Y o es indiferente a ambas.
- *Transitividad*: El agente que prefiere X a Y, y prefiere Y a Z, necesariamente prefiere X a Z.

Ningún elemento adicional, de acuerdo a la teoría de la elección racional, es necesario para aclarar la noción de agente racional.<sup>57</sup> El modelo es claro en su línea temporal, como muestra el esquema. En base a una serie de actitudes favorables y posibilidades, el agente determina un curso de acción que se dirige a la opción con mayor utilidad esperada, esto es, cuyo beneficio y probabilidad se encuentran en la relación óptima en comparación con otras alternativas.<sup>58</sup>

La relación entre las actitudes favorables, las posibilidades y los fines es, sin embargo, mucho más compleja de lo que alcanza a visualizar la teoría. Desde luego no existe una relación unidireccional entre las actitudes favorables de una persona y el resultado de la deliberación. Elster presenta brevemente casos en que las actitudes favorables y las oportunidades se influyen mutuamente.<sup>59</sup>



<sup>57</sup> Esto puede entenderse de una forma *descriptiva* o de una forma *normativa*. En términos resumidos, la teoría puede asumir que el agente racional se comporta así de hecho; o que el agente debe comportarse así para ser racional. Estas opciones, contrario a como parece a primera vista, no son excluyentes. La ría de la elección racional podría decirnos (desde un punto de vista descriptivo) que los agentes racionales se comportan así y que (desde un punto de vista normativo) si usted quiere comportarse racionalmente, más vale repetir esa forma de comportamiento.

<sup>58</sup> La utilidad esperada consiste en la relación que existe entre el beneficio de cierta consecuencia y la probabilidad de que ella acaezca. Se cuantifica asignando un valor al beneficio y multiplicándolo con su probabilidad.

<sup>59</sup> ELSTER, Jon. *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, pp. 16-21.

(a) El esquema de la izquierda representa casos en que se excluye una actitud favorable en función de su imposibilidad (*e. gr.* por pesimismo), o bien se adopta una actitud favorable en función de su posibilidad. Por ejemplo, muchas personas no son concientes de su deseo de dedicarse a la música hasta que descubren tener un talento natural para ello. (b) El segundo caso es inverso: los deseos adaptan, amplían o incluso reducen las posibilidades del agente.<sup>60</sup> El caso trivial es el propio deseo de expandir las oportunidades (estudiando una carrera o aprendiendo un idioma adicional, por ejemplo).

La teoría de la elección, sin embargo, podría validamente alegar que las relaciones entre posibilidades y actitudes favorables presentadas son una confirmación de la teoría: todo lo relevante es que la deliberación conjuga actitudes favorables y posibilidades con el fin de decidir una acción orientada a un fin determinado. Es irrelevante para la teoría si accidentalmente, en el transcurso de la deliberación, se produce un cambio sobreviniente en los deseos del agente, o si el patrón subjetivo del agente es en mayor o menor medida reflejo de sus “mejores” intereses.<sup>61</sup> La racionalidad es individual y sus insumos son subjetivos. Un agente se comporta racionalmente con independencia de si sus premisas y sus conclusiones son verdaderas.

Más compleja es la situación cuando el fin del agente es precisamente no sufrir estos casos de disonancia cognitiva. Si el agente está determinado a que su decisión racional sea auténtica, reflexionará y deliberará sobre sus fines y actitudes favorables. Incluso puede deliberar sobre su determinación a que sus fines y actitudes favorables sean auténticos, verdaderos, racionales o los mejores. Aquí el posible cambio en sus actitudes favorables no se produce accidentalmente, sino que es directamente el fin primario de su deliberación. ¿De qué herramientas le provee la teoría de la elección racional para este caso? La teoría diría que deliberar sobre sus fines es racional en tanto sea el reflejo de su actitud favorable, se considere como cierta la posibilidad de hacerlo y alta la probabilidad en alcanzarse un resultado óptimo.

Sin embargo, deliberar es precisamente para la teoría asignar una utilidad esperada a las alternativas y decidir un curso de acción óptimo. Luego, si la recomendación para el agente es deliberar, entonces tendría que hacerlo (sobre sus actitudes favorables) de la forma peculiar en

---

<sup>60</sup> Parece paradójico que el agente racional pueda tener el deseo de reducir sus posibilidades. Elster discute una serie de casos en los que la decisión de reducir nuestras posibilidades es racional. El caso paradigmático es el representado por Ulises y las sirenas.

<sup>61</sup> En contra, véase FRANKFURT, Harry. *The importance of what we care about*, p. 80 y ss.



que la teoría recomienda deliberar. Tendría que asignar una utilidad esperada a cada una de sus actitudes favorables, deseos y creencias, para así decidir cuál es racional mantener y cuál es racional modificar; y tendría que decidir en función de ese fin cuál es el curso de acción óptimo. Como observa Moya, sin embargo, confiar en este concepto de deliberación no permite simplificar el problema, sino sólo transformarlo en uno de naturaleza completamente diferente.<sup>62</sup>

Puede apreciarse con mayor claridad qué dificultades se presentan a este nivel si se atiende a los postulados de completitud y transitividad. Como afirmé, las preferencias subjetivas deben ser consistentes. Esto implica necesariamente que las preferencias sean medibles bajo un criterio común de ordenación, que no puede ser otro que la utilidad esperada que significan. Sin embargo, una misma acción puede servir o minar diferentes fines. Para actuar racionalmente, entonces, el agente tendría que ordenar también de forma completa y transitiva sus fines y actitudes favorables, es decir, tendría que reflexionar sobre qué deseos y fines desea privilegiar frente a otros, y en qué medida desea hacerlo. ¿Bajo qué criterio el agente puede hacer esto? Puede ser fácil en ciertos casos, pero imposible en otros. A escala social la complejidad aumenta exponencialmente. ¿Qué prefiere la sociedad? ¿La protección del medioambiente o de una fuente laboral?

¿Puede hacerse elecciones transitivas, como pretende la teoría de la elección social, bajo estas complejas condiciones sociales? En la mañana, el agente puede ordenar té, café o leche para su fin de desayunar. Al votar ¿puedo ordenar cada una de mis posibles elecciones de forma completa y transitiva? En función de mis fines, puedo ordenar transitivamente a los candidatos o las alternativas políticas existentes, pero esa ordenación puede ser distinta de acuerdo a la persecución de otro fin distinto. Un candidato puede tener una clara orientación de solidaridad social, pero puede sostener una débil comprensión de la autonomía. Otro puede tener una fuerte comprensión de la autonomía, pero una excluyente consideración del mercado. Un tercero puede manifestar opiniones religiosas en conflicto con mis creencias, pero sostener políticas de empleo moralmente correctas. Etc.

¿Cómo, de acuerdo a la teoría de la elección racional, podríamos resolver la tensión entre nuestros fines? En su versión normativa, la teoría podría aconsejarnos reducir nuestros diferentes fines a un criterio único de utilidad que permita ordenarlos.<sup>63</sup> Podemos ordenar estos fines de

---

<sup>62</sup> MOYA, Carlos. *The Philosophy of Action. An Introduction*, p. 99.

<sup>63</sup> El estatus de esta acción reductiva es curioso: ella se justifica sólo para el caso en que la teoría de la elección racional fuere correcta, pero es precisamente eso lo que se intenta dilucidar. El fin perseguido por nuestra reducción

acuerdo al criterio de la utilidad económica, por ejemplo.<sup>64</sup> Pero esta nueva ordenación no sería una forma de atender al conflicto entre los diferentes fines seguidos en mi elección social, sino simplemente una forma de obviarlo. En este sentido, el nuevo criterio de ordenación no integra a los anteriores, sino que directamente compite con ellos. Si, por ejemplo, en una situación moralmente compleja la solución racional (en términos de la teoría) causa culpa o algún sentimiento negativo al agente, suena difícil asumir que dicha culpa queda disuelta en la consideración de la utilidad esperada.<sup>65</sup> La resolución de este conflicto no se deja reducir, a su vez, a la búsqueda de un nuevo criterio común. No pretendo, por cierto, sostener que el agente necesariamente se encuentra sometido a un conflicto irresoluble entre sus distintos fines y deseos. Quiero afirmar, más bien, que la teoría de la elección racional no provee de herramientas para resolverlo, sino sólo para transformarlo en un problema de naturaleza distinta. Podemos abandonar el enfrentamiento y la resolución exhibiendo una desabrida indiferencia. ¿Qué razón pudiere esgrimirse para reducir la agencia humana hasta ese nivel de cinismo?

Conforme a lo dicho, el patrón de preferencias subjetivas de las distintas personas puede conocerse externamente mediante su manifestación. Si se asume adicionalmente que el comportamiento del agente sólo puede ser explicado mediante la racionalidad con arreglo a fines, entonces una negativa consecuencia puede colegirse de inmediato. El agente racional no tiene, en principio, buenas razones para expresar su verdadera preferencia en público, pues en no pocos casos expresar una preferencia no ya completamente falsa, sino siquiera parcialmente verdadera, significará un resultado más beneficioso.<sup>66</sup> Puede replicarse a esto, sin inconvenientes, que las personas son libres de expresar la preferencia que estimen conveniente, incluso si ella es falsa. Sin embargo, lo que se quiere recalcar es que puede que la elección y votación no refleje las verdaderas preferencias de los agentes que componen una comunidad política. Apenas es posible imaginar una comunidad de mentirosos, pero la teoría de la elección racional no da las herramientas conceptuales para descartar tal posibilidad. El problema es que la mentira en general es incapaz de exhibir la verdad tras ella, por lo que si la mayoría de una

---

sería agrupar nuestros fines bajo un criterio común para poder, luego, decidir racionalmente. Esto es tautológico, pues el procedimiento es racional en la medida en que la teoría define lo racional.

<sup>64</sup> GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis, *Democracy and Disagreement*, pp. 165 y ss. discuten la necesidad y el alcance de esta estrategia reductiva en la conocida disputa medioambiental estadounidense de mediados de los 80's. Su discusión gira en torno a la estrategia utilitarista de resolución de conflictos morales, muy cercano a lo propuesto por la teoría de la elección social. Para un mayor desarrollo, véase *Infra* VI.

<sup>65</sup> Esta es una de las bases de la crítica de Williams al utilitarismo. Véase SMART, J.C. / WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism. For and against*, 93 y ss.

<sup>66</sup> De hecho, desde el punto de vista de la teoría de la elección racional el agente no tiene en absoluto buenas razones para votar (en aquellos sistemas de voto voluntario). Véase *Infra*, *disgresión* (2).

comunidad miente en sus elecciones sociales, es cuestionable que la verdad detrás sea la misma.<sup>67</sup>

Incluso no es necesario reconocer la posibilidad de la mentira para dudar de que las votaciones reflejen las preferencias subjetivas.<sup>68</sup> En muchos casos, habituales en nuestra práctica política, una votación es incapaz de evidenciar las preferencias reales de los votantes, pues ellas no ignoran las alternativas asumidas por el resto. Los votos si las ignoran.<sup>69</sup> El considerar “inútil” el voto (en la primera vuelta de la elección presidencial, por ejemplo) gobierna muchas elecciones individuales. Ello no puede ser siquiera tematizado por la teoría de la elección racional. Muchas veces las votaciones ocultan las reales preferencias de las personas (por ejemplo los votos dolosamente nulos). El salto a considerar que ellas manifiestan sus preferencias reales, entonces, es muy apresurado. Buena parte de los ciudadanos vota nulo a propósito, para manifestar su disconformidad con el sistema político, por ejemplo. No todos necesariamente son errores.

Todo lo dicho no significa que los agentes no se comporten de acuerdo a la imagen presentada por la teoría de la elección racional. Sólo quiero mostrar lo infructuoso de reducir la agencia racional a tan estrechos términos. La teoría de la elección racional es una explicación verosímil cuando los diversos fines y deseos pueden homologarse de tal forma que alcancen a representar un patrón subjetivo consistente. Ello se da paradigmáticamente en el mercado, donde todos los deseos y fines pueden reducirse a un único patrón de utilidad (económica). Muchos agentes se comportan en política de la misma forma como lo hacen en el mercado. Es necesario precaverse de ello, construir o reinterpretar nuestras instituciones políticas alertas de su peligro y conforme a sus beneficios. Pero no debemos reducir la política a ello. Si así hiciéramos, nuestras instituciones políticas no reflejarían la sociedad a la que pertenecen.

---

<sup>67</sup> Véase WILLIAMS, Bernard. “Internal reason and the obscurity of blame”.

<sup>68</sup> ELSTER, Jon (“The Market and the Forum. Three Varieties of Political Theory”, pp. 8-11) discute varias formas en que nuestras votaciones ocultan las preferencias reales. Las conclusiones más radicales contra la democracia pueden apreciarse en el trabajo de RIKER, William. *Liberalism against Populism*. Para una valoración crítica, aunque injustas, véase MACKIE, Gerry. “Todos los hombres son mentirosos. ¿Carece de sentido la Democracia?”

<sup>69</sup> El error de Gerry MACKIE (“Todos los hombres son mentirosos ¿carece de sentido la democracia?”) es considerar que las preferencias reales tras las votaciones no son opacas por el hecho de que pueda conocerse su contenido subjetivo incluso en caso de mentira. Es cierto, las votaciones son un indicio más (y muy relevante) para que el teórico reconstruya la voluntad electoral. Pero la posibilidad de reconstrucción es independiente del resultado producido. Las preferencias reales son opacas frente al resultado de una votación, aunque el teórico posteriormente pueda reconstruir la opinión real del agente político. Nadie aspiraría a que los resultados de una votación sean válidos sólo una vez interpretados por un teórico.

## DIGRESIÓN (2): VOTO VOLUNTARIO Y RACIONALIDAD INDIVIDUAL

Votar en un sistema de voto voluntario es una curiosa decisión desde el punto de vista de la teoría de la elección racional.<sup>70</sup> El agente consistente decidirá votar si y sólo si los beneficios que ello otorga son superiores a los costos que implica. Costo aquí significa costo de oportunidad, esto es, el costo de la insatisfacción de la mejor alternativa a la acción en cada uno de sus momentos (*e. gr.* no poder descansar, ver televisión, salir de viaje, el transporte, la fila o el calor). Este costo, entonces, debe ser inferior al beneficio obtenido, que en el caso de las votaciones, es el hecho de que el candidato o la alternativa votada resulte ganadora (y por supuesto todo lo que ello implica). Si el voto individual no es decisivo, *i.e.* si la alternativa votada hubiere ganado con independencia del voto del agente, entonces el beneficio esperado de votar es nulo. El agente racional, entonces, debe determinar cuál es la probabilidad de que su voto sea decisivo, y luego contrastarla con el costo de oportunidad. Por muy bajos que sean los costos de votar, la probabilidad de que el voto sea decisivo en elecciones nacionales tiende a cero, y por lo tanto, el beneficio otorgado también tiende a cero. En elecciones cuyo cuerpo electoral es amplio, entonces, no es racional votar.

Por ello la decisión de votar es curiosa. Pues lo paradójico es que, en general, en decisiones políticas nacionales, los ciudadanos y ciudadanas (en un sistema voluntario) deciden votar con mayor frecuencia de la esperada. Desde el punto de vista racional esto es un error, pues mientras más alto sea el número de votantes, más improbable resulta aún que el voto sea decisivo.

La paradoja del voto ha llamado la atención de los teóricos de la elección racional. En general han propuesto tres vías de solución. La primera sostiene que existen mayores beneficios asociados al hecho de votar, como favorecer la democracia o la mantención de la comunidad política organizada.<sup>71</sup> Estos beneficios, desde luego, son reconocibles en muchas decisiones de votar. El problema, sin embargo, es que son reconocibles como parte de una decisión racional sólo mientras no aceptemos el *desideratum* de la elección racional. Pues al ampliar el margen de

---

<sup>70</sup> Véase para lo que sigue BLAIS, André. *To vote or not to Vote. The merits and limits of rational choice theory.*

<sup>71</sup> También puede hacerse una lectura de teoría de los juegos. Si es racional no votar, entonces nadie votará. Luego, aumenta la posibilidad de que el voto sea decisivo, y por ende se transforma en racional votar. Mientras más racional sea abstenerse, más racional será votar. Puede apreciarse la inconsistencia en el planteamiento. Véase *infra* VIII, respecto a las inconsistencias de la comprensión en base a la teoría de los juegos. En el caso planteado el hecho de que las abstinencias vuelven más decisivo el voto, no significa en ningún caso mayor certidumbre respecto de si alguien votará o no.

beneficios de votar no hacemos más que desplazar el problema: ahora sólo sería necesario calcular si el voto será decisivo para que la opción o candidato resulte ganador(a) y para mantener la democracia o la comunidad política organizada. Si no fuera el caso, lo que es muy probable, votar continuaría siendo una decisión irracional. Si bien estos beneficios existen, son inconsistentes con la teoría de la elección racional. Quien vote en función de estos beneficios está actuando de forma igualmente irracional.

La segunda vía de solución consiste en menospreciar los costos asociados al votar, considerándolos nulos, reducidos (por el liderazgo político) o insuficientes (como para preocuparse de ellos racionalmente). Pero esta vía de solución tampoco puede ser satisfactoria, pues aún cuando los costos sean bajos o nulos, el beneficio también lo es, pues la probabilidad de que el voto sea decisivo tiende a cero. Además, no es válido presumir que cada votante considere bajos los costos, y por tanto es muy difícil con esta solución interpretar que los votantes se comportan racionalmente.

La tercera vía de solución propuesta por la teoría de la elección racional es considerar que los ciudadanos y ciudadanas sienten un deber moral o la obligación de votar. Este deber aumenta el beneficio de votar, aunque de un modo peculiar. Pues cuesta pensar que el deber moral de votar esté sujeto a la matriz costo-beneficio. Lo que ocurre más bien es que el deber moral puede ser sobrepasado por los costos que implica su cumplimiento.

Ahora bien, si el deber moral no está sujeto a la matriz costo-beneficio ¿Puede ser racional creer en el propio deber moral de votar? Si la racionalidad se define a partir de los beneficios o fines de una acción y la probabilidad de su ocurrencia, el deber moral no puede ser más que una razón ajena a la propia teoría de la elección racional. En consecuencia las personas votan motivadas por un deber moral con independencia del carácter irracional de votar. Contrariamente, la racionalidad de no votar no vuelve irrelevante el cumplimiento del deber moral de votar. Pues si decidimos racionalmente no votar (considerando costos y beneficios), entonces el deber moral incumplido no se integra en la acción, sino que reacciona en su contra, generando resentimiento y culpa. La apelación al deber moral de votar en este caso, como en muchos otros, muestra los límites de la teoría de la elección racional.

## Capítulo VII ESCEPTICISMO RECONSIDERADO (2): AGENCIA POLÍTICA

What do we know but that we face  
one another in this place?

W. B. Yeats

En una democracia capitalista hay esencialmente dos métodos mediante los cuales la elección social puede ser hecha: votando, típicamente usado para tomar decisiones “políticas”, y el mecanismo del mercado, típicamente usado para tomar decisiones “económicas”.<sup>72</sup>

Con estas palabras comienza *Social Choice and Individual Values*, uno de los estudios centrales de la teoría de la elección racional. La comparación con el mercado es evidente. Por ello, el modelo de agencia descrito en el apartado anterior es tan fructífero para expresar el comportamiento mercantil. Usando estas herramientas, la teoría de la elección racional transporta el método del agente racional desde las decisiones individuales hacia las sociales. Pues incluso cuando se considera, como en este trabajo, que los presupuestos de la teoría de la elección racional son inaceptables como formulación exhaustiva de la agencia humana individual, ese enfoque puede mantener su atractivo carácter social basado en *ese* hecho preciso: la riqueza de la individualidad moral de las personas en sociedad, impide tomar decisiones colectivas en base a un razonamiento moral totalizador. Si la sociedad es un conjunto de individuos moralmente competentes, cuya individualidad no se deja reducir al frío perfil delineado por la teoría de la elección racional; cuando las preferencias de dichos individuos deben armonizarse, la única forma de asegurar libertad y racionalidad es operando con los sólidos y neutrales principios de la racionalidad con arreglo a fines.<sup>73</sup>

La teoría de la elección racional asume que cada individuo en sociedad tiene un patrón de preferencias subjetivo plenamente definido con anterioridad a la elección política.<sup>74</sup> Es decir, cada adulto vota racionalmente si cree así perseguir sus fines individuales. Subyace a esto que el patrón de preferencias subjetivas es incompatible o inconmensurable entre los distintos agentes que componen una comunidad política. Así, las decisiones sociales pueden ser tomadas echando

---

<sup>72</sup> ARROW, Kenneth J. *Social Choice and Individual Values*, p. 1.

<sup>73</sup> Por ello la afirmación de Nozick (*supra*, nota 52) tiene un carácter tan atractivo. Véase además la noción de *minimum commitment* de Williams en SMART, J.C. / WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism. For and against*, p. 136.

<sup>74</sup> ARROW, Kenneth J. *Social Choice and Individual Values*, p. 17.

mano exclusivamente a la racionalidad con arreglo a fines de cada uno de los agentes individuales, pues ella excluye la apelación a valores para su corrección. La inconmensurabilidad de los valores de Weber se transporta *mutatis mutandi* hacia la racionalidad de los mecanismos de decisión colectiva:

[La] decisión sobre cuáles preferencias son relevantes y cuáles no lo son es en si misma un juicio de valor y no puede ser resuelto sobre una base a priori. Desde un punto de vista formal, uno no puede distinguir entre el disgusto del individuo por tener su terreno arruinado por humo de fábrica y su extrema repugnancia por la existencia del paganismo en África.<sup>75</sup>

Desde luego, el silenciamiento de las demandas morales en sociedad no es argumento para que las personas dejen de sostenerlas. De hecho, la ceguera frente a las demandas morales del individuo es una razón para pensar que ellas son insatisfechas por la teoría de la elección racional. Pues es usual que los individuos, ante casos como el paganismo en África, sostengan una postura moral cuya riqueza y pobreza sea diferente a su preocupación por la suciedad en su jardín. Si la teoría de la elección racional deja la peculiaridad moral de las personas tras un vidrio opaco, ellas sólo pueden evaluar el desempeño del gobierno sobre criterios a los que éste expresamente renunció.

El caso paradigmático de opacidad es, sin embargo, el inverso al anterior. Pues si bien es cierto la formalidad de la teoría requiere muy poco del razonamiento moral de los agentes, su simpleza en el análisis moral descansa en la pesada exigencia de variadas herramientas técnicas y empíricas. Ya me referiré a las dificultades del gobierno para disponer de este conocimiento técnico.<sup>76</sup> Lo relevante aquí es que dicho conocimiento, ya difícil de obtener para el gobierno, es absolutamente esquivo para el agente individual. Aquí se producen dos disonancias: las personas no entienden al gobierno técnico y el gobierno no entiende al agente moral. Tanto la ceguera crítica del ciudadano moral, como la ceguera moral del gobierno técnico, hacen que la teoría de la elección racional establezca condiciones que pueden significar que el gobierno devenga en una institución sumamente manipuladora.<sup>77</sup> Pues los razonamientos gubernamentales, reservados para expertos y tecnócratas, carecen de cualquier apertura frente al ciudadano.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> ARROW, Kenneth J. *Social Choice and Individual Values*, p. 18.

<sup>76</sup> Véase *infra* 8.

<sup>77</sup> SMART, J.C. / WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism. For and against*, p. 138.

<sup>78</sup> Véase la crítica de Robert DAHL a lo que denomina *Guardianship*, en su *Democracy and its Critics*. John FEREJOHN (“Accountability and Authority: Toward a Theory of Political Accountability”), se pregunta si acaso es posible que los políticos voluntariamente exhiban sus acciones frente a sus votantes.

¿Cómo se manifiesta este posible carácter manipulador? El agente puede sostener convicciones morales en base a una serie de razones. Dichas convicciones no se sostienen en base a su utilidad esperada, sino a su carácter justificadamente obligatorio. Constituyen una ética de la convicción, en la terminología de Weber.<sup>79</sup> Sin embargo, la inconmensurabilidad valorativa del mundo racionalizado tiene su adecuada respuesta en la conmensurabilidad burocráticamente mediada. Dada la imposibilidad de resolver los conflictos morales es necesario, en consecuencia, disolverlos bajo un patrón común de tal forma que sean manejables políticamente. Este es precisamente el significado de racionalizar un mundo encantado. El consecuencialista, no obstante, estaría con ello esquivando todo el grupo de buenas razones sobre las cuales el agente individual teje su red de convicciones morales.<sup>80</sup> La paradoja, entonces, radica en que por razones consecuencialistas lo óptimo sería no afectar la base de creencias y convicciones del agente. Por razones consecuencialistas, luego, es preferible que el razonamiento consecuencialista del gobierno no sea asumido por el agente individual, pues si fuera asumido, la base de las convicciones morales del agente se debilitaría y el cumplimiento de las disposiciones gubernamentales sería vacilante. Por razones consecuencialistas, resultaría mejor que el gobierno dicte leyes basadas en razones no disponibles para las personas.

Si las convicciones morales del agente no pueden resolverse por el gobierno, sino sólo disolverse, es evidente que existirá un déficit de conocimiento de esta realidad moral. Las razones de su modificación, alteración y cambio también son inexistentes para el gobierno.<sup>81</sup> La elección política cumple con el propósito de *agregar* las diferentes (y en principio incompatibles) perspectivas individuales, obteniendo como producto una elección social determinada. De ahí que este modelo de la elección social se denomine *modelo agregativo*. La decisión política se reduce a la votación, pues el proceso deliberativo anterior, de existir, no es explicable en términos de compatibilidad moral. No podemos conocer que peculiar proceso deliberativo vivió el agente *in foro interno*, ni tampoco podemos resolver sus conflictos valorativos racionalmente. Lo único que es necesario considerar es que los agentes pueden perseguir diversos fines. Cómo llegaron a ellos es irrelevante, pues en el momento de la votación

---

<sup>79</sup> *Supra* cap. III.

<sup>80</sup> GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*, pp. 178-184.

<sup>81</sup> Desde luego, el gobierno consecuencialista acepta que sus disposiciones pueden modificar el razonamiento moral de los agentes de una comunidad, pero carece de las herramientas para justificar esta pretensión en términos morales.



cada uno de ellos representa sólo un voto. La votación compatibiliza y concuerda los distintos fines existentes en sociedad.<sup>82</sup>

Esta consideración tiene dos déficits: en primer lugar, sólo muy excepcionalmente (digamos en el mercado), las decisiones individuales agregadas son similares a las decisiones colectivas:

Agregar lo que los ciudadanos quieren individualmente, que es lo que el análisis político utilitarista hace mejor, no lleva necesariamente al mismo resultado que solicitar a los ciudadanos que consideren juntos que desean colectivamente.<sup>83</sup>

El proceso de toma de decisiones, entonces, pueden modificar las preferencias individuales. El gobierno no se reduce entonces a acumular preferencias, sino también a determinar cómo el propio procedimiento de decisión puede modificarlas.

En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior, si el procedimiento puede modificar las opciones individuales, entonces el proceso también es, en si mismo, un objeto digno de consideración. Pero revisado aisladamente, el proceso no puede ser objeto de una exclusiva consideración consecuencialista. La pregunta sobre si queremos un gobierno que decida en base a razones utilitaristas, no puede ser respondida atendiendo exclusivamente a un razonamiento consecuencialista.

El entendimiento estratégico del procedimiento y la elección política viene implícito en la comprensión del agente conforme a la racionalidad con arreglo a fines. Si las personas buscan el éxito usando los diferentes medios de los que dispone, ¿por qué considerarían en distinta luz al procedimiento legislativo? La política sería un medio entre otros para obtener nuestros fines, sin distinciones ni credenciales. Al ser nuestras deliberaciones opacas a nuestra votación, el reconocimiento de la capacidad deliberativa del otro apenas puede ser entendido por la teoría de la elección racional. Tanto el procedimiento legislativo como los agentes que participan de él, sólo pueden entenderse como uno entre muchos medios a disposición del agente solipsista en la lucha por su éxito individual.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Esto explica que el método de elección social sea ordinal: la intensidad de las preferencias no puede ser medida, pues no puede reducirse a un esquema común comparativo para diferentes individuos. ELSTER, Jon. "The Market and the Forum. Three Varieties of Political Theory", p. 5. ARROW, Kenneth J. *Social Choice and Individual Values*, p. 9, afirma "*If we cannot have measurable utility, in this sense, we cannot have interpersonal comparability of utilities a fortiori*". Como los diferentes fines y deseos sostenidos en sociedad son incomparables entre si, es necesario crear un método de comparación heterónimo a cada una de las preferencias. La *ordinalidad* de las preferencias implica que las razones, motivos e intensidades de los diferentes fines sostenidos por los agentes son irrelevantes: lo único relevante es su manifestación como voto, el hecho de su preferencia.

<sup>83</sup> GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis, *Democracy and Disagreement*, p. 174.

<sup>84</sup> ATRIA, Fernando. "La Verdad y lo Político", pp. 92 y ss.

De hecho, la política es un medio muy ineficiente y costoso: como una forma de configurar un marco de coordinación para la acción estratégica, puede ser mucho más eficiente un déspota o un dictador ilustrado. No hay razones para establecer ritos, deliberaciones, argumentaciones y razones dentro del legislativo, si nuestra visión de ello siempre será instrumental y estratégica. No hay razones para confiar en nuestras instituciones políticas, sometidas al ineludible y permanente riesgo de ser sólo un artificio mirado desde la (única posible) perspectiva instrumental. De la política entendida así, sólo podemos defendernos.

En el capítulo anterior he querido mostrar la intuición de que las personas hacen más que simplemente calcular la utilidad esperada de una alternativa y decidir conforme a ello. Al parecer deliberamos moral y éticamente sobre nuestros fines: creemos, modificando el ejemplo de Hume, que *no* es lo mismo preferir la destrucción del mundo al perecedero corte en uno de nuestros dedos. Al parecer podemos defender esta idea racionalmente. Defender la posibilidad de una argumentación moral dentro de la política, y las consecuencias que ello genera, escapa a las pretensiones del presente trabajo. En este capítulo de perseguido el fin inverso: he querido mostrar que extraer de la política la deliberación no se justifica; que considerar que las preferencias individuales no se nutren de las ajenas sino que simplemente se agregan es un error, basado en una mala teoría sobre las decisiones racionales individuales. No he analizado si incluir la deliberación se justifica positivamente, sólo he insistido en que excluirla no se justifica.

La exclusión de la deliberación, además de injustificada, es inconveniente. Implica instrumentalizar nuestros procedimientos políticos hasta el punto de la deformación. La teoría de la elección racional es una opción escéptica en la medida en que ni siquiera puede conceptualizar el desacuerdo moral y la deliberación política como algo racional. No puede, por tanto, hacerse cargo de la amplia gama de actitudes que recorre la política.

## Capítulo VIII ESCEPTICISMO EN LAS CIENCIAS SOCIALES

...toda imagen simplificada corre el riesgo de ser grosera

Yourcenar, *Alexis*

En el capítulo anterior afirmé que la teoría de la elección racional presenta un entendimiento moral escéptico. Así, mientras las personas persistan en su razonamiento moral, la teoría de la elección racional será incapaz de comprender la totalidad del fenómeno político. Por lo tanto, el alcance de la política es limitado.

Sin embargo, la teoría de la elección racional no es radical como lo son Oakeshott y MacIntyre. Mientras ellos incluso descreen del razonamiento medios - fines, la primera se apoya casi ciegamente en sus limitadas credenciales. Parte de la confianza que deposita la teoría de la elección racional en la razón con arreglo a fines, proviene de una equivocada comprensión de las posibilidades que otorgan las ciencias sociales al gobierno. Sobre esas posibilidades y sus límites trata el presente capítulo.

La teoría de la elección considera que una acción colectiva será racional cuando, bajo un entendimiento de la racionalidad como racionalidad con arreglo a fines, el agente colectivo se comporta de forma similar al agente racional individual.<sup>85</sup> Esto requiere de un fuerte concepto de racionalidad instrumental para la agencia política. La definición de planes, políticas sociales, incentivos y regulaciones requiere, para ser plenamente racional, que todas las consecuencias (secundarias) de la decisión política sean consideradas, equilibradas y evaluadas. Consideradas correctamente, la decisión legislativa tomada deberá ser el medio más eficaz para la obtención del objetivo planteado.

Las decisiones sociales, como es evidente, se toman en condiciones de complejidad. “Existe complejidad en proporción al número y variedad de elementos e interacciones en el ambiente de un proceso de decisión”.<sup>86</sup> Cuando el proceso de decisión está orientado a metas de largo plazo,

---

<sup>85</sup> Al respecto, y para lo que sigue, véase ELSTER, Jon. *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, pp. 148 y ss.

<sup>86</sup> DRYZEK, John S. *Discursive Democracy. Politics, Policy and Political Science*, p. 59.

contingentes y generales (como es normal en el caso del procedimiento legislativo), la complejidad aumenta exponencialmente:

Los sistemas sociales humanos presentan un nivel adicional de complejidad debido a sus componentes teleológicos: las mentes humanas, capaces de idear los cursos de acción que toman, introducen de ese modo una variedad sistemática en las interacciones con otros entes humanos y no humanos.<sup>87</sup>

¿Qué factores de complejidad agrega al ambiente el comportamiento humano? Al parecer Dryzek piensa en un caso particular de lo que MacIntyre denomina *fuentes de impredecibilidad* del comportamiento humano.<sup>88</sup> Veámoslas sumariamente.

- La primera es la *innovación conceptual radical*. Es imposible predecir la existencia de nuevos conceptos (y efectos producidos por ellos) con anterioridad a que formen parte de nuestro mundo conceptual. No puede predecirse, por ejemplo, la creación de la rueda sin al mismo tiempo crearla. Una innovación conceptual no puede ser predicha, y sus efectos sólo pueden anunciarse con un alto nivel de especulación.
- Una segunda fuente de impredecibilidad del comportamiento humano, quizá la más débil, es la imposibilidad de predecir el *propio comportamiento futuro*. En tanto mis acciones influyen en las decisiones tomadas por el resto, tampoco puede predecirse el comportamiento futuro de los demás. A su vez, mientras mis acciones dependan del comportamiento del resto, no puedo predecir mi propio comportamiento. Entre mis decisiones y las del resto se teje un incommovible hilo de dependencia cuyo resultado es incierto.<sup>89</sup>
- Una tercera fuente de impredecibilidad, relacionada con las anteriores, corresponden a los defectos de la comprensión de las interacciones sociales bajo el modelo de la *teoría de*

---

<sup>87</sup> DRYZEK, John S. *Discursive Democracy. Politics, Policy and Political Science*, p. 59.

<sup>88</sup> Para lo siguiente, véase MACINTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*, pp. 116-140.

<sup>89</sup> Desde luego, puedo tener suficientes antecedentes de mi comportamiento para presumir el curso de mis decisiones futuras (puedo pensar, por ejemplo, que durante mi vida he buscado la estabilidad, concluyendo que privilegiaré ese criterio en el futuro), pero no puedo incluir aún en esa prognosis el contenido de mi decisión ni las condiciones en que la tomaré. Un compromiso, por otra parte, no es más que una decisión actual sobre un comportamiento futuro. Interpretar todas mis decisiones futuras como compromisos previos es inverosímil.

*juegos*.<sup>90</sup> Muchas acciones sociales son interpretadas como pertenecientes a juegos. En ellos, pretende predecirse el comportamiento futuro de los agentes en virtud de una estipulación de sus deseos y de su razonamiento instrumental. Este es el principal insumo de la teoría de la elección racional. Los defectos de esta comprensión provienen, en primer lugar, de la reflexividad de los juegos secuenciales. La predicción del comportamiento de mi contrincante depende de la predicción que él haga de mi predicción, y así sucesivamente. Esto no es insuperable si no se le considera con un segundo defecto: el conocimiento imperfecto en los juegos implica estímulos para engañar al resto. Al finalizar un juego, sólo podremos predecir el comportamiento del perdedor, pues la información que tendremos será similar al del engañado. Estos dos defectos, sin embargo, incluso unidos no son insuperables, pero considerados en conjunto con los siguientes dos defectos, implican un fuerte golpe para la teoría de los juegos.

El tercer defecto de la teoría de los juegos es la simultaneidad y acoplamiento de diversos juegos. A diferencia del aislamiento en el que se consideran los juegos en términos formales, en sociedad cada jugador participa en diversos y entramadas interacciones. Es imposible predecir el comportamiento de un jugador en un juego, cuando éste puede tener efectos relevantes en otro juego no formalmente considerado. En cuarto lugar, incluso cuando pueda predecirse los intereses de los diversos jugadores, hay un conjunto de factores independientes imposible de enumerar a cabalidad. La creación de simuladores se complica enormemente cuando debe considerarse el comportamiento humano en ellos. El aislamiento de condiciones y el método *ceteris paribus*, en general, son insuficientes para la comprensión de las interacciones humanas.

- Este cuarto defecto de la teoría de los juegos está íntimamente relacionado con la cuarta fuente de impredecibilidad del comportamiento social enumerada por MacIntyre: la *pura contingencia*. Numerosos ejemplos pueden aportarse de este factor en la historia. MacIntyre considera que la fundación del imperio romano se debe a la longitud y proporcionalidad de la nariz de Cleopatra. Muchos han insistido (contra Tolstoi) que la derrota de Napoleón en Waterloo se debió a que, a causa de un catarro, se vio obligado a delegar el mando en Ney.

---

<sup>90</sup> La teoría de los juegos es el estudio de las interacciones formalizadas entre agentes sujetos a incentivos para la decisión. El juego es la interacción formalizada. Ella presenta los incentivos que definen la estrategia óptima para la toma de decisiones. Véase RESNIK, Michael. *Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión*, pp. 200 y ss.

Las consecuencias de causas remotas son inaccesibles, opacas y sibilinas, su exploración es fatigosa y su resultado vano.

Estas y otras condiciones llevan a Elster a concluir que cualquier teoría de las ciencias sociales es impotente, y que el método de ensayo y error es inaplicable. “En consecuencia, las elecciones políticas se realizan en condiciones de radical indeterminación cognitiva”.<sup>91</sup> Al lector, sin embargo, esta conclusión puede parecer inmoderada. De hecho, en toda planificación son seguidos varios y diferentes presupuestos normativos sociales en la búsqueda de un resultado determinado. MacIntyre considera también cuatro fuentes de predecibilidad en los asuntos humanos: La necesidad de coordinar nuestro comportamiento social; la existencia irrefutable de regularidades estadísticas (aun bajo desconocimiento de su contenido causal); las regularidades naturales; y las regularidades sociales (como por ejemplo, que el lugar ocupado dentro de la estructura de clases determina las posibilidades educativas).<sup>92</sup> Ellas son condiciones sobre las cuales la planificación legislativa y profesional trabaja con mayor o menor fertilidad. El punto no está en desacreditar que estas generalizaciones puedan llevarnos a respuestas acertadas, pues ello no puede demostrarse por las mismas razones por las que no puede justificarse el que dichas generalizaciones nos lleven a respuestas acertadas. Las ciencias sociales pueden ser relativamente exitosas en predicciones de corto alcance y bajo variables limitadas, pero a largo plazo están sometidas a contingencias toscas e indescifrables.

El hecho de que [las] inferencias [de las ciencias sociales] no estén convalidadas no demuestra, por cierto, que sus conclusiones sean falsas. (...) [No] se puede demostrar (...) que las inferencias llevan a conclusiones erradas, solo que no hay razones para creer que llevarán a las conclusiones atinadas.<sup>93</sup>

Esta incapacidad se debe a la imposibilidad reflexiva de la razón con arreglo a fines. Ya esboqué esta consideración en apartados anteriores. La razón con arreglo a fines no resiste su propio peso, pues su esquema de razonamiento no cubre la justificación de sus propias operaciones. La selección de datos empíricos, su valoración, su separación entre técnica y ética, el análisis de sistemas de consecuencias, la equiparación entre los diversos e inconmensurables fines, el supuesto de que las personas responden a un solo esquema de fines y de utilidades, la

---

<sup>91</sup> ELSTER, Jon. *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, p. 153.

<sup>92</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Tras la Virtud*, pp. 116-140.

<sup>93</sup> ELSTER, Jon. *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, p. 155.

renuncia a la apropiación cultural, identidad y razonamiento moral del agente, son todas operaciones opacas a la racionalidad con arreglo a fines, pues es imposible que sean entendidas por ella como lo que efectivamente son.<sup>94</sup>

En consecuencia, la racionalidad legislativa como herramienta dogmática para facilitar la producción de leyes racionales está en serios aprietos. Pues no puede siquiera evaluar ni guiar los resultados de su actuar sin apelar a un conjunto de generalizaciones que, por así decirlo, se levantan sobre una delgada capa de hielo. Los diferentes posibles efectos de la legislación, *e. gr.* la creación de empleo, el manejo de variables macroeconómicas a largo plazo, la reconstrucción equitativa después de un terremoto, el efecto en la producción minera de un *royalty*, etc.; son en general, a largo plazo y de forma extensiva, opacos a cualquier posible control. Los criterios sustantivos para determinar cuando una ley es racional o no son engañosos, limitados y caducos; su soporte es débil y sus intenciones, correctas pero excesivas.

### DIGRESIÓN (3): RACIONALIDAD LEGISLATIVA Y CONSTITUCIÓN

Luc Wintgens ha acuñado el término *Legisprudence* para referirse a la utilización de herramientas de teoría del derecho en la aprehensión del fenómeno legislativo. Si lo que se busca es racionalidad legislativa, afirma, lo relevante es apreciar cómo el legislador puede estar constreñido por reglas.<sup>95</sup> Luego, una preocupación primaria para una teoría de la legislación debiera ser la construcción de un punto de vista normativo interno a ella.

Tomando la interpretación que MacCormick hace del *Concepto de Derecho* de Hart, Wintgens denomina “punto de vista hermenéutico” a la perspectiva de quien es partícipe en la producción legislativa.<sup>96</sup> Este punto de vista hermenéutico está compuesto por una perspectiva interna volitiva y una perspectiva interna cognitiva. La relación entre ambas perspectivas es peculiar:

---

<sup>94</sup> Una espléndida crítica se encuentra en HABERMAS, Jürgen. “Una polémica (1964): contra un racionalismo disminuido en términos positivistas”. Véase también DRYZEK, John S. *Discursive Democracy. Politics, Policy and Political Science*.

<sup>95</sup> Para lo que sigue véase WINTGENS, Luc. “Rationality in Legislation-Legal Theory as Legisprudence: an introduction”

<sup>96</sup> HART, H. L. A. (1998). *El Concepto de Derecho*, pp. 100 y ss. Neil MACCORMICK analiza esta perspectiva en su *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp. 280 y ss. Véase también PARDO, Diego “Descripción y valoración: notas sobre el debate metodológico en filosofía del derecho”.

El punto de vista hermenéutico legislativo puede ser relacionado con el concepto de validez de la siguiente forma. La validez formal de las reglas jurídicas puede ser conectada al aspecto *volitivo* del punto de vista hermenéutico legislativo. Es una expresión de la voluntad legislativa proveer de validez legal a una determinada proposición. Ella es una cualidad intrasistemática de la regla creada por el legislador. Pero de acuerdo al punto de vista externo incorporado en el punto de vista hermenéutico del legislador, otras formas de validez pueden aparecer conectadas con el aspecto cognitivo del punto de vista hermenéutico legislativo.

A este respecto, desde un punto de vista sociológico se puede decir que las reglas deben ser efectivas, mientras que desde una perspectiva de moral (social) puede decirse que las reglas deben ser legítimas.<sup>97</sup>

Puede intuirse hacia dónde se dirige la argumentación de Wintgens. El punto de vista hermenéutico legislativo, de acuerdo a su postura, requeriría tanto del cumplimiento de las reglas internas al procedimiento legislativo como de la propia internalización del conocimiento social presente en su perspectiva cognitiva. Sólo de esa forma puede el legislador estar constreñido por el conocimiento y las reglas provenientes del medio social. Sin embargo, la comprensión del punto de vista interno legislativo en esta construcción es insuficiente. Pues las reglas impuestas por el conocimiento del medio social no se traducen en una carga normativa al nivel de las reglas constitucionales sustantivas y procedimentales. La constitución es un conjunto de derechos y procedimientos, no un compendio de saber social, ético y económico. El punto de vista cognitivo legislativo no es equiparable al aspecto volitivo manifestado en el respeto a la constitución.

Wintgens sale al paso de esta obvia consideración con habilidad. Asume que el conocimiento social, si no está institucionalmente mediado, no es un aspecto normativo fuerte para el punto de vista interno legislativo. Por ello afirma que:

La consecuencia es que mediante esta transformación [del punto de vista interno legislativo], el criterio para una buena legislación puede ser incorporado en la constitución y controlado a través del procedimiento de revisión judicial.<sup>98</sup>

Así, Wintgens enumera cinco criterios de racionalidad legislativa para la revisión judicial. Son el deber de:

- (1) *establecer los hechos*, lo que implica que el legislador debe demostrar haber hecho investigaciones de acuerdo al actual estado de cosas de la investigación social;

---

<sup>97</sup> WINTGENS, Luc. "Rationality in Legislation-Legal Theory as Legisprudence: an introduction", p. 31.

<sup>98</sup> WINTGENS, Luc. "Rationality in Legislation-Legal Theory as Legisprudence: an introduction", p. 32.



- (2) *balance*, que comienza desde la premisa de que los hechos no dictan una solución particular, lo que implica que el legislador debe mostrar con claridad que la regulación promulgada es el resultado de la medición de varias alternativas;
- (3) *prognosis o de evaluación prospectiva*, esto es, tomar la decisión con mayor probabilidad de que ciertas consecuencias que el legislador tiene en mente se realicen;
- (4) *tomar las circunstancias futuras en consideración*, esto es, que el legislador no debe ser indiferente a las reales consecuencias de su regulación;
- (5) *corrección o de evaluación retrospectiva*, esto es, reconocer las imperfecciones de la regulación que devengan manifiestas como consecuencias de nuevas aproximaciones en atención a otros criterios.<sup>99</sup>

Desde luego esta maniobra es incorrecta. Pues si ya la lectura de Wintgens del punto de vista interno legislativo es problemática, su intento de que éste ingrese en la constitución y que sea un criterio de revisión judicial es todavía más dudoso. Pues incluso ignorando su enigmática perspectiva hermenéutica, es inadmisibles hacer de la revisión judicial del tribunal constitucional un mecanismo para evaluar la calidad legislativa. Simplemente ningún tribunal constitucional tiene las aptitudes y el conocimiento para evaluar la efectividad y eficiencia de las leyes, sobretodo cuando, como se vio *supra*, los criterios para hacerlo son tan equívocos e inciertos. Veamos algunas manifestaciones de esta complejidad:

- (1) La pretensión de establecer los hechos no es inocente ni ciega a las teorías ni a los intereses del teórico. Pues la selección de los datos empíricos requiere y presupone una teoría que los tematice como refutaciones potenciales de una teoría social.<sup>100</sup> Además, la selección de los hechos se complica enormemente cuando no se tienen claro los límites de los sistemas modelados. ¿Qué tan integrada está la salud en Chile? ¿Influyen las políticas de natalidad en la criminalidad?<sup>101</sup>
- (2) La medición de varias alternativas no implica que ellas sean elegidas conforme a un criterio relevante, ni significa que fueron apreciadas correctamente *ab initio*. Simplemente puede elegirse varias alternativas incorrectas. Además, como ya hemos repetido, ¿bajo qué criterio común pueden evaluarse las distintas alternativas?

<sup>99</sup> WINTGENS, Luc. "Rationality in Legislation-Legal Theory as Legisprudence: an introduction", p. 32-33.

<sup>100</sup> HABERMAS, Jürgen. "Una polémica (1964): contra un racionalismo disminuido en términos positivistas".

<sup>101</sup> DRYZEK, John S. *Discursive Democracy. Politics, Policy and Political Science*, p 63 y ss.

- (3) No hay buenas razones, como ya se afirmó, para considerar que las predicciones hechas por el legislador lleguen a buen puerto. La toma de decisión social está sometida a un amplio margen de indeterminación y complejidad: comportamientos sociales alternativos, innovación conceptual radical, reflexividad del comportamiento, incapacidad de predecir el propio comportamiento futuro, las intervenciones creativas e innovadoras de la racionalidad instrumental y la pura contingencia, son fenómenos inabordables en general para cualquier legislatura, incluso aquella con mayores recursos. ¿Es abordable, en cambio, para el tribunal constitucional?
- (4) Al tomar en consideración las consecuencias futuras de su regulación, el legislador debe tener una doble capacidad: en primer lugar, debe destinar recursos e investigación en programas de implementación; y en segundo lugar, debe poder discriminar cuáles de todas las consecuencias de una regulación son parte del contenido causal de ella y cuáles son, en cambio, producto de cursos causales alternativos, contingencias, imprevistos y accidentales.
- (5) Una evaluación retrospectiva presenta los mismos problemas planteados anteriormente, pero con una complejidad adicional. Para ser plenamente racional, la evaluación requiere el uso de criterios neutrales, técnicos y científicos. Requiere también de una visión retrospectiva desprejuiciada. Es difícil que algo así pueda pertenecer a la función legislativa. Las comisiones investigadoras, en general, no funcionan de forma técnica, neutral y desprejuiciada. Todo lo contrario: realizan un juicio político revestido de consideraciones jurídicas y sociales. Esta perspectiva parece inevitable también para el tribunal constitucional.

¿Podría un tribunal constitucional evaluar los aspectos enumerados? A mi juicio, para tal instancia es aún más difícil hacerse cargo de todos estos problemas y todas estas contingencias. Eso apenas es relevante. Lo realmente significativo es que si se pretende, como Wintgens, introducir subrepticamente criterios de racionalidad teleológica en la constitución, entonces la integración y regulación del tribunal constitucional se aprecia en una nueva perspectiva: como diletante e insuficiente. Luego, la única opción que queda es abrir sus puertas al selecto conjunto de científicos sociales, ingenieros y tecnócratas que esperan a la entrada. Un escenario muy satisfactorio para ellos, pero muy problemático para una constitución democrática y para una racionalidad ética del procedimiento legislativo. Pues lo único que penetra en las constituciones

con estos criterios teleológicos es más posibilidades de ocultamiento ideológico.<sup>102</sup> De ello me ocuparé en el siguiente capítulo final.

---

<sup>102</sup> Desde luego, no creo que un tribunal constitucional compuesto exclusivamente de juristas no conlleve ninguna clase de ocultamiento ideológico. Investigar esa hipótesis me llevaría, sin embargo, demasiado lejos. Véase ATRIA, Fernando. “El derecho y la contingencia de lo político”.

Capítulo IX  
CONCLUSIÓN: IDEOLOGÍA Y RACIONALIDAD LEGISLATIVA

We think of the key, each in his prison  
Thinking of the key, each confirms a prison

T. S. Eliot, *The Waste Land*

He presentado una serie de críticas al razonamiento consecuencialista en racionalidad legislativa, apelando a nociones provenientes de la teoría de la acción, la metaética, la teoría de la justicia y la sociología descriptiva. Mi objetivo principal ha sido, respecto a la disputa minimalismo – maximalismo, socavar las bases y posibilidades de un entendimiento plenamente minimalista de la racionalidad legislativa. Los límites de la presente investigación no me permiten proveer aquí también de una justificación satisfactoria de la tesis maximalista en racionalidad legislativa, aunque muchos de los elementos contrarios al minimalismo son, a la vez, elementos a favor del maximalismo.

De todas formas, aún cuando el objetivo del presente trabajo sea plenamente teórico, ello no obsta a que la crítica al modelo minimalista permita resolver ciertos problemas de interés práctico. Si fuera de otro modo la investigación en política carecería de fundamento. En este punto sería beneficioso volver brevemente sobre las consideraciones de racionalidad legislativa vistas al inicio de este trabajo.

Si aislamos parte del cuadro antes anotado podemos apreciar la relación entre los distintos elementos de la racionalidad legislativa a la luz de la racionalidad teleológica (R4).

|    | Edictores   | Destinatarios  | Sistema Jur.  | Fines  | Valores                       |
|----|---|--|---|--|-------------------------------|
| R4 | Portadores de intereses sociales (particulares, grupos de presión, etc) | Afectados por la regulación del interés o necesidad social | Conjunto de medios (conocimiento psicológico, sociológico, económico, etc.) para conseguir fines sociales | Cumplimiento de objetivos sociales: redistribución de la riqueza, aumento de la protección social, reducción del desempleo, etc. | Eficacia social o efectividad |

Como puede apreciarse, todos los elementos del proceso legislativo, cuando se iluminan por la racionalidad teleológica, se estructuran funcionalmente para el establecimiento de una relación medios a fines. No puede ser de otra forma, pues como ya hemos visto, la racionalidad con arreglo a fines es absoluta: toda y cada uno de las consideraciones deben ser evaluadas conforme a su entendimiento.<sup>103</sup> Las consideraciones morales de los agentes también deben ser evaluadas conforma al esquema que lleva a optimizarlas de forma eficiente.

Por otra parte, si aislamos el cuadro en donde tratamos las hipótesis de conflicto entre las distintas racionalidades, podemos intuir cuál es la solución a cada uno de ellos de acuerdo al minimalismo.

|    | R1   | R2  | R3  | R5   |
|----|--|---|---|--|
| R4 | Legislación simbólica: leyes hechas para no alcanzar los fines que declara | Oposición: la sistematicidad del derecho es un obstáculo a su búsqueda de fines | Desobediencia puede significar el cumplimiento de fines pretendidos | Persecución de fines sociales no justificados éticamente |

Ninguno de los conflictos que presenta la racionalidad R4 en racionalidad legislativa puede ser resuelto echando mano a criterios provenientes de las propias racionalidades R1-R4. Dicho de otra forma, el minimalismo no puede justificar internamente la práctica legislativa. Veamos cómo cada uno de los conflictos en el cuadro necesita de una consideración ética para ser resuelto satisfactoriamente.

(1) *Legislación simbólica*. Podríamos tratar este caso como la forma paradigmática de manipulación (véase *supra* 6). En la legislación simbólica, las razones teleológicas para dictar una norma son distintas a las razones teleológicas contenidas *en* la norma. La razón para dictar esta legislación está en el hecho de dictarla, no en la regulación dictada. Como consecuencia, las razones internas de la legislación son deliberadamente oscuras para el agente, pues si fueran completamente transparentes el propio fin de dictar la norma se debilitaría. Por razones consecuencialistas es beneficioso que el agente no pueda evaluar la norma, pues si así lo hiciera aumentaría su interés instrumental en su incumplimiento. Como

<sup>103</sup> Véase el cuadro de Apel *supra* cap. III, nota 27.

afirmé más arriba (*supra* §6), de ninguna forma esta paradoja puede resolverse echando mano a consideraciones de racionalidad con arreglo a fines.

- (2) *Racionalidad interna del derecho.* La búsqueda de fines sociales es una pretensión constante del procedimiento legislativo. Nótese, sin embargo la extraña relación que la búsqueda de fines guarda con la racionalidad interna del derecho (R2). Ya Max Weber denunciaba las tentativas de materialización del derecho formal burgués: la penetración de relaciones valorativas en la racionalidad formal del derecho (véase *supra* 3). La racionalidad teleológica y la racionalidad sistemática se dirigen hacia la satisfacción de valores éticos distintos y, en un gran campo, incompatibles. La justificación de la racionalidad teleológica depende de los fines buscados mediante ella, mientras que la justificación de la racionalidad formal del derecho se encuentra en los valores de la seguridad y la libertad. ¿Puede ser resuelta esta disputa sin atender a una consideración ética del procedimiento legislativo?
- (3) *Fines y desobediencia.* Los supuestos de irracionalidad R3 son aquellos casos en que la norma no es obedecida cuando fue dictada para ser obedecida, e inversamente, los casos en que la norma es obedecida cuando fue dictada para no ser obedecida. Es difícil pensar en normas dictadas para no ser obedecidas. Es más fácil pensar casos en que es irrelevante si la norma es obedecida o no. Ésa podría ser otra consecuencia de la legislación simbólica. ¿Puede valorarse en toda su amplitud el fenómeno de la obediencia al derecho sólo con la racionalidad con arreglo a fines? Las preguntas de si hay un deber moral de obedecer al derecho, de si hay un deber legislativo de dictar normas susceptibles de ser obedecidas, y de si la obediencia sólo es relevante en función de las consecuencias que produce, no pueden ser respondidas sólo en función de las consecuencias.
- (4) *Fines y valores.* La pregunta central es si los fines pueden justificarse éticamente. Las limitaciones a la racionalidad que impone la razón con arreglo a fines responden negativamente esta cuestión. El legislador es soberano (en el sentido de arbitrario) en la selección de los fines que pretende alcanzar con la legislación. Como dichos fines no deben ser justificados, el minimalismo sugiere que la racionalidad R5 no jugaría rol alguno en el procedimiento de creación de leyes. El legislativo selecciona qué fines pretende alcanzar, y luego solicita la ayuda de la racionalidad legislativa para optimizar los medios a su alcance.

Sin embargo, en contra de este diagnóstico he esbozado una pregunta fundamental: ¿cómo pueden reconciliarse distintos fines? Tanto en el plano individual (§5) como en el colectivo (§6) se presentan fines sociales en disputa. Reducir su resolución al razonamiento medios y fines es una forma inadmisibile de simplificar el problema.

Cada uno de los problemas enumerados requiere la construcción de un modelo de racionalidad legislativa capaz de evaluar éticamente al procedimiento legislativo. Esto se debe primariamente al hecho de que los conflictos que presento no pueden tener una solución adecuada a la luz de la racionalidad con arreglo a fines. Pero existe un peligro aún más grave que la falta de resolución de estos problemas. Creo que la solución sostenida por el minimalismo son ya respuestas a un conflicto moral. Es decir, la respuesta racional con arreglo a fines es una respuesta que se presenta, aun sin quererlo, en el plano moral. Es en ese estadio donde debe ser evaluada.

El criterio minimalista de racionalidad de la legislación, como afirmé anteriormente, considera que la evaluación de la actividad legislativa se limita a la definición y selección de los medios adecuados para la obtención de ciertos fines. Una evaluación racional de los fines seleccionados por el legislador es imposible, porque esta selección incluye un razonamiento moral que no puede ser resuelto en términos intersubjetivos. Entonces, el minimalismo en teoría de la legislación pretende ser neutral respecto de la moral. No puede evaluarse la acción legislativa, en último término, porque no puede argumentarse moralmente en contra del legislador. Por ello, sólo puede ser neutral una ciencia de la legislación que se limite a evaluar la racionalidad de los medios seleccionados para la obtención de ciertos fines. El uso de la racionalidad de fines, en la forma acuñada por Weber, permite mantener la neutralidad frente a la autoridad legislativa.

Habermas considera que la respuesta de Weber al problema de la racionalidad del derecho, centrada en su concepto de derecho formal, sólo puede ser de recibo si ella misma no se presenta como una forma de razonamiento moral.<sup>104</sup> La razón de ello es la siguiente: si Weber considera como un defecto la materialización del derecho, esto es, la introducción de consideraciones éticas y morales en la forma jurídica, entonces no puede apoyar su consideración en la misma moral previamente desacreditada. Por supuesto, para Habermas la respuesta a la pregunta de si Weber puede apoyarse en un criterio de racionalidad moralmente neutral para fundamentar su

---

<sup>104</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, p. 539.

concepción del derecho es negativa. Para él las cualidades del derecho formal acuñado por Weber se derivan no de una consideración de racionalidad moralmente neutral (como la racionalidad con arreglo a fines), sino de las implicancias morales que se sustraen de una consideración interna del sistema económico (véase *supra* §5).<sup>105</sup>

¿Puede pensarse algo similar respecto del minimalismo? Mi argumentación rechaza al minimalismo por su falta de neutralidad.<sup>106</sup> Por supuesto esto no sería un defecto si no fuera una pretensión manifiesta. Pero si lo es: para el minimalismo su intención de escapar de la moral es tan fuerte como imposible. La idea central del minimalismo, de que sólo puede evaluarse la racionalidad de la legislación a partir de la evaluación de los niveles lingüístico, sistemático, pragmático y teleológico, excluyendo la racionalidad ética, responde a una idea moral que ya fue descrita con anterioridad en este trabajo. El derecho, en este sentido, solo puede reclamar autoridad legítima si pretende asegurar condiciones de seguridad jurídica y de predictibilidad que permitan el desarrollo del tráfico económico. También esta es una idea moral, y debe ser defendida en ese plano. Atienza considera, por ejemplo, que el hecho de que el derecho pueda verse como un sistema sin lagunas, contradicciones ni redundancias, lo constituye como un sistema de previsibilidad que permite cumplir con el valor de la seguridad jurídica.

Sin embargo, el valor seguridad no es tampoco un valor último. La idea de seguridad o previsibilidad implica en sí misma un valor (pues sin un mínimo de seguridad no habría Derecho, ni leyes ni organización social), pero este valor es graduable en función de qué sea lo que se asegura; es decir, el valor seguridad remite a otros valores, como la libertad y la igualdad.<sup>107</sup>

Por las razones mencionadas, Marcilla termina por declarar que “el enfoque minimalista coadyuvaría, pues, en una visión acrítica de la legislación, concebida esta como un instrumento al servicio del poder, como una herramienta más o menos sofisticada de control e ingeniería social”.<sup>108</sup> La visión acrítica tendría pues, también un contenido ideológico moral subyacente reconocido escasamente por el liberalismo. Esto vuelve aún más vigente la crítica al liberalismo efectuada por Carl Schmitt: “lo que este liberalismo salva del Estado y de la política se reduce a la garantía de las condiciones de libertad y a la eliminación de las perturbaciones de la libertad”.

---

<sup>105</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, p. 540.

<sup>106</sup> Por supuesto, existen otras razones para rechazarlo. Para ellas véase MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Racionalidad Legislativa. Crisis de la Ley y nueva Ciencia de la Legislación*, pp. 297-312.

<sup>107</sup> ATIENZA, Manuel. *Contribución a una Teoría de la Legislación*, p. 32.

<sup>108</sup> MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Racionalidad Legislativa. Crisis de la Ley y nueva Ciencia de la Legislación*, pp. 311 y ss..



El enfoque minimalista sería, pues, consecuente con una despolitización de la ciencia de la legislación, y con ello con una concepción acrítica de las decisiones legislativas. “Todas estas reducciones se orientan con absoluta seguridad a someter Estado y política en parte a una moral individualista, y por ello enmarcada en el derecho privado, y en parte a categorías económicas, privándolas así de su significado específico”.<sup>109</sup>

La disputa minimalismo – maximalismo requiere, para no sufrir de ocultamiento ideológico, que los presupuestos morales del minimalismo sean clarificados. Ello requiere a su vez elaborar una propuesta de racionalidad ética que sea operativa para el procedimiento legislativo. Semejante tarea no puede ser desarrollada en este trabajo. He defendido dos ideas más bien limitadas: (1) El procedimiento legislativo no puede ser aprehendido con las escasas herramientas teleológicas con que usualmente pretende asirse; (2) la correcta utilización de estas herramientas requiere, siempre, de un razonamiento moral anterior. A mi juicio la pretensión de la racionalidad ética debieran ser más radicales: el procedimiento legislativo y la política son incomprensibles sin alguna forma, aun precaria, de razonamiento moral. Mientras el derecho y las ciencias sociales no puedan participar de dicho razonamiento moral, entonces el fenómeno político es inaccesible para las frágiles piezas y herramientas jurídicas y sociales.

---

<sup>109</sup> SCHMITT, Carl. “El concepto de lo ‘político’”, pp. 216-217. Véase también BIELEFELDT, Heiner. “Carl Schmitt’s critique of Liberalism. Systematic reconstruction and counter-criticism”, *passim*.

Apéndice\*  
CRÍTICA A LA JUSTIFICACIÓN DEL BICAMERALISMO EN CHILE

Un intocable que está en los huesos y arrastra  
de un lado a otro su desdicha

P. Roth, *Pastoral Americana*

I.

En las siguientes páginas, argumentaré contra la equívoca estructuración del bicameralismo, revisando su evolución institucional reciente. Esta estructura, que goza de tan estable aceptación, puede dominar nuestras intuiciones, me temo, hasta la inercia y el letargo. Parece difícil siquiera concebir un parlamento unicameral en Chile. Sin embargo, pretendo que la siguiente reflexión, aunque tentativa y provisoria, revele la debilidad de este patrón heredado. La necesidad de dos cámaras no es tan maciza como aparenta ser su tradición, y su trazado actual es esquivo y engañoso. De hecho, la evolución bicameral reciente avanza contra su tradición, de la que, sin embargo, no dudaría en alejarme, aunque en una dirección apenas considerada.

Insinuaré esa nueva dirección al fin de este ensayo. En lo central, expondré y discutiré un grupo de argumentos capaces de reflejar el carácter de nuestra evolución bicameral, y que por tanto deben inapelablemente considerarse ante cualquier modificación constitucional. Algo anda mal si nuestras instituciones no reflejan las razones de su existencia, ya sean originales o sobrevivientes. Creo que con el bicameralismo nos acercamos a ese lamentable estado de cosas: deslumbra hasta opacar los fundamentos que arrastra.

II.

Las instituciones democráticas, y por sobre todo el parlamento, reflejan invariablemente ciertas ideas sobre justicia, libertad, representación política, calidad legislativa, racionalidad y estabilidad.<sup>110</sup> Algunas de estas ideas son inevitables, y se repetirán en lo que sigue. Considero

---

\* Publicado en *Hemiciclo* 3, segundo semestre 2010, pp. 41 – 59.

<sup>110</sup> Para un panorama general sobre representación, véase URBINATI, Nadia / WARREN, Mark. “The Concept of Representation in Contemporary Democratic Theory”, *Annual Review of Political Science* 11, 2008. La principal, y a

que la calidad legislativa y la racionalidad (con arreglo a fines) de sus resultados, son meros subproductos: cuestiones adventicias que no gozan de protagonismo en la configuración institucional; imperativos funcionales atendibles sólo cuando la justicia y equidad de un procedimiento ya están satisfechas; cuestiones relevantes sólo cuando las instituciones y sus procedimientos han sido estructurados con libertad e igualdad. El bicameralismo, en otras palabras, debe ser legítimo si pretende asegurar posteriormente la calidad de las leyes, su estabilidad o su racionalidad. Decisiones ilegítimas acertadas no son por ello válidas; decisiones legítimas desacertadas gozan, en cambio, de plena autoridad.

Expresando esta idea, Toqueville ha impuesto un límite apenas alcanzable. Él se pregunta donde nace la pasión por la libertad política:

Bien veo que, cuando se conduce mal a los pueblos, alumbran naturalmente el deseo de gobernarse ellos mismos; pero esa suerte de amor por la independencia, que no surge sino de ciertos males particulares y pasajeros inherentes al despotismo, nunca es duradero, sino que pasa con el accidente que lo ha hecho nacer; parecía amarse la libertad, cuando en realidad no se hacía sino odiar al amo. Lo que odian los pueblos nacidos para ser libres es el mal mismo de la dependencia.

No creo tampoco que el genuino amor por la libertad jamás haya nacido de la sola perspectiva de los bienes materiales que procura, pues esa perspectiva se oscurece con frecuencia. Es desde luego cierto que a la larga la libertad termina conduciendo siempre, a quienes saben conservarla, a las comodidades, al bienestar y, a menudo, a la riqueza; pero hay ocasiones en las que ella perturba momentáneamente el uso de semejantes bienes. Y hay otras en las que sólo el despotismo procura su goce pasajero. Los hombres que sólo la quieren por tales bienes jamás la conservaron por largo tiempo.

Lo que en todo tiempo ha atraído hacia ella con fuerza el corazón de algunos hombres han sido sus propios atractivos, su peculiar encanto, con independencia de sus beneficios; es el placer de poder hablar, actuar, respirar sin constricción, bajo el solo gobierno de Dios y de las leyes. Quien busca en la libertad otra cosa que ella misma esta hecho para servir.<sup>111</sup>

Soy consciente de lo polémico de esta hipótesis inicial, pero confío en que su valor aparecerá encarando mi principal objetivo: mostrar cuan difícil es encontrar los diferentes fundamentos que se han otorgado para el bicameralismo en la regulación constitucional chilena.<sup>112</sup>

---

esta altura clásica obra sobre representación política es PITKIN, Hanna F. *The Concept of Representation*. California University Press, California, 1972.

<sup>111</sup> DE TOQUEVILLE, Alexis. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Madrid, Istmo, 2004, p. 218.

<sup>112</sup> En lo que sigue me referiré indistintamente al Senado como Cámara Alta, o Cámara aristocrática; y a la Cámara de Diputados como Cámara Baja o Cámara de los comunes. Por segunda cámara (o cámara revisora) debe entenderse al Senado, en el contexto (general) de que él es el encargado de la segunda opinión legislativa. La denominación no responde, salvo comentario en contrario, a ningún contenido específico ni regulación particular.

### III.

El bicameralismo actual, aún con excepciones, responde a razones distintas de las invocadas para su creación.<sup>113</sup> Aristóteles, en su *Política*, considera que la polis incluía una multiplicidad de intereses sociales. Si el gobierno es monopolizado por uno de ellos exclusivamente, entonces eventual y probablemente este degenerará en una forma de dominación ilegítima. Cuando el gobierno es monopolizado por una sola persona, la monarquía degenera en tiranía; cuando es monopolizado por algunos, la aristocracia degenera en oligarquía; cuando, por último, el gobierno de los comunes no considera los intereses del monarca ni de la aristocracia, la polis se enfrenta a una riesgosa democracia. Tiranía, oligarquía y democracia son tres formas de gobierno ilegítimo a causa de su insensibilidad y apatía con los intereses ajenos a los del gobernante.

El gobierno legítimo y estable, en consecuencia, requiere la presencia de al menos dos de los tres estamentos sociales (monarca, aristócratas y comunes) para evitar la tiranía, la oligarquía y la democracia demagógica. El gobierno mixto debe incluir a todos los grupos sociales. La representación mixta, al incluir a los mejores, propicia el florecimiento de la polis, de su gobierno y de su ley. La aristocracia y sus virtudes están al servicio de todos, no dejando al gobierno preso del apasionamiento y desenfreno populista de los comunes.

El surgimiento del bicameralismo moderno es el hallazgo de aquel buscado equilibrio entre representación y virtud aristocrática. Así la comunidad política obtiene estabilidad y calidad legislativa. El modelo bicameral inglés, exportado a buena parte de las legislaturas occidentales, pretende integrar las pretensiones democráticas (de la Cámara de los Comunes), con las aristocráticas (de la Cámara de los Lores) y monárquicas (con su poder de veto). La estructura del parlamento inglés responde, en consecuencia, a los principios del gobierno representativo de la forma concebida por Aristóteles.

Su fundamentación, sin embargo, no podía seguir los constreñimientos a los que respondía el pensamiento aristotélico. Montesquieu, quien era devoto de la estabilidad y ecuanimidad del modelo inglés, consideraba que la estructura bicameral era necesaria como forma de protección de los derechos tradicionales aristocráticos, pues sin una defensa adecuada

---

<sup>113</sup> En estricto rigor, no puede hablarse de creación del bicameralismo pues, como es obvio, las instituciones políticas no son creadas *ex nihilo*. El paradigma premoderno de legislatura dividida es el Senado y la *Comitia Curiata* romana. La primera legislatura bicameral, en un sentido moderno, es la inglesa. Véase TSEBELIS, George / MONEY, Jeannette. *Bicameralism*. Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

de ellos, el gobierno del común afectaría irremediablemente sus intereses. De esta forma, la primera facultad de la Cámara Alta (aristocrática), debía ser la posibilidad de vetar propuestas legislativas particularmente inquietantes para sus derechos y privilegios. Del mismo modo, la Cámara Baja (de los comunes) debía tener la posibilidad de vetar aquellas propuestas que pretendieran perpetuar el privilegio oligárquico de forma ilegítima.

Las razones del pensamiento de Montesquieu son evidentes.<sup>114</sup> La aristocracia, beneficiaria del *status quo* y la tradición, sólo puede legítimamente aspirar a mantener sus beneficios, pero nunca a acrecentarlos. Cuando mejora aún más su condición el componente aristocrático deviene en uno oligárquico. El principal resquemor contra la aristocracia es su arrogante elitismo; el principal beneficio que otorga al gobierno es su ilustrada virtud. El equilibrio entre ambos aspectos radica, para Montesquieu, en estabilizar y frenar el ardor de los comunes con la prudencia y sabiduría aristocrática. Sería equivocado, en cambio, permitir que el ímpetu oligárquico se valiera de las herramientas de gobierno, pues entrañaría reemplazar un numeroso pero famélico adversario por otro minoritario, aunque influyente y poderoso.

#### IV.

En condiciones políticas modernas estos fundamentos originarios son insostenibles. Sin embargo, tiñen nuestro pensamiento posterior de un modo contundente y definitivo.<sup>115</sup> Actualmente sería impensado dividir la representación política considerando a la aristocracia como un grupo social con privativas aspiraciones legítimas. A partir de la revolución americana y francesa, la representación se divide y otorga por y para las personas, no para grupos o elites privilegiadas. El pueblo es representado como un todo, no dividido en castas, sino unificado a través de la ciudadanía. En estas nuevas condiciones, dividir la representación parlamentaria en dos cámaras es, en principio, problemático. El bicameralismo, sin embargo, sobrevive vigorosamente.

Su supervivencia se debe, en gran medida, a la adopción del modelo en Estados Unidos. En él, el interés popular es representado proporcionalmente en la Cámara Baja, mientras los diferentes estados federados son alojados igualitariamente en el Senado. James Madison es,

---

<sup>114</sup> Sobre su relación con el *status quo* y la estabilidad, véase TSEBELIS, George. "Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism", en *British Journal of Political Science* 25 (3), 1995. Véase también *infra* VII *in fine*.

<sup>115</sup> Véase *Infra* V y VII.

quizá, el defensor más asertivo y lúcido del modelo bicameral estadounidense. En *The Federalist Papers* (1788), particularmente en el número 62, defiende el bicameralismo federal basándose en una serie de argumentos de distinta naturaleza. Los beneficios que otorgaría el trabajo en dos cámaras son, básicamente, su alta representatividad estatal y el aumento en la calidad y estabilidad de la legislación.

En un sistema federal, el interés estatal en muchas ocasiones difiere de aquel sostenido popularmente. Si sólo se atendiera a la representación popular, los Estados con más habitantes podrían imponer su voluntad sin limitaciones frente a los menos populosos. La igual repartición constitucional de la soberanía requiere, para Madison, una igual representación estatal con independencia de su población particular. Así, “ninguna ley o resolución puede ser promulgada sin la concurrencia, primero, de una mayoría de la población, y luego, de una mayoría de los Estados”. La mayoría de la población del Estado federal es insuficiente, en consecuencia, como manifestación de voluntad política.<sup>116</sup>

El Senado, para Madison, también mejora la calidad de la legislación. Una segunda revisión permite detectar errores, imprecisiones y ambigüedades inadvertidas en una primera deliberación. La sola existencia del Senado, independiente de su configuración normativa, provee de “una saludable revisión del gobierno”. Además, y más importante, esta segunda revisión tiene propiedades específicas derivadas de la particular integración senatorial. La Segunda Cámara integra políticos con mayor experiencia, pues tanto la edad exigida para el cargo como su duración son mayores. Su misión, afirma Madison, es contener la “propensión de todas y cada una de las asambleas numerosas a sucumbir al impulso de las pasiones súbitas y repentinas, y a ser seducidas por líderes facciosos hacia resoluciones desmedidas y perniciosas”. El Senado pretende ser una asamblea serena y prudente, menos voluble a la debilidad de la voluntad, la pasión y la manipulación.

Esto explica la funcionalidad de la segunda Cámara para mantener la estabilidad legislativa. “La mutabilidad de los concilios públicos surgida desde la rápida sucesión de nuevos miembros, sin perjuicio de cuan cualificados ellos puedan ser, indica, de una manera enérgica, la

---

<sup>116</sup> Los argumentos, como se verá, se aplican a la estructura federal estadounidense. Pero su extensión a cada uno de los estados federados es problemática. Véase DIPPEL, Horst. “The ambiguities of modern bicameralism: input- vs. output-oriented concepts in the American and French revolutions”, en *The Legal History Review* 71 (3 – 4), 2003, p-417. La aplicación del modelo bicameral en la revolución americana primero se presentó en la mayoría de los estados federados. En ellos, la diferente integración entre ambas cámaras se debía al valor de la propiedad del candidato. “Lo desarrollado en las constituciones de los estados como un modelo orientado hacia afuera [*out-put oriented model*] para asegurar legislación en interés de la elite propietaria, fue adoptado por la Constitución Federal como su objetivo, dando al mismo tiempo al bicameralismo una nueva legitimación federal.

necesidad de alguna institución estable en el gobierno”. El hecho de que el Senado, a diferencia de la Cámara Baja, goce de elecciones periódicas parciales y más distanciadas, hace que sea una institución menos vacilante ante vaivenes perecederos y pulsiones radicales.

V.

La comprensión parcial de las consideraciones revisadas es el cemento de todo el desarrollo constitucional chileno. En la construcción de la Constitución Política de 1980/89 puede apreciarse su penetrante influencia.

El bicameralismo, inevitablemente, fue motivo de análisis para la comisión Ortúzar. Como consta en las actas de sesiones de la Comisión, algunos comisionados eran partidarios, en principio, de establecer un sistema unicameral en la nueva Constitución.<sup>117</sup> Sin embargo, en definitiva optaron por mantener el tradicional sistema bicameral. El primitivo convencimiento de lo problemático del bicameralismo, llevó a que en la discusión surgieran argumentos relevantes, aunque sostenidos tal vez con vulnerabilidad y precipitación.<sup>118</sup>

Dos argumentos fueron considerados: calidad legislativa y estabilidad. El primero dispone, al inicio, de atención preferente dentro de la Comisión. Según el comisionado Lorca, el Senado bajo la Constitución de 1925

tuvo una gran virtud que hay que reconocerla [sic] francamente: modificó mucha legislación, como correspondía, porque la Cámara, desgraciadamente, se dejaba llevar por las *funciones políticas extremas* y, por lo general, su legislación no era tan perfecta como debía serlo. La gran tradición del Senado en Chile fue rectificar, muy acertadamente la mayoría de las veces, la legislación que venía de la Cámara de origen, la Cámara de Diputados.<sup>119</sup>

Nótese cómo esta opinión vincula estabilidad política y calidad legislativa. El impulso de las pasiones súbitas y repentinas, irresistible según Madison para cualquier gran asamblea, genera no sólo inestabilidad en el marco normativo, sino deficiencias en su producto definitivo.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Guzmán reconoce su convencimiento previo en la sesión N° 252 del 21 de Octubre de 1976.

<sup>118</sup> La opinión dentro de la Comisión parte de la base (escéptica) del profesor GUZMÁN DINATOR, Jorge. *Sistemas Unicameral y Bicameral: hacia una racionalización del poder legislativo*. Universo, Santiago de Chile, 1934. En su trabajo, Guzmán Dinator es escéptico respecto a la necesidad y utilidad del sistema Bicameral. En su participación en la comisión, en cambio, considera necesario el bicameralismo a razón de la mejora cualitativa y correcciones que permite respecto de la cámara baja. Véase sesión N° 22 del 12 de Marzo de 1974.

<sup>119</sup> Sesión N° 339 del 14 de marzo de 1978. Énfasis añadido.

<sup>120</sup> El comisionado Carmona afirma: “En principio, no [soy] partidario de la Cámara Única, porque [m]e parece que tiene que ser numerosa: tal vez de unas ciento cincuenta o doscientas personas. La legislación que sale de un conjunto

Ambos problemas pueden enfrentarse mediante una legislatura bicameral centrada en la presencia de un Senado tradicional, virtuoso y menos numeroso.

Sin embargo, el insistente aspecto cualitativo una y otra vez fue considerado insuficiente. El comisionado Guzmán afirma que

el doble estudio y el trabajo acucioso que debe tener siempre un proyecto de ley antes de ser despachado, no exige ni justifica la existencia de dos Cámaras, porque eso puede obtenerse sobre la base de otros mecanismos...<sup>121</sup>

No se polemizó contra esta afirmación en la Comisión. Creo que, en lo central, ella es correcta y definitiva. Es inverosímil cualquier descripción del objetivo senatorial si reduce su valor representativo hasta convertirlo en un mero comité de calidad legislativa. Ello sería vulgarizar la dignidad y prestigio del Senado. En realidad, ello conllevaría un doble despropósito: reduciría el valor representativo del Senado y tacharía de diletante e incapaz la actividad de la Cámara de los Diputados. Por ambas vías se ataca al contenido representativo de las elecciones parlamentarias, considerando insuficiente la manifestación popular para el alcance de legislación digna, prudente y cualitativamente superior. Considerar al Senado un consejo de sabios mayores destinados a moderar nuestra impericia, sólo tiene sentido en un mundo cuya ilustración es precaria, cuyo conocimiento no se encuentra general e igualitariamente distribuido.<sup>122</sup>

Sin embargo, y como es evidente, no eran buenos tiempos para defender el gobierno popular ni el sufragio universal. Fíjese por favor en la opinión de Ortúzar:

[Sé] que hablar contra del sufragio universal parece un sinsentido, pero, en verdad, [m]e preocupa que cuando el país ha salido de un *caos tan profundo* (...) se desemboque prácticamente en una *lucha de tipo político*, con un Parlamento que no sea suficientemente idóneo producto exclusivo del sufragio universal.<sup>123</sup>

---

tan numeroso es absoluta y totalmente deficiente y, por lo tanto, requiere una revisión más especializada, más cuerda: lo que comúnmente hizo el Senado en Chile.

<sup>121</sup> Sesión 323 del 23 de Octubre de 1977.

<sup>122</sup> Véase WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 95 – 101. Esta fundamentación epistémica de la autoridad bicameral, generalmente, se vincula a un componente aristocrático. En India, por ejemplo, la segunda cámara es elegida por miembros de las legislaturas estatales, entre aquellas “personas poseedoras de conocimiento especial o experiencia práctica respecto a materias como literatura, ciencia, arte, movimiento cooperativo o servicio social”. Véase RUSELL, Meg. “What are Second Chambers for?”, en *Parliamentary Affairs* 54, 2001, pp. 45-6.

<sup>123</sup> Sesión N° 323, 26 de Octubre de 1977 (énfasis añadido). Esta idea acompaña a Ortúzar desde la primera sesión de la Comisión. Véase sesión N° 1, del 24 de Septiembre de 1973.



En este punto, al parecer, la idoneidad del Senado como mecanismo para una mejora cualitativa de la legislación, va perdiendo protagonismo frente al peso de la estabilidad. El caos tan profundo al que se refiere Ortúzar tiene diferentes causas, sobre las cuales puede discutirse fructíferamente. Pero no es una de ellas las deficiencias técnicas de la legislación del gobierno de Allende, el último democrático anterior al golpe de Estado. Él no se apoyó, ni mucho menos, en la ignorancia del legislativo y las deficiencias de su producto. Por lo demás, si así fuera, ello sería la demostración patente de la incapacidad del bicameralismo para proveer de calidad y estabilidad. La lucha de tipo político a la que se refiere Ortúzar, sin embargo, es el factor crucial para la regulación Constitucional. Póngase atención a lo señalado por Guzmán:

si se consagrara un Congreso bicameral, y el Senado tuviera una composición mixta en el futuro, en que un tercio de sus miembros lo fuese *por derecho propio, o por designación presidencial* de entre personas que hayan ocupado altas calidades en la vida republicana (...) sería más fácil alcanzar, por la vía del Senado, la existencia de ese cuerpo de alta jerarquía institucional y relativamente más *desvinculado de las contingencias y luchas político-partidistas...*<sup>124</sup>

De la misma forma, Díez ve al Senado

como *moderador político, como frenador de la ley*. En el fondo, *un Senado conservador* —no en el sentido político de la palabra, sino en el real—, y ojala lo más árbitro posible de la política y lo más *separado posible de los debates políticos...*<sup>125</sup>

A pesar de lo que cuesta diferenciar el conservadurismo político del real (pues ambos son tan políticos como reales), se vislumbra el ánimo que anudaba las consideraciones de los comisionados. En ese tenor, la visión del Senado sostenida por Guzmán terminó por imponerse:

[L]a parte no elegida [popularmente] de él no debe corresponder a una representación de intereses, y *ni siquiera a una representación estricta de lo que se denomina el saber* (...). Piens[o] que más debiera entenderse que esa parte no elegible del Senado debe estar constituida por personalidades de la vida nacional que hayan desempeñado altas responsabilidades republicanas; que lo que se quiere realmente expresar en el Senado (...) debe ser, justamente, la experiencia republicana, que debe ir *adjuntada a la expresión electoral del momento*. [M]e parece que la representación propiamente de los intereses o del *saber técnico* debe radicarse solamente en las Comisiones del Congreso.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> Sesión N° 322, 25 de Octubre de 1977. Énfasis añadido.

<sup>125</sup> Sesión N° 339, 14 de Marzo de 1978. Énfasis añadido.

<sup>126</sup> Sesión N° 349, del 15 de marzo de 1978. Énfasis añadido. La regulación constitucional definitiva incluía en el Senado a representantes regionales (uno por región salvo 6 regiones con doble representación), además de Ex Presidentes de la República, en carácter vitalicio; dos Ex Ministros de la Corte Suprema; un Contralor de La República; un Ex Comandante en Jefe del Ejército, otro de la Armada, uno de la Fuerza Aérea y un Ex General

La Comisión intenta, hábilmente, asociar calidad legislativa, estabilidad y representación. El Senado no es una institución privativa de sabios, aristócratas, o representantes regionales: la regionalización se obtiene por la igual (y desproporcionada) elección; la sabiduría por la experiencia de sus miembros por derecho propio; las elecciones pasadas, ganadas por algunos de ellos, provee de legitimidad representativa. Ella sólo es fuente de legitimidad mediata, sin embargo, para el caso de los senadores vitalicios (los ex Presidentes de la República). El resto de los miembros por derecho propio del Senado nunca necesitaron someterse al escrutinio popular.

Afortunadamente nuestra evolución institucional no finaliza con la aprobación del texto de la Constitución de 1980/89.

## VI.

Antes de proseguir con el desarrollo institucional, es necesario revisar en algún detalle el argumento de la calidad legislativa. Esta misión asignada al Senado es enigmática. Por ahora, aún asumiendo el carácter oscuro de la calidad legislativa, quiero mostrar algunas vías por las que usualmente se asigna al Senado tal objetivo. Con ello, aspiro ilustrar qué entienden por calidad legislativa quienes defienden el bicameralismo en Chile.

Esta defensa del bicameralismo se basa en dos puntos de vista.<sup>127</sup> En primer lugar, el saber que posterior a la aprobación de una ley se revisarán sus disposiciones por una segunda cámara, invita preventivamente a una cuidadosa preparación y aprobación inicial. Además, y en segundo lugar, el bicameralismo permite el descubrimiento de errores legislativos antes de su promulgación definitiva: aquellas falencias inadvertidas en una primera aprobación, pueden ser subsanadas gracias a una segunda revisión. Una cámara revisora, en consecuencia, mejoraría cualitativamente la legislación de forma preventiva y correctiva; ya sea mediante su trabajo disuasivo o efectivo.

Se ha insistido en que la composición más estable del Senado permite un juicio más experimentado, lo que conduce a legislación libre de errores. Pero esta pretensión, dada su

---

Director de Carabineros; un Ex Rector de universidad estatal o reconocida por este; y un Ex Ministro de Estado. La expresión electoral del momento sólo puede ser argumento para el caso de los Ex Presidentes.

<sup>127</sup> TSEBELIS, George / MONEY, Jeannette. *Op. Cit.*, p. 40.

insuficiencia (detectada por Guzmán), no puede quedar sólo allí.<sup>128</sup> En aquellos sistemas de gobierno parlamentario, la relación entre el Ejecutivo y la Cámara de los Comunes es estrecha e interdependiente, pues el Ejecutivo debe mantener la confianza de la Cámara Común frente a la posibilidad de una moción de censura; mientras que, al contrario, los comunes se encuentran sujetos a la posibilidad de que el ejecutivo disuelva la Cámara llamando a nuevas elecciones. El Senado, en cambio, no participa de esta amenaza mutua, tanto en aquellos sistemas cuya composición es definida menos popularmente (como Inglaterra, Austria y Francia), como en aquellos de composición directamente popular (como Australia, la República Checa y Japón).<sup>129</sup> Presuntamente esto generaría mayor libertad de acción para el Senado, pues lo alejaría de la seductiva imagen de su mantención en el poder.

Desde luego este fundamento no es aplicable a nuestro sistema presidencialista. Pero ilumina nuestra comprensión de la calidad legislativa. Su alejamiento del Ejecutivo, la mayor duración de los cargos, las elecciones parciales y su supuesta mayor experiencia, permiten presumir que el Senado aportará un juicio más independiente e imparcial respecto de la politizada Cámara de los Comunes. Como reflejan las opiniones de los comisionados chilenos, independencia y despolitización son características que hacen presumir mayor calidad. Los partidos políticos, por su parte, también influirán menos en la apreciación senatorial, pues su opinión se acoplará con mayor probabilidad a la sostenida por los senadores. William Heller (2007), asumiendo débiles condiciones formales, ha pretendido demostrar que el bicameralismo “fuerza a los miembros de un partido que valoran la claridad de sus etiquetas partidistas a adaptar su comportamiento (y sus reglas de partido) para prevenir desacuerdos públicos entre cámaras...”<sup>130</sup> Esto es evidente: ningún partido pretende resolver sus desacuerdos a través de los medios de comunicación, ni dar una imagen de quiebre, caos y descoordinación a la opinión pública. La importante es cómo influye el bicameralismo en el funcionamiento y estabilidad de un partido y de un gobierno. Ante un dilema legislativo debe definirse una postura de partido, para lo que existe un rango abierto de respuestas posiblemente sostenidas por sus parlamentarios. Si ellos pertenecieran a una sola cámara, entonces llegarían a un consenso intrapartidario en igual pie negociador; si, en cambio, pertenecieran proporcionalmente (digamos uno de cada tres

---

<sup>128</sup> Véase *supra* V (nota 12) respecto a lo opinado por Guzmán. Algo más propositivo, acaso suficiente, diré en *infra* IX.

<sup>129</sup> Al respecto, véase RUSSELL, Meg. *Op. Cit.*, pp. 446-9.

<sup>130</sup> HELLER, William. “Bicameralism, Parties, and Policy in Democratic Legislatures”, en *Annual Review of Political Science* 10, 2007, p. 264.

al Senado), quienes integren la Cámara Alta tendrán mayor independencia y poder negociador dentro del partido, pues su menor número significará mayor poder respecto de la tramitación legislativa.

Entonces hablar de Senadores independientes de su partido es paradójico: lo que realmente ocurre es que los partidos no pueden ser lo suficientemente independientes de sus senadores. Piense, por ejemplo, que un partido tiene tres cursos de acción alternativos, pero se sabe que los senadores pertenecientes a él sólo aceptarían dos de ellos. Aun siendo minoría dentro del partido, no tendrá sentido considerar plausible la tercera alternativa si su futuro legislativo es el fracaso. La calidad de Senador, en consecuencia, significa institucionalmente el reconocimiento de liderazgo dentro de su partido.<sup>131</sup> El partido, luego, apenas abogará por aquella respuesta legislativa lejana a los intereses de sus Senadores. Fruto del bicameralismo no es la independencia de los Senadores respecto de su partido, sino la falta de notoriedad de sus desavenencias.

## VII.

Independencia del ejecutivo, del electorado, de los partidos, de la cámara baja, de las pasiones súbitas. Independencia, en definitiva, de la política. A esto se aspira con el Senado. Y esto, según sus defensores, es lo que lleva a que sea una idónea institución para obtener calidad legislativa.

¿Por qué considerar que dicha independencia es un aspecto relevante para mejorar la calidad de la legislación? El razonamiento en este sentido es estándar. Una vez que veamos la forma que adquiere, podremos darnos cuenta que, además de ser regular en nuestra doctrina constitucional, el razonamiento es ilusorio, anacrónico, antidemocrático e infértil. Afortunadamente no es necesario detenerse mayormente en estos defectos pues, como veremos, la supuesta independencia del Senado quedó en entredicho con las reformas constitucionales del año 2005. Ello hace que la opción de fundamentar el bicameralismo a partir de la calidad legislativa sea inverosímil.

---

<sup>131</sup> Alberto Sepúlveda rescata de la cámara alta chilena su importante rol en la selección de los aspirantes a la presidencia de la república. Afirma que “a contar de 1940, la casi totalidad de los candidatos presidenciales eran Senadores.” No rescata, sin embargo, que después del retorno a la democracia, sólo en el caso de Eduardo Frei R. y de Arturo Alessandri B. se da dicha continuidad. Véase SEPÚLVEDA, Alberto. *Ensayos políticos*. Editorial Universitaria de Viña del Mar, Viña del Mar, 2005, p. 47.

En un importante trabajo chileno sobre bicameralismo, Arturo Fermandois ha defendido lo que denomina la función conservadora de la cámara alta. No podemos más que agradecer su denominación. Para él, esta función conservadora es un rasgo indisoluble de la pretensión de mejoramiento de la calidad de la legislación. Afirma:

El Senado debe ser, en este escenario, el lugar de la reflexión, del aporte técnico, frío y deseablemente despolitizado en la elaboración de las leyes. (...) La justificación más propia del Bicameralismo es (...) aquella que persigue el mejoramiento cualitativo de la legislación, mediante la participación en la función legislativa de una Cámara revisora de función conservadora, más especializada, de “enfriamiento político”, de reflexión y acuerdos.<sup>132</sup>

La imagen de la democracia en el trabajo de Fermandois es sombría: *a contrario sensu*, la Cámara de Diputados es aquel lugar de hervor político, donde las leyes son analizadas bajo la pasión que gobierna la política entendida como lucha por el poder, los intereses creados, los grupos de presión y el lobby. Creo que la posición de Fermandois es particularmente ilustrativa de una forma de entender el trabajo legislativo como “deseablemente despolitizado”, cuya fuente principal, como vimos, es la doctrina emanada de la comisión Ortúzar. Dicha despolitización permitiría que la Cámara Alta constituya una especie de comité de calidad legislativa protegido de la democracia.

A pesar del tinte conservador de esta postura ella es asumida, sorprendentemente y de forma algo precipitada, por un trabajo emanado de la Secretaría General de la Presidencia de los gobiernos de Lagos y Bachelet:

A juicio de la doctrina, se definió por hacer [sic] de la Cámara de Diputados un órgano claramente político, fiscalizador del gobierno, centro de las alternativas de poder y, por lo mismo, ampliamente representativo de las mayorías políticas y combinaciones políticas mayoritarias vigentes. En cambio, del Senado se espera que opere como moderador de los ímpetus políticos de la Cámara de Diputados y sea propenso a decidir con una visión más reposada y menos política sobre la convivencia nacional, por encima de las coyunturas políticas.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> FERMANDOIS, Arturo. “El Senado en el derecho comparado”, en *Revista Chilena de Derecho* 24 (2), 1997, p. 288.

<sup>133</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. *La Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000 – 2006), Tomo II*. Edición general Andrea Rojas y Guillermo Jiménez, LOM, Santiago, 2006, p 138. El texto en este fragmento cita al importante trabajo nacional de THAYER, William: *El Senado en el Presidencialismo y el Parlamentarismo. Evolución institucional y Desafíos*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2da edición, 1995, p. 57. Es crucial hacer notar, en justicia al trabajo de la SEGPRES, que en él no existe una defensa del modelo bicameral de la Comisión Ortúzar, sino sólo una descripción externa del detectado consenso doctrinario. No hay, en consecuencia, un compromiso con el bicameralismo de Fermandois, aunque tampoco hay un cuestionamiento de él.

Esta imagen doctrinaria no operó, como veremos (*Infra* VIII), en las reformas hechas durante el gobierno de Lagos. Pero es patente y llamativa la similar lectura del funcionamiento bicameral entre Fermandois, la doctrina de Lagos y la comisión Ortúzar. Parece cierto que existe un consenso profundo en la materia. El contenido de este consenso, la hosca visión de las funciones democráticas de ambas cámaras, me invita al escepticismo. Quizá el más importante se debe a que la gris y desolada imagen de la Cámara, y la soberbia comprensión del Senado, no pueden encarnar, por mucho, su actual configuración. Argumentaré al respecto más adelante. Primero quiero referirme, de forma algo más abstracta, al argumento de la independencia del Senado.

Una comprensión tan exigente e intrigante del Senado requiere de una fundamentación pública sólida. Cuando se le asigna una privilegiada independencia, en cambio, mucho queda convenientemente oculto tras una incauta comprensión. Es ilusorio considerar que el Senado goza de una excepcional imparcialidad cuyo fruto es legislación de calidad. Su aventajada posición es ilusoria porque la política no puede dejar de ser contingente y creativa. Ella no se somete a estándares previos: no hay normas comunes que diriman conflictos, ni regularidades inapelables que determinen sus resultados.<sup>134</sup> Toda opinión política, incluso aquella no perteneciente a partidos políticos, grupos de presión o Diputados de la República, es opinión de primer nivel: compete y se evalúa en función de la contraria. No existe un punto arquimédico desde donde los Senadores puedan comunicarnos su punto de vista imparcial, ajeno a nuestra arraigada y provinciana comprensión.

Desde luego no creo que toda opinión política sea arbitraria.<sup>135</sup> Considero, al contrario, que toda opinión política, o al menos toda opinión legislativa, ya sea sostenida por Senadores o Diputados, elegidos o designados, es igualmente imparcial.<sup>136</sup> No hay razones para considerar

---

<sup>134</sup> Para la debilidad de los modelos predictivos en ciencias sociales, véase MACINTYRE, A. *Tras la Virtud*. Crítica, Barcelona, 2004, pp. 116 y ss.; ELSTER, Jon. *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de Racionalidad como principio de decisión*. Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 148 y ss. Importante a este respecto es DRYZEK, John S. *Discursive Democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 57 y ss.

<sup>135</sup> Sobre la verdad política, véase los artículos de ATRIA, Fernando “La verdad y lo político” y, desde un punto de vista más escéptico, el de ORMEÑO, Juan “Objetivismo moral y político”, ambos en *Derecho y Humanidades* 15, 2009.

<sup>136</sup> El uso de imparcial y arbitrario hasta aquí, sin embargo, es equívoco. WALDRON, *Op. Cit.*, p. 167 distingue tres sentidos en que una decisión puede ser considerada arbitraria: ella puede ser arbitraria por ser impredecible, por ser irracional o por considerarse ilegítima (esto es, carente de legitimación democrática). Quienes defienden la imparcialidad senatorial consideran que su carencia de legitimidad democrática permite un aumento en la racionalidad de sus decisiones. Esta, a mi juicio, es una conclusión apresurada. Mis puntos en contra son tres: (1) la carencia de legitimidad democrática del Senado no lo califica como “imparcial” en función de la racionalidad de sus creencias, pues el Senado no es un comité de expertos; (2) su carencia de legitimidad democrática nunca puede compensarse con la racionalidad de sus creencias, pues se confundirían imperativos de justicia con imperativos funcionales (véase

que el juicio senatorial, por el hecho de provenir de una fuente distinta a la legitimación democrática, es menos arbitrario o más imparcial que el de un Diputado. Una demostración de esto (inevitable a mi juicio, pero extraña y reprochable para sus protagonistas) es el hecho de que varios Senadores designados participaran de bancadas políticas dentro de su periodo senatorial. El ex Senador (designado) Prat, opinaba que

[e]s lamentable que en algunas designaciones se haya privilegiado aspectos políticos, y que determinados Senadores Institucionales (...) hayan asumido una posición política y se hayan integrado a una bancada política, porque eso desnaturaliza la institución de los Senadores designados.<sup>137</sup>

Lo que para Prat resultaba lamentable para mi es sinceridad inevitable. Es inevitable representar intereses, ya sea de un partido, de una corporación o de determinada rama de las fuerzas armadas. La cuestión relevante, como bien entendieron los reformadores, es que esos intereses y sus razones sean susceptibles de deliberación democrática, que ella desenmascare su apariencia de privilegiada imparcialidad y deje que sólo los argumentos puedan convencernos. Debemos confiar en que las elecciones democráticas remediarán, al largo plazo, el diletantismo legislativo.

Además de ilusoria, la independencia senatorial es anacrónica. La independencia de la política sólo es un valor allí donde la política no es tolerada.<sup>138</sup> Pero incluso para quienes, como Ortúzar, consideraban que la dictadura no era el mejor momento para defender la representación política, no es más que un temeroso anacronismo mantener su juicio en la actualidad. Nuestro temor a la política y a la representación partidista, felizmente, disminuye con soltura y regularidad.

---

*supra* II); (3) la carencia de legitimidad democrática del Senado hace que sus creencias sean menos imparciales en el sentido de *accountability* y conflicto de intereses, sobre todo considerando a la elección como mecanismo de ejercicio ciudadano de responsabilidad política. En este último sentido, si el Senado no le teme al proceso eleccionario, su opinión no será más imparcial, sino más arrojada e impredecible. Agradezco a Constanza Toro por sus ilustrativos comentarios a este respecto.

<sup>137</sup> Legislatura 345, sesión 18 del 18 de diciembre de 2001. Discusión en Sala.

<sup>138</sup> Fernando Mires se refiere al peligro de remilitarización [sic] de la democracia en América Latina. Considera que “cuando la ausencia de politicidad [sic] es manifiesta, o cuando las estructuras políticas han sido destruidas (a veces por los propios políticos), suele ocurrir, y ha ocurrido, y no sólo en América Latina, que poderes no políticos ocupen el lugar reservado al poder político. Ya establecidos en ese lugar, realizan, aunque sea una paradoja, una política de la antipolítico [sic] que es la que sin excepción caracteriza a todas las dictaduras en cualquier lugar del mundo. No obstante, como las dictaduras militares no pueden gobernar sólo de acuerdo con la lógica del poder militar, tienden a asociarse con otros poderes no políticos, en contra del enemigo común: la política y los políticos. (...) Generalmente los dictadores han tendido a unirse con los llamados poderes económicos, ya sea nacionales o internacionales”. Véase MIRES, Fernando. “Los diez peligros de la Democracia en América Latina”, en *Cuadernos del Cendes* v. 23 (61), 2006.

La cámara conservadora es considerada de “enfriamiento político”. Cuesta entender cómo esto puede ser una virtud. Las sociedades democráticas deben enorgullecerse de tener un debate democrático acalorado, vigoroso y fructífero. Nuestro problema es el déficit de política, no su superávit.<sup>139</sup> Pero nótese cómo se vincula el carácter conservador del Senado con la mantención del *status quo*. Precisamente el punto defendido por Madison (*supra* IV *in fine*) es que la existencia del Senado, integrado permanentemente por miembros más experimentados, permite que la sucesión de cambios legislativos sea menos vertiginosa e insistente. Ello posibilita que el agente racional (con arreglo a fines) ejerza su acción estratégica en términos exitosos, esto es, ejerza una acción social a un bajo riesgo de alteraciones sobrevivientes no planificadas.<sup>140</sup> Mientras menos leyes puedan dictarse, más estable es el panorama para quien desea ejercer su racionalidad estratégica.<sup>141</sup> Desde luego, la existencia de dos cámaras dificulta la toma de decisiones legislativas, pues ellas son más costosas y requieren de dos mayorías en vez de una sola. Madison podía apoyar semejante pretensión del Senado en el hecho de su representatividad estatal: la razón por la que la mantención del *status quo* puede ser fundamento para el Senado estadounidense radica en el riesgo que representan las decisiones mayoritarias para la soberanía de los estados menos populosos.<sup>142</sup> Pero en nuestras condiciones es mucho más difícil defender la primacía del *status quo* frente a la posibilidad de cambio legislativo. Si el Senado estadounidense defiende el *status quo* soberano ¿qué *status quo* defienden los ex Comandantes de las Fuerzas Armadas y de Orden, los ex Ministros de la Corte Suprema, y los ex Presidentes de la República? Defender el *status quo* implica defender que una minoría privilegiada mantenga las condiciones de su privilegio, pues es necesaria una mayoría más dificultosa para modificar las condiciones sociales.<sup>143</sup> Esto es difícilmente justificable en nuestro país, donde las inequidades sociales son pétreas y escandalosas.

Esta opinión también surgió dentro de la reforma del 2005. El Senador Ominami considera que el Senado (previo a la reforma)

---

<sup>139</sup> Esta posición es sostenida por quienes defienden la denominada democracia radical. Véase MOUFFE, Chantal. *En torno a lo político*. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2007; HONIG, Bonnie. “Difference, Dilemmas, and the Politics of Home”, en *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, (ed. Seyla Benhabib), Princeton University Press, Princeton, 1996.

<sup>140</sup> Fundamental WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2005, pp. 5 y ss.

<sup>141</sup> Quienes más célebremente han desarrollado una lectura conservadora de esta idea son Friederich Hayek y Michael Oakeshott. Véase OAKESHOTT, Michael. *El racionalismo en política y otros ensayos*. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2000. Para una crítica véase MACCORMICK, Neil. “Orden Espontáneo e Imperio de la Ley”, en *Doxa* 6, 1989.

<sup>142</sup> Desde un punto de vista crítico, véase LEE, Frances / OPPENHEIMER, Bruce. *Sizing up the Senate. The Unequal Consequences of Equal Representation*. Chicago University Press, Chicago, 1997.

<sup>143</sup> Véase DAHL, Robert. *Democracy and its Critics*. New Heaven, Yale University Press, 1989, pp. 135 y ss.



ha funcionado bien para el efecto que llevó a construirlo, que era bloquear los cambios. Esa es la verdad. Numerosos asuntos debieron haberse resuelto mucho antes, pero ello no fue posible porque se conocía la correlación de fuerzas existente.<sup>144</sup>

Un Senado conservador también tiene un efecto disuasivo. Con esta comprensión conservadora hay dos posibilidades: o su voluntad se impone, o no hay nueva ley. Por ambos caminos el *status quo* perdura, junto con cualquier injusticia social vigente.<sup>145</sup>

## VIII.

No es necesario referirse latamente a las reformas del año 2005. En la materia que comento, lo relevante es la eliminación de los Senadores designados y vitalicios de la Corporación. Desde ese entonces, la totalidad de sus miembros son elegidos democráticamente.

Algunos eran conscientes de la imagen del bicameralismo proveniente de la Comisión Ortúzar. El entonces Senador Viera-Gallo, por ejemplo, afirmaba respecto a los Senadores vitalicios y designados que

[e]l problema es la institución. Nosotros siempre fuimos partidarios de un Senado plenamente elegido. En la concepción primitiva de la Carta de 1980, a nuestra Corporación se le asignaba una función rectificadora de la de la [sic] Cámara de Diputados, considerada política. La idea era que fuera un cuerpo elitista, poco democrático, que tuviera el poder de morigerar la acción de la otra rama legislativa. Ése era el fin.<sup>146</sup>

Esta lectura de la intención de la Comisión es correcta, pues su pretensión explícita es que el Senado funcione como un comité de calidad lejano a la representación democrática. La respuesta razonable a esto, para un gobierno democrático, es la consecuente democratización de la institución. Con ese fin, a partir del año 2005 no existen más enclaves autoritarios en el Senado. Todos sus miembros son elegidos popularmente en base a distritos senatoriales, muy similares a la división regional utilizada para la Cámara de Diputados.

La imagen sostenida por la Comisión Ortúzar, y avalada por Fermandois, fue extirpada de nuestra Constitución el año 2005. Aquejan a un Senado elegido democráticamente, como es

---

<sup>144</sup> Legislatura 352, sesión 03, del 06 de Octubre de 2004. Discusión en sala.

<sup>145</sup> Esta idea requiere de un exhaustivo examen de los mecanismos de solución de controversia entre Cámaras, asunto que no puedo tratar con la profundidad correspondiente aquí. Agradezco a Valeria Lübbert sus discusiones al respecto.

<sup>146</sup> Legislatura 352, sesión 02, del 06 de Octubre de 2004. Discusión en sala.

evidente, los mismos males a los que tanto teme el conservadurismo antidemocrático de la comisión Ortúzar. Cuesta conceder ahora, cuando todos y todas sus integrantes son popularmente elegidos, que el Senado esté destinado a moderar el ímpetu político de la Cámara de Diputados, pues la integración de ambas Cámaras es fruto del mismo espíritu, y sus resoluciones cosechan similar pulcritud y arrebató. Todo lo bueno y malo de nuestra sociedad democrática está contenido, en igual forma, en el Senado y en la Cámara de Diputados. Ambas son instituciones representativas: en ambas el influjo democrático es similar.

La democratización del Senado es ciertamente una transformación ineludible y beneficiosa. Un aspecto de suma relevancia, sin embargo, fue prácticamente ignorado dentro del debate para la reforma. La influyente obra *Patterns of Democracy* de A. Lijphart contiene una clasificación entre sistemas bicamerales comparados de suma influencia en la literatura de análisis económico respecto al bicameralismo.<sup>147</sup> Lijphart diferencia entre bicameralismo fuerte, moderado y débil, dependiendo de cómo se conjugan dos criterios. Las cámaras son *congruentes* si su composición es en alto grado similar, es decir, si sus miembros dependen de los mismos mecanismos de elección, para las mismas personas y bajo los mismos criterios. Por otra parte, las cámaras son *simétricas* cuando ellas gozan de facultades legislativas y legitimación democrática similares.<sup>148</sup>

|            | Incongruente | Congruente |
|------------|--------------|------------|
| Simétrico  | Fuerte       | Moderado   |
| Asimétrico | Moderado     | Débil      |

Un sistema bicameral débil, en consecuencia, es un sistema cuyas cámaras son congruentes y asimétricas, esto es, similares en composición y diferente en atribuciones y

<sup>147</sup> LIJPHART, Arend. *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in thirty-six countries*, Yale University Press, New Heaven, 1999.

<sup>148</sup> En principio es problemático que la legitimación democrática sea un criterio de (a)simetría en vez de uno de (in)congruencia. La razón de esto es que Lijphart entiende la democracia, en este fragmento, no como un método de elección, decisión y legitimación, sino como un mecanismo de influencia. Afirma (p. 206) que “[las] segundas cámaras que no son directamente elegidas carecen de legitimación democrática, y por lo tanto de la influencia política real que confieren las elecciones populares. Inversamente, la elección directa de la segunda cámara puede compensar hasta cierto punto sus limitados poderes”.

legitimación. Desde el punto de vista de la congruencia esto es evidente: la función legislativa es una sola, por lo que distribuirla en dos ramas similares es totalmente innecesario e ineficiente. Ningún aporte cualitativo surge de revisar exhaustivamente dos veces un asunto bajo el mismo criterio, o por sujetos similares.<sup>149</sup> Se ahonda en su debilidad si el bicameralismo es asimétrico, pues las atribuciones y la legitimidad de una cámara son exiguas respecto de la otra, por lo que es incapaz de hacer alguna contribución significativa. Nótese el carácter de nuestra evolución bicameral ante esta nueva terminología: al eliminarse los enclaves autoritarios, se dio un paso hacia la simetría (pues se aumentó la legitimidad del Senado manteniendo sus similares atribuciones) pero se perdió mucho en incongruencia. Al ser ambas Cámaras un reflejo de la otra, todo enfrentamiento entre ellas es un desgaste repetitivo e innecesario.

IX.

La importancia de la incongruencia no era desconocida para la comisión Ortúzar, pero fue extrañamente olvidada por el Senado reformador el 2005. Guzmán, en 1977, opinaba preliminarmente que

Si el Congreso es bicameral es fundamental que las dos Cámaras no sean iguales, sino que, realmente, tengan, en su generación y en sus atribuciones, papeles diferentes.<sup>150</sup>

No hay referencia a esta importante consideración en la reforma del 2005. Con la congruencia cae, en definitiva, el argumento de la calidad legislativa: si ambas cámaras son similares en composición, ambas, en consecuencia, sufren de las mismas afecciones y virtudes. El desenfreno populista y la prudente virtud aristocrática se encuentran diseminadas en ambas, brotan en nuestras leyes y gobiernan nuestras vidas.

Quiero hacer notar, finalizando mis líneas, cómo las deficiencias del bicameralismo en los dos momentos constitucionales discutidos son simétricamente contrarias. Cuando nuestro bicameralismo importó, dada su incongruencia, nuestra democracia latía lenta y agónicamente; cuando ella, en cambio, tomó cuerpo y fuerza, la figuración de nuestro bicameralismo disminuyó

---

<sup>149</sup> Desde luego, esto se refiere al poder legislativo, no a otras funciones asignadas a las cámaras (como la fiscalizadora o la elección de autoridades). Cuando se consideran estas funciones usualmente se invierte el orden de los factores. Ellas no son relevantes como fundamento del sistema bicameral, pues nada impide dividir una sola cámara para efecto de cumplir diferentes funciones. Quienes pretenden fundamentar el bicameralismo arguyendo las diferentes funciones que cumplen ambas cámaras invierten la relación entre función y composición.

<sup>150</sup> Sesión N° 323 del 26 de Octubre de 1977.

dramáticamente. Dicho de otro modo, quienes consideraron irrelevante la representación democrática, entendieron la relevancia del bicameralismo; quienes, al contrario, abogaron por una configuración senatorial representativa terminaron, acaso involuntariamente, sentenciando al Senado a ser un reflejo, culto y contradictorio, de la Cámara de Diputados. Esto sugiere, al menos provisoriamente, la tensa relación existente entre democracia y bicameralismo.

Mi hipótesis inicial (*supra* II) es que la democracia no es sacrificable por imperativos funcionales, como la estabilidad o la calidad de la legislación. Buscando una democracia maciza, debemos pagar el precio de la irrelevancia, como se hizo con la reforma Constitucional del 2005. Ella va en el camino correcto respecto a la democracia, pero no respecto del bicameralismo. Existe una amplia dimensión, no discutida aquí, en que puede justificarse razonablemente en un tono acorde con la democracia, al menos en Estados federados (como Alemania o Estados Unidos), parlamentaristas (como Inglaterra) o estados que cuentan con una diversidad de intereses: sociedades complejas, étnicamente diversas (como Canadá) o con pluralidad de lenguas (como Bélgica). En nuestro país, en cambio, ahora (como antes) el bicameralismo es incapaz de representar la multiplicidad de intereses existentes en nuestra sociedad. Responde, en consecuencia, a un concepto de representación estrecho. Su mantención y actual estructuración es un proyecto inconcluso; una tentativa exigua en el alcance de su real potencialidad. Sin embargo, como afirmé (en *supra* VII), este carácter incompleto es casi motivo de orgullo para buena parte de la doctrina constitucional. Su devoción es incorrecta al confundir dos planos: la representación política no puede estar al mismo nivel que la calidad legislativa.<sup>151</sup>

Pero incluso si no se está de acuerdo con este criterio, cuesta entender cómo el homologar el procedimiento legislativo en dos instancias, con todos los costos que ello implica, puede ser una decisión racional cuando ambas cámaras son idénticas. Ya propuse, siguiendo a Guzmán, que la mejora cualitativa de la legislación no es fundamento suficiente para el

---

<sup>151</sup> En su *Bicameralism*, George Tsebelis y Jeannette Money distinguen dos dimensiones de justificación para la estructura bicameral. Se pretende, apelando a la *eficiencia*, justificar el bicameralismo considerando que él puede contribuir a aumentar la calidad y estabilidad de la legislación, en dos sentidos: *calidad sustantiva*, que existe cuando el resultado legislativo es cercano al buscado por los legisladores y las legisladoras (y por sus representados y representadas) y *calidad procedimental*, que existe cuando el resultado legislativo es obtenido al menor costo posible. Por otra parte, y en contraste a la dimensión de eficiencia del bicameralismo, la dimensión *política* de justificación radica en la posibilidad y legitimidad de representar diversos intereses en las distintas Cámaras, de forma tal que el resultado legislativo manifieste la pluralidad de motivos e impresiones presentes en una democracia. Congruencia tiende hacia la mejora cualitativa; incongruencia tiende hacia la dimensión política. Esta agrupación de los fundamentos, creo, pervierte el sentido de cada uno de ellos. En consecuencia, la distinción entre dimensión de eficiencia y dimensión política debe tomarse con recelo. Su carácter engañoso radica en ubicar la dimensión de eficiencia al mismo nivel de la dimensión política. Véase TSEBELIS, George / MONEY, Jeannette. *Op. Cit.*, pp. 15-6.

bicameralismo (*supra* V), pues ella puede obtenerse por otros medios independientes del peso de una segunda cámara. No hay razones fuertes para considerar que el Senado es aquella cámara con la que se aspira a una radical mejora cualitativa de la legislación. Institucionalmente no es la cámara revisora, pues los proyectos de ley pueden iniciarse en cualquiera; la mayor edad exigida es una tenue diferencia, pues no reviste mayor mejora su exigua cuantía; y los candidatos surgen de los mismos partidos políticos, al alero de las mismas coaliciones y bajo los mismos criterios.<sup>152</sup> Mi intuición es que si se incluyera en una cámara a todos los miembros del Congreso, realizando las modificaciones constitucionales pertinentes para que resulte operativo, se ganaría en eficiencia y calidad mientras que no se perdería en representación. Las diferentes funciones de cada cámara podrían distribuirse entre los miembros del Congreso (tal vez mediante una elección interna), como se hace con la Presidencia y las comisiones de trabajo; y la doble revisión podría hacerse mediante un comité también elegido internamente, apoyado por grupo de profesionales y el trabajo de la Biblioteca del Congreso. En fin, mucho puede discutirse, con creatividad y racionalidad, al respecto.

Sin embargo, ese no es mi objetivo central. Quise discutir la equívoca evolución de nuestro bicameralismo. Cuando se entendía, evolucionó contra la democracia; cuando se entendió la democracia, se silenció al bicameralismo. Insisto: la labor de justificación es más compleja que la simple intención de mejora cualitativa de la legislación. Mapuches, rapanui, minorías sexuales y de género, inmigrantes; todos ellos y ellas cuentan con una escasa representación parlamentaria.<sup>153</sup> Si queremos hacer nuestro sistema inclusivo y democrático, el bicameralismo chileno puede y debe avanzar en una dirección distinta a la seguida en su evolución reciente: buscando simetría sin ceder incongruencia. De otra forma, como afirma Toqueville, estamos hechos para servir.

---

<sup>152</sup> Para Lijphart, el menor número de Senadores, su diferencia de edad y sus elecciones alternadas son aspectos de limitada relevancia para considerar fuerte un sistema bicameral. LIJPHART, Arendt. *Op. Cit.*, p. 205.

<sup>153</sup> Para un esbozo, véase DALLMAYR, Fred. "Democracy and Multiculturalism", en *Democracy and Difference. Contesting the boundaries of the political*. Princeton University Press, New Jersey, 1996.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- APEL, Karl-Otto. “¿Es posible distinguir la Razón Ética de la Racionalidad Estratégico-Teleológica?”, en su *Estudios Éticos*. México D. F., Distribuciones Fontamara, 1999.
- ARROW, Kenneth J. *Social Choice and Individual Values*. Nueva York, Wiley, 1963.
- ATIENZA, Manuel. *Contribución a una Teoría de la Legislación*. Madrid, Civitas, 1997.
- ATRIA, Fernando. “El derecho y la contingencia de lo político” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26, 2003.
- \_\_\_\_\_ “La Verdad y lo Político”, en *Derecho y Humanidades* 15, 2009.
- BIELEFELDT, Heiner. “Carl Schmitt’s critique of liberalism. Systematic reconstruction and counter-criticism”, en *Law as Politics* (David Dyzenhaus ed.), Durham, Duke University Press, 1998.
- BLAIS, André. *To vote or not to Vote. The merits and limits of rational choice theory*. Pittsburgh, The University of Pittsburgh Press, 2000.
- DAHL, Robert A. *Democracy and its Critics*. New Haven and London, Yale University Press, 1989.
- DAVIDSON, Donald. *Essays on Actions and Events*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- DRYZEK, John S. *Discursive Democracy. Politics, Policy and Political Science*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- DWORKIN, Ronald. “The Original Position”, en *The University of Chicago Law Review* 40, 1972 – 1973.
- ELSTER, John. *Nuts and Bolt for the Social Science*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- \_\_\_\_\_ “The Market and the Forum. Three Varieties of Political Theory”, en *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics* (James Bohman & William Rehg eds.), Massachusetts, Institute of Technology, 1997.
- \_\_\_\_\_ *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona, Gedisa, 1999.
- FEREJOHN, John. “Accountability and Authority: Toward a Theory of Political Accountability”, en *Democracy, Accountability and Representation* (Adam Przeworski, Susan Stokes & Bernard Manin eds.), Cambridge, Press Syndicate of the University of Cambridge, 1999.
- FERMANDOIS, Arturo. “El Senado en el Derecho Comparado”, en *Revista Chilena de Derecho* 24 (2), 1997.
- FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Heaven, Yale University Press, 1969.
- FRANKFURT, Harry. *The importance of what we care about*. Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis, *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. “Una polémica (1964): contra un racionalismo disminuido en términos positivistas, en *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid, Tecnos, 1988.
- \_\_\_\_\_ *Ciencia y técnica como “ideología”*. Madrid, Tecnos, 1994.
- \_\_\_\_\_ *Facticidad y Validez*. Madrid, Trotta, 2005.
- HABERMAS, Jürgen / RAWLS, John. *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona, Paidós, 1998.
- HART, H. L. A. (1998). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- HAYEK, F. A. *Law, Legislation and Liberty*. London, Routledge, 1982.

- HELD, David. *Models of Democracy. Third Edition.* Cambridge, Polity Press, 2009.
- LIJPHART, Arendt. *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries.* New Heaven and London, Yale University Press, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Racionalidad Legislativa. Crisis de la Ley y nueva Ciencia de la Legislación.* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- MACCORMICK, Neil. "Orden Espontáneo e Imperio de la Ley: Algunos Problemas" en *Doxa* 6, 1989.  
 \_\_\_\_\_ *Legal Reasoning and Legal Theory.* Oxford: Oxford University Press, 1994.
- MACINTYRE, Alasdair. *Whose Justice? Wich Rationality?* Indiana, Notre Dame Press, 2003.  
 \_\_\_\_\_ *Tras la Virtud.* Barcelona, Crítica, 2004.
- MACKIE, Gerry. "Todos los hombres son mentirosos: ¿carece de sentido la democracia?", en *La democracia Deliberativa* (Jon Elster ed.), Barcelona, Gedisa, 2001.
- MINOGUE, Kenneth. "Oakeshott and Political Science", en *Annual Review of Political Science* 7, 2004.
- MOYA, Carlos. *The Philosophy of Action. An Introduction.* Cambridge, Polity Press, 1990.
- NOZICK, Robert *The Nature of rationality.* New Jersey, Princeton University Press, 1993.
- OAKESHOTT, Michael. *La Política de la Fe y la Política del Escepticismo.* México D. F. Fondo de Cultura Económica, 1998.  
 \_\_\_\_\_ *El Racionalismo en la Política y Otros Ensayos,* México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ORELLANA BENADO, Miguel. "Negociación Moral", en *Causas Perdidas. Ensayos sobre filosofía jurídica, social y política* (Miguel Orellana comp.), Santiago, Catalonia, 2010.
- PARDO, Diego. "Descripción y Valoración. Notas sobre el debate metodológico en Filosofía del Derecho", en *Causas Perdidas. Ensayos sobre filosofía jurídica, social y política* (Miguel Orellana comp.), Santiago, Catalonia, 2010.  
 \_\_\_\_\_ "Crítica a la justificación del Bicameralismo en Chile" en Hemiciclo 3, 2010.
- RESNIK, Michael. *Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión.* Barcelona, Gedisa, 1998.
- RIKER, William. *Liberalism against populism.* San Francisco, W. H. Freeman, 1982.
- SHAPIRO, Ian. *The state of Democratic Theory.* New Jersey, Princeton University Press, 2003.
- SCHMITT, Carl. "El concepto de lo 'político'", en su *Carl Schmitt, teólogo de la política* (selección de textos: Héctor Orestes Aguilar). México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2004.
- SEARLE, John. *The Construction of Social Reality.* Londres, Penguin, 1995.  
 \_\_\_\_\_ *Making the Social World. The structure of Human Civilization.* Oxford, Oxford University Press, 2010.
- SMART, J.C. / WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism. For and against.* Cambridge, Cambridge University Press, 1973.
- TOQUEVILLE, Alexis. *El Antiguo Régimen y la Revolución.* Madrid, Istmo, 2004.
- TSEBELIS, George / MONEY, Jeannette. *Bicameralism.* Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation.* Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- WEBER, Max. *El político y el Científico.* México D. F., Premia La red de Jonas, 1989.  
 \_\_\_\_\_ *Economía y Sociedad.* México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2005.

- WILLIAMS, Bernard. “Internal Reasons and the Obscurity of Blame”, en su *Making sense of Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- WINTGENS, Luc. “Rationality in Legislation-Legal Theory as Legisprudence: an introduction”, en *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation* (Luc Wintgens ed.), Oxford, Hart Publishing, 2002.
- \_\_\_\_\_“Legisprudencia como una nueva teoría de la Legislación”, en *Doxa* 26, 2003.



BIBLIOGRAFÍA  
(no incluye la citada)

- ARENDDT, Hannah. *La Condición Humana*. Buenos Aires, Paidós, 2005.
- \_\_\_\_\_ *Sobre la Violencia*. Madrid, Alianza, 2006.
- \_\_\_\_\_ *¿Qué es la política?* Buenos Aires, Paidós, 2007.
- AROCENA, Gustavo. “La Racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal” en *Política Criminal* 6, 2008. Pág. 10. Ubicación en línea: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_1\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_1_6.pdf)
- BACIGALUPO, Enrique. *Hacia el Nuevo Derecho Penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- BOTTOM, William; Eavey, Cheryl; Miller, Gary; Victor, Jennifer. “The Institutional Effect on Majority Rule Instability: Bicameralism in Spatial Policy Decision”, en *American Journal of Political Science* 44 (3), 2000.
- CALSAMIGLIA, Albert. “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, en *Doxa* 13, 1993.
- CHAN, Joseph. “Legitimacy, Unanimity and Perfectionism”, en *Philosophy and Public Affairs* 29 (1), 2000.
- COHEN, Joshua. “Pluralism and Proceduralism”, en *Chicago-Kent Law Review* 69, 1994.
- \_\_\_\_\_ “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge, the MIT Press, 1997.
- \_\_\_\_\_ “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, en *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge, the MIT Press, 1997.
- \_\_\_\_\_ “Truth and Public Reason”, en *Philosophy and Public Affairs* 37 (1), 2009.
- COPP, David. “The Idea of a Legitimate State” en *Philosophy and Public Affairs* 28 (1), 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2001). “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal” en *Doxa* 24, 2001.
- \_\_\_\_\_ *La Racionalidad de las Leyes Penales. Práctica y Teoría*. Madrid, Trotta, 2003.
- DRUCKMAN, James; Thies, Michael. “The Importance of Concurrence: The Importance of Bicameralism on Government Formation and Duration”, en *American Journal of Political Science* 46 (4), 2002.
- DYZENHAUS, David. *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar*. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- DWORKIN, Ronald. “The Forum of Principle”, en *New York University Law Review* 56, 1981.
- \_\_\_\_\_ “Liberal Community”, en *California Law Review* 77, 1989.
- \_\_\_\_\_ “Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court”, en *Alberta Law Review* 28, 1989-1990.
- \_\_\_\_\_ “Keynote Address. Rawls and the Law”, en *Fordham Law Review* 72, 2003-2004.
- \_\_\_\_\_ “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24 (1), 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2001.
- FREEMAN, Samuel. “The idea of Public Reason revisited. Public Reason and Political Justification”, en *Fordham Law Review* 72, 2004.
- GREENAWALT, Kent. “On Public Reason” en *Chicago-Kent Law Review* 69, 1994.
- GUTMANN, Amy. “Rawls on the Relationship between Liberalism and Democracy”, en *The Cambridge Companion to Rawls* (Samuel Freeman Ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

- HABERMAS, Jürgen. “Aspectos de racionalidad de la acción”, en su *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*. Madrid, Taurus, 1984
- \_\_\_\_\_ “Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica”, en su *Aclaraciones a la Ética del Discurso*. Madrid, Trotta, 2000.
- HELLER, William. “Bicameralism, Parties, and Policy in Democratic Legislatures”, en *Annual Review of Political Science* 10.
- KÖNIG, Thomas. “Bicameralism and Party Politics in Germany: an Empirical Social Choice Analysis”, en *Political Studies* 49, 2001.
- KORNHAUSER, Lewis; Sager, Lawrence. “The Many as One: Integrity and Group Choice in Paradoxical Cases”, en *Philosophy and Public Affairs* 32 (3), 2004.
- LARMORE, Charles. “Public Reason”, en *The Cambridge Companion to Rawls* (Samuel Freeman Ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- LEFKOWITZ, David. “A Contractualist Defence of Democratic Authority” en *Ratio Juris* 18 (3), 2005.
- LEHNERT, Matthias; LINHART, Eric; SHIKANO, Susumo. “Never Say Never Again: Legislature Failure in German Bicameralism”, en *German Politics* 17 (3), 2008.
- MARMOR, Andrei. “Authority, Equality and Democracy”, en *Ratio Juris* 18 (3), 2005.
- MCCARTHY, Thomas. “Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue”, en *Ethics* 105 (1), 1994.
- MICHELMAN, Frank I. “Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law”, en *The Cambridge Companion to Rawls* (Samuel Freeman Ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Essays*. Oxford, Oxford University Press, 2008.
- MOUFFE, Chantal. “Democracy, Power and the ‘Political’”, en *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, New Jersey, Princeton University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_ *En torno a lo Político*. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2007.
- NAGEL, Thomas. *Otras Mentes*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- \_\_\_\_\_ “Rawls y el liberalismo”, en *Estudios Públicos* 97, 2005.
- PETTIT, Philip. “Depoliticizing Democracy”, en *Ratio Juris* 17 (1), 2004.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. “Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho Penal ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?”, en *Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica* 31 (3), 2004.
- PITKIN, Hanna F. *The Concept of Representation*. California, University of California Press, 1972.
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2004.
- \_\_\_\_\_ *Liberalismo Político*. México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2006.
- \_\_\_\_\_ The Idea of Public Reason Revisited, en *The University of Chicago Law Review* 64 (3), 1997.
- RAZ, Joseph. “Authority and Justification”, en *Philosophy and Public Affairs* 14 (1), 1985 (a).
- \_\_\_\_\_ *La Autoridad del Derecho*. México D.F., Fontamara, 1985 (b).
- REIDY, David. “Rawls’s wide view of Public Reason: not wide enough”, en *Res Publica* 6, 2000.
- \_\_\_\_\_ “Reciprocity and reasonable disagreement: from Liberal to Democratic Legitimacy”, en *Philosophical Studies* 132, 2007.
- RUSSELL, Meg. “What are Second Chambers for?” en *Parliamentary Affairs* 54, 2001.
- SADURSKI, Wojciech. “Legitimacy, Political Equality and Majority Rule”, en *Ratio Juris* 21 (1), 2008.

- SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.
- \_\_\_\_\_ *Liberalism and the Limits of Justice*. (2da edición) Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SCHIMTT, Carl. "Legalidad y Legitimidad", en su *Carl Schmitt, teólogo de la política* (selección de textos: Héctor Orestes Aguilar). México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2004.
- SQUELLA, Agustín. "¿Qué espera la Sociedad de sus Legisladores?", en *Hemiciclo. Revista de Estudios Parlamentarios* 1, 2009.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford, Oxford University Press, 2004.
- WALZER, Michael. *Spheres of Justice. A Defence of Pluralism and Equality*. New Jersey, Basic Books, 1983.
- ORMEÑO, Juan. "Objetividad Moral y Política", en *Derecho y Humanidades* 15, 2009.
- WILLIAMS, Andrew. "The Alleged Incompleteness of Public Reason", en *Res Publica* 6, 2000.
- WILLIAMS, Bernard. *In the Beginning Was the Deed*, New Jersey, Princeton University Press, 2005.